

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA



Alberto LÓPEZ BASAGUREN
Leire ESCAJEDO SAN EPIFANIO

LOS CAMINOS DEL FEDERALISMO Y LOS HORIZONTES DEL ESTADO AUTONÓMICO

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

© Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi
Euskadiko Autonomia Elkarteko Administrazioa

Edita: Instituto Vasco de Administración Pública
Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea

ISBN: 978-84-7777-427-3

Fotocomposición: Ipar, S.Coop., Zurbaran, 2-4 - 48007 Bilbao

Índice

Agradecimientos	
Alberto López Basaguren	11
I. PERSPECTIVA GENERAL. RETOS DEL FEDERALISMO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN	13
PONENCIAS	15
«Abriendo la caja de Pandora: proceso y paradoja en el federalismo de la identidad política»	
Michael Burgess	17
«Contradicción y crisis de la idea federal»	
Carlos de Cabo Martín	31
«Del federalismo competitivo al federalismo global de mercado»	
Miguel A. García Herrera y Gonzalo Maestro Buelga	47
«Constitucionalismo multinivel y federalismo. Reflexiones en torno al Congreso sobre “Las vías del federalismo en el Estado de las Autonomías”»	
Teresa Freixes Sanjuán	81
«Tribunales constitucionales en los Estados y entidades federadas»	
Dian Schefold	95
«Más allá del diseño institucional: la cultura política del federalismo (una perspectiva normativa)»	
Ramón Máiz Suárez	105

COMUNICACIONES.	131
«Contraposición entre autogobierno y gobierno compartido: tensiones y respuestas políticas en los sistemas políticos contemporáneos» André Lecours	133
«Una defensa federalista de la descentralización» Ian Peach	147
«Autoritarismo con barniz de democracia, o cómo el federalismo puede servir de fachada a gobiernos antidemocráticos» Julián Castro-Rea	159
«Los desafíos del principio federativo en el siglo XXI» Xavier Díez de Urduñabiz	173
«El Federalismo Global: ¿una solución para la crisis económica global?» José A. Camisón Yagüe	183
«Algunas cuestiones relativas a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones internacionales en los estados federales y en España» Roberto Uriarte Torrealdai	195
«La “diferenciación sostenible”: el desafío del siglo XXI a la descentralización (un estudio comparado de Italia y España con especial atención a la jurisprudencia constitucional)» Sabrina Ragone	209
«La participación de los <i>länder</i> alemanes y de las comunidades autónomas en la Unión Europea: un análisis comparado» Cristina Elías Méndez	219
«La construcción del federalismo fiscal alemán vs. la deconstrucción del “federalismo fiscal” español» Susana Ruiz Tarrías	237
«El Senado: cámara de representación territorial. Razones que justifican su existencia» M. Marta Cerro	253
«Reinventando la Unión Europea: la crisis financiera, una oportunidad para el modelo federal» José Chofre Sirvent	263
«Estado español de las autonomías y libertad económica: los desafíos del paradigma de la constitución económica europea» Ainhoa Lasa López	277
 II. LOS CAMINOS DEL FEDERALISMO EN LOS PAÍSES OCCIDENTALES Y LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS	 289
PONENCIAS	291
«Los retos del pasado y del futuro del federalismo americano: el tira y afloja interno» Erin Ryan	293

«Los desafíos históricos y contemporáneos de la división de poderes de Canadá» Gerald Baier	335
«En busca de un adecuado equilibrio federal entre los dos órdenes de gobierno: el caso del federalismo alemán» Rudolf Hrbek	347
«Retos actuales que afronta el federalismo suizo» Regula Kägi-Diener	369
«¿Una vía hacia el federalismo en Italia?» Silvio Gambino	389
«Los retos actuales en el federalismo belga y la sexta reforma del Estado» Min Reuchamps	415
 III. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y LOS HORIZONTES DE LA AUTONOMÍA TERRITORIAL EN ESPAÑA.	437
PONENCIAS	439
«Problemas actuales en el Estado autonómico» Alberto López Basaguren	441
«División de poderes, distribución de competencias y configuración de los espacios públicos en el Estado autonómico integrado en Europa» Francisco Balaguer Callejón	469
«Un complejo modelo de distribución de competencias que necesita otras garantías» Paloma Biglino Campos	485
«La distribución de competencias en España un año después de la STC 31/2010: ¿la reafirmación del <i>Estado unitario</i> ?» Carles Viver Pi-Suñer	503
«Una Sentencia en la federalización del Estado» Juan José Solozabal Echavarría	519
«Sobre la inevitable construcción jurisprudencial del Estado autonómico» Francesc de Carreras Serra	533
«La distribución de competencias en los sistemas federales. Una propuesta para una hipotética reforma constitucional en España» Joaquín Tornos Mas	555
«La función del Tribunal Constitucional en el reparto competencial. Una visión crítica» José Antonio Montilla Martos	581
«La reforma del Estado autonómico ante los retos de la ordenación e integración» José Tudela Aranda	599

COMUNICACIONES.	621
«Exclusividad vs. Concurrencia competencial. Tipos legislativos en la República Federal de Alemania» Antonio Arroyo Gil	623
«Competencias y facultades de las Comunidades Autónomas en el ámbito de la justicia: avances, límites y alternativas de reformulación» Miguel Ángel Cabellos Espiérrez	637
«Las leyes orgánicas de transferencia o delegación (artículo 150.2 CE): una puerta abierta a la modificación del reparto constitucional de competencias» Juan M.º Bilbao Ubillos	659
«Una característica del modelo territorial español: la distinción entre las normas atributivas de competencias y las normas meramente delimitadoras de aquellas» Tomás de la Quadra-Salcedo Janini	681
«Presente y futuro de la distribución competencial sobre la Administración de Justicia entre el Estado y las Comunidades Autónomas» Alberto Saiz Garitaonandia	697
«La naturaleza competencial de las reservas de Ley Orgánica en la jurisprudencia constitucional. En particular, el caso de la Ley Orgánica del Poder Judicial» María del Mar Navas Sánchez	707
«El papel del Estado en la materialización del derecho a la vivienda. Especial referencia a la vivienda protegida» Pilar Garrido Gutiérrez	719
 IV. RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES: LA EXPERIENCIA EN LOS SISTEMAS FEDERALES Y EN ESPAÑA.	 733
PONENCIAS	735
«Las relaciones intergubernamentales en la arquitectura del sistema federal: Estados Unidos» Carol S. Weissert	737
«Las relaciones intergubernamentales en Canadá: una perspectiva horizontal» Benoît Pelletier	749
«Las relaciones intergubernamentales en los sistemas federales: el modelo de Alemania» Rainer Arnold	777
«Las relaciones intergubernamentales en Suiza» Luzius Mader	787
«La participación de las Comunidades Autónomas en los órganos centrales del Estado» Eduardo Virgala Foruria	803

«Las relaciones intergubernamentales en España y la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto catalán: ¿y ahora, qué?» María Jesús García Morales	825
«Relaciones intergubernamentales en el sistema federal español: en búsqueda de un modelo» César Colino Cámara	853
COMUNICACIONES.	869
«El principio de separación de poderes en crisis: las relaciones intergubernamentales desde una perspectiva comparada» Eleonora Ceccherini	871
«Evolución de las relaciones intergubernamentales y el refuerzo de la autonomía» Rémi Barrué-Belou	883
«El sentido actual y futuro de las relaciones intergubernamentales: una visión comparada del modelo en EE.UU. y en España» Eva Sáenz Royo	897
«El principio de bilateralidad en las reformas estatutarias tras la STC 31/2010: anhelo y realidad» Ana M.ª Carmona Contreras	909
«Las relaciones de colaboración entre Comunidades Autónomas: una oportunidad para la racionalización del Estado autonómico en tiempos de crisis» Josep M.ª Castellà Andreu	929
«La cooperación horizontal: una asignatura pendiente del Estado autonómico español» Javier Tajadura Tejada	945
«Los nuevos mecanismos de cooperación en el Estado autonómico» Luis A. Gálvez Muñoz y José G. Ruiz González	963
«Inmigración y cooperación en el Estado de las Autonomías» Ignacio Álvarez Rodríguez	973
«Cooperación intergubernamental y políticas sociales en el Estado autonómico: la gobernanza compartida del Sistema para la Autonomía y la Atención de la Dependencia» Víctor Cuesta López	987
«Las relaciones del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias en el proceso de integración europea» María Soledad Santana Herrera	999
«La participación de las entidades sub-estatales durante las presidencias del Consejo Europeo de 2010» Jorge Tuñón y Régis Dandoy	1009

La Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático. Especial referencia a las relaciones intergubernamentales y a la transversalidad Marta Pérez Gabaldón	1023
V. LA GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD: CANADÁ Y ESPAÑA	1039
PONENCIAS	1041
«Reflexiones sobre la diversidad en Canadá: modelos competitivos» Richard Simeon	1043
«Confianza y desconfianza entre Harper y Quebec» Guy Laforest	1055
«¿Café para todos? Homogeneidad, diferencia y federalismo canadiense» Alain Noël	1077
«La opción federal y la gestión de la diversidad en España» Xavier Arbós Marín	1097
«Autonomía política, federalización y declaración estatutaria de derechos» Francisco J. Bastida Freijedo	1125
«El Derecho civil propio como seña de identidad política. Una aproximación constitucional al caso de la Comunidad Valenciana» Remedio Sánchez Ferriz	1145
«La “fragmentación” del derecho fundamental a la vida: entre descentralización territorial y economía basada en el conocimiento» Leire Escajedo San Epifanio	1163
COMUNICACIONES	1187
«Lenguas españolas y orden constitucional por cumplir (o de cómo dar cuenta de un <i>presente</i> continuo a mitad de jornada)» Antonio López Castillo	1189
«La libertad religiosa en los comedores escolares y sus enemigos. Coherencia normativa y coordinación de actuaciones del Estado y las Comunidades Autónomas sobre los comedores escolares» Miren Gorrotxategi Azurmendi	1211
«Diversidad cultural, derechos humanos y proceso democrático. Un caso de límites» Jordi Jaria i Manzano	1245
«La cuestión indígena y la organización territorial del Estado en el constitucionalismo refundador latinoamericano» Andoni Pérez Ayala	1261
«La protección multinivel de los derechos y libertades en Canadá» Cecilia Rosado Villaverde	1301

«Diferencias, disidencias y la identidad de la comunidad: logrando el equilibrio entre la teoría de los derechos y la jurisprudencia» Ian Peach	1313
VI. AUTONOMÍA TERRITORIAL EN ESPAÑA: OTRAS CUESTIONES.	1325
COMUNICACIONES	1327
«La cualitativa evolución del sistema autonómico español. El cambio experimentado por los Estatutos de Autonomía» Esteban Arlucea Ruiz	1329
«Apertura, complejidad y asimetría. Retos del “Estado autonómico” en perspectiva comparada» María Salvador Martínez	1341
«Algunas consideraciones sobre la prevalencia y la primacía» Francisco Javier Matia Portilla	1359
«La cláusula de prevalencia en la Constitución española: aportaciones al debate» Josu de Miguel Bárcena	1371
«Especulación teórica sobre la consideración de la asimetría como un elemento del federalismo» Esther Seijas Villadangos	1381
«El principio de lealtad y confianza federal en el Estado de las Autonomías» S.D. Baglioni	1395
«Breves consideraciones en torno a la estructura del Senado español y los límites entre Pacto Federal y Estado autonómico» Elena García-Cuevas Roque	1407
«La adhesión del Estado autonómico español al modelo disgregativo federalista: una posible vía» Anna Mastromarino	1419
«Identities nacionales y ciudadanía en la ordenación autonómica del Estado: democracia formal, autodeterminación y cláusula de secesión» José A. Sanz Moreno	1441
«La descentralización de la función consultiva en el Estado autonómico: la posición del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña después de la STC 31/2010, de 28 de junio» Luis Delgado del Rincón	1457
«El reforzamiento de la posición de los gobiernos locales en los nuevos Estatutos de Autonomía» José María Porras Ramírez	1471
«Una República Vasca (y Catalana) en un contexto federal. Reflexiones sobre nuevos escenarios en la crisis del Estado de las Autonomías» Íñigo Bullain	1489

«Federalismo y Democracia en Euskadi. El reto federal español» Jule Goikoetxea	1519
«Diversidad y efecto frontera: el blindaje del Concierto Económico vasco» Amelia Pascual Medrano	1533
«Hacia una determinación de las atribuciones locales en la legislación sectorial» Cristina Zoco Zabala	1541
«El gobierno de las áreas metropolitanas: problemas y alternativas en el caso español» Joaquín Martín Cubas y Antonio Montiel Márquez	1551
«La conveniente coordinación de la fiscalidad ambiental autonómica como retención al desarrollo del federalismo fiscal» Cristóbal J. Borrero Moro	1563

Agradecimientos

Alberto López Basaguren

El origen de esta publicación se sitúa en la preocupación por la crisis de desarrollo que afecta al sistema español de autonomía territorial y la convicción de que su evolución debe avanzar por los caminos que están recorriendo los sistemas federales de tradición más solvente.

Los estudios comparados tienen una larga tradición. Pero se trataba de traspasar la frontera de la acumulación de análisis de distintos sistemas jurídico-políticos para tratar de impulsar lo que Sujit Choudhry ha denominado *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge University Press, 2006).

El sistema español tiene sus raíces en el rechazo formal del federalismo que se formalizó en la Constitución de 1931 (Segunda República). Pero su evolución desde la aprobación de los primeros Estatutos de autonomía en 1979, tras la aprobación de la Constitución de 1978, lo ha transformado profundamente y lo ha situado en el ámbito de los sistemas federales. En un momento en que, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de junio de 2010, han fracasado las pretensiones de reforma representadas por el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña (2006), se hace más necesario que nunca dirigir la mirada a sistemas que, a pesar de las diferencias y de las peculiaridades propias de cada uno, responden a los mismos presupuestos básicos. La identidad de naturaleza hace más fácil, sin duda, la *migration of constitutional ideas* entre unos y otros; y hace más necesario el *método del diálogo* que preconiza Choudhry. En el caso del sistema español, necesitado de fortalecimiento, ese contraste es más necesario aún que en sistemas con una tradición que les ha otorgado una superior solidez.

Con esta idea, en octubre de 2011, tuvo lugar en Bilbao, en la Universidad del País Vasco (UPV/EHU), una *Conference* sobre los caminos del federalismo y los horizontes de la autonomía territorial en España. En ella participó un grupo de especialistas en federalismo de distintos países del mundo y de especialistas en el sistema español de autonomía territorial. Pretendía ser la apertura de una línea de trabajo en la que el análisis de los problemas a los que se debe enfrentar el sistema español se realice en el contexto de los sistemas federales de su entorno, a la luz de su experiencia.

En esa cita se ofreció un abanico de temas de reflexión suficientemente abierto, que abarcaba los problemas más importantes que en la actualidad se plantean en España, especialmente, la división de poderes, las relaciones intergubernamentales y la gestión de la diversidad. Se trató de que especialistas de diferentes países analizaran la situación actual y los retos a los que sus respectivos sistemas políticos se enfrentan en esos ámbitos; y de que especialistas españoles hiciesen lo propio respecto al sistema español de autonomía territorial.

El encuentro académico tuvo una gran acogida en *scholars* —*seniors* y *juniors*— de un importante número de países y universidades. Junto a las contribuciones plenarios, los momentos más vibrantes del encuentro se produjeron durante las presentaciones de sus trabajos por parte de los *junior scholars*, a quienes los organizadores deben un agradecimiento especial. Esta publicación recoge los trabajos allí presentados.

La realización de la *Conference* de Bilbao y esta publicación se encuadran en las actividades del Proyecto de Investigación «Sistema federal entre integración de la diversidad y estabilidad», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación —ahora Ministerio de Economía y Competitividad— (ref. DER 2010-20850) y del Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco IT509-10 (Dirección de Política Científica. Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco).

El encuentro de Bilbao —y esta publicación— han sido posibles gracias al apoyo entusiasta del Departamento de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco —y de su responsable, la Consejera Idoia Mendia— y del Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP) —y de su Directora, Encar Etxazarra y sus colaboradores—. Además, se ha contado con el apoyo del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España, del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco, del Vicerrectorado de Investigación de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU) y de la Fundación Manuel Giménez Abad. A todos ellos, el agradecimiento de los organizadores. Y, muy especialmente, nuestro reconocimiento a los miembros del Comité científico, que garantizaron la calidad de los trabajos presentados.

I

Perspectiva general.
Retos del federalismo en la era
de la globalización

Ponencias

Abriendo la caja de Pandora: proceso y paradoja en el federalismo de la identidad política

Michael Burgess
Universidad de Kent

SUMARIO: 1. Introducción: el siglo xx como el siglo breve. 2. El resurgimiento de la idea federal. 3. El nuevo mundo de la diferencia y la diversidad. 4. El carácter federal de la identidad política. 5. Federalismo y Democracia liberal. 6. Proceso y paradoja en el federalismo de la identidad política. 7. Conclusión: ¿abriendo la caja de Pandora?

1. INTRODUCCIÓN: EL SIGLO XX COMO EL SIGLO BREVE

La caída del Muro de Berlín en Noviembre de 1989 señalaba el final de la Guerra Fría y marcaba el comienzo —o así parecía— de un nuevo amanecer tanto en la política europea como en la mundial. Las implicaciones de su impacto fueron tan colosales como polifacéticas y dos décadas después aún estamos intentando asumir lo que sucedió. Pero si las consecuencias de redescubrir Europa eran indudablemente extensivas, el impacto subsecuente de la implosión de la Unión Soviética en Diciembre de 1991 para destapar a la «Madre Rusia» garantizaba que estábamos también asistiendo a un cambio sísmico en las placas tectónicas de la política mundial. La primera fue mucho más un asunto europeo mientras que la última —poniendo fin a la bipolaridad— fue de relevancia global. En un libro breve titulado *Historia del Siglo xx* que apareció en 1994, Eric Hobsbawm optó por reconfigurar en gran medida este siglo en términos de una unidad marxista ideológica extendiéndola desde la Revolución Rusa en 1917 al colapso de la Unión Soviética en 1991 y verlo en una época histórica distinta, y un experimento que ya había seguido su curso¹.

La interacción post-1991 entre la política europea y mundial ha sido compleja y complicada, y aún son acontecimientos muy próximos como para en-

¹ HOBBSAWM, E., *Age of Extremes: the Short Twentieth Century*, Michael Joseph, Londres, 1994.

tender totalmente la naturaleza precisa de su importancia contemporánea. Lo que sabemos resulta fragmentario y aun adolece de una interpretación ordenada. El denominado «desorden estable» de la política mundial puede tener poco significado real a menos que tengamos una mayor distancia de estos hechos y circunstancias. Sin embargo, es precisamente este sentido de lo desconocido lo que forma el inexorable contexto de fondo para nuestro tema de hoy. Los académicos de historia, ciencias políticas, economía, sociología y Derecho constitucional se enfrentan a una serie de dilemas cuando se trata de abordar muchas de las implicaciones de los acontecimientos identificados arriba. La práctica en muchos aspectos ha superado a la teoría. Nos encontramos abandonados con muy pocas señales familiares que nos guíen o huellas a las que seguir. No hay duda de que hay conexiones históricas pero tienen no obstante que empujar para posicionarse en nuestras explicaciones evolutivas sobre las implicaciones de lo que sucedió hace dos décadas. Continuidad y cambio permanecen tanto en relaciones complejas como sencillas, engendrando tanto comprensiones e interpretaciones altamente sofisticadas como elementales de aquello a lo que con frecuencia se hace referencia en la actualidad como «era post-Guerra Fría», expresión que nos concreta muy poco el entorno en el que nos encontramos ahora. De todas maneras, es precisamente en este difícil destino intelectual en el que debemos situar el tema del proceso y la paradoja en el federalismo de la identidad política. Esta se refiere al resurgimiento de la idea federal como un resultado importante de este período convulsivo de la historia contemporánea. De momento, dejaremos de lado las razones del notable renacimiento de esta particular forma de asociación humana y nos fijaremos brevemente en la evidencia empírica de esta afirmación.

2. EL RESURGIMIENTO DE LA IDEA FEDERAL

En retrospectiva, en el período inmediatamente posterior al final de Guerra Fría se presenció un sorprendente renacimiento no solo de un novedoso discurso federal en la política doméstica e internacional sino también de una aparición sin precedentes de lo que he denominado «nuevos modelos federales». La evidencia para esto es incontestable. Bélgica cruzó su Rubicón en 1993 seguida de la Federación Rusa en el mismo año, mientras la integración europea entraba en una dramática nueva fase con la ratificación del Tratado de la Unión Europea (TUE), ampliamente conocido como Tratado de Maastricht, que podría decirse que situó al proyecto europeo en una trayectoria federal. La idea de Europa siempre fue una idea federal.

En 1994, Argentina adoptó su nueva constitución que observaba los valores y principios federales mientras en el mismo año Sudáfrica elaboraba su primera constitución provisional que también incorporaba esas nociones en un intento por alcanzar un consenso político sobre cómo se reconocería la dife-

rencia y la diversidad en la era post-Apartheid. En 1995, Etiopía y Bosnia-Herzegovina se reconfiguraron como nuevos modelos federales, el primero para mantener unida una sociedad multiétnica —algunos podrían decir que multinacional— y, el segundo, con el fin de crear un oasis de estabilidad política post-conflictual basado en un verdadero caleidoscopio de atributos territoriales, religiosos, multilingüísticos y multinacionales en una nueva diarquía estatal. En 1996, la nueva Constitución de Sudáfrica fue formalmente ratificada e introdujo sus novedosas «esferas de gobernanza» mostrando elementos federales evidentes, mientras en 1999 Nigeria adoptaba formalmente su sexta constitución desde la independencia en 1960 y reintroducía en consecuencia un gobierno civil en otro modelo federal que de momento ha superado el examen del tiempo. Así que colectivamente Bélgica, la Federación Rusa, la Unión Europea, Argentina, Etiopía, Bosnia-Herzegovina, Sudáfrica y Nigeria sugieren considerables evidencias de un resurgimiento de la idea federal en la política mundial en la década de los noventa.

Pero la narración no acaba aquí. En España, Italia y el Reino Unido, en tanto que estados formalmente no federales, ha habido movimientos significativos en la misma dirección. Resulta claramente crucial el punto de partida. Desde la perspectiva de las dos monarquías parlamentarias en España y Reino Unido, y lo que podríamos describir como un estado «regional» en Italia, ha habido una evolución gradual pero incuestionable de devolución de poderes y competencias a las legítimas autoridades políticas sub-estatales que podría ser interpretado como un movimiento hacia la dirección federal —incluso aunque el último objetivo no sea una nueva federación—. Alguna doctrina prefiere ver en estos tres casos un proceso de *federalización* que sugiere un movimiento lento, gradual, creciente y en última instancia inexorable hacia algún tipo de destino federal o cuasi federal. Para aquellos que aún están ansiosos sobre la propuesta federal, este enfoque para entender qué está sucediendo podría ser visto en términos —parafraseando la descripción una vez utilizada para simplificar el neo-funcionalismo en la teoría de la integración europea— de «federalismo sin lágrimas». Por una vez, de nuevo, la práctica —las prácticas federales— parece haber superado la teoría constitucional. En tales circunstancias parece que podamos ser capaces de ver en todas partes federalismo.

La noción de federalización como *proceso* fue introducida por vez primera en la teoría federal —o lo que consideramos como tal—, por Carl Joachim Friedrich cuya devoción por ella derivaba de su obsesión con Johannes Althusius, el juez calvinista alemán de finales del siglo XVI y principios del XVII —y ahora ampliamente reconocido como el padre de la tradición federal continental europea— cuya principal preocupación era la construcción de comunidades políticas, de manera característica desde abajo hacia arriba más que la típica perspectiva centralista jerárquica de arriba a abajo. Desafortunadamente, el intento consistente de Friedrich a lo largo de su carrera académica de utilizar el concepto de proceso en un modo que capturase la dinámica de *convertirse en federal* contenía demasiadas ambigüedades y generalizaciones vagas para constituir, por sí

misma, una teoría convincente del federalismo, aunque su utilidad conceptual podría necesitar ser reevaluada y retomada a la luz de nuestros nuevos modelos federales².

Antes de acabar esta sección sobre la evidencia empírica del resurgimiento de la idea federal en la última parte del siglo xx, es importante para nosotros mencionar el Quinto Plan Annan de las Naciones Unidas (UN) como un plan federal para Chipre (2004) y añadir tanto Iraq (2005) como Nepal (2007) a nuestra lista creciente de nuevos modelos federales, mientras se está pendiente en el futuro tanto de Pakistán como de Somalia y, quizás, incluso de Afganistán, por muy improbable que parezca en este momento. Si estudiamos la situación de esta lista podemos ver que hay pruebas extremadamente impresionantes que sugieren que *algo está ocurriendo* en la idea federal en el nuevo siglo xxi que empezó en 1991. Déjennos investigar un poco más en estas pruebas. Déjennos aventurarnos en el nuevo mundo de la diferencia y la diversidad.

3. EL NUEVO MUNDO DE LA DIFERENCIA Y LA DIVERSIDAD

Está claro que en la era post Guerra Fría y post 11 de Septiembre, el siglo xxi se acaba de despertar a una nueva edad de peligro e incertidumbre sin precedentes por su ubicuidad. Es un cocktail inestable de posibilidades y probabilidades. Pero estos peligros e incertidumbres no se limitan únicamente a las definiciones militares y de seguridad de la realidad, ni tienen que ver necesariamente con las amenazas del terrorismo, tráfico de drogas y seres humanos, SIDA, e inmigración ilegal. Por el contrario, están enraizadas en las realidades sociales que han sido siempre inmanentes en el Estado moderno pero que se han hallado a menudo dormidas o pasivas por muchos años. El nuevo milenio ha coincidido con el desencadenamiento de poderosas fuerzas de diferenciación cultural-ideológica que han adquirido una prominencia política dramática a lo largo y ancho del mundo y que no pueden ya ser ignoradas complacientemente, suprimidas o erradicadas violentamente. De Indonesia y Sri Lanka a Nigeria y Sudán, de Chipre y Rusia a Iraq y Somalia somos testigos de las políticas identitarias: luchamos por las nuevas formas de autodeterminación, tolerancia, y derechos humanos y civiles y libertades. Hemos entrado en una nueva era de minoritarismo constitucional y político. Los chipriotas turcos en Chipre, los tamiles en Sri Lanka, los chechenos en Rusia, los kurdos en Iraq, y hasta 2011 Darfur en Sudán, y muchas otras identidades minoritarias se han unido formalmente al coro de voces que claman por el reconocimiento oficial y el acomodo formal en el sistema político.

² BURGESS, M., *In search of the Federal Spirit: New Empirical and Theoretical Perspectives* (proximamente), OUP, Oxford, 2012.

Hoy estamos frente a un número creciente de Estados cuyas sociedades muestran todas las características indelebles del multiculturalismo, multilingüismo y multinacionalismo. Es verdad que muchas de estas tendencias y evoluciones contemporáneas no son novedosas; han sido evidentes durante décadas y algunas por mucho más tiempo. Pero este imperativo de la diferenciación social se ha visto recientemente acelerado y acentuado en ciertas partes del mundo. Su relevancia política contemporánea ha sido subrayada por la cobertura generalizada de los medios que lo ha vinculado con éxito a los valores, intereses y preconcepciones de Occidente de la gestión del conflicto. A raíz de este nuevo mundo de diferencia y diversidad ha habido tanto un ímpetu intelectual como político práctico para abordar esta notable concatenación de acontecimientos, tendencias y evoluciones de modo que las nuevas cuestiones se plantean y las viejas se reformulan en las nuevas circunstancias.

Una cuestión que ha surgido y que es bastante llamativa en este contexto es la siguiente: ¿Qué ha cambiado en el mundo de los Estados que ha servido para incrementar la importancia de la idea federal? Las cuatro razones siguientes, las cuales están interrelacionadas de una manera compleja, nos ofrecen algunas pistas para una explicación:

- Una reafirmación de la política de la diferencia y autodeterminación, especialmente pero no únicamente en la Europa central y del Este y de manera creciente en los Estados de Oriente Medio, como por ejemplo, los esfuerzos cíclicos para abordar el conflicto palestino-israelí.
- Un nuevo énfasis internacional sobre la legitimidad y reconocimiento de la diferenciación y heterogeneidad social, incluso dentro del Islam, que sugiere claramente una necesidad de acomodo constitucional y político. Por ejemplo, los sunitas y chiitas musulmanes en Iraq.
- El reconocimiento de los derechos humanos y libertades y la moralidad de la intervención humanitaria de las Naciones Unidas (UN) en los asuntos internos de estados soberanos independientes, especialmente aquellos considerados Estados «fallidos». Esto incluye los derechos colectivos del conjunto de comunidades. Por ejemplo, Darfur en Sudán y la autodeterminación de Kósovo.
- La extensión de nuevos procesos de democratización, en parte desencadenados por la invasión de Estados Unidos de Iraq, en Oriente Medio, por ejemplo, Líbano, Túnez, Egipto, Bahreín, Yemen, Libia, Siria e incluso Arabia Saudí. La probabilidad de que estos casos pasen en una nueva era de democracia liberal, no obstante, debe ser considerada con mucha cautela en países con poca o ninguna cultura y experiencia en valores democráticos.

Estas tendencias y evoluciones contemporáneas discernibles nos inducen a aquellos de nosotros interesados en la relevancia práctica del federalismo en el mundo a reflexionar sobre este nuevo reconocimiento político de la diferencia, diversidad y democratización. También nos impulsa una vez más a pensar

con cuidado sobre la naturaleza del conflicto, el significado de la diversidad y el tipo de unidad que puede ser forjada de lo que habitualmente son circunstancias poco prometedoras. El contexto, se dice a menudo, lo es todo pero los vínculos de similitud ente los acontecimientos y las circunstancias aquí identificadas en Europa, África y Oriente Medio sugieren que algo está sucediendo que, como poco, ha revivido un discurso federal internacional. En consecuencia, hay ahora una necesidad real de repensar y reevaluar algunas de nuestras categorías básicas conceptuales a la luz de las perspectivas comparadas.

4. EL CARÁCTER FEDERAL DE LA IDENTIDAD POLÍTICA

En cada uno de los nuevos modelos federales identificados arriba —ya sean formalmente federales o no federales— podemos ver con notable claridad que todos ellos exhiben una tendencia definida a utilizar algunos aspectos de la *práctica federal*. Sin importar si la creación de un nuevo modelo federal ha aparecido como resultado de un «momento constitucional» (aunque un momento «impuesto») con poco o ninguna cultura política democrática, como fue el caso de Bosnia-Herzegovina, o si ha llevado mucho tiempo como síntoma de un proceso federalizante creciente en una democracia liberal establecida, como en Bélgica, la reconstrucción y reconfiguración de un Estado existente en un acuerdo mucho más de «tipo federal» (incluyendo mecanismos, procedimientos y prácticas consoasociacionales), hay algo en la naturaleza de la idea federal que lo hace, en muchos aspectos importantes, ubicuo.

Si es verdad, como una vez escribió Murray Forsyth, que «con el suficiente esfuerzo podemos encontrar federalismo en todas partes», esto nos dice algo sobre la innata flexibilidad y maleabilidad de la idea federal en su aparentemente infinita capacidad para adaptarse y ajustarse a las diferentes circunstancias³. Su capacidad camaleónica para mezclarse con una variedad de contextos sociales diferentes y culturas políticas en diferentes partes del mundo claramente sugiere que llega de alguna manera al propio núcleo de la existencia humana. En resumen, aguanta precisamente porque está profundamente enraizado en los valores y principios humanos fundamentales de la organización política —con el modo en que organizamos las relaciones humanas—. Althusius, como ya hemos observado, construyó esta idea como «política» en términos de construcción de la comunidad, siempre hacia arriba y hacia delante de una manera ascendente desde abajo hacia la parte superior del sistema político.

Pero creo que es importante pararnos por un momento a reflexionar sobre lo que, o al menos en la superficie, es una cuestión existencial. Si la idea fede-

³ FORSYTH, M., *Union of States: The Theory and Practice of Confederation*, Leicester University Press, Leicester, 1981.

ral es esencialmente un principio organizativo, se usa de manera interminable para organizar y reorganizar a los seres humanos en tanto sus capacidades individuales como colectivas de modo que seamos capaces de vivir conjuntamente en comunidades políticas que facilitan la base dual de la cooperación y la autodeterminación: del tipo de unidad y autonomía que llevó a Daniel Elazar a referirse al «autogobierno y al gobierno compartido»⁴. En otras palabras, la idea federal se convierte en una idea que está indisolublemente unida a quién y qué somos (o quienes creemos que somos o incluso quienes quisiéramos ser). Esto expresa el sentido de cambio dinámico, esto es, que evolucionamos como seres humanos siempre en proceso de llegar a ser algo. En dos palabras, es parte integrante de nuestra identidad política. Ofrece la respuesta a la cuestión de «¿Quién soy yo?» y «¿Cuál es mi identidad en términos tanto de capacidades individuales y colectivas?». Pero también subraya la fluidez, la pluralidad y complejidad de la identidad política. Si este razonamiento es correcto, la noción de identidad política —de quién soy en el régimen político o en la comunidad política—, está en un estado de flujo constante. Sin querer abordar el complejo asunto de la formación de la identidad aquí, es importante para nosotros en este momento enfatizar el carácter esencialmente *moral* de la idea federal. Es moral en el sentido de su concepción del régimen político como fundamento para los seres humanos para vivir conjuntamente pacíficamente en su diferencia y diversidad. La diferencia, se nos recuerda, produce federalismo. No hay tiempo o espacio para incluir una investigación detallada de estos valores y principios aquí pero no obstante déjenos identificar los valores básicos, como podemos verlos: dignidad humana, libertad, igualdad (de los ciudadanos, incluyendo «a los otros»), diversidad, tolerancia y empatía política. Desde la presencia e interacción de estos *valores federales*, podemos derivar un conjunto de *principios federales* que podrían incluir *inter alia* términos como la asociación, la negociación, el acuerdo, el contrato y pacto en lo que el destacado teórico político canadiense Charles Taylor ha llamado «la política del reconocimiento» y que ha engendrado una colección de palabras, frases y definiciones clave del federalismo, tal como autogobierno y gobierno compartido⁵. Estos valores y principios federales están íntima e intrincadamente unidos los unos a los otros. A veces invisibles, trabajan conjuntamente hacia la creación de un régimen federal que funciona en un modo particular para forjar una identidad compuesta que comprenda una variedad de identidades constituyentes que algunos académicos españoles, como Ferrán Requejo, han llamado pluralismo de valores multinacional o plurinacional⁶. Esto busca capturar y expresar la complejidad de la identidad política que —como el propio federalismo— tiene muchos significados y énfasis sutiles.

⁴ ELAZAR, D.J., *Exploring Federalism*, University of Alabama Press, Tuscaloosa, AL, 1987.

⁵ TAYLOR, C., *Multiculturalism and «The Politics of recognition»: An Essay*, Princeton University Press, Princeton, 1992.

⁶ REQUEJO, F., *Multinational Federalism and Value Pluralism*, Routledge, Londres, 2005.

En su núcleo, entonces, la identidad política tiene un carácter federal. Sin importar si tiene dimensiones duales, triples o múltiples sino en el hecho de que tiene un fundamento moral a ella en términos de cómo vivimos juntos, nos asociamos y nos comprometemos en la construcción de la comunidad.

5. FEDERALISMO Y DEMOCRACIA LIBERAL

Ninguna de estas cosas, ha de decirse, puede florecer y desarrollarse en otra cosa que no sea un Estado democrático liberal. Los valores y los principios federales en cualquier caso corresponden a y se adhieren a la democracia liberal y —al menos teóricamente— apoyándose mutuamente. Hablar de una federación militar, tal y como hizo William Riker en 1987, o buscar fusionar el carácter autoritario de una dictadura con la idea federal, como los militares se esforzaron por largos períodos en Nigeria, es francamente absurda⁷. Vicia la idea federal en su propio origen. En consecuencia, supera nuestra capacidad de comprensión reclamar que la Unión Soviética, Checoslovaquia y Yugoslavia fueran federaciones «fallidas» por la simple razón de que nunca en primer lugar fueron estados federales. El argumento para esto recae en el hecho de que los valores y los principios que acabamos justamente de identificar no pueden producir libertad genuina, autonomía y autodeterminación interna más que lo que haya a instancias de la autoridad política central. Y si contuvieran elementos federales en alguna medida, al abarcar los caracteres exteriores constitucionales e institucionales comunes de las federaciones, en realidad serían dirigidas por dictaduras de un solo partido que controlaba, o buscaba controlar, todas las líneas de comunicación política en el Estado. Eran, en resumen, impostores.

Esto no quiere decir que todas las federaciones pasadas y presentes vayan necesariamente a cumplir con los requisitos conceptuales y teóricos de una *democracia federal*; pasaríamos un mal momento al intentar justificar que todas los nuevos modelos federales, especialmente aquellos en Rusia, Etiopía, Bosnia-Herzegovina e Iraq son democracias federales que funcionan totalmente, pero en esto ciertamente no están solas si reflexionamos sobre las prácticas democráticas imperfectas en sistemas federales establecidos en Malasia (1963) e India (1950), y esto es, en cualquier caso, apenas sorprendente si consideramos también sus recientes legados históricos que son legados vivientes que mantienen una relevancia contemporánea. De hecho, podría ser que la introducción de una democracia liberal —con todos los caracteres convencionales incluyendo el imperio del derecho, los principios constitucionales, los derechos humanos y libertades y la economía de mercado capitalista— y del proceso de

⁷ BURGESS, M., *Search of Federal Spirit*, ELAZAR, *Exploring Federalism*, y WATTS, R.L., *Comparing Federal Systems*, McGil-Queen's University Press, Londres, 2008. 3.ª edición.

democratización sean mucho más importantes en tales casos que la atención sobre el federalismo.

Y aquí radica el problema principal que es probablemente determinar el éxito o fracaso en estos nuevos modelos. ¿Es posible construir y sostener las nuevas federaciones que en un inicio carecen de una cultura política democrática? ¿Cuáles son las implicaciones teóricas y empíricas de este reciente fenómeno por el que la idea federal se introduce en un conjunto de circunstancias que no son o no parecen ser propicias para su éxito práctico? La experiencia histórica sugiere que entre las denominadas precondiciones de la formación del clásico Estado federal y el proceso subsiguiente de la construcción (multi)nacional y estatal han estado presentes en la realidad social de la diferencia una serie de factores —tales como la contigüidad territorial, los valores e instituciones social y políticamente congruentes, y los objetivos compartidos— que son no obstante comunes a cada experimento federal. Pero nuestros nuevos modelos federales no poseen en general estas precondiciones. De hecho, tienen cada uno una herencia militar que no parece que provea del fundamento para crear y sostener una comunidad política federal viable. Hay poco o nada de experiencia democrática. Los valores democráticos son por lo tanto extremadamente superficiales. En resumen, no hay cultura política democrática en la que la idea federal pueda florecer.

Si esta lógica histórica es en términos generales correcta, será necesario invertir la historia y —habiendo creado una Constitución federal— buscar primero *crear* una cultura política democrática sobre la que la construcción de una federación puede ser firmemente consolidada. La implicación práctica para los nuevos modelos federales en Bosnia-Herzegovina e Iraq es, entonces, que los valores y prácticas democráticos por medio del *proceso de socialización política* habrán de ser introducidos a lo largo de un período extenso de tiempo si han de convertirse en última instancia en autosuficientes. Las consecuencias de la política pública son por lo tanto autoevidentes. Los agentes de esta socialización serían la política educativa, la competencia de los medios y las prácticas democráticas institucionalizadas diseñadas para encauzar y canalizar los conflictos en sendas pacíficas y no violentas. A su vez, una implicación conceptual de este fenómeno novedoso es el renacimiento de tanto la *socialización política* como de la *cultura política* como instrumentos útiles del análisis descriptivo empírico y normativo. Ya hemos empezado a ser testigos de un incremento en las referencias a estos términos en la literatura que está surgiendo sobre los modelos federales contemporáneos. Su utilidad conceptual renaciente deriva directamente de las realidades prácticas de nuestros nuevos modelos federales.

Para resumir esta sección, es importante considerar que el peculiar contexto en el cual los nuevos modelos federales se localizan puede producir una interesante paradoja: la federación es tanto el medio como el fin de la democratización justamente como la democratización es un instrumento necesario para un federalismo autosuficiente. Son, en resumen, influencias que se refuerzan mutuamente.

6. PROCESO Y PARADOJA EN EL FEDERALISMO DE LA IDENTIDAD POLÍTICA

Si volvemos a observar el carácter federal de la identidad política en términos de nuestros nuevos modelos federales, ¿qué nos dice sobre las posibilidades prácticas y las limitaciones del federalismo contemporáneo? Tal y como veremos, el contexto post Guerra Fría de esos modelos aseguraba que emergerían de y a lo largo de procesos más largos de democratización o, para ser más específicos, que la idea federal facilitaría este proceso. Es apropiado, por lo tanto, visitar la perspectiva federal de lo que hemos llamado *federalización*.

La noción de *proceso* en ciencia política denota un cambio continuo, de hecho interminable, dinámico. En los estudios federales, tal y como hemos visto, se asocia con el enfoque teórico de Carl Friedrich. Su deseo de escapar de lo que él veía como el carácter constitucional y legalista del federalismo que daba la impresión de una concepción estática de esta materia le motivó a buscar un modo diferente de entenderlo. En vez de que la idea convencional de la palabra «federal» maniatara la noción de Estado —la federación o el Estado federal— quiso expandir su significado para detectar otras formas y manifestaciones de la idea federal. Él claramente creía que había más en la idea federal que solo el Estado federal y en este particular aspecto fue seguido tanto por Daniel Elazar como por Ronald Watts⁸. En consecuencia, buscó identificar los diferentes Estados y sistemas políticos sobre un espectro o *continuum* de federalismo en el cual pudiera encontrar adecuadamente en términos de su nivel y objeto de *federalización*. Esto le permitió cubrir el espacio entre el nivel estatal doméstico y el nivel internacional de la autoridad política, equiparando por lo tanto la *constitución* como el lenguaje del Estado con el *tratado* como el lenguaje de las relaciones internacionales. Ambos en su visión constituían *federalización*.

Dejando de lado los defectos conceptuales y ambigüedades inherentes en este enfoque de entendimiento del federalismo como un proceso continuo de *federalización*, la concepción de Friedrich tenía no obstante el mérito de expresar la naturaleza esencialmente dinámica del federalismo. Es más, al introducir la idea de que la materia se extendía más allá del Estado para incluir lo que él denominó el *federalismo internacional* claramente prefiguró las contribuciones ulteriores de Elazar y Watts a la teoría federal en el sentido de incluir los *acuerdos* y las *relaciones* federales que existían independientemente de la estructura estatal formal. En los años sesenta, fue y se mantuvo muy idiosincrático, por no decir excéntrico, el modo de mirar al mundo de los actores estatales y no estatales, aunque Friedrich había ido desarrollando este concepto de *federalización* desde al menos 1950.

¿Cómo y por qué el enfoque procesal de Friedrich al federalismo —su noción de *federalización*— sería reevaluado y restaurado como un modo con-

⁸ BOGDANOR, V., *The New British Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

ceptualmente útil para explicar la aparición de nuevos modelos federales? ¿Basándose en qué motivos podemos utilizarlo en orden a poner de acuerdo el cambio contemporáneo?

En un sentido ya hemos subrayado el fundamento para esta aplicación de este vino añejo en odres nuevos. El mundo post Guerra Fría ha cambiado de tal manera que encontramos la mayoría de las teorías clásicas de la formación del Estado federal y su subsiguiente mantenimiento simplemente redundantes. No nos ayudan a entender y explicar la aparición de nuevos modelos federales de manera que esto podría parecer ser otro ejemplo —como el de la UE— de la práctica superando la teoría. Justo como la UE trabaja en la práctica pero no en la teoría, así los nuevos modelos federales existen colectivamente como una realidad contemporánea que no tiene fundamento teórico aparente.

Pero hay otro aspecto en esta noción de federalización sobre el que vale la pena reflexionar con detenimiento. Hay buenas razones para considerar lo que está sucediendo en tres de nuestros nuevos modelos federales como procesos de federalización: Bélgica, Bosnia-Herzegovina y la Unión Europea. En el primer caso, a Bélgica le llevó aproximadamente un cuarto de siglo pasar el Rubicón constitucional de una monarquía parlamentaria descentralizada a una federación de hecho y derecho formal. Durante el período 1995-2012 en la evolución de Bosnia-Herzegovina claramente ha habido un proceso de federalización creciente en términos de su reconciliación y reconstrucción post Guerra. Ahora es una diarquía federal única que comprende una unidad constituyente unitaria —la República de Serbia— y la federación de Bosnia-Herzegovina con diez cantones constituyentes. Esta última, es, en otras palabras, una federación dentro de una federación global más grande dual o binaria. Finalmente la Unión Europea siempre ha sido la expresión institucional actual de un largo proceso de integración europea que puede ser adecuadamente construido como un proceso de federalización poco sistemático, creciente. En estos tres casos, la noción de Friedrich de federalización parecía ser el enfoque conceptual más útil para entender qué es lo que está pasando tanto dentro como fuera del Estado en Europa.

Hay una evidencia empírica más que podría justificar nuestro recurso al concepto de federalización y apoyaría la afirmación de Elazar de que son las relaciones federales lo que es importante más que su incorporación formal en una constitución escrita. Está claro de nuestro apartado introductorio que ha habido una tendencia notable contemporánea hacia la federalización en tres estados europeos formalmente no federales. Vernon Bogdanor identificó el proceso durante los últimos años noventa de lo que él llamó «devolución federal» en el Reino Unido⁹. Esto se describe a veces como descentralización territorial o autonomía subnacional constitucional, dentro de los estados formalmente no federales en Europa y su relevancia tanto en Italia como en España es incontes-

⁹ BOGDANOR, V., *The New British Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

table. Lo que el uso de estos términos y frases indican es un esfuerzo para evitar la (comprensible) asunción de que hay una teleología federal en estos estados y que su evolución es necesariamente hacia un destino federal como punto final de término.

Pero, ¿cómo podemos realmente saber si esto es lo que está pasando en España? Mientras la aplicación del concepto de federalización a España deja aún abierta la puerta a la federación formal, no implica necesariamente que sea inevitable en ningún sentido. El camino y el objeto de la descentralización territorial durante los últimos treinta años es ciertamente un movimiento en la dirección federal, especialmente si tanto el Senado como la reforma fiscal se introducen en el futuro para acompañar la evolución existente de las relaciones intergubernamentales bilaterales y el mayor realce de las Comunidades Autónomas en términos de su cooperación horizontal informal y poderes. No es de extrañar que mucha doctrina del Derecho constitucional y de la política se refieran a la España contemporánea como una «federación disfrazada» o «una federación en creación». Es difícil resistirse a la tentación de clasificarla en términos convencionales, incluso si se prefiere el prefijo *cuasi federal*.

Pero se debe resistir a esta tentación por la simple razón de que España no es ni jamás va a ser formalmente una federación consagrada por una constitución escrita. Lo que importa es como su sistema político trabaja en la práctica. No por vez primera somos testigos del abismo entre la teoría y práctica constitucional. Friedrich, Elazar y Watts encontrarían un feliz consenso en la conclusión de que el modelo federal español actual es justamente esto: una peculiar invención española. Y si, como Italia y Reino Unido, resulta difícil clasificar España de acuerdo con la comprensión convencional de los estados federales, esto sugiere que debemos repensar y reconceptualizar nuestras categorías clasificatorias más que intentar estrujar este nuevo modelo federal en algún tipo de estructura conceptual desfasada. Desde la perspectiva de la teoría federal, entonces, España es otro de estos nuevos modelos federales en evolución que nos está obligando a buscar una nueva clasificación.

Volviendo a la cuestión relativa de la paradoja en el federalismo de identidad política, las similitudes en la estructura de la brecha social en estos nuevos modelos federales es bastante sorprendente pero por razones diferentes. Una de las mayores características comunes a todos ellos es la naturaleza visceral de sus diversidades cultural-ideológicas. Todos ellos se caracterizan en cierto grado y de diferentes modos como combinaciones de multiétnicidad, multinacionalismo, multiculturalismo, multirreligiosidad y multilingüismo. Así que el sello distintivo del federalismo como la institucionalización de la identidad política en estos modelos federales tiene principalmente que ver con asuntos étnicos, nacionales, religiosos y de idioma los cuales son notoriamente difíciles de procesar para todos los sistemas políticos (no sólo aquellos que son federales). Esto es porque son, en muchos modos, cuestiones de política pública no negociables que a menudo implican conflictos de suma cero y ahí es precisamente donde podemos situar una de las diversas paradojas en los estudios federales.

La paradoja en relación al federalismo de identidad política es el siguiente: ¿por qué los constructores del Estado crean conscientemente las comunidades federales sobre los fundamentos de la diferencia y la diversidad que de manera previsible serán difícil de gestionar e inherentemente inestables al comienzo? De hecho, ¿por qué alguien buscaría deliberadamente construir un nuevo estado sobre brechas sociales con prominencia política que constituirán las líneas importantes de fractura en el sistema político y ser una constante fuente de conflicto y división que es probable que constituya un obstáculo a la unidad y la integración del Estado? A su vez, ¿crean condiciones para la secesión en el futuro? Esta cuestión de todas maneras es objeto de un artículo diferente.

7. CONCLUSIÓN: ¿ABRIENDO LA CAJA DE PANDORA?

Si miramos atrás a este breve estudio que tiene como principal foco de atención el surgimiento de nuevos modelos federales desde el fin de la Guerra Fría, parece pedir no solo nuevas perspectivas empíricas y teóricas que tengan implicaciones significativas para el federalismo comparado sino también una revisión de raíz de la teoría federal clásica para acomodar el pluralismo teórico. Esto puede formularse desde una síntesis de las teorías antiguas —tomando de ellas lo que es relevante en esta nueva edad del federalismo— para producir una teoría revisionista con mucha más capacidad explicativa de los enfoques existentes.

El papel y el objeto del federalismo en el mundo del nuevo milenio deben sincronizarse con sus esperanzas, miedos y expectativas novedosas. Esto presenta nuevos desafíos a la idea federal y significa que su innata flexibilidad, construida sobre valores y principios fundamentales, es probable que sea cuestionada de nuevas maneras que servirán más para provocar nuestra imaginación en el diseño constitucional e institucional, en los procesos de adopción de decisiones y en los procedimientos de gestión de conflictos. Los nuevos experimentos federales surgirán como respuestas estructurales a nuevos problemas y son justo tan probables para suministrar la base de la innovación y la exploración como los actuales modelos federales que hemos estudiado aquí hoy.

En consecuencia si estos nuevos modelos federales nos dicen algo, es seguramente que el peligro de abrir la caja de Pandora a arriesgarse a dejar salir todos los males de la humanidad para agitar y producir caos, solamente puede ser juzgado de acuerdo con la viabilidad de las alternativas de la idea federal.

Contradicción y crisis en la idea federal

Carlos de Cabo Martín

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. La perspectiva teórico-política. 2. Perspectiva constitucional. 3. Perspectiva material o territorial.

La utilización metodológica de la contradicción es generalizable y aplicable al estudio de buen número de fenómenos, instituciones, e, incluso, conceptos, en particular aquellos que tienen una trayectoria histórica. Por eso, en principio, nada tiene de particular aplicar este método al Federalismo. Lo que tiene de específico es que el estudio y desarrollo histórico del Federalismo en los diferentes aspectos que aquí se contemplan —la perspectiva teórico-política, la constitucional y la socioeconómica o territorial— tienen lugar de manera contradictoria y, además, con una peculiaridad añadida: los elementos de la contradicción que se producen en los distintos ámbitos que se contemplan, terminan presentando un carácter coherente y no contradictorio, lo que arroja finalmente una explicación plausible a lo que se presenta como una crisis sostenida del federalismo. Desaparece, pues, la contradicción, aunque la contradicción contribuye a explicar su contenido.

Se podría, incluso, decir que la contradicción penetra de tal manera el análisis federal que está presente hasta en los planteamientos desde los que se ha abordado. Por una parte, de manera general, casi unánime, se sostiene que el estudio del Federalismo tiene que ser empírico, casuístico, y que al hacerlo así se registra una variedad tal de formas que parece que destruyen la categoría y que prácticamente conducen a hacerla inservible (de ahí que, efectivamente, alguien se pueda preguntar «*cuál de tantos federalismos*» (A. Pace) como es el título del texto en el que se recogen las intervenciones en el congreso con motivo del 50 aniversario de la Constitución italiana). Sin embargo, al mismo tiempo, se indica que son formas de un tipo, manifestaciones de un mismo fenómeno, expresiones de un mismo término que todos utilizan y por consiguiente remiten necesariamente a un conjunto referencial compartido; se busca por tanto una

categorización que sirva para todas las manifestaciones empíricas (lo que no obsta para que se siga preguntando con cierta perplejidad «*cómo pensar el federalismo*», tal como ocurre en el libro de Duso y Escalone). Esta es la base de la propuesta de O. Beaud con su concepto de *Federación*.

Todo lo cual parece delatar la necesidad de una cierta reconstrucción de ambos aspectos, de una especie de síntesis a través de ese mecanismo doble que recorre siempre el pensamiento científico: partir de la realidad empírica para después ir a la teoría, para de nuevo contrastarla con la realidad. Éste es un problema, se podría decir, de epistemología federal que no se va a abrir aquí porque, aunque central, lo cierto es que ha surgido ha surgido casualmente cuando tratábamos de conseguir el objetivo mucho más modesto que aquí se propone: observar la singularidad e importancia de la contradicción en la dinámica federal en esas tres perspectivas a las que antes se aludía: la teoría política, la constitucional y la socioeconómica o territorial, deduciendo a partir de aquí algunas hipótesis o precisiones finales sobre el orden constitucional.

Por consiguiente, el orden de la exposición será este: perspectiva teórico-política, perspectiva constitucional, perspectiva territorial o socioeconómica.

1. LA PERSPECTIVA TEÓRICO-POLÍTICA

Lo primero que debe indicarse, tanto por los escasos referentes que se hacen a este contenido como —sobre todo— por los desarrollos contrarios que aparecen en la doctrina Federal, es la enorme carga ideológica que inicialmente contiene la concepción federal. Tal afirmación se muestra con la sencillez y evidencia del supuesto histórico inicial de base: que la idea Federal nace en Europa en abierta oposición, en clara confrontación con el Estado unitario; que representa una opción radicalmente contraria al mismo y, en consecuencia, se vincula a un complejo contenido antitético al representado por el Estado unitario.

Hay que señalar, no obstante, que atendiendo, como antes se indicaba, a la experiencia histórica, ya desde el origen no puede hablarse de un contenido homogéneo porque el ataque al Estado unitario procede de dos frentes opuestos (contradictorios) y, en consecuencia, lo son también las fuentes teóricas de la idea Federal:

1. Una es la que procede de fuentes racionalistas que —desde la Ilustración— se vincula bien al liberalismo (al representar el federalismo nuevas formas de división del poder y, por tanto, añadir garantías y espacios a la libertad), bien a la democracia (en cuanto —por la influencia de Rousseau— se la considera más factible en territorios reducidos), bien a distintos planteamientos de reformismo económico (desde el socialismo utópico al anarquismo) adquiriendo así aquel contenido que configuraba al federalismo como alternativa global al orden existente que se realizaba a través del Estado unitario (es prototípico el federalismo español —y aquí debe hacerse mención al libro del mismo título del catedrático español Gumersindo Trujillo del que se cumplen ahora

diez años de su desaparición y que sirvió de base para todos los estudios posteriores del federalismo— cuya propuesta anticentralista le procura el apoyo de la burguesía periférica y cuya propuesta económico reformista el de la clase trabajadora; contradicción, pues, de nuevo, que acabará estallando: el temor y los correspondientes intereses terminarían desplazando a la burguesía hacia posturas proto y ya claramente nacionalistas y la desconfianza respecto de la burguesía y sus propios intereses terminarían desplazando a la clase trabajadora hacia partidos ya claramente obreros).

Aunque este planteamiento es específicamente europeo comparte algunos elementos básicos con federalismos propios de espacios bien distintos como el de Estados Unidos en sus diferentes versiones, ya que si en la de Jefferson se incluye la propuesta democrática mediante la potenciación de los poderes locales que no aparece en la que representa Hamilton, en ambos se presenta también como una alternativa al orden político de la metrópoli; y, a partir de aquí, se relaciona con el europeo en un aspecto muy significativo: se indicaba antes que el Federalismo en Europa surgía en oposición y como alternativa al Estado unitario. Pero es que el Estado unitario, el Estado, surge en Europa bajo la forma de lo que se conoce como Estado moderno que realiza la centralización del poder a través de la monarquía, de manera que es, estructuralmente, un Estado monárquico. No es el momento de exponer aquí el proceso mediante el cual esto ocurre pero al menos debe recordarse para fundamentar esa afirmación, que, ese Estado moderno, pese a su nombre, supone el último mecanismo de defensa del orden feudal (aunque contradictoriamente termine creando condiciones que favorezcan su superación y el desarrollo del capitalismo) mediante la cesión del poder de la nobleza al monarca —que de esta forma lo concentra— a cambio de la defensa del sistema y por tanto del status nobiliario (Los seis libros de la República de Bodino es la expresión teórica de este acuerdo entre nobleza y monarquía). Es decir, y como se indicaba, monarquía y Estado unitario son históricamente inseparables.

Por eso, la antítesis Estado unitario-federalismo es también la antítesis monarquía-federalismo. O dicho de otra forma, la vinculación federalismo-república es la correspondencia simétricamente contraria a Estado unitario-monarquía y de ahí que pronto el federalismo se equie con todo un arsenal práctico y teórico que conmovía los cimientos histórico-míticos de la monarquía. Efectivamente, desde un punto de vista práctico (histórico-concreto) los partidos federalistas serán partidos republicanos; el triunfo de la República se entenderá siempre como una vía al federalismo y los proyectos constitucionales federales serán siempre republicanos. Y desde un punto de vista teórico puede advertirse que estas circunstancias no son sino la proyección de principios radicalmente contrarios: mientras la monarquía es algo dado, indiscutido y dogmático, el federalismo es algo construido, o, lo que es lo mismo, irracionalismo como supuesto monárquico frente a racionalismo como supuesto federal. Se volverá después sobre esta vinculación federalismo-república que extrañamente no se encuentra debidamente explicitada ni teorizada, significativamente al menos, ni en los sectores federalistas ni en los republicanos.

2. La otra fuente teórica de la idea federal a la que hacíamos antes referencia para indicar que desde sus comienzos no tuvo un contenido homogéneo es, en contradicción con lo anterior, la que procede del irracionalismo. Pertenecen a ella las distintas formas que tienen su origen en el historicismo alemán o en los tradicionalismos (francés, español, etc.). Se vinculan a concepciones (organicistas) más propias de las viejas articulaciones medievales (Althusius) y, en todo caso, representan —en distinto grado— una completa reacción a los procesos de modernización a los que —pese a todo— conducía el Estado unitario contra el que, aunque sea desde otro planteamiento, también se sitúan.

La referencia a estas dos fuentes teóricas es necesaria —además— porque también están presentes en una categoría de tanta importancia en el desarrollo federal como es la nación: la procedente del racionalismo presente en los elementos propios del revolucionarismo francés como es el entendimiento de la nación con una base material desde Sieyes o en base al consentimiento hasta Renan, y la procedente del irracionalismo, como es la concepción esencialista o metafísica del ente nacional; a partir de aquí el desarrollo e importancia del concepto de nación se despliega en base tanto a su contenido político institucional como es la vinculación nación-soberanía-estado como a su contenido material: la vinculación entre nación y clase (aunque con posterioridad se haya fragmentado esta relación y la nación se haya vinculado también a otros intereses sobre todo a partir de la descolonización y el surgimiento de movimientos anti-imperialistas de liberación nacional).

Pero lo que interesa destacar es que la vinculación Federalismo-nación (como forma para articular la plurinacionalidad) es otro elemento que, junto al señalado antes, contribuye a completar y cargar de significado ideológico-político la concepción federal.

Pues bien, lo que va a caracterizar como contradictoria la evolución posterior de este ámbito teórico es que hay toda una compleja, persistente, y, seguramente puede afirmarse que dominante, tendencia que presenta al federalismo de forma neutra, es decir, descargada de todo ese contenido ideológico político con el que se configuró desde el principio.

Las vías a través de las cuales se trata de conseguir este objetivo han sido las siguientes:

1. Se trata de situar en primer y prácticamente único plano la pura facticidad histórica, en el sentido más empírico y casuístico que se decía al principio, del fenómeno federal, interpretándolo únicamente como una solución coyuntural a una problemática compleja. Lo que da lugar ciertamente a tal cantidad de casos, supuestos y grados que prácticamente conducen a la destrucción de la categoría y en la que todo puede ser calificado de federal.
2. La segunda es contemplar la cuestión federal como exclusivamente organizativa. El federalismo hay que estudiarlo —se dice— desde la perspectiva de la teoría de la organización, como pura técnica organiza-

- tiva. De manera que la opción federal debe deducirse exclusivamente de las ventajas que presenten sus caracteres organizativos.
3. Se busca desvincular la problemática federal de toda cuestión política o socioeconómica, no sólo en la forma implícita que se contiene en la consideración anterior (estrictamente organizativa) sino explícita y directamente a través de formulaciones como las que enfatizan la importancia en conseguir eliminar «diferencias» y conseguir una homogeneización en todos los órdenes como el marco más adecuado para el desarrollo federal.
 4. Finalmente, incide en los mismos objetivos de manera más o menos directa, la enfatización y reconstrucción teórica y técnica del Regionalismo, elevándolo a un grado tal que se termina desdibujando las fronteras entre regionalismo y federalismo, pero, en todo caso, desideologizando la cuestión. Dejándola en el fenómeno cultural.

Todo lo cual confluye con las múltiples vías que en la actualidad conducen a la despolitización general y no puede olvidarse que despolitizar es desconflictualizar.

Estos planteamientos no dejan de suscitar nuevas contradicciones como ocurre en el ámbito europeo en el que los Estados, si bien respecto del interior se ajustan a las pautas antes señaladas, respecto de su integración en Europa mantienen ciertamente los puestos contrarios (ideológicos y políticos) en cuanto que como se sigue afirmando y como se está poniendo de manifiesto, los Estados siguen siendo «*los señores de los tratados*» y por tanto de la Unión Europea.

2. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Se puede sostener sin demasiadas dificultades que el ámbito de lo público surge a partir de, y en función de lo privado y que ello tiene lugar de manera específica en el ámbito del Derecho desde que lo privado adquiere alguna entidad como ocurre con el Derecho romano (es bien conocido cómo todo el edificio jurídico romano surge a partir del poder y del derecho que concentra el *pater familias* en lo que se denomina como *manus* y que comprende tanto el poder sobre las cosas, el *dominiun*, como el poder sobre las personas, la *potestas*, que se proyectará después en el ámbito del poder público a través del *imperium* y del *autoritas* y que va a suponer el paso del *ius* a la *lex*) y que tiene como manifestación primera más moderna y compleja la dogmática alemana del Derecho público formada inicialmente en base a categorías procedentes del Derecho privado (basta recordar lo que supone desde este punto de vista conceptos como la capacidad jurídica, sujeto de derecho, Derecho público subjetivo, personalidad jurídica, etc.).

En el específico ámbito jurídico constitucional es también muy significativo que ha sido una categoría central y propia del Derecho privado la que ha ser-

vido como explicación, soporte o metáfora del orden político: el contrato. Así ocurre que abarca este carácter explicativo a los grandes periodos históricos: desde el medieval en el que el orden político se explica a través del *pactum subiectionis*, al amplio periodo que comprende tanto la transición al capitalismo como el primer capitalismo o capitalismo liberal en el que el orden jurídico político se explica a través del pacto aunque revista fórmulas tan diferentes como las que van de Hobbes a Rousseau, y, finalmente, en el caso del capitalismo monopolístico con la aparición del Estado social vuelve a ser el contrato o pacto de clase el que explica la configuración del Estado social y, en consecuencia, del constitucionalismo del Estado social. La categoría del contrato, del pacto, se ha revelado como capaz de albergar contenidos diferentes en diferentes modos de producción y, además, ha tenido la capacidad para integrar el progreso en el orden político en cuanto ha tenido la virtualidad de ser también cada vez más progresivamente inclusivo.

La singularidad de la categoría se completa si se tiene en cuenta que sirve como elemento explicativo no sólo para el orden estatal unitario, sino también para un orden jurídico político más complejo cuya forma más perfeccionada es la federal. Porque, ciertamente, desde el principio, desde las primeras formulaciones (el ejemplo habitual es Proudhon) es el pacto el que está en la base de la federación, término que por otro lado es lo que significa (no cabe ignorar la tesis contraria que alcanza su formulación más contundente con Carl Schmitt a partir de la unidad del pueblo y su decisión constituyente que excluye toda idea de pacto, pero es que se trata de una postura que está fuera de la teorización federal).

En consecuencia, en el federalismo como en todo contrato, lo decisivo, inicialmente, lo único existente son las partes, de manera que son las partes las que definen el todo y no el todo como en el Estado unitario el que define las partes. De ahí que el federalismo en cuanto acuerdo sea relación entre partes. Y la Constitución federal —distinta del Pacto federal— expresa y garantiza este acuerdo, esta relación. De ahí también el especial carácter constitucional del Estado federal. Cabe decir que es propiamente el único Estado u organización jurídico-política necesariamente constitucional. El Estado constitucional por antonomasia. Porque el Estado unitario podría existir sin Constitución formal, pero el Estado federal no. Necesita la constancia escrita y todas las garantías añadidas para la protección y respeto del pacto. Lo que se proyecta en las características básicas del constitucionalismo federal que como se han puesto de manifiesto en este congreso y por esta razón no es necesario insistir serían las siguientes:

1. De un lado que en el constitucionalismo federal se considere desde su formulación por Kelsen, Constitución esencial o total aquella parte de la Constitución federal que regula precisamente las relaciones (distribución de competencias) entre las partes, entre los Estados.
2. Que, sobre todo, el contenido mínimo necesario de la Constitución federal tiene que ser el de garantizar a los Estados miembros su existencia jurídico política como Estados (federales).

Por lo que se puede decir que el constitucionalismo federal alberga la garantía institucional de mayor relieve y entidad del Derecho constitucional.

De ahí que se entienda que el contenido necesario y mínimo de esta garantía constitucional esté formado por estos dos elementos:

1. La autonomía para existir como Estados, lo que implica, de un lado, la capacidad jurídico política (es decir, el poder constituyente estatal) y de otro la capacidad económica.
2. La adecuada configuración de la participación protagonista de los Estados en la construcción del orden federal, lo que se manifiesta en dos niveles:
 - a. En el nivel constitucional mediante la participación de los Estados miembros como poder constituyente federal para elaborar y aprobar la Constitución federal y como poder de reforma para reformarla.
 - b. En el subconstitucional a través de la participación en la formación y funcionamiento ordinario de la voluntad federal a través de diversas formas de intervención en los distintos poderes federales, sea en el Ejecutivo (posible participación en la elección desde la más alta Magistratura a la configuración de otros órganos o nombramiento de funcionarios), el Legislativo (siendo el bicameralismo federal el único indiscutible desde supuestos estrictamente democráticos en la teoría del parlamentarismo) o el Judicial (con las diversas formas de participación en la configuración de los órganos judiciales y particularmente del más Alto Tribunal federal).

Bien entendido que estos principios (el de autonomía y el de participación) no se muestran aislados uno del otro, sino interrelacionados y mutuamente condicionantes hasta el punto de que una mayor disponibilidad de competencias (en relación con el primero) puede no tener mayor importancia si las decisiones de co-participación —especialmente las fundamentales— están correctamente configuradas.

Con todo ello no se trata de exponer los bien conocidos elementos básicos del constitucionalismo federal sino sólo destacar que ese constitucionalismo está fundamentado —como no podía ser de otro modo dado su objeto— en las partes que intervienen en el pacto constitucional.

Aquí se podría hacer un breve excursus para confirmar lo que antes se decía desde la perspectiva teórico-política en torno a la relación federalismo-república. Desde la perspectiva constitucional que ahora se considera, se confirma, sobre todo negativamente, es decir por la incompatibilidad de Constitución federal y Monarquía. Inicial y genéricamente porque si el constitucionalismo ya supone la expresión jurídico política de la racionalidad cuando se parte del supuesto de que la razón y sólo la razón es capaz de construir a priori un esquema de organización social, en el caso del federalismo este carácter se acentúa por la necesidad de configurarse constitucionalmente, como antes indicaba, al ser propiamente el Estado necesariamente constitucional. Pero, además, se trata de un constitucionalismo configurado sólo y exclusivamente en base a las partes como poder constituyente y por tanto con exclusión de todo

elemento ajeno al mismo o sin fundamento y origen en el mismo como sería la monarquía. Y finalmente porque si hay algo que es en principio incompatible con la construcción constitucional federal es el protagonismo simbólico de la idea de centro que conlleva siempre la monarquía.

Volviendo al discurso básico, lo que se quiere destacar es que en el orden constitucional Federal lo decisivo y relevante son las partes, en cuanto, como se decía, son ellas las que componen y determinan el todo. Pues precisamente la contradicción que se da en esta perspectiva constitucional que se viene considerando del desarrollo federal, tiene lugar en torno a este punto: frente a ese ingrediente básico del federalismo que es el protagonismo de las partes, en definitiva de la descentralización, la trayectoria seguida ha sido la contraria: tratar de destacar la importancia del todo sobre las partes, es decir, poner el acento en el centro, en la centralización.

Los argumentos que se utilizan han sido siempre externos a la lógica federal y se relacionan con la revalorización de la idea de «orden», asociada a la existencia dominante de un centro frente al supuesto desorden que implicaría el pluricentrismo; con la de racionalidad sistémica que induce el centro, frente a la irracionalidad a que conduce la dinámica de la descentralización; y, en consecuencia, la eficiencia como argumento de necesario pragmatismo, pues —se afirma— el federalismo tiene gran capacidad para legitimar las decisiones pero muy poca para tomarlas.

A lo que hay que añadir como hecho significativo y que completa el carácter contradictorio de la trayectoria apuntada, que esta tendencia centralizadora se ha venido haciendo por vías más bien de hecho o, en todo caso, infraconstitucionales y, como se decía, ajenas a la lógica federal. Recuérdense la vía jurisprudencial de los poderes implícitos, tan extraña al sentido federal, en los Estados Unidos así como a los mecanismos de subvenciones condicionadas como principal fuente de financiación de los Estados en el aspecto económico. Y en Alemania hasta la última reforma que de todas formas incide en la tendencia apuntada, las vías han sido las distintas fórmulas del federalismo comparativo mediante relaciones entre los ejecutivos. El predominio de estas vías de hecho o subconstitucionales contrasta, pues, con lo que antes se dijo del Estado federal como el Estado más propia y formalmente constitucional.

Y no puede dejarse de apuntar finalmente la congruencia de estos procesos centralizadores, de estos procesos que se siguen en el orden constitucional con los de desnacionalización y despolitización que antes se apuntaba en el orden teórico-político, que, no obstante, se han compatibilizado y hasta potenciado con subyacentes procesos de neonacionalismo unitario con fuertes cargas ideológico-políticas.

3. PERSPECTIVA MATERIAL O TERRITORIAL

Aquí se cambia y puede decirse que casi se invierte el punto de vista en cuanto que no es la idea federal la que aparece en primer plano, sino el terri-

torio materialmente considerado para desde esa consideración advertir sus efectos en la idea federal. En definitiva, podría ser la perspectiva estructural que completa las anteriores.

Ello supone indicar que la metodología del modo de producción como método de análisis de articulaciones sociales es aplicable también al territorio. Eso implica considerar que el territorio debe tener una consideración distinta en los diferentes modos de producción.

Y así ocurre en realidad. En el precapitalismo (en los modos de producción precapitalistas) puede afirmarse que el territorio es un elemento dado, función y condición de tradiciones y forma de vida, lo que explicará las diferencias entre unos y otros, pero mantendrá la función que deriva de ese carácter y que le hace aparecer como impreciso, abierto y continuo. Es lo que puede llamarse la naturalidad del territorio o el territorio como naturaleza.

En el capitalismo, sin embargo, el territorio ya no es un elemento dado sino producido, como una exigencia para ser apropiado. En el capitalismo, como se sabe, la producción es justamente apropiación. De manera que ahora son estos aspectos los definitivos: la producción y la apropiación. Y en consecuencia el territorio deja de ser impreciso para ser fijo, abierto para ser cerrado y continuo para ser discontinuo. Por eso es también ahora cuando se produce, frente a la anterior naturalidad del territorio o el territorio como naturaleza, la historicidad del territorio o el territorio como historia, es decir, la territorialización de la historia y comienza también la posibilidad de la nacionalización del territorio y del territorio como elemento de nacionalización.

La fase actual del capitalismo, la globalización económica, entendida como estrategia específica de la acumulación, implica también una específica forma de apropiación del territorio. Esta especificidad es la que se trata de expresar en la teorización actual a través del concepto de «escala». Se entiende por tal el escenario en el que tanto discursiva como materialmente se impugnan y tienen lugar las relaciones socioespaciales de poder, se negocia, se acuerda y se regula. Esta escala, este escenario, es resultado de las nuevas tensiones y luchas sociales de cuya especificidad resulta también la forma específica de apropiación. De manera que de aquí resulta un principio metodológico y es que en los análisis teóricos sobre el territorio el precedente no va a ser éste mismo, no va a ser el territorio, sino que lo primero que hay que analizar es justamente el proceso en virtud del cual se determinan y configuran las escalas, de manera que el territorio no es en términos lógicos el precedente sino el consecuente.

De acuerdo con ello el marco en el que se desenvuelve actualmente el proceso de globalización capitalista con respecto al territorio podría ser el siguiente:

En primer término y en relación con lo anterior, lo significativo es que los procesos actuales de globalización tienen lugar no sólo a través de múltiples escalas sino (en cuanto el territorio es el consecuente) la escala es ahora «móvil», diversa y volátil frente a la anterior fija y única del Estado nacional. Desaparece, pues, la referencia común, constante, privilegiada y hasta sacralizada en

cuanto intocable como primer carácter y expresión de la soberanía y lo que sucede es ese proceso de luchas o tensiones para determinar en cada caso, cuál es la escala que debe corresponder, que es la resultante de las tensiones y procesos que tienen lugar con anterioridad.

Se acaba, pues, con la absolutización de ninguna de las escalas y se llega, por tanto, a la relativización de todas, con lo que termina lo que antes se indicaba como característico de la anterior fase del capitalismo, la territorialización de la historia y en términos generales y preferentes (teóricamente) la nacionalización del territorio. Y a partir de ahí la erosión de supuestos básicos sobre los que se configuraba la idea de nación.

Se considera, pues, que la globalización económica debe considerarse como un factor condicionante, porque, aunque no todo elemento o institución tenga un carácter o traducción global, debe contar con lo global como horizonte último. En este sentido y siguiendo lo que antes se apuntaba, la globalización supone una forma específica de apropiación del territorio por parte del capital que le lleva inicialmente, en este momento que puede considerarse el momento abstracto del capital y del libre desarrollo de la ley del valor, a la realización de la propuesta neoliberal, de manera que el capital fluya libremente tanto en el tiempo como en el espacio, lo que demanda un tipo de cobertura jurídica específica sobre lo que se volverá después y también la transformación de elementos básicos del orden político anterior como era la soberanía, partiendo de lo que ahora comienza a llamarse soberanía flexible o funcional a los procesos que se indican y que son previos, determinantes o, en todo caso, condicionantes.

En todo caso, hay que señalar aquí la complejidad de la relación de la globalización capitalista con el territorio, en el sentido de que, por un lado, se asiste a una cierta desterritorialización del capital en cuanto aparece lo que Guattari ha llamado el capitalismo integrado, entendiéndolo por tal la existencia de una serie de centros de capital dominantes a nivel mundial sin una relación privilegiada con ningún país, Estado o nación, que configuran una cierta red relativamente independiente, y por otro lado el que el territorio como ámbito de explotación capitalista se encuentra agotado, de manera que el capitalismo se encuentra en alguna medida cercado y debe acentuar en intensidad lo que ya no puede conseguir en expansión, lo que produce efectos de transformación de los mercados introduciendo mecanismos notables de artificialidad y otros condicionantes que no deben pasar por alto en el análisis del mismo.

Hay que añadir que el ciberespacio ofrece tanto un mecanismo para escapar de los límites territoriales hacia un «espacio funcional» como un medio para conectar territorios y ámbitos locales de formas nuevas.

2.º Y junto a esta escala móvil de indefinición territorial se registra, pese a ello, la necesidad de otra escala territorial definida o fija en función de determinadas tareas.

Aquí habría que incluir dos fuerzas o tendencias que, aunque coincidentes en la preferencia y defensa de esa escala, tienen significado y naturaleza dis-

tinta. De una parte porque en términos generales puede decirse que la globalización y en definitiva el libre mercado mundial defienden los intereses dominantes, pero las economías más débiles tienden a protegerse de ella porque conduce a su subordinación en el exterior y a efectos distorsionantes en el interior, como se verá después, lo que les lleva a intentar fijar defensivamente un espacio (otra cosa es que pese a todo sean «dominadas», se vean forzadas a integrarse, como ocurre en buena parte de las economías no sólo africanas o latinoamericanas sino incluso europeas). De otra, la que representa frente al que antes se llamaba momento abstracto el momento concreto de los capitales concretos, que necesitan fijarse en un espacio también concreto como condición para su valorización y que van desde cuestiones relacionadas con la fuerza de trabajo a las institucionales, como la seguridad, la eficiencia de las administraciones o las infraestructuras. Estas tendencias, y más propiamente la segunda, conducen a la consideración de la importancia y papel que tiene en la actualidad esa escala fija, para determinadas tareas, a la que antes se aludía y que es el Estado.

Hubo inicialmente una confusión sobre el papel del Estado en la nueva fase de la globalización, en cuanto supraestatalidad o internacionalización. La confusión procede de que se ha producido una pérdida de lo que puede llamarse la absolutización del Estado y una progresiva relativización del mismo, a condicionamientos, intereses, determinaciones, exteriores y ajenos al mismo, con unos caracteres y en un grado históricamente nuevos, pero esta *relativización* no puede confundirse con una pérdida de importancia sino al contrario. Podría efectivamente afirmarse que en la medida en que la globalización ha determinado la relativización del Estado, en esa misma medida (que mide la intensidad y necesidad de la relación) el Estado y su papel se han mostrado decisivos, revalorizados, en cuanto actores, colaboradores necesarios, de esa globalización.

Porque, inicialmente, el Estado sigue desempeñando a la altura del actual tiempo histórico la función tradicional de cohesión de una sociedad dividida en clases y atravesada por nuevas fracturas y conflictos y en la que se incluye lo que residualmente queda de lo que antes se denominó el Estado social (habría que añadir aquí que en las teorizaciones últimas sobre el Estado social se está abriendo paso la idea de la inserción estructuralmente necesaria del Estado social en el capitalismo al menos en algunas de sus manifestaciones, como son aquellas que se relacionan tanto con la legitimación como con su carácter de relativo motor del capitalismo en algunos aspectos que configuran lo que se ha podido llamar el Estado social inversor según la terminología de Esping-Andersen). Y junto a esa función, aparecen algunas tareas como las que se relacionan con la necesaria interrelación de la economía nacional con el mercado mundial, con las implicaciones en lo que puede llamarse la crisis de la idea de frontera, la eliminación, entre otros, de los controles sobre los circuitos financieros o mercantiles, la adecuación de las políticas internas con vistas a conseguir convergencias con el entorno así como la superación de las rigideces existentes

y facilitar, más o menos formalmente, la transferencia de competencias al exterior alejándola de los controles internos.

Pero, junto a estas, me parece que es necesario subrayar de manera especial las tres siguientes:

1. La primera es el papel que está desempeñando el Estado en la actual crisis económica, porque siendo una crisis global se está asistiendo al fracaso de las instituciones de la globalización. Como se sabe, la globalización tiene una institucionalidad no excesivamente definida, pero suficientemente amplia como para que se hubiera podido dar una respuesta bien distinta de la que se está dando. El Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, los distintos grupos G-7, G-9, G-20 y demás instituciones benéficas han mostrado hasta el momento una inactividad y una ineficiencia que ha hecho que sea el Estado justamente el protagonista, otra cosa es decir dónde están los centros de decisión, pero, en definitiva, ha sido el Estado, han sido sus recursos, han sido las políticas, las que se están aplicando para la defensa de la situación interna de los países. Esto quiere decir que el Estado ha cargado, naturalmente, con una función que se ha revelado como absolutamente fundamental y es ser al final la correa de transmisión a través de la cual se va a trasladar el coste de la crisis del capital al trabajo. Desde este punto de vista puede entenderse que el Estado es un elemento absolutamente fundamental en la superación de la crisis económica.
2. La segunda es el nuevo papel del Estado en la financiarización de la economía. Como es bien conocido, se conoce como financiarización de la economía este paso importante del capitalismo productivo a un capitalismo que, a diferencia de la configuración tradicional de la ley del valor basada en el trabajo acumulado, pasa de ser un capitalismo fundado en la plusvalía a un capitalismo basado en la renta. Desde este punto de vista el Estado desempeña una función básica de control social sobre la población en la orientación de sus comportamientos y del consumo hasta el punto de que se está trasladando la categoría de biopoder o biopolítica, acuñada por Foucault, a este nuevo papel del Estado en la financiarización de la economía propia del capitalismo actual.
3. Y en tercer lugar la función que empieza a desempeñar de manera importante en lo que se denomina el capitalismo cognitivo (en todo lo que se refiere a la Economía del Conocimiento) configurando a este Estado post-fordista como un Estado competitivo que concentra toda una serie de actuaciones e intervenciones con vistas a crear las condiciones y actuar prácticamente sobre todas las variables de esta economía, con vistas a contribuir a la competitividad en un mercado global.

Todo lo anterior desencadena dos tipos de dinámicas que tienen interés para nuestro objeto: una dinámica de carácter sociopolítica y otra de carácter más específicamente constitucional.

Por lo que se refiere a la dinámica sociopolítica, hay que señalar que estas tareas del Estado y las medidas que conllevan, en cuanto demandan coherencia y homogeneidad, impulsan una necesaria configuración de un centro y, por tanto, tienden a la centralización de la organización territorial en mayor o menor grado pero siempre con preferencia del todo sobre las partes. Junto a ello, en dirección contraria (por seguir señalando las contradicciones) aparecen tendencias descentralizadoras. De manera abstracta puede decirse que todas hacen referencia a una acentuación de los procesos de desarrollo desigual. De forma más concreta, cabe distinguir en primer término aquellas tendencias que se generan en el interior de los Estados como consecuencia de las prácticas neoliberales y desreguladoras porque, además de que negativamente, pasivamente, pueden deteriorar la cohesión social, positiva o activamente pueden activar movimientos bien de insolidaridad por parte de las zonas ricas respecto de las zonas pobres o de rechazo y protesta de las zonas pobres respecto de las zonas ricas con fenómenos de nacionalismos interiores de uno u otro signo. Y en segundo término aquellas otras que se generan desde el exterior en cuanto la desarticulación interior se puede acentuar por inducciones surgidas desde fuera, como consecuencia de la globalización en lo que se entiende como una típica interrelación de escalas, al crearse relaciones específicas con diferentes áreas locales o regionales interiores. (Es lo que a veces se conoce con la forma japonesa de «bandada de gansos» o, en otros términos, como la coexistencia de la globalización con procesos de refeudalización de los que cada vez hay más ejemplos).

Tanto unas como otras responden a la ejecución de los supuestos del mercado libre, es decir, traducen la desigualdad territorial ante el mercado.

El análisis podría continuar en el sentido de cómo se traducen estas dos grandes tendencias contrapuestas desde una perspectiva del conflicto y desde la configuración del sujeto histórico. Aquí se apunta únicamente que también este análisis implica elementos de contradicción, porque si bien las tendencias centralizadoras y en definitiva la centralización parece que podrían suscitar una mayor unificación de intereses y de las demandas y, por tanto, abrir las vías a una crisis de legitimación, a un mayor fortalecimiento de la oposición social con el consiguiente fortalecimiento y generalización del conflicto y en consecuencia al desarrollo de un antagonismo o de una dialéctica binaria en el sentido más tradicional del conflicto de clases, sin embargo, la práctica muestra, al menos en algunos casos, que el surgimiento y avance de los movimientos sociales de forma importante y aún característica del actual desarrollo de los conflictos ha alcanzado mayor desarrollo en Estados descentralizados o federales (se sitúa en primer lugar del análisis el caso alemán —aunque también cuando se pone el ejemplo de los Verdes se le modera diciendo que el Partido Verde alemán ha terminado transformándose en el Partido Liberal con bicicleta, o incluso de forma humorística se habla de los *golden green* para referirse a los partidarios del líder Fischer que, al parecer, es un afortunado negociador de las posibilidades económicas del ecologismo; o en el caso de los

Estados Unidos en el que también se puede decir que la existencia del federalismo no ha impedido sino que ha facilitado en alguna medida el surgimiento de estos movimientos sociales que van adquiriendo en los últimos tiempos una nueva intensidad). Se pone de manifiesto, además, que ésta es la tendencia del futuro, es decir, la creación de lo que alguien (Holloway) ha denominado el «*agrietamiento del capitalismo*» y que coincide con otras teorizaciones que señalan que el nuevo sujeto histórico no va a ser un sujeto antagonista, configurado, unitario, sino más bien fragmentado y múltiple y de lo que se trata es de establecer una serie de procesos que ni siquiera parece que van a ser de convergencia sino de cierta simultaneidad; de lo que se trata es de transformar la sociedad sin necesidad de obtener el poder, incluso apartándose del poder, en cuanto que, dadas las características cada vez más evidentes de la función del Estado, se entiende que el Estado ya no es un mecanismo de transformación, se da totalmente por perdido y por parte de estos nuevos movimientos sociales y del nuevo «*sujeto histórico*» se intenta apartarse del Estado; por eso no se trata ni de formar partidos ni de siquiera participar en las elecciones, sino de crear espacios (desmercantilizados) al margen pero progresivamente conquistadores del espacio social.

En lo que se refiere a la dinámica constitucional que se decía generaba también la nueva función del Estado, cabe señalar que parece conducir a una erosión constitucional, a una crisis de constitucionalidad, e incluso, quizá de manera más profunda, a un proceso de desconstitucionalización. Tal conclusión, evidentemente radical, parece deducirse de las dos consideraciones siguientes:

La primera, porque todas esas funciones y tareas del Estado son la muestra de la entidad y profundidad que adquiere eso que hoy se ha hecho un lugar común y es que la razón económica prevalece sobre la razón política; porque es que el Estado, el Estado constitucional, era el lugar específico de la política. Precisamente, la abdicación del Estado de esa función y su paso a esas funciones estrictamente económicas revela el vaciamiento político del Estado constitucional. Ciertamente, esto supone una inversión radical en los presupuestos constitucionales, porque si algo significaba el constitucionalismo como Derecho de los valores, si algo significaba el constitucionalismo del Estado social, era la subordinación de la economía a la política. Desde este punto de vista, toda la nueva forma constitucional del Estado social, la inclusión de los contenidos socioeconómicos en la Constitución tenían precisamente este objeto: la subordinación de la economía a la política, la subordinación de los medios a los fines. El constitucionalismo del Estado social era precisamente esto, el dominio de los fines sobre los medios; en consecuencia, la Constitución era el predominio de los valores sobre los mecanismos materiales para su consecución, y la decisión era una decisión política y, en consecuencia, democrática y participada. Pocas dudas hay de que se han invertido los términos y que se están invirtiendo tanto en el orden interior como en la Unión Europea. Algunos habíamos hecho ya una crítica en este sentido, pero en los últimos tiempos y desde luego desde

el Pacto de Competitividad parece evidentemente claro. Pero es que se han invertido los términos de aquello que considerábamos y algunos teóricos habían considerado como un elemento fundamental del proceso de europeización, que era el de la constitucionalización de Europa a la vez que la europeización de los Estados y que se está pasando a los términos simétricamente opuestos, que es a la desconstitucionalización de Europa y a la europeización de esta desconstitucionalización en los Estados. La última reforma constitucional que se apunta en España es justamente la consagración de esto. Pero es que al hacer esta reforma constitucional lo que se está haciendo no es propiamente reformar la Constitución, sino que, si como se decía antes las Constituciones del Estado social son aquellas que se definen precisamente por la superioridad de los fines sobre los medios, por la subordinación de la economía a la política, en la medida en que la reforma constitucional produce justamente la preferencia, la prioridad de la economía supone no una reforma de la Constitución sino propiamente un quebrantamiento de la Constitución, supone una ruptura de la Constitución. A partir de aquí otros elementos de la Constitución normativa del Estado Social resultan afectados. Porque si las políticas tienen que someterse a estos criterios del déficit y pago de la deuda, si todo está decidido en esos elementos básicos qué sentido tiene el pluralismo, incluso ¿qué sentido tienen los elementos sustanciales de la democracia que debía de avanzar de los aspectos puramente políticos a los aspectos más profundamente socioeconómicos? De manera que desde este punto de vista se puede decir que se ha producido una profunda erosión de los supuestos constitucionales básicos, incluido ese nuevo poder constituyente que ha cambiado la constitución del Estado social en neoliberal.

Pero es que, en segundo término, aparte de lo anterior debe indicarse que el proceso de erosión constitucional se produce también en el ámbito de las formas. Hasta ahora uno de los supuestos no sólo específicamente constitucionales sino jurídicos en general era la correspondencia entre Derecho y territorio. Pues bien, la globalización y las características antes apuntadas en torno a las funciones y papel del Estado, apuntan a que se está produciendo una falta de correspondencia entre Derecho y territorio. Esto tiene una transcendencia general para la configuración del Estado de Derecho que, como se sabe, se ajustaba a toda una serie de elementos y de principios que ahora se están desconociendo en el proceso de globalización jurídica, al que le falta no solamente el elemento básico del Derecho que es el elemento democrático sino también el elemento técnico, que era el de la racionalización y que se incluía dentro del concepto general del ordenamiento jurídico (que incluía desde la teoría de las normas, la vigencia espacial de las normas, a todos los demás criterios específicos de configuración del mismo, como el principio de jerarquía, el principio de competencia, el principio de unidad, el principio de coherencia, etc., y, naturalmente, el proceso de construcción y configuración de lo público con unas fuentes bien definidas que ahora han pasado a ser privadas porque la globalización jurídica es en buena medida también pri-

vatización del Derecho). Si esto ocurre respecto del Derecho en general, respecto del Derecho constitucional en particular, caracterizado por un proceso de formalización mucho mayor, ya se puede entender a lo que conduce. Y sobre todo interesa apuntar un fenómeno que tiene especial relevancia como es la falta de correspondencia que existe ahora entre la Constitución formal y la Constitución material. Porque hasta este momento se puede decir que había una correspondencia territorial entre la Constitución formal y la Constitución material, pero ahora desaparece esa correspondencia. La vigencia de la Constitución formal sigue ciertamente referida a un territorio, pero los elementos que componen la Constitución material están desterritorializados, son exteriores y además son cambiantes, tanto las condiciones o elementos materiales como las subjetividades; con lo cual, se está produciendo también una transformación de la relación capital-trabajo como elemento también de la Constitución material, se está deconstruyendo esa relación. De manera que es un elemento que ciertamente dificulta la configuración del trabajo como un sujeto jurídico-político, como era en el constitucionalismo anterior, en cuanto que ahora precisamente buena parte de la subjetividad del trabajo ni es estable, ni homogénea, ni interna, con lo cual su configuración como sujeto jurídico-político es, evidentemente, muy complicada. A ello se añaden que algunas de las armas jurídicas que tenía el Trabajo para defenderse, entre otras la ciudadanía, se están convirtiendo justamente en un arma jurídica contraria. De manera que esta falta de correlación entre la Constitución formal y la Constitución material, unida al anterior proceso que hemos visto de transformación de las Constituciones o de la ruptura de las Constituciones en cuanto a la prevalencia de la economía sobre la política deben ser unos elementos de reflexión para pensar que el constitucionalismo al que estamos asistiendo tiene poco que ver con el constitucionalismo del que probablemente seguimos dando cuenta. Y ello supone la necesidad de renovar los planteamientos constitucionales e integrarse en un nuevo constitucionalismo que se ajuste a la realidad, que no puede ser por menos que un constitucionalismo beligerante o un constitucionalismo crítico. Todo lo cual, si esto tiene algún fundamento, esta erosión de la Constitución tanto en el contenido como en la forma, no puede por menos de acusar su influencia en un aspecto tan importante para el federalismo como era justamente su configuración constitucional. De manera que esta crisis, erosión o desconstitucionalización, es también un riesgo para un sistema tan formalizado y tan vinculado territorialmente como es la configuración constitucional federal.

Del federalismo competitivo al federalismo global de mercado

Miguel Ángel García Herrera y Gonzalo Maestro Buelga
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

SUMARIO: 1. Introducción: método institucional y poder transnacional. 2. Los límites del federalismo competitivo. 3. Las formas de poder transnacional. 3.1. El poder global. 3.2. La gobernanza global. 3.3. La estructura de la gobernanza global. 3.4. La gobernanza multinivel. 4. El federalismo global de mercado. 4.1. El federalismo global de mercado como federalismo transnacional. 4.2. El federalismo global como federalismo de mercado. 4.3. El federalismo global de mercado como federalismo híbrido. 4.4. Federalismo competitivo y federalismo global de mercado: la erosión de los poderes subestatales. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN: MÉTODO INSTITUCIONAL Y PODER TRANSNACIONAL

La crisis económica y social, con visos de convertirse asimismo en crisis institucional, impone revisar los conceptos con los que hemos analizado los períodos históricos anteriores en los que han primado el desarrollo y práctica de determinadas técnicas institucionales de relación entre los poderes territoriales.

Esta afirmación inicial no está exenta de contradicciones: por una parte, la pervivencia e incluso el agravamiento de la crisis imposibilita alcanzar un nivel de consolidación suficiente; por otra parte, resulta obligado confrontarse con los acontecimientos e identificar las tendencias que se afianzaron en las décadas finales del siglo xx y durante los primeros años del siglo xxi.

Al fin y al cabo, los avances se realizan manteniendo la referencia del pasado, con el que hay que sostener un diálogo tenso y complejo. Asimismo los nuevos retos nunca se afrontan con las herramientas del pasado sino con las novedades que se improvisan para adecuarse a las nuevas condiciones. En este marco agitado y contradictorio es en el que debe desenvolverse ineluctablemente la reflexión sobre el reparto territorial entre los diversos niveles institucionales.

Este punto de partida reclama consideraciones conceptuales y metodológicas insoslayables que comportan revisar premisas que han fundamentado la re-

flexión federal en los tiempos precedentes. Y a esta tarea debemos aplicarnos para establecer los cimientos que consientan, al menos como aproximación y a la espera de tiempos menos turbadores, detectar las tendencias que inspiran las reacciones normativas al desmantelamiento de las paredes maestras alumbradas en el ya superado siglo xx.

Resulta por ello pertinente recordar las agudas consideraciones que hace años realizó el notable jurista italiano Antonio La Pergola. A su juicio, la comprensión del federalismo es insuficiente cuando la atención se polariza excesivamente hacia los aspectos técnicos e institucionales. No se trata de minusvalorar el análisis de las técnicas que relacionan a los titulares de las competencias deslindadas constitucionalmente y cuyo examen exige rigurosas disquisiciones jurídicas. Se trata, antes bien, de compensar su estudio con otras referencias que nos proporcionen una lectura más clarificadora.

El tránsito del federalismo dualista al cooperativo no se debió a una depuración de la técnica jurídica de articulación constitucional sino al impulso político del New Deal. No se trató de desarbolar el modelo federal sino de aprovechar sus potencialidades al mantener la separación y acentuar una colaboración que potenciara la cooperación entre los diversos niveles de poder. Como subraya nuestro autor, las exigencias económicas impusieron la superposición de unidades funcionales sobre los poderes territoriales. La voluntad de superar la crisis económica reclamó el abandono del esquema abstencionista, propició la intervención pública en la economía y demandó nuevas formas de relación entre poderes. En consecuencia, el esquema institucional es más fértil cuando se vincula a una concepción más general que tome en consideración un período histórico del constitucionalismo en el que aquél se inscribe¹.

Años después, Lucio Levi se hizo eco de un imponente esfuerzo reflexivo desplegado en Europa durante décadas para reiterar las limitaciones del enfoque institucional e insistir en la necesidad de ampliar la perspectiva de análisis del federalismo. En este planteamiento recuerda a autores que han protagonizado algunos de los esfuerzos más brillantes para sostener la idea federal en los tiempos difíciles de las dictaduras europeas de entreguerras, como Roselli, a quienes han intentado la renovación teórica como Friedrich y Elazar, a quien ha transformado la teoría federal en bandera institucional como Spinelli, a quienes han soñado y proyectado el futuro federal a escala mundial como Reves, Clarck, Sohn y Kelsen². La conciencia de las limitaciones del enfoque institucional comporta la necesidad de concentrar la atención sobre las formas de adaptación del federalismo a los cambios producidos.

Las limitaciones del enfoque se intentan compensar con la integración de las técnicas federales en el cuadro de la forma de Estado. Es la toma en consi-

¹ LA PERGOLA, A., *Los nuevos senderos del federalismo*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 277 ss.

² LEVI, L., *Il pensiero federalista*, Laterza, Bari, 2002, pp. 107 ss.

deración de la identidad estatal la que dota de sentido a la distribución territorial del poder: qué competencias se distribuyen y por qué, qué poderes se reservan a la instancia central y cuáles se asignan a los Estados miembros, qué tareas públicas son atribuidas a los niveles institucionales, que fórmulas de integración y conflicto se contemplan. Estas son preguntas propias de la construcción federal que reciben una respuesta más profunda cuando se analizan a la luz de los contenidos de la forma de Estado.

Pero este enfoque pierde su utilidad cuando toma como referencia a los «valores» de la forma de Estado³. Es preciso concentrarse en las relaciones entre política y economía como decisión constitucional relevante que identifica los intereses, los relaciona y define las mediaciones públicas⁴. De esta forma la inconcreta dialéctica entre la unidad y la diversidad, tan presente en la analítica federal, adquiere un sentido diverso. Se hace emerger una tensión que no se limita a los aspectos culturales, sociales, identitarios, sino que explicita la contradicción consustancial a la reproducción social, la distribución del producto económico, la materialización de los derechos sociales. El carácter parcial e instrumental de la técnica federal es completado con la idea global de la forma de Estado que, a su vez, recibe de la aportación federal una indicación precisa sobre la responsabilidad de los distintos niveles institucionales en la realización de las tareas públicas.

Sin embargo, este fructífero maridaje puede resultar en nuestros días insuficiente para la comprensión de la distribución y ejercicio del poder. Aunque no podemos analizar en este momento el problema de la crisis del Estado y su supuesto declive, es inevitable referirnos brevemente a esta situación.

Sería discutible recuperar el tema de la crisis de la soberanía como referente de análisis para abordar la distribución actual del poder. Hay que desprenderse de conceptos desvaídos y concentrarse en la transformación del poder del Estado, que sufre internamente el condicionamiento exterior y experimental, a su vez, la capacidad de proyectarse en una esfera transnacional.

Baste en esta ocasión con constatar el ejercicio conjunto interestatal de los poderes públicos para abordar los problemas económicos, sociales, medioambientales, etc., que son irresolubles en una óptica aislada estatal. La puesta en común de las supremacías internas y el relajamiento de la independencia que caracterizaba al añejo esquema de la soberanía, comporta la integración estatal en estructuras que deben conciliar la tensión entre la preservación de la identidad del Estado y su incorporación al colegio de poderes estatales que

³ BOGNETTI, G., «Federalismo», en *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, UTET, vol. VI, 1991, p. 275.

⁴ Sobre la relevancia de la articulación de los intereses públicos y privados, cfr. LUCIANI, M., «Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana», *La produzione della ricchezza nazionale*, en <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, 2011.

adoptan preferentemente acuerdos consensuados. En suma, la nueva situación mal se concilia con el monolitismo del Estado federal que entiende el ejercicio del poder de manera introspectiva.

La comprensión del federalismo ya no debe identificarse con el ordenamiento estatal, una vez que el poder se ha enriquecido en sus formas de expresión y en su ejercicio. El análisis del orden federal resulta insuficiente si se reduce al estudio de la distribución interna de las competencias que es tan solo una expresión parcial e insuficiente de la realidad del poder. Proseguir con el esquema institucional significa renunciar a comprender la verdad del poder.

Se manifiesta con nuevos matices la crónica y pertinaz distancia entre teoría y práctica del federalismo. La heterogeneidad de las manifestaciones del federalismo y la eclosión de otras formas de distribución territorial del poder ponen en dificultad las construcciones interpretativas que se han mostrado incapaces de abarcar la heterogeneidad federal⁵.

La teoría federal debe, pues, abordar la nueva distribución del poder y las ineludibles consecuencias que la inserción del Estado en las estructuras transnacionales genera en el orden interno. En caso contrario, ello significaría renunciar, en aras de un formalismo institucional, al análisis de la interrelación de los niveles institucionales en la pluralidad de formas que se manifiesta.

Conserva su utilidad la construcción de Friedrich del proceso federal como esquema abierto con el que captar la inserción del federalismo estatal en el orden surgido de la globalización⁶. Para la comprensión de las condiciones de reproducción surgidas en el último tercio del siglo XX resulta prioritario superar la identificación entre Estado federal y federalismo que responde a razones políticas —la consolidación del modelo federal por antonomasia desde su matriz confederal—, y a razones teóricas —una visión en la que convergían los razonamientos empíricos y dogmáticos—. Es de escasa operatividad un esencialismo federal que prime una ontología institucional obsesionada con la dialéctica entre primacía federal y participación estatal. El carácter instrumental del federalismo se recupera cuando se confronta con una enriquecida complejidad que impone desprenderse de resabios esencialistas.

La aportación de Friedrich proporciona una rampa de lanzamiento para integrar las manifestaciones del poder porque se desentiende de la soberanía y de la estatalidad y focaliza su atención «en el plano concreto de los procesos de transformación de las relaciones entre niveles institucionales y las causas que las determinan.»⁷

⁵ SANTAMARÍA DE PAREDES, J.A., «La naturaleza jurídica del Estado autonómico», en RODRÍGUEZ-ARANA, J. y GARCÍA, P., *Curso de Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2003, pp. 138 ss.

⁶ FRIEDRICH, C.J., *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Frederick A. Praeger Publishers, Nueva York, 1968, p. 8.

⁷ PIERINI, A., *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti*, G. Giappichelli, Turín, p. 19.

Pero la confluencia de las transformaciones finiseculares y la explosión de la crisis económica y de la deuda soberana imponen avanzar en la comprensión de las nuevas articulaciones institucionales. El ejercicio del poder se desplaza ostensiblemente hacia el exterior del Estado, en una dinámica que abduce su autonomía e impone la creación de formas de articulación.

Proliferan sedes institucionales y fácticas que emiten decisiones de valor jurídico desigual pero con incuestionable capacidad de condicionar.

Esta articulación repercute en la función de los Estados forzados a practicar una forma directa de ejercicio colectivo del poder y una forma indirecta, porque intervienen otros sujetos cuyos fundamentos normativos y recursos económicos están fijados por los Estados. Este poder enmascarado se materializa, por ejemplo, en el FMI o en el BCE, cuya autonomía de gestión reposa, en última instancia, en el consentimiento y en las decisiones básicas que corresponde adoptar a los Estados.

Otra consecuencia reseñable consiste en reconocer el proceso de desformalización y de degradación normativa. En la tradición federal es obligado referirse al acuerdo constitucional. Pero el rigor de la forma constitucional cede ante las exigencias del intercambio económico en un contexto de desajuste entre la esfera económica y la esfera política. La asimetría entre el poder político y económico se traduce en la de un derecho surgido fuera de los cauces institucionales democráticos. El pragmatismo impulsa una regulación sin rango constitucional que cuestiona la exigencia del acuerdo federal.

En consecuencia, de la confluencia de los vectores institucionales e históricos surge la bisectriz que materializa el nuevo desafío de la teoría federal. Hay que interpretar la clásica distinción entre federalismo dual, cooperativo y competitivo desde el prisma de la luz de la forma de Estado y sustituirla por el federalismo del Estado liberal del capitalismo industrial, el federalismo del Estado social del capitalismo fordista y el federalismo de la crisis del Estado social del capitalismo financiarizado. A ello habría que añadir las concreciones que demanda la actual crisis del modelo neoliberal. O sea, que estamos ante la doble tarea de comprender la distribución del poder en el nuevo orden capitalista y las consecuencias derivadas de la crisis de los postulados y políticas neoliberales.

Esta situación está produciendo ya una dislocación de las relaciones institucionales. El momento presente está presidido por la necesidad, sobre todo en Europa, de recomponer el proceso de producción aquejado por los problemas del sistema financiero y las dudas de la deuda soberana. Y los interrogantes del sistema financiero son la expresión de las dificultades del propio sistema capitalista de ordenar su propia reproducción en un contexto de crisis sistémica y civilizatoria con problemas crecientes de redistribución de la riqueza y de sostenibilidad medio ambiental.

Cualquier observador detecta un proceso de centralización competencial que pone en cuestión las previsiones constitucionales estatales. La elevación vertical de la decisión hacia centros políticos, como el dualismo francoalemán,

o el protagonismo del G-20 se traducen en la exigencia de profundizar en la unión fiscal y presupuestaria en la Unión Europea o en reforzamiento del FMI como agente del colectivo de Estados. De estas iniciativas surgirán los pilares de lo que va a ser el ajuste de la técnica federal a las necesidades de recomposición del capitalismo financiarizado.

En síntesis, el debate federal se desenvolverá en un contexto caracterizado por: a) el desplazamiento del centro nuclear desde los Estados a las formas institucionales de ejercicio colectivo del poder y la consiguiente centralización de la toma de decisiones; b) sustitución del fundamento constitucional por reglas jurídicas y acuerdos pactados por los sujetos estatales; c) adecuación instrumental del federalismo a las exigencias de solución de la crisis del capitalismo financiarizado.

2. LOS LÍMITES DEL FEDERALISMO COMPETITIVO

El federalismo competitivo es una propuesta teórica elaborada en la segunda mitad del siglo pasado. Abarca tanto las contribuciones de Tiebout⁸ como las formulaciones vinculadas a las transformaciones de las relaciones entre el Estado y el mercado consolidadas en los años 90⁹. Asimismo, hay que valorar la revisión que la literatura económica realiza desde finales de los 70 de la crisis fiscal del Estado y el gasto público en bienestar social¹⁰.

Esta construcción teórica es básicamente económica, al menos en la configuración de sus elementos fundamentales. Su núcleo esencial consiste en proponer la competencia entre los niveles horizontales y verticales de la organización territorial del Estado, entre la Federación y los Estados federados y entre estos entre sí. Con independencia de su carácter de sugerencia, su vinculación con la recuperación de las propuestas liberales del Estado mínimo y la fundamentación de las decisiones públicas en la lógica del funcionamiento del mercado¹¹ hacen del federalismo competitivo una propuesta ideológica vinculada a la extensión del paradigma neoliberal¹². La correspondencia cronológica entre la consolidación teórica de la propuesta y la hegemonía del proyecto neoliberal

⁸ TIEBOUT, C., «A pure theory of local expenditures», en *Journal of Political Economy*, n.º 64, 1956, pp. 416-424.

⁹ DYE, T.R., *American Federalism: Competition among Governments*, Lexington Books, Lexington MA, 1991.

¹⁰ SALMON, P., «Decentralization as a incentive scheme», en *Oxford Review of Economy Policy*, vol. 3, n.º 2, 1978, pp. 24-43; BRETON, A., «Toward a theory of competitive federalism», en *European Journal of Political Economy*, n.º 3, 1987, pp. 263-329.

¹¹ BUCHANAN, J.M., «Federalism and individual sovereignty», en *Cato Journal*, n.º 23, 1995-6, pp. 259-68.

¹² PIERINI, A., «Il federalismo competitivo: un approccio neoliberalista all'analisi dei processi di federalizzazione», en *Diritto Pubblico Comparato*, ed Europeo, n.º 4, 1999, pp. 1410-28.

lo confirman. No en vano, los pretendidos análisis de eficacia de la competencia interterritorial defendidos por el federalismo competitivo desembocan en una crítica al Estado social y su intervención en la vida económica y social. Se pone de relieve la contraposición de modelos: federalismo cooperativo vinculado al Estado social versus federalismo competitivo vinculado a la crisis del Estado social.

Las elaboraciones de los teóricos iniciales del federalismo competitivo se centran sobre todo en la competencia de los entes subestatales en sus relaciones horizontales. Asimismo, rescatan la lógica del federalismo dual en el sentido de recuperar el conflicto en las relaciones verticales¹³, con el fin de restringir el poder federal. Sin embargo, sus análisis incorporan unas condiciones ideales de competencia que son irreales, la aplicación de las sanciones es escasamente viable en situaciones como la europea, y son incapaces de describir la articulación política del Estado en las postrimerías del siglo XX.

Las reelaboraciones del modelo de Tiebout así lo indican. La competencia vertical también se construye en un escenario ideal de equivalencia de poderes entre los distintos niveles en un marco de autonomía fuerte entre ellos¹⁴. Todo ello revela la sustancial dimensión ideológica de la propuesta del federalismo competitivo.

Su problema principal es que se formula de espaldas a las transformaciones que acontecen en el tránsito del Estado social a la forma de Estado-mercado. La relación vertical de los poderes cambió desde que la crisis del 29 sancionó el fin de la autonomía del mercado. La consecuencia fue que la interrelación entre dinámicas cooperativas y competitivas es inevitable en las relaciones interterritoriales. Aunque la teoría del federalismo competitivo insiste en la tesis de la ruptura, es innegable la pervivencia de la cooperación territorial. Hay, pues, una coexistencia entre continuidad y ruptura.

Sin embargo, lo que interesa destacar es la esencia del federalismo como mecanismo de distribución-reparto del poder. En los momentos iniciales de su génesis americana, el federalismo dual es considerado como una técnica limitadora del poder del Estado que complementa y refuerza el principio de separación de poderes. «Una tal interpretación «dualista» del principio federal partía de una concepción minimalista del papel del Gobierno federal que funcionaba como garantía para una sociedad civil separada del Estado aparato y anclada en el principio de libertad e igualdad formal»¹⁵. El reparto territorial del poder era funcional a la garantía de la autonomía social y del mercado en la concepción liberal.

¹³ CORWIN, E.S., «The passing of dual federalism», en *American Constitutional History*, Harper Torchbooks, Nueva York, 1964, p. 148.

¹⁴ BALDI, B., «Il federalismo competitivo: L'Italia in prospettiva comparata», en *Teoria Politica*, n.º 2, 2009, pp. 95-126.

¹⁵ PIERINI, A., «Il federalismo competitivo: un approccio neoliberalista all'analisi dei processi di federalizzazione», *op. cit.*

Esta perspectiva del federalismo dual es recogida por el federalismo competitivo. Sus análisis tienen como objetivo afirmar la competencia como requisito de la eficacia del funcionamiento del poder estatal e introducir un modelo idealizado de mercado como parámetro de valoración de la acción estatal¹⁶. Se trata de recuperar el federalismo como instrumento de control del poder estatal y como técnica de reparto del poder. ¿Cuál es, entonces, el límite de la teoría del federalismo competitivo que obliga a revisar el debate sobre el federalismo en las actuales circunstancias? El problema fundamental es que el federalismo competitivo es un discurso sobre el reparto del poder estatal y, como tal, insuficiente.

La organización del poder en el mundo de los mercados globalizados ha mutado sustancialmente en las últimas tres décadas y ha asumido una concepción limitada del poder estatal. Frente al constitucionalismo económico del Estado social se contraponen tres propuestas. La primera responde a la lógica del discurso del federalismo competitivo: la tensión entre el poder unitario de intervención y los poderes territoriales subestatales. La segunda consiste en la aparición de poderes transnacionales que operan como instancias condicionadoras del poder público, ya sea este unitario o descentralizado. La tercera se traduce en la aparición de poderes privados que compiten con el poder público y son protagonistas de la recomposición global del poder. Todo ello es lo que representa un desafío para el discurso federal.

La teoría de la globalización ha sido consciente de la complejidad de la articulación y ha intentado captar su dificultad con fórmulas como glocalización. Se pretende expresar la interconexión entre las dos tendencias que son una manifestación del fenómeno de la transformación de la forma de Estado: «The emergence of regional and local economies within some national economies (...) whether such reemergence is part of the overall globalisation process (...) All these changes have their own material and/or strategic basis and thus contribute to the complex ongoing rearticulation of global-regional-national-local economies»¹⁷.

La reflexión que permite englobar esta dinámica aparentemente contradictoria es la de la reterritorialización o, si se prefiere, la reordenación espacial del poder debida a la conclusión del ciclo histórico del capitalismo fordista. De esta forma, la intensificación de las presiones locales-federales debe ser entendida en el seno de la estrategia globalizadora como funcional a la emergencia del Estado-mercado. Con fundamento se ha insistido en la complejidad de la globalización¹⁸, ya que supone un proceso de reterritorialización de las re-

¹⁶ BUCHANAN, J.M., «Federalism and individual sovereignty», *op. cit.*

¹⁷ JESSOP, B., *The future of capitaliste State*, Cambridge U.P. Cambridge, 2002, p. 182.

¹⁸ JESSOP, B. *The spatiootemporal dynamics of capital and its globalization- and how the challenge state power and democracy*, publicado por el Departamento de Sociología, Lancaster University. <http://www.comp.lancs.ac.uk/sociology/soc132rj.pdf>

laciones económicas que afecta simultáneamente a la esfera estatal y global porque desde ambas dinámicas se pretende una limitación de la capacidad de intervención económica del poder público y su subordinación a las exigencias del proceso de acumulación del capitalismo financiero¹⁹. Naturalmente, esta reordenación espacial supone la intensificación de la competencia económica tanto en el interior del Estado como en el espacio global. La vinculación del federalismo competitivo con la competencia interterritorial para la captación de capitales²⁰ permite esta inserción de las propuestas federales en un contexto más amplio, porque ambas son estrategias convergentes.

Retomemos ahora la interpretación del federalismo como forma de reparto del poder. Resulta evidente que la reorganización político-espacial que significa la glocalización representa, así mismo, una nueva reorganización del poder en la que conviven tendencias en apariencia divergentes, pero que son realmente convergentes. El marco contextual de la reflexión sobre el federalismo debe ser la reorganización del poder consumada según la lógica glocal y que ahora incorpora una interacción entre distintos niveles de poder. Poderes que también son diversos, pues concurren en el nuevo reparto no solo sujetos institucionales sino también parainstitucionales y privados.

El límite fundamental de la propuesta del federalismo competitivo es, pues, su dimensión esencialmente estatal y los escenarios ideales y artificiales de la configuración de los poderes en competencia.

Desde esta perspectiva resulta difícil entender la afectación de los poderes subestatales en el espacio global por los poderes privados y su dinámica de jerarquización, porque no puede responder a los mecanismos competitivos pensados en la teorización federal. No es de extrañar que empiecen a emerger nuevas propuestas de interpretación de los nuevos desafíos del federalismo que resaltan, precisamente, el contexto en el que hay que situarlo. El federalismo transnacional²¹ pretende responder a esta insuficiencia al ubicar el debate sobre el federalismo en un nuevo marco contextual. Intenta comprender la nueva organización del poder que deriva de las relaciones económicas gestadas en el final del siglo pasado. La escasa literatura sobre el federalismo transnacional utiliza el ideario federal para construir un marco conceptual en el que insertar la aparición, como fenómeno ligado a la globalización, de una pluralidad de actores que ejercen autoridad pública en niveles diversos.

Desde una perspectiva federal se aborda el nuevo reparto del poder generado en el contexto global. Transciende a las interpretaciones que quieren ver en

¹⁹ BRENNER, N., «Glocalization as a state spatial strategy: urban entrepreneurialism and the new politics of uneven development in western Europe», en VV.AA., *Remaking the global economy*, Sage Publication, Londres, 2003.

²⁰ DYE, T.R., *American federalism: Competition among Governments*, op. cit.

²¹ DELSÜCK, J., «Transnational federalism: problems and prospects of allocating public authority beyond the State», en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n.º 53, vol. II, 2004, pp. 31 y ss.

la globalización tendencias a la federalización desvincula el federalismo del Estado: «Un concepto de federalismo transnacional no centrado en el Estado puede servir como un marco estructural-funcional y, en términos jurídicos, como una base constitucional para la cooperación horizontal y vertical de los distintos actores que ejercen autoridad pública más allá de los Estados»²². Delsück pretende diferenciarlo de las prácticas de lo que denomina *multilayered*, concepto próximo a la gobernanza multinivel, aunque la construcción es más ambiciosa. También resulta próximo a la perspectiva de las propuestas del cosmopolitismo jurídico en la forma de concebir la cooperación entre los actores que convergen en este nuevo mapa del poder global y de los espacios de actuación preferente.

De esta reflexión nos interesa recoger específicamente los elementos de la propuesta que subrayan la dimensión del federalismo como reparto del poder y la imposibilidad de contener esta nueva realidad en el marco del federalismo estatal y competitivo.

¿Qué aporta esta perspectiva de análisis? Es una descripción más ajustada de la realidad. Apela al federalismo como técnica de reparto del poder, pero opera en un contexto diverso de aquel en el que se desarrolló la teoría federal. Posibilita comprender fenómenos recientes propiciados por la crisis y las novedades respecto al federalismo competitivo.

Asistimos a una erosión del poder local, antes actor fuerte en la competencia vertical del federalismo competitivo, lo que parece abrir un nuevo frente de conflicto en nuestro inestable modelo autonómico. Los poderes supranacionales, extraestatales y privados actúan con una función disciplinaria, menos notoria en la fase anterior a la crisis, cuando era menos evidente la demanda de intervención racionalizadora. Ahora emerge la nueva función de estos poderes: la función de disciplina. La imposición de parámetros de recuperación-apuntalamiento que garanticen la supervivencia del modo de acumulación del capitalismo financiero, ha reordenado la relación de los poderes en su dimensión vertical, evitando vías de distorsión que comprometan la continuidad del modelo impuesto desde los años 90. La disciplina de los poderes locales es, simultáneamente, una premisa con la que evitar las distorsiones de la competencia territorial y el desencadenante de la erosión los sujetos locales que se insertan ahora en el sistema global en una posición subalterna. El federalismo transnacional corrige al federalismo competitivo al reconstruir la relación vertical de poderes mediante la afirmación de la función disciplinaria como garantía de la acumulación capitalista.

3. LAS FORMAS DE PODER TRANSNACIONAL

El reparto de poder de la globalización incorpora las características de la forma federal porque preserva los dos momentos definidores: el de la diferen-

²² DELSÜCK. J., «Transnational federalism: problems and prospects of allocating public authority beyond the State», *op. cit.*

ciación y el de la unidad²³. Estos rasgos se corresponden con la exigencia de la acumulación capitalista en los momentos de emergencia: la competencia y la disciplina. El primer momento expresa la tensión entre los niveles de poder que emergen en el escenario global, se refiere a las relaciones entre los poderes estatales y subestatales y es funcional a la consolidación del paradigma antiintervencionista y a la afirmación de la centralidad del mercado. El segundo, la disciplina, representa la unidad, la ordenación interna, la jerarquización del microcosmos de poder que conforma la globalización. A pesar de la aparente desestructuración y de su carácter líquido, se construye una instancia unificadora y de disciplina capaz de salvaguardar la coherencia del «modelo» y las exigencias de la acumulación.

3.1. El poder global

Las primeras teorizaciones sobre el poder global se basan en dos conceptos relevantes: el imperio y la triadización. Estas interpretaciones se distancian de la lógica internacionalista porque dibujan un mapa complejo, con actores plurales pero interdependientes, y una ordenación jerárquica que expresa la unidad y coherencia del poder global y su subordinación a la extensión del mercado incondicionado.

La forma del poder global está todavía centrada en el Estado ya que la hegemonía del «Estado imperial» identifica a la constelación del poder global y se convierte en la instancia unitaria del proyecto del capitalismo financiero. Por su parte, la triadización plantea una articulación basada en el reparto de influencia en el mercado global. La conformación de poder se realiza en el interior del espacio regional (tríada) y se funda en relaciones de hegemonía interna. La insuficiencia explicativa de la triadización para comprender la nueva conformación del poder global explica su evolución y que sea interpretada como un reescalamiento espacial del poder impuesta por la globalización.

El concepto de «transtriadización»²⁴ reacciona frente a estos límites, establece una interconexión entre las tríadas e incorpora los rasgos antes mencionados en la conformación del poder global. La relación entre las tríadas está traspasada por la dualidad competencia-unidad y expresa tanto el conflicto en el reparto de influencia en el mercado global como un momento de unidad en la extensión del mismo, su funcionamiento y centralidad.

Ciertamente, las bases de estas teorizaciones han sido erosionadas y mermada su capacidad de explicar la nueva articulación del poder. La hegemonía estatal en las que ambas se basaban, ha decaído y carece del vigor que pre-

²³ DELSÜCK, J., «Transnational federalism: problems and prospects of allocating public authority beyond the State», *op. cit.*

²⁴ JESSOP, B., «La economía política de la escala y la construcción de las regiones transfronterizas», en *Eure*, n.º 89, 2004, pp. 25-48.

sentaba en la década de los noventa. Las nuevas relaciones interestatales no se corresponden ya con la superada organización del poder de los comienzos de la teorización de la globalización. Sin embargo, como antecedente que concebía el poder superador del ámbito estatal y portador de la lógica dual de la diferencia y la unidad, merece ser rescatado en la reflexión sobre el federalismo global de mercado.

La formulación más acabada sobre la forma del poder global se encuentra en las reflexiones de Negri y Hardt. Se procede a definir la nueva estructura de poder como una constelación formada por muy diversas instancias públicas y privadas, estatales e internacionales. En este complejo sistema de poder global interviene un conglomerado de sujetos que interactúan con funciones coadyuvantes tendentes a crear tanto las condiciones jurídicas de legitimación como la estructura real de control. Conviven en este entramado organizaciones internacionales, estados nación y el poder económico representado por la gran empresa global organizada reticularmente. A pesar de la aparente dispersión, es un poder global dotado de una estructura relativamente ordenada y organizado en círculos jerarquizados. La nueva estructura de poder está articulada piramidalmente y diferenciada en tres niveles²⁵. En el primer nivel, en la cúspide se sitúa destacadamente «una superpotencia, los Estados Unidos, que tiene la hegemonía del uso global de la fuerza»²⁶, aunque dentro de este nivel, la cúspide se ensancha para dar cabida a «un grupo de estados nación que controla los principales instrumentos monetarios globales»²⁷. En el segundo nivel se encuentran los estados nación no integrantes de la cúspide piramidal, junto al nuevo poder económico «estructurado principalmente por las redes que han extendido a través del mercado mundial las grandes empresas capitalistas transnacionales»²⁸, que actúan bajo la tutela del primer nivel. Por último, el tercer nivel está compuesto por grupos que representan los intereses populares, filtros y mecanismos de representación que permiten una inserción controlada de la multitud en el sistema²⁹. Esta estructura, sin embargo, conforma un poder único, funcionalizado a la extensión del mercado global y su garantía, un poder que «ultradetermina a todas las potencias y las estructura de manera unitaria»³⁰.

Ciertamente, las formulaciones realizadas en 1997 deben ser necesariamente corregidas, aunque aceptamos que esta comprensión de la estructura del poder global conserva su utilidad. La relativización y limitación del poder global de los Estados Unidos fueron reconocidas posteriormente por Negri³¹.

²⁵ NEGRI. A. y HARDT. M., *Empire*, Cambridge U.P., Cambridge 2000, p. 309

²⁶ NEGRI. A. y HARDT. M., *op. cit.*, p. 309.

²⁷ NEGRI. A. y HARDT. M., *op. cit.*, p. 310

²⁸ NEGRI. A. y HARDT. M., *op. cit.*, p. 310

²⁹ NEGRI. A. y HARDT. M., *op. cit.*, p. 310.

³⁰ NEGRI. A. y HARDT. M., *op. cit.*, p. 309

³¹ NEGRI. A. y ZOLO. D., «Dialogo su impero», en *Cinque lezioni su impero e dintorni*, Raffaello Cortina Edt., Milán 2003, pp. 11 y ss.

La aparición en esta reflexión del concepto de «constitución global» abre conceptualmente la reflexión sobre el poder a un discurso diverso, que resulta sugerente en la reflexión sobre el federalismo. El concepto de Negri de «constitución global» incorpora una tensión entre deslocalización institucional-territorial y organización de poderes dispersos, entre otros los económico-privados y los parainstitucionales: «El proceso de constitución imperial está en curso. Aquel es el límite que encuentran los instrumentos del capital global que ya funcionan efectivamente». Esta fórmula evoca la necesidad de regular la relación de estos poderes, que aunque materialmente ordenados, jurídicamente resultan no estructurados. La constitución global representa una demanda de juridificación de la constelación de poderes que coexisten en el nuevo escenario. Esta demanda deriva de una exigencia contradictoria, pero evidente en la crisis. Por una parte la necesidad de racionalizar la intervención de los poderes en el ámbito económico, por ejemplo, la propuesta de hace un año de Gordon Brown de instaurar una constitución global que regulase el sistema financiero; y, por otra parte, la incorporación de los elementos de sostenibilidad social que la constitución global debería incorporar. En suma, lo que interesa conservar de la reflexión sobre el *Imperio* es la idea de reordenación jurídica del poder global, que influye necesariamente en la relación territorial y en la jerarquía interna establecida, lo que contribuye a la creación de unidad por el nuevo poder.

Ciertamente, las aproximaciones realizadas resultan afectadas por la erosión del poder militar de Estados Unidos, consecuencia del ejercicio de su función de gendarme global, y de su hegemonía económica. Ello impone una ordenación del poder menos vinculada al concepto de hegemonía estatal y a la propia noción de imperio, lo que a su vez complica la relación de los poderes dispersos que confluyen en el mundo global.

A pesar de este escenario disperso y aparentemente desestructurado, la reflexión sobre la constitución global tiene ya una cierta consolidación. Dos son las líneas de reflexión: la primera está vinculada al cosmopolitismo jurídico que, sobre la base de la dinámica de la globalización, pone el acento en la necesidad de colmar el espacio de control y la participación en la nueva esfera abierta. El ámbito fundamental de reflexión son los derechos fundamentales y su inserción en el escenario global, en el que juega un papel central la propuesta de constitución global³². La segunda pretende, sobre la base de la descripción de la constelación de poderes que emergen en el nuevo escenario, comprender las consecuencias de la afirmación del nuevo orden e introducir las demandas de regulación normativa y de relación en el microcosmos del poder global. Sin duda, esta segunda, que se distancia del voluntarismo de la primera, resulta más útil para analizar la inserción de la reflexión sobre el federalismo en el reparto del poder.

³² FERRAJOLI, L., «Entrevista (M. Barberis)», *Il Mulino*, n.º 3, 2011, pp. 519-526.

Un intento de aproximación sugerente es realizado por Sabino Cassese³³. De su reflexión destacamos algunos de los rasgos de esta constelación del poder global emergente que servirán de base para el discurso posterior. La idea de constitución global es obviamente vista como un proceso incipiente desde el que reflexionar las tendencias que se imponen en la ordenación del poder. Por otra parte, las referencias a la democracia global y a la legitimación de los poderes globales denotan una dimensión ética no siempre compatible con la lógica del poder global.

El primer elemento que conviene subrayar y que constituye un lugar común en esta reflexión, es la descripción del poder global. Es visto como un microcosmos de entes privados, para públicos, públicos, estatales, supraestatales, internacionales, territoriales y globales. Este carácter heterogéneo impide establecer niveles y ordenar su interacción. La teorización del constitucionalismo multinivel y de su gobernanza resulta insuficiente para comprender el juego de relaciones que se establecen en el interior de este microcosmos.

El segundo es que la interrelación preferente que se establece en el poder global es preferentemente de tipo horizontal. Aunque no faltan las relaciones verticales, la relación prevalente de los entes del poder global es la horizontal. Ello permite la reiterada afirmación, que también constituye un lugar común en la literatura, de que el poder global no se estructura jerárquicamente.

El tercero está referido a la conformación jurídica del orden global del que se afirma que carece de un cuerpo de reglas generales que regule sus relaciones y garantice la eficacia de su intervención.

Su comprensión del orden jurídico global consiste en reconocer que se expresa mediante una yuxtaposición de órdenes diversos, prevalentemente sectoriales. Esta tesis plantea la dificultad de localizar el momento de la unidad del poder global. La aparente paradoja consiste en intuir una lógica global pero presentarla como dispersa. A pesar de ello, encuentra mecanismos de afirmación de la unidad en el orden global. Los órdenes jurídicos sectoriales, especialmente aquellos más importantes, imponen una lógica de unidad. Igualmente los mecanismos de interrelación tanto horizontal como vertical contribuyen a la definición de la coherencia del poder global. Pero este reconocimiento no consigue superar la débil construcción de la unidad del poder global.

3.2. La gobernanza global

Posiblemente la reflexión más abundante, aunque indirecta, sobre el poder global sea la que se ha realizado en torno a la «gobernanza global», como forma de actuación del poder en la globalización. La aproximación a

³³ CASSESE, S., *Oltre lo Stato. Verso una costituzione globale?* Ed. Scientifica, Nápoles, 2006.

la gobernanza global permite desvelar los mecanismos de unidad y de disciplina que se establecen en el magma fragmentado del poder en la globalización.

Las dos afirmaciones iniciales del análisis del discurso sobre la gobernanza son: en primer lugar, que la gobernanza significa un cambio radical de la concepción de la política y, en segundo lugar, que debe ser interpretada como un proceso de privatización de las decisiones políticas.

Como ruptura con el paradigma de la política construido durante el siglo xx, la gobernanza significa que los soportes y legitimaciones del poder público y de sus decisiones desaparecen, al menos tal y como se configuraron en el constitucionalismo democrático de la postguerra: «El cambio hacia una gobernanza postmoderna global ha sido completamente realizado. El cambio ha sido de tal intensidad como para disolver no solo el «moderno» sino también su memoria, y destruir todo dispositivo legal y político del socialdemócrata siglo xx»³⁴. Esta metamorfosis ha conducido a la desaparición de la construcción conflictual del derecho³⁵. El proyecto político y social del constitucionalismo democrático emergido en la construcción del Estado social, basada en la integración del conflicto, resulta definitivamente cancelado y expulsado el sujeto débil del conflicto. Gobernanza significa introducir una lógica política radicalmente diversa de la anterior y desligada de las bases de legitimación sobre las que se había construido el funcionamiento del poder.

Esta consideración de la gobernanza excede de la mera referencia a la territorialidad y la globalización. A pesar de los intentos de disfrazar la forma de disolución de la política que el nuevo ejercicio del poder revela, y de presentar a la gobernanza como una suerte de superación de una lógica autoritaria de la política sustituida por la permeabilidad social, lo cierto es que la gobernanza expresa esta disolución de la política que estaba vinculaba al constitucionalismo democrático: «el término gobernanza ha sido usado como una especie de cajón de sastre que se refiere a cualquier estrategia, táctica, proceso, procedimiento o programa para controlar, regular, modelar, dominar o ejercer autoridad en una nación, organización o una localidad determinada. En general, una «buena gobernanza» se materializa cuando las estrategias políticas buscan reducir al mínimo el papel del Estado, de impulsar mecanismos de regulación no gubernativa (...) de introducir un nuevo «management» público, de cambiar el papel de la política en la gestión de la seguridad social y de las cuestiones económicas»³⁶

La segunda afirmación define a la gobernanza como una estrategia de privatización de la política. La doctrina ha establecido una relación entre la idea

³⁴ NEGRI, A., «Postmodern global governance and the critical legal project», en *Law and Critique*, n.º 16, 2005, pp. 27-46.

³⁵ NEGRI, A., «Postmodern global governance and the critical legal project», *op. cit.*

³⁶ CICARELLI, R., «Riformulare la libertà politica nell'analisi della governamentalità», en *European Journal of Legal Studies*, n.º 3, 2008, pp. 1-29.

de gobernanza y el proceso de privatización de la decisión política³⁷. Los elementos que caracterizan las nuevas formas de gobernanza son: su tendencia a sustraerse a los vínculos jurídicos y la privatización que expresa la inserción de sujetos privados en el proceso decisional.

El rastreo de dichas características permite delinear un recorrido que, en el caso europeo, comienza en la «comitología», el MAC (Método Abierto de Coordinación) y la gobernanza, y continúa por otros mecanismos como la nueva concepción de la armonización que interioriza fórmulas del «private transnationalism»³⁸.

Estas formulaciones se inspiran en los análisis de la crisis del derecho interventor y el derecho reflexivo realizados por Teubner³⁹. Este autor también señala la lógica privatizadora de la política presente en la construcción de la gobernanza como propuesta de reestructuración de la política. La interacción de los sistemas sociales en el contexto de la globalización intensifica la dinámica destructiva del sistema económico y afecta a la construcción de la racionalidad política y sus principios legitimadores: «Estos problemas son causados por el funcionamiento de sistemas funcionales fragmentados y operacionalmente cerrados en su fervor expansionista en el interior de una sociedad global»⁴⁰.

La capacidad invasiva del mercado reordena el proceso de decisión e introduce cambios radicales en la política. Aunque la construcción del nuevo orden emergente —*Societal constitutionalism*⁴¹— no se interpreta de esta forma, resulta evidente la influencia de los poderes privados en la ordenación del poder global y en el escenario del nuevo orden sin Estado. Lo que caracteriza la gobernanza global es la emergencia de los poderes privados en la escena política, su capacidad de condicionar la decisión y de colonizar la esfera pública. Desde esta perspectiva, se postula la necesidad de reformular conceptos, que hasta ahora eran esenciales en la construcción de la legitimación del poder político, «expresiones como política, gobierno y representación no pueden ser entendidos en el estrecho sentido de un sistema político institucionalizado»⁴². De esta forma, los poderes privados se insertan en el nuevo poder global y adquieren una capacidad de determinación de la decisión que traduce la privatización de la política. La emergencia de los poderes privados en el consti-

³⁷ JOERGES, C., «Integration through delegation? An irritated heckle», en *European Journal of Legal Studies*, n.º 3, 2008.

³⁸ JOERGES, C., *op. cit.*

³⁹ TEUBNER, G., «Substantive and reflexive elements in modern law», en *Law and Society Review*, n.º 2, 1983, pp. 239 y ss.

⁴⁰ TEUBNER, G., «Giustizia nell'era del capitalismo globale», en *European Journal of Legal Studies*, n.º 3.

⁴¹ TEUBNER, G., «Societal constitutionalism: alternatives to State-centred constitutional theory?», en *Constitutionalism and transnational governance*, Hart, Oxford, 2004, pp. 3-28.

⁴² TEUBNER, G., «The corporate codes of multinational: company constitution beyond corporate governance and co-determination», en *Conflict of law and law of conflict in Europe and beyond: Patterns of supranational and transnational juridification*, Hart, Oxford, 2009.

tucionalismo global es el rasgo distintivo de la gobernanza global⁴³. Esta privatización del poder en el nuevo orden significa también la introducción de una nueva jerarquía entre los actores que conforman el nuevo poder global. La gobernanza global introduce nuevos poderes fuertes en contraposición al orden político-institucional⁴⁴.

Junto a estos rasgos de la gobernanza global deben destacarse otros dos. El primero hace referencia a la legitimidad de los nuevos poderes, y el segundo es la compleja relación que establecen con el derecho y la interacción territorial-global.

La primera cuestión se plantea en una doble dimensión: por un lado, la desconexión de los poderes emergentes en el escenario global con el derecho y, por otro lado, la destrucción del vínculo democrático, siquiera formal, en el que estos operan. La desconexión jurídica de los poderes globales significa la desvinculación del derecho⁴⁵, su naturaleza ajurídica que implica la ausencia de mecanismos de control. La resistencia a su regulación viene vinculada a la afirmación de la centralidad del mercado como espacio no condicionado de distribución acción económica. La caracterización de los poderes económicos como poderes salvajes⁴⁶ que realiza Ferrajoli, incide en este aspecto, que afecta radicalmente a la ausencia de legitimación. Así mismo, la relación compleja entre derecho y poder global ha sido analizada desde la perspectiva de la Critical Legal Studies americana, que destaca como características su indeterminación, fragmentación y la resistencia control jurídico y a la regulación, como exigencias de su carácter de poder global. Fragmentación del derecho que se corresponde, en palabras de Negri, a un exceso constituyente⁴⁷, es decir, con la crisis de la idea misma de orden y de los mecanismos de absorción-exclusión del trabajo en el modelo de acumulación postfordista. La pugna contra el poder del capital global incorpora reacciones no solo fragmentadas sino también ajurídicas, vinculadas a la preservación de la acumulación. Poder global como poder ajurídico que se expresa en la irrupción del mercado global como poder fuerte y ordenante en la constelación-dispersión de poderes del nuevo orden global.

La ajuridicidad de los poderes de la nueva gobernanza global, se corresponde con la ausencia de legitimación de los mismos. La desconexión radical con el principio democrático es considerada un rasgo genético de la gobernanza «Bien se entiende entonces el llamado déficit democrático que la Comunidad europea no ha logrado colmar, que afecta vistosamente al WTO y a cualquier autoridad internacional de la que depende el funcionamiento del mercado

⁴³ TEUBNER, G., «Hybrid laws: constitutionalizing private governance networks», en *Legality and community*, Berkeley Public Policy Press, 2002, pp. 311-31.

⁴⁴ NEGRI, A., «Postmodern global governance and the critical legal project», *op. cit.*

⁴⁵ JOERGES, C., «Integrations through delegation? An irritated heckel», *op. cit.*

⁴⁶ FERRAJOLI, L., *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

⁴⁷ NEGRI, A., «La filosofia del diritto contro le sovranità: nuove eccedenze, vecchie frammentazione», en *European Journal of Legal Studies*, n.º 3, 2008.

global: no es en absoluto un incidente en el recorrido, un defecto destinado a encontrar rápidamente un remedio; es, por el contrario un «*elemento progettuale*», sin el cual el proyecto no sería realizable, no funcionaría»⁴⁸. La contradicción entre legitimación, responsabilidad, principio democrático y poderes globales se ha intentado justificar teóricamente con un ejercicio difícilmente sostenible. La pretensión de que decisiones trascendentales para el conjunto de la población se sustraigan al principio mayoritario se justifiquen en criterios de eficacia técnica⁴⁹, resulta inadmisibles. La apelación al criterio técnico, como forma de legitimación que preserva la eficacia de la intervención, se corresponde con la afirmación de la autonomía del sistema económico y la ausencia de condicionamiento de un mercado que debe estar sustraído a la dinámica política. La proliferación de organismos integrados en la constelación del poder global con capacidad de imponer decisiones trascendentales en nombre de exigencias técnicas expresa esta desvinculación del control y la sustitución de la ordenación jurídica por una decisión técnica que fundamenta la legitimidad de su autonomía y legitimidad. Este discurso es funcional a la incondicionabilidad del mercado y a la imposición de los mecanismos que articulan un proceso de acumulación en el modelo del Estado-mercado, ajeno a la decisión democrática.

La otra característica de la gobernanza global es su concepción del poder como forma de desagregación vertical y su desvinculación parcial de la forma estatal. Gobernanza global significa la emergencia de poderes no territoriales α -estatales. En la interpretación teórica de la gobernanza global se subraya la característica de la α -estatalidad y de la forma no jerarquizada del poder global. La gobernanza, como mecanismo que manifiesta una alta hibridación del poder, se configura como un microcosmos de organismos públicos en el que conviven los Estados con otros sujetos privados y parainstitucionales vinculados al funcionamiento del mercado global. La afirmación de la forma híbrida de la gobernanza global y su α -estatalidad se traduce en la creación de sedes de decisión ajenas al espacio estatal, que es en el que se construye la legitimación del poder y la esfera política. La ausencia de jerarquía es más aparente que real.

3.3. La estructura de la gobernanza global

Una descripción útil de la estructura de la gobernanza global nos la proporciona Kazancigil⁵⁰ al distinguir entre el espacio interestatal y el espacio público transnacional.

⁴⁸ BIN, R., «Ordine giuridico e ordine politico nel diritto costituzionale globale», en CARTA, P. y CORTESE, F. (a cura di), *Ordine giuridico e ordine politico: esperienze lessico e prospettive*, Cedam, Padua, pp. 157-170.

⁴⁹ MAJONE, G., «Deficit democratico, istituzioni non-maggioritarie ed il paradosso dell'integrazione europea», en *Stato e Mercato*, n.º 67, 2003, pp. 3-38.

⁵⁰ KAZANCIGIL, A. *La gouvernance pour ou contre le politique?*, Arman Colin, Paris, 2010, pp. 174-81.

En el primer espacio, los actores fundamentales son los Estados y junto a ellos se colocan las Organizaciones Intergubernamentales (OI), creadas y controladas por ellos mismos. Lo que caracteriza este espacio es la desigualdad, la asimetría de poder que despliegan estos actores. Aunque la situación es fluctuante, la hegemonía expresa la capacidad de influir en el reparto del mercado global y de garantizar externamente su funcionamiento. El tránsito de las interpretaciones sobre el Imperio a la emergencia de una cierta multilateralidad expresa la fluidez de este espacio. La incertidumbre afecta al modo en que se articulan las funciones de garantía del orden global y el reparto del poder del mercado.

Las Organizaciones Intergubernamentales no pueden separarse de los Estados como actores fundamentales en este espacio porque, aunque contribuyen al funcionamiento del mercado global, simultáneamente son transmisores de intereses estatales. Su actividad se desarrolla en una multiplicidad de campos, pero el fundamental es el económico caracterizado por una fuerte asimetría interna. El poder interno es expresión de las fluctuaciones en la pugna por la hegemonía interestatal. Las normas de Derecho internacional son el marco jurídico de actuación del espacio interestatal. Conviven ámbitos juridificados por las normas internacionales con ámbitos de sesgo más político. La debilidad de este marco jurídico y su fuerte dependencia de la influencia estatal le incapacitan para vehiculizar la construcción de la constitución global, aunque es el espacio más articulado.

Por otra parte, las OI se comportan con un doble carácter, aparentemente contradictorio, como entes en los que se dirimen las pugnas intergubernamentales y como actores con una pretensión de neutralidad, que está legitimada por la lógica técnica que justifica sus decisiones. Las OI centrales en este espacio son las económicas surgidas de los acuerdos de Bretton Woods (FMI y Banco Mundial). En ellas esta doble dimensión se expresa con más evidencia. La pretendida legitimidad técnica de su funcionamiento ha favorecido la extensión del mercado global al imponer el pensamiento económico que ha sustentado la construcción del mercado global. Desde esta perspectiva, su función en la gobernanza global debe ser apreciada en toda su magnitud debido a su capacidad de sobre determinar las decisiones políticas estatales desde la lógica técnica derivada de las exigencias de la acumulación global. Este escenario se completa con la consolidación de formas de intergubernamentalidad nuevas y abiertas a la expresión de las fluctuaciones en la pugna por la hegemonía. Es el caso de los «grupos G», de los que la forma más reciente, en consonancia con la erosión del liderazgo USA y la emergencia de nuevos actores estatales, es el «G-20». Estas agrupaciones estatales se sitúan a medio camino entre los dos actores señalados.

En esta interpretación, el espacio público transnacional se construye sobre la base de un voluntarismo que permite destacar el papel de actores vinculados al altruismo y al cosmopolitismo jurídico y de movimientos sociales emergidos

al calor de la contestación frente a la globalización económica⁵¹. Aunque resulta evidente que no puede hablarse de un espacio político global, la contradicción radical con la democracia, de este espacio, excluye el término público en la configuración del mismo. El espacio transnacional, pues, está representado esencialmente por los poderes económicos globales y su expresión más visible son las empresas transnacionales, las grandes corporaciones económicas, financieras y comerciales. Estas empresas constituyen el poder fuerte global capaz de determinar las decisiones del resto de los actores en los dos niveles descritos. Son, en la radicalidad de la expresión, un poder autónomo, que responde a su propia lógica y constituyen el corazón del mercado global. Expresan la metáfora del capital global y condicionan el magma, la constelación heterogénea de los actores de la gobernanza global.

Su poder normativo en el orden global es notable y pervierte las pretensiones de ordenación global del poder. La *lex mercatoria* se constituye como la constitución autónoma del mercado que subordina el conjunto del orden global. Es el espacio de la opacidad y de la ausencia de control, en el que los problemas de legitimación se expresan con extrema radicalidad.

3.4. La gobernanza multinivel

Los intentos de aproximación al poder global pueden completarse con la propuesta interpretativa de la gobernanza multinivel. Esta interpretación no incorpora novedades fundamentales a la hora de caracterizar al poder global, pero adapta una perspectiva diferente de análisis en algunos aspectos.

La teorización de la gobernanza multinivel tiene su origen en las reflexiones sobre la articulación de las diversas instancias de poder público en la Unión Europea, primariamente, en las consecuencias que estas relaciones tienen para el propio concepto de constitución. La noción de «constitución multinivel»⁵² se aplica al concepto de gobernanza, lo que posibilita la utilización de los contenidos que hemos reseñado en la construcción inicial.

A pesar del aparente éxito de esta teoría y de la extrapolación al orden global, se ha cuestionado⁵³ la utilidad de esta construcción para comprender el poder global. La comprensión del orden global no se logra por medio de la ordenación del poder en niveles y de las interrelaciones que se establecen entre ellos. «El orden jurídico global no se sobrepone, como otro Estado, al es-

⁵¹ Ver VV.AA., *Governance, società civile e movimenti sociale. Rivendicare il commune*, Ediesse, Roma, 2009.

⁵² PERNICE, I., «Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?», en *Common Market Law Review*, n.º 36, 1999, pp. 703 y ss. También «De la Constitution composée de l'Europe», en *Revue Trimestrielle de Droit Européenne*, n.º 36, 2000, pp. 623 y ss. Más recientemente, «The Treaty of Lisbon: Multilevel constitutionalism in action», en *The Columbia Journal of European Law*, n.º 3, 2009, pp. 349 y ss.

⁵³ CASSESE, S., *Oltre lo Stato. Verso una costituzione globale?*, op. cit., pp. 11-16.

tatal. Estos no son dos niveles, porque la desigualdad y la fragmentación son fuertes, porque los Estados no son los únicos sujetos (...) porque ningún nivel de gobierno llega a mantener el monopolio con las partes que lo componen»⁵⁴. En definitiva, la estructura multinivel es una descripción simplificada del sistema de poder. El significado de la participación estatal en la institucionalización supranacional y su capacidad conformadora ponen en cuestión la validez de esta propuesta para el análisis del poder global.

Sin embargo, algunas consideraciones de esta teoría aproximan su discurso al de la gobernanza global. Aunque la reflexión sobre la gobernanza multinivel es fuertemente tributaria de los estudios sobre la integración regional y, en especial de la UE, contiene, no obstante, sugerencias interesantes.

El propio concepto de «gobernanza multinivel», al menos en alguna de sus formulaciones, abre considerablemente la definición de los actores: «Multi-level Governance» puede ser definida como un acuerdo para la preparación de las decisiones que incorpora a una multiplicidad de sujetos políticamente independiente, pero en todo caso actores independientes, públicos y privados, a diferentes niveles de agregación territorial en, más o menos, continua negociación/deliberación/implementación y que no asignan exclusivas competencias políticas o imponen una jerarquía estable de autoridad política en alguno de estos niveles»⁵⁵. Como puede observarse, la definición de Schmitter es más compleja porque subraya el carácter híbrido del conjunto de los actores de la gobernanza multinivel. En consecuencia, en esta propuesta el carácter mixto público-privado logra relativizar el peso institucional y la referencia territorial en los niveles de poder.

Además, uno de los rasgos comunes que habitualmente se subraya en la gobernanza multinivel, es la ausencia de jerarquía entre los niveles y en su interior. Aunque éste es posiblemente uno de sus aspectos más débiles de esta propuesta, sus defensores aceptan formas de ordenación que garantizan la coherencia, racionalidad y unidad del sistema, definida como supremacía funcional⁵⁶. En cualquier caso, esta convivencia de actores dificulta la expresión formal de la ordenación del poder. Sin embargo, la clarificación de las relaciones en su interior permite ordenar la interacción tanto pública-privada como entre los niveles. Algunas reflexiones sobre las mutaciones en el sistema de fuentes en el constitucionalismo multinivel⁵⁷ sugieren el cambio de una perspectiva formal por otra material, debido a «la inconsistente importancia de las formas»,

⁵⁴ CASSESE, S., *op. cit.*, pp. 15-6.

⁵⁵ SCHMITTER, P., «Neo-neo-funtionalism», en *European integration theory*, Oxford U.P., Oxford, 2003, pp. 45-74.

⁵⁶ PERNICE, I., «Multilevel constitutionalism in the european law», en *European Law Review*, n.º 27, 2002, pp. 511-529.

⁵⁷ RUGGERI, A., «Dinamiche della normazione e valori, nella prospettiva di una ricomposizione multinivello del sistema delle fonti», en DINAZIO, G. (a cura di), *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Giuffrè, Milán, 2011, pp. 16-55.

«la imposibilidad de comprender la esencia de las relaciones internormativas «multinivel» en el plano formal-abstracto, debiéndose desplazarse el objetivo al plano sustancial»⁵⁸.

Por ello se ha resaltado que la ampliación de la escala de la actividad económica y política produce cambios en la relación y ordenación entre los actores que se movilizan en estos niveles⁵⁹. La ósmosis entre público y privado, que obliga a trascender sus fronteras, impone una visión material del poder que escapa a la definición formal institucional de las relaciones establecidas entre los actores y niveles.

Sin embargo, esta evolución en los procesos de decisión no es una dinámica natural que se impone espontáneamente en la globalización, sino una redefinición buscada del poder: «estas dinámicas no ocurren automáticamente, sino que son dirigidas por los actores que encuentran en la redefinición/confusión de estos niveles la vía para reforzar su propia posición»⁶⁰.

Desde esta perspectiva, hay que destacar la estrategia de la reordenación del poder presente en la gobernanza multinivel⁶¹: una forma de elusión de las exigencias de la legitimación democrática del poder mediante el reenvío de la toma de decisiones a instancia supraestatales o espacios económicos globales capaces de imponer un orden gestado en la opacidad irresponsable. Este es el significado de la ingeniería institucional de la gobernanza global⁶².

Vincular las nuevas formas de organización del poder a las exigencias de integración económica global y a sus mecanismos regionales de integración, permite comprender la reordenación unitaria y coherente de acuerdo con las necesidades del mercado global, es decir, permite entender mejor estos procesos y su esencia común.

4. EL FEDERALISMO GLOBAL DE MERCADO

4.1. El federalismo global de mercado como federalismo transnacional

Definir los rasgos que caracterizan al federalismo global de mercado es difícil. Al poder global es aplicable la caracterización de realidad «líquida», con contornos borrosos, con una tendencia acusada a la evasión de los controles jurídicos, con un sesgo aconstitucional, en parte como expresión de su desconexión del marco estatal, y con una presencia relevante de poderes privados y

⁵⁸ RUGGERI, A., «Dinamiche della normazione e valori, nella prospettiva di una ricomposizione multinivello del sistema delle fonti», *op. cit.*

⁵⁹ PIATTONI, S., «Multilevel governance in the EU, does it work?», en *Globalization and politics: a conference in honor of Suzanne Berger*, MIT, 8-9 de mayo de 2009.

⁶⁰ PIATTONI, S., «Multilevel governance in the EU, does it work?», *op. cit.*

⁶¹ BUCCI, G., «La sovranità popolare nella trapola delle reti multilevel», en *Costituzionalismo*, it, n.º 1, 2008.

⁶² BUCCI, G., *ibidem*.

semiinstitucionalizados. La ordenación de las instancias territoriales y su interacción con los poderes extraterritoriales resulta compleja, pero es el marco de referencia que define la nueva experiencia federal

La necesidad de trascender al Estado en la aproximación al nuevo momento del proceso federal no es nueva. El federalismo integral también adopta el término global e incorpora junto a su ampliación hacia las dinámicas sociales en su más amplio sentido, una propuesta política de trascender al Estado⁶³. Esta perspectiva ha influenciado los movimientos federalistas europeos y mundiales⁶⁴, pero se sitúa en la línea de un voluntarismo utópico-político ajeno a las transformaciones que el nuevo momento federal registra.

Otra línea de pensamiento, en principio ajena al federalismo, pero que aborda la necesaria corrección del reparto del poder global y la traslación al espacio global de los imperativos democráticos es el cosmopolitismo jurídico. Es una respuesta a la globalización y a los fenómenos de opacidad política y ajuridicidad. Pone el acento en los derechos, la democracia y el control de los poderes globales.

A pesar de su dimensión propositiva, de reacción a la aparición del poder global ademocrático, estas propuestas incorporan la interrelación territorial, en sus diferentes niveles, y su relación con las formas de organización global⁶⁵. La definición de los centros concurrentes en la construcción de la democracia cosmopolita sitúa también los espacios de relación en el federalismo global de mercado. Los espacios subestatal, estatal, interestatal, regional y global⁶⁶ definen también los perfiles de la nueva etapa federal. Singularizar el espacio interestatal es, sin perjuicio de reconocer su carácter problemático y su resistencia a la democracia, es relevante en la definición del federalismo global de mercado. La dimensión interestatal enmarca las prácticas de intergubernamentalidad que transcurren en el seno de las organizaciones internacionales, que se organizan ajenas al principio democrático. Curiosamente su carácter ademocrático es una exigencia de su función: eludir los problemas de legitimación de las políticas que expresan las exigencias del modelo de acumulación del capitalismo financiero global. La evasión del control democrático de la decisión, la sustracción al debate democrático de las decisiones estratégicas respecto al apuntalamiento del modelo construyen una relación entre instancia estatal y subestatal y entidades caracterizadas por la intergubernamentalidad en la que se distingue el momento de la decisión (intergubernamental) y el momento de aplicación, la traslación al espacio de la construcción política del consenso (Es-

⁶³ DÍAZ CARRERA, C. (ed.), *El federalismo global*, Unión Editorial, Madrid, 1989.

⁶⁴ PINDER, J., «Federalismo mundial y federación europea», en *El federalismo global*, *op. cit.*, pp. 267-78.

⁶⁵ ARCHIBUGI, D., «Cosmopolitismo. Teoria e prassi della democrazia nell'età globale», en *Democrazia. Storia e teoria di un'esperienza filosofica e politica*, Il Mulino, Bolonia, 2011, pp. 375-94.

⁶⁶ ARCHIBUGI, D., «Cosmopolitismo. Teoria e prassi della democrazia nell'età globale», *op. cit.*

tado), que precisa ser separado en esta forma de reparto del poder. En esta fase de globalización, se revela la paradoja incontestable de que los Estados son los agentes globalizadores fundamentales y quienes articulan el proceso de exportación de la decisión a las instancias extraestatales. Contradicción que se resuelve si se tiene en cuenta que, una de las funciones del Estado es, precisamente, la extensión del mercado global.

Al margen del papel que juegan los entes intergubernamentales en el nuevo federalismo, cuestión sobre la que volveremos más tarde, lo que interesa subrayar es que el reparto del poder en el seno del proceso federal trasciende el marco estatal. Asimismo, el federalismo, como forma de organización del poder, ya no se desarrolla solo en el interior del Estado.

Necesariamente se impone una relativización de la relación entre federalismo y Estado. Esta desconexión se ha producido en el ámbito de los proyectos y en el voluntarismo de la acción política. En estos momentos, los movimientos federalistas europeos y mundiales basan su propuesta precisamente en las exigencias democráticas que implican la trascendencia de la forma estatal por el federalismo político. Se trata ahora de construir una teoría del modelo federal que asuma la organización del poder que imponen la globalización y la crisis. Si la forma y organización del poder se complica, si se absorbe la dimensión estatal y se integra en el contexto global con la inclusión de nuevos sujetos que determinan las decisiones políticas, el marco de definición del federalismo no se agota en el Estado. Esta aproximación excede a la retórica de la dificultad de construir una teoría global del federalismo⁶⁷ para trasladarlo al escenario de organización del poder. En otro caso, la descripción institucional del reparto del poder sería estéril pues obviaría sus transformaciones y condicionantes. La revisión por un sector doctrinal de la vinculación del federalismo y la estatalidad y la referencia a las nuevas formas de articulación del poder⁶⁸ confirman la progresión de la tesis que concibe al federalismo en el contexto global como premisa de su redefinición. Esta redefinición debe ir más allá de la mera constatación del contexto y de su influencia y repercusión en el Estado federal. La caracterización del Estado federal basada en la nueva realidad tiene que superar también la distinción entre Estado federal y sistemas federales⁶⁹, con la que se verifica la aparición de estructuras extraestatales de naturaleza protofederal. La dimensión extraestatal y transnacional del federalismo obliga a distinguir dos niveles, el global y el regional, si bien para el supuesto de la UE se puede utilizar el término supranacional por su alto grado de formalización institucional y la capacidad de absorción de los niveles nacionales. Ciertamente esta conside-

⁶⁷ GAMPER, A., «A global theory of federalism: the nature and challenges of a federal State», en *German Law Journal*, n.º 10, 2005, pp. 1297-1318.

⁶⁸ DELSÜCK, J., «Transnational federalism: problems and prospects of allocating public authority beyond the State», *op. cit.*

⁶⁹ GAMPER, A., «A global theory of federalism: the nature and challenges of federal State», *op. cit.*

ración es ajena a las interpretaciones y propuestas sobre la UE como experiencia federalizante, cuestión que no vamos a abordar en este trabajo.

4.2. El federalismo global como federalismo de mercado

Ya desde su nacimiento el federalismo fue vinculado con el mercado y fue considerado como la forma institucional de organización del poder más acorde con las exigencias de la economía. La simbiosis de la teoría político-constitucional y económica es resaltada por varios autores que destacan la congruencia entre la interpretación del mercado de Smith y las reflexiones sobre el poder del Federalista⁷⁰.

Hayek refuerza esta vinculación con desarrollos ulteriores⁷¹. La teorización del federalismo competitivo profundiza en esta relación al convertir al federalismo en el marco institucional más idóneo del mercado. Su funcionamiento interioriza la lógica del mercado al establecer la competencia entre los niveles de poder territorial, limitar el poder estatal y contener la intervención económica. El federalismo competitivo es, por tanto, una teorización del federalismo de mercado. No en vano, en este marco teórico nace el propio término⁷². El federalismo de mercado propicia el desarrollo de una estructura de poder en competencia que impone la actuación limitada y desnaturalizada de los poderes públicos para favorecer el funcionamiento y autonomía del mercado.

La teoría del federalismo es enriquecida con los siguientes contenidos: a) la garantía de un mercado común es responsabilidad del poder federal, que debe evitar la introducción de obstáculos a su funcionamiento por parte de los poderes federados; b) la «dura restricción presupuestaria»⁷³, es decir, la restricción competencial en materia monetaria y las limitaciones crediticias y financieras para favorecer la competencia horizontal; c) la limitación de la intervención económica del poder central como consecuencia de las competencias limitadas de la Federación en el marco del modelo del federalismo dual y de la obligada la concurrencia con los poderes federados.

Merece la pena destacar de esta interpretación, más allá de las críticas que se han realizado al federalismo competitivo, es que en su acercamiento al federalismo prima más una perspectiva real, *de facto*, de las exigencias económicas, que institucional, *de iure* que permite integrar otros elementos que los

⁷⁰ BISH, R.L., «Federalism: a market economic perspective», en *Cato Journal*, vol. 7, n.º 2, 1987, pp. 377-396.

⁷¹ HAYEK, F., «The economic conditions of interstate federalism», en *Individualism and economic order*, University of Chicago Press, 1948, pp. 255 y ss.

⁷² WEINGAST, B., «The economic role of political institutions: markets preserving federalism and economic development», en *Journal of law, economics and organization*, vol. 11, n.º 1, 1995.

⁷³ WEINGAST, B., «The economic role of political institutions: markets preserving federalism and economic development», *op. cit.*

meramente constitucionales⁷⁴. Coloca al mercado en la posición central de su reflexión de la que extrae los requisitos del federalismo que resultan favorecedores de la actividad económica. Federalismo de mercado como centralidad del mercado incondicionado que emana prescripciones institucionales de reparto, organización y funcionamiento del poder. Desde esta óptica, trasladar el federalismo de mercado al contexto global no supone más que un ejercicio de continuidad reclamado por el propio contexto de funcionamiento y organización del mercado. Esta propuesta ha sido contemplada como hipótesis en alguna literatura, calificada como la única propuesta federal posible en la Unión europea⁷⁵. Extrapolar el federalismo de mercado al contexto global (federalismo global de mercado) significa otorgar al mercado una posición central en el reparto de poder capaz de condicionar la actuación de los distintos niveles territoriales que deben adecuar sus decisiones a las exigencias de éste. No solo coloca en un contexto territorial distinto al momento federal, sino que en éste rediseña la organización del poder en un doble sentido. Por una parte, en consonancia con la propuesta del federalismo de mercado, configura un poder público limitado, en sus niveles estatal y subnacional, que impide una intervención condicionadora del mercado; por otra parte, introduce nuevos poderes extraterritoriales, que no solo superan los confines estatales, sino que también los coloca como centros de poder que subordinan a la estructura federal, configurando una jerarquía en su interior que no solo favorece a los poderes que expresan la lógica del mercado global, sino que también subordina a los poderes territoriales a sus exigencias y limita su autonomía. Desde esta perspectiva, el federalismo global de mercado sobrepasa las exigencias del federalismo de mercado de inspiración competitiva. «Se desprende que la actual UE ya es un ejemplo de federalismo «conserva mercado», aunque sus políticas de integración positiva van un poco más allá de este modelo»⁷⁶.

4.3. El federalismo global de mercado como federalismo híbrido

Con este concepto identificamos la emergencia de poderes extraestatales de naturaleza diversa a la del poder público clásico, que adoptan la forma de entes institucionales intergubernamentales (Organización Internacional de Comercio...), entes intergubernamentales informales (representados por los «grupos G» cuya última manifestación es el «G» 20) y entidades de naturaleza privada⁷⁷.

⁷⁴ ROSE, J. y ROSE-ACKERMAN, S. «Does federalism preserve markets?», en *Virginia Law Review*, vol. 83, 1997, pp. 1521-72.

⁷⁵ MAJONE, G., «Integración económica internacional, autonomía nacional, democracia transnacional: ¿una trinidad imposible?», en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, n.º 184, 2002, pp. 21-99.

⁷⁶ MAJONE, G., *op. cit.*, p. 82.

⁷⁷ DELSÜCK, J., «Transnational federalism: problems and prospects of allocating public authority beyond the State», *op. cit.*

Los primeros plantean su conexión con el Estado, en la medida en que formalmente emanan de éste. Su configuración y la determinación estatal de su composición permite caracterizarlos como una extensión de los Estados. Sin embargo, su actuación les sitúa en un plano diverso, porque la lógica de su actuación es global y, por ello, es posible el conflicto concreto con intereses estatales. Aportan una contribución relevante a la legitimación de las políticas impuestas por el modelo de acumulación del capitalismo financiero del Estado mercado. Su actuación es reforzada por las decisiones basadas en una pretendida lógica técnica que amortigua los problemas de legitimación política del sistema de decisiones del federalismo global de mercado. Deben, pues, considerarse como actores específicos que configuran una instancia de poder en la nueva morfología del federalismo global.

Otra característica de estas nuevas formas de poder consiste en su naturaleza ajurídica y en su rechazo al control político y a la regulación jurídica, en coherencia con la función que cumplen en el nuevo diseño. Los entes informales intergubernamentales están acompañados por entes formalmente técnicos, que representan a organismos técnicos estatales dotados de autonomía. Aunque actúan mediante formas cercanas al *soft law* (recomendaciones y configuración de estándares de actuación), se configuran como instancias de decisión política de indudable relevancia, con capacidad de imponer disciplina en los niveles estatales.

Posiblemente, el ejemplo más notorio de estos entes es el BCBS (*Basel Committee on Banking Supervisión*), constituido por representantes de los bancos centrales de los países del G-10, ahora ampliados a dos más entre ellos España, y órganos reguladores cuando no realizan esta función los bancos centrales. Los acuerdos Basilea III muestran claramente cómo estos entes extraestatales, de carácter global, se conforman como instancias de poder ajurídico de carácter disciplinario integrados en el sistema de reparto de poder global.

Sin embargo, la manifestación del carácter híbrido del poder del federalismo global de mercado está representada por el poder privado, metáfora del mercado global. Este tiene una singularidad que consiste en su capacidad de infiltrarse en el entramado formal del poder en el federalismo global y en su articulación específica y autónoma con formas extremadamente flexibles. De ahí la dificultad de identificarlos y someterlos a disciplina, a juridificarlos. En muchos casos, participan junto con los entes intergubernamentales, con la cualidad de intereses que se expresan técnicamente, legitimando su presencia; en otros casos se manifiestan de forma difuminada, como coalición de intereses a modo de lobbies, pero no por ello menos eficaces.

Esta nueva forma de poder puede calificarse de federalismo líquido, fluido, tanto por la mixtificación de las formas de poder como por la flexibilidad de sus procedimientos. La influencia de las grandes corporaciones, capaces de configurar un espacio normativo autónomo en competencia con el Estado, ejemplifican esta metáfora del capital global como nuevo sujeto del poder, que

rediseñan el poder federal configurándolo como mosaico, como federalismo molecular⁷⁸.

Como ya hemos afirmado, el problema de estas formas híbridas de poder es su capacidad de elusión de las normas, de escapar al condicionamiento jurídico y su disciplina. De hecho, la reacción de la doctrina ante estas formas de poder es el sometimiento al derecho de las mismas, la necesidad de construir un nivel constitucional-material de disciplina del privado capaz de restaurar la lógica democrática de actuación del poder en el mundo global⁷⁹.

La fragmentación jurídica del federalismo global de mercado no debe impedir reconocer la emergencia de un nuevo modelo de organización del poder que ordena las relaciones de los niveles global, regional, estatal y subestatal. Ciertamente, en este nuevo espacio federal conviven ámbitos juridificados, el estatal y subnacional, que regulan sus relaciones constitucionalmente, con espacios ajurídicos, en los que imperan mecanismos fácticos del poder que muestran una efectividad real e interaccionan con las estructuras políticas juridificadas. Esta combinación de poderes constitucionales y poderes atípicos en el nuevo momento federal plantea el doble problema de su comprensión teórica y de su transformación jurídica y democrática. Pero su insuficiente regulación no impide reconocerlo como nueva fase del federalismo.

4.4. Federalismo competitivo y federalismo global de mercado: la erosión de los poderes subestatales

El federalismo global de mercado incorpora como una característica relevante la atenuación de la competencia vertical y horizontal propia del federalismo competitivo y la consecuente erosión del poder subestatal.

En la teorización del federalismo de mercado ya se habían introducido correcciones que relativizaban la competencia entre el poder central y los poderes federados necesarios para garantizar las funciones de preservación del mercado atribuidas al poder federal⁸⁰. El debate sobre el nivel de autonomía y la competencia entre poderes en el federalismo de mercado⁸¹ está abierto y permite introducir en el modelo la necesaria dimensión de la disciplina en la tutela del mercado en el federalismo.

Más allá de estas consideraciones, lo que interesa destacar en esta construcción teórica del federalismo global de mercado es que la crisis ha acen-

⁷⁸ SNYDER, D.V., «Molecular federalism and the structure of private lawmaking», en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 14, 2007, pp. 419 y ss.

⁷⁹ TEUBNER, G., «Hybrid laws: constitutionalizing private governance networks», *op. cit.*

⁸⁰ RODDEN, J. y WIBBELS, E., «Beyond the fiction of federalism macroeconomic management in multitiered system», en *World Politics*, n.º 54, 2002, pp. 494-529. También, ROSE, J. y ROSE-ACKERMAN, S., «Does federalism preserve markets?», *op. cit.*

⁸¹ WIBBELS, E., «Bailouts, budget and leviathans: comparative federalism and lessons from the early United States», en *Comparative Political Studies*, n.º 36, pp. 475-507.

tuado el momento de control, disciplina y la limitación de la competencia para garantizar el mercado, lo que obliga a revisar el propio modelo del federalismo competitivo.

Por su parte, el federalismo global de mercado incorpora una racionalización la acción de los poderes federales que consiste en la acomodación a las exigencias de la acumulación del capitalismo financiero, particularmente exigentes en la crisis actual. En el federalismo global la introducción de la disciplina adquiere rasgos propios porque incorpora nuevas relaciones entre los niveles territoriales de poder. Corresponde al nivel extraestatal la función de disciplina. Posteriormente, se atribuye a los niveles estatales la función de control de los poderes infraestatales y la limitación de la competencia entre ellos.

Esta tesis es confirmada fehacientemente en el seno de la Unión Europea. Mientras que en el ordenamiento comunitario el nivel supranacional disciplina y reordena las relaciones de poder, corresponde al orden estatal imponer mecanismos de poder y de estabilidad macroeconómica previstos en los Tratados. Las reformas constitucionales y legales, así como las presiones de hecho, alteran las relaciones de poder en los Estados compuestos.

En un reciente encuentro sobre el impacto de la crisis en los sistemas federales los rasgos antes mencionados se encuentran reconocidos en la mayoría de las intervenciones.

La afectación radical en los ingresos en el caso del EE.UU. conduce a un reforzamiento del poder federal y a una erosión de los poderes federados⁸². Respecto a los países de la Unión Europea, la confirmación de la disciplina y la afectación de la relación entre los poderes y su limitación no son discutibles. Por ejemplo, en España la crisis ha provocado una centralización del poder. El protagonismo en las políticas anticrisis, tanto en la primera como en la segunda fase de la crisis, se traslada al Estado, que interviene por medio de la introducción de una lógica de control limitadora del poder de la Comunidades Autónomas. La reforma constitucional y las imposiciones de las políticas de control del déficit ilustran estas transformaciones, aunque formalmente no se haya producido la modificación normativa del sistema competencial⁸³. El federalismo alemán es afectado en términos similares.⁸⁴

Estas referencias solo pretenden aportar un fundamento a las afirmaciones realizadas. En todo caso, se apuntan tendencias que deben estimular la elaboración teórica de la nueva estación del federalismo.

⁸² KINCAID, J., «The impact of global financial crisis on american federalism», en *Annual meeting of centres of the international association of federal studies*, septiembre de 2010. TARR, G.A., «The recession: a view from the American States», en *Annual meeting of centres of the international association of federal studies*, septiembre de 2010.

⁸³ VIVER, C., «Impact of the financial crisis on the territorial power structure in Spain», en *Annual meeting of centres of the international association of federal studies*, septiembre de 2010.

⁸⁴ FABER, G., «Impacts of the global financial crisis on a federation: evidence from Germany», en *Annual meeting of centres of the international association of federal studies*, septiembre de 2010.

5. CONCLUSIONES

Las referencias realizadas a la evolución metodológica y material del análisis del federalismo indican que estamos en el vórtice de una transformación que afecta, entre otras cuestiones, a las formas institucionales de relación del poder territorial. Inevitablemente la crisis económica muta en una puesta en cuestión de los mecanismos de articulación de los niveles institucionales que han dirigido y gestionado la política en sus ámbitos territoriales. Las tendencias centralizadoras del ideario homogeneizador del Estado social habían sido sustituidas por el fortalecimiento territorial de los poderes regionales que eran invitados a competir entre sí y a favorecer las mejores condiciones de las inversiones económicas. Este debilitamiento del poder central iba acompañado de la ofensiva neoliberal contra la intervención pública y la paulatina sustitución de la financiación pública por el endeudamiento privado. En todo caso, la euforia económica basada teóricamente en el autocontrol del mercado y la «gran moderación» derivada de la aparente convivencia del crecimiento y de la contención de la inflación propiciaron una capacidad recaudatoria que facilitó el mantenimiento a la baja de las prestaciones sociales. Como consecuencia, en la reciente reforma estatutaria española se avivó una ambición competencial propiciada por la disposición de recursos económicos y se asumió una vocación prestacional que sirviera para soldar la relación poder autónomo-sociedad.

La crisis económica ha arrumbado este planteamiento y la dura realidad se ha enseñoreado del escenario político y económico. Las autonomías muestran sus carencias de gestión y sus dificultades presupuestarias para gestionar las competencias asumidas en tiempos de bonanzas. A falta de una alternativa correctora de la deriva neoliberal, el fracaso del capitalismo financiarizado se intenta corregir desde la propia lógica capitalista con la imposición de medidas fiscales y laborales y de reformas institucionales que, en ningún caso, afectan a las contradicciones intrínsecas al modo contemporáneo de producción capitalista.

En este contexto hay que admitir que estamos ante los inicios de una tendencia de derroteros inciertos, en el comienzo de un proceso en el que solo podemos apreciar unas novedades que generan unos cambios cuya concreción y estabilidad se alcanzará en el futuro. Será decisivo, asimismo, la propuesta económica que retoque las pautas actuales de funcionamiento del capitalismo financiarizado. Por todo ello, más que formular conclusiones, consideramos que hay que formular un programa y unas hipótesis de trabajo que permitan captar el significado de las alteraciones de los mecanismos institucionales, es decir, indagar la morfología del poder y sus manifestaciones.

En base a las anteriores consideraciones sugerimos los pilares fundamentales que pueden vertebrar una reflexión adaptada a la metamorfosis en curso del federalismo:

1. El eje central del análisis del federalismo es el reparto del poder. Concebimos, en consecuencia, al federalismo como una fórmula de organización

y de reparto del poder territorial. Por ello, el núcleo de atención tiene que captar la mutación del poder en el escenario global porque el federalismo se despliega en un escenario muy diferente de aquel en el que surgió.

2. El estudio del modelo federal no puede limitarse sólo al estudio de la distribución y conflicto competenciales porque debe mantener una relación inescindible con la articulación entre política y economía. El punto de partida viene dado por la forma de Estado que nos proporciona el encuadramiento de las relaciones poder-sociedad. Si hasta ahora se ha producido una construcción del federalismo coherente con la forma de Estado, los cambios materiales en ciernes generarán la aparición de una construcción articulada del poder territorial que sea funcional a las nuevas prioridades impuestas por los intereses hegemónicos. La evolución del federalismo solo se puede comprender desde la evolución de las formas de Estado en cuyo seno se han materializado las variantes federales. En este sentido cabe recordar la correlación entre el Estado liberal y el federalismo dual, el Estado social y el federalismo cooperativo, la crisis del Estado social y el federalismo competitivo y la conexión entre el Estado mercado y el incipiente federalismo global de mercado. Está por determinar, en consecuencia, la conformación de la Constitución material que precise las vías de consenso o imposición, la integración asimétrica del interés general y de los intereses privados, la relación horizontal y vertical de los poderes territoriales y las dosis de participación o dirección que se determinen.

En estos momentos, en circunstancias de incertidumbre económica y de indecisión política, se opta por una fuerte centralización focalizada en la materia financiera. La habilidad del capitalismo para desembarazarse de su responsabilidad y transformar la crisis financiera y de deuda privada en una crisis de las finanzas públicas ha promovido una legislación de control tanto en el nivel comunitario como estatal. El establecimiento de parámetro de control del déficit reduce significativamente la autonomía política regional y la decisión política soberana estatal. La pugna ya no es por la titularidad y ejercicio de competencias sino por la definición de los recursos económicos que condicionarán drásticamente el ejercicio del poder. Si prospera, sin resistencia social, esta propuesta se habría consumado un apartado más de la pretensión neoliberal de menguar la esfera pública y de apuntalar los dictados del mercado. Como ya hemos sugerido, después del fracaso del capitalismo asentado en la especulación y en la deuda privada, se convierte en prioritario la recomposición del proceso de acumulación que apuesta por la disciplina fiscal, el reajuste del sector financiero y la minoración de las prestaciones de los rescoldos del Estado social.

En los próximos años verificaremos el estado de las relaciones entre los poderes territoriales y si se mantiene el contenido de la autonomía política, las técnicas de control y dirección, la eficacia de las eventuales sanciones, la superación o no del pluralismo constitucional por la jerarquía, la imposición del directorio intergubernamental en el ámbito comunitario, el arrumbamiento del modelo social europeo como declive de la decisión política territorial. En suma,

pues, la traducción en las relaciones institucionales del dilema capital que hay que afrontar: la afirmación de un gobierno democrático de la economía o la pervivencia de las reglas de funcionamiento del capitalismo financiarizado y la transformación de los gobiernos democrático en comités gestores de los intereses financieros globalizados.

3. Otro aspecto relevante es la ampliación de la conformación del poder federal y la necesidad de superar la relación entre Estado federal y federalismo. Es innegable que la teoría federal se ha construido básicamente desde y para el Estado, como lectura introspectiva de la articulación del poder interno. Pero si quieren comprender las formas y la dimensión actual del poder, no cabe circunscribirse a los límites del Estado, o reducir la ampliación a las formas atípicas que exhibe la Unión Europea. Resulta imprescindible integrar el desarrollo del poder en las últimas décadas. Es lugar común recordar que los Estados aisladamente ya son incapaces de abordar la complejidad de los problemas pendientes. La apertura sugerida significa analizar la naturaleza del poder en su manifestación global y reflexionar sobre las formas espontáneas de ejercicio compartido de poder soberano que se han creado por medio de organizaciones compuestas por los Estado más relevantes.

En la articulación del poder no se puede olvidar el funcionamiento de instituciones creadas por los Estados para la gestión de esferas sociales y económicas que pretenden actuar técnicamente, si bien la medida y el sentido de su poder está determinado, y en su caso modificado, por sus creadores. A ellos se les encomienda en la actualidad cometidos capitales tan relevantes como, por ejemplo, la reforma del sistema financiero. Las decisiones devienen vinculantes, son asumidas por los grupos privados y condicionan a los órganos políticos estatales.

Por tanto, a la labor de comprender la reordenación del poder en la crisis de la deuda pública, se añade la tarea de analizar las formas en que articula el poder más allá de los pactos constitucionales. Primordial en este esfuerzo será atender al modo cómo se unifique la dinámica de transformación y las maneras de integración en coherencia con los intereses dominantes. Es la interpretación insoslayable de la irresoluble tensión entre la contradicción de los intereses y la pretensión de imponer una dirección consciente que ordene el proceso de reproducción.

En todo caso, pervive el Estado como espacio de articulación del poder en el que materializa su reparto en consonancia con las funciones atribuidas al Estado en el marco de la concepción y ejercicio del poder globalizado.

4. La perspectiva general del poder y la integración en ella del momento federal suscita otra cuestión: su regulación. En la teoría clásica el pacto federal se expresaba en el orden constitucional y el Estado federal no era pensable sin su cimiento constitucional. La constatación de la realidad del poder global comporta superar la base constitucional que fundamentó la estructura federal y comprender las formas jurídicas que regulan actualmente la articulación del poder.

Asimismo es obligado integrar los esfuerzos teóricos emprendidos para generalizar el constitucionalismo más allá del Estado, para implantar nuevas técnicas de participación de intereses como la gobernanza, para entender los intentos de unificación del poder como vías conscientes de dirección. El poder político se asienta en múltiples sedes y adopta formas organizativas alejadas de la pureza jurídica del acuerdo federal constitucional. Pero esta heterogeneidad condiciona al poder federal en el doble sentido de que se ejercita colegiadamente y se irradia hacia el exterior, y de que tiene que interiorizar las decisiones adoptadas externamente.

En el marco global no está presente el momento constitucional. También está ausente la lógica del pacto y del consenso porque la estructura del poder está condicionada por las exigencias del mercado global. Las formas de jurisdicción son flexibles y atípicas y soslayan las exigencias formales del constitucionalismo. La nueva exigencia consiste en actualizar la reflexión constitucional y verificar su supervivencia en los tiempos de la globalización.

5. De lo expuesto se infiere la propuesta teórica que intenta explicar la forma que adopta el poder federal en el marco del conjunto de factores que conviven en esta etapa de crisis. En nuestra opinión, el sintagma federalismo global de mercado expresa la organización territorial del poder funcional a la vigencia del capitalismo financiarizado.

Son múltiples las exigencias teóricas que se derivan de esta tesis. Se trata de fundir el fenómeno contemporáneo de la articulación integrada del poder en múltiples que abarcan el nivel estatal y global y la relación economía-política que caracteriza la primacía del mercado. De esta premisa deriva la compleja exigencia del seguimiento tanto de la organización de sedes de decisión para la integración político-económica del poder como la forma de afrontar las contradicciones del capitalismo financiarizado y su incidencia en la relaciones de poder territorial. Esta sugerencia subraya el protagonismo de la dialéctica entre las dos esferas de cuya evolución dependerá la forma histórica que adopte el federalismo global de mercado.

Constitutionalismo multinivel y federalismo. Reflexiones en torno al Congreso sobre «Las vías del federalismo en el Estado de las Autonomías»¹

Teresa Freixes

Catedrática de Derecho Constitucional (Universidad Autónoma de Barcelona)

No constituye gran novedad relacionar el federalismo con los diferentes niveles competenciales propios de las organizaciones jurídico-políticas complejas. Actualmente, ya no es posible abordar una temática jurídica sin tener en cuenta los distintos niveles de ordenamientos jurídicos que pueden incidir en el objeto de análisis. De hecho, en muchos países, la mayor parte de las instituciones jurídicas están reguladas en más de un ordenamiento. La globalización, reforzando al Derecho internacional tanto bilateral como multilateral, la integración europea, el desencadenamiento de procesos de resituación de competencias en órganos infraestatales, derivada de la necesidad de abordar mejor las políticas que inciden con mayor intensidad en la vida de los ciudadanos, han originado que sea necesario afrontar el estudio de las instituciones, los derechos, los órganos, las garantías, etc. no sólo en los ordenamientos jurídicos unitarios clásicos, propios del Estado nación, sino también en otros niveles de ordenamientos, en dependencia del grado de internacionalización o regionalización de la materia objeto de estudio y del nivel de integración jurídica resultante de estos procesos.

Un fenómeno que es necesario resaltar en este ámbito es que existe una tendencia cada vez mayor a considerar que las normas básicas que regulan estas relaciones entre ordenamientos son todas ellas funcionalmente constitucionales, pese a que gran parte de ellas no constituyen propiamente ni formalmente una constitución. Mucho se ha escrito acerca del valor constitucional de los Tratados comunitarios², especialmente tras el intento de aprobar el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que ha derivado finalmente en

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación sobre «Constitutionalismo multinivel y relaciones entre parlamentos: Parlamento Europeo, Parlamentos Nacionales y Parlamentos Regionales con Competencias Legislativas». MICINN Ref^o: DER2008-05738-C03-01/JURI.

² En tal sentido, FREIXES, T. y REMOTTI, J.C., *El futuro de Europa: Constitución y derechos fundamentales*, Ed. conjunta de las universidades de Valencia, UNED y Santiago de Compostela y el Instituto Europeo de Derecho. Minim, Valencia, 2002. También, tras el Tratado de Lisboa, FREIXES, T., *El legado de Jean Monnet*. Reial Academia de Doctors. Barcelona, 2010, pp. 72 a 77.

la adopción del Tratado de Lisboa, al que se han trasladado la inmensa mayoría de las regulaciones que se contenían en la fallida Constitución Europea³. Y, aunque el Tratado de Lisboa no sea en sí mismo formalmente una constitución, prácticamente cumple con tal función, pues se trata de una norma que es el equivalente a la norma fundamental de Kelsen⁴ o a la regla de reconocimiento de Hart⁵ en el ámbito de la Unión Europea, ya que fundamenta el resto de normas europeas y vincula a los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la UE, estando todo ello supervisado desde una especie de «control de constitucionalidad» que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asegurando la primacía del Derecho de la UE.

El reparto de las competencias en el interior de los estados federales, regionales o el Estado autonómico español, se define también en el marco de normas constitucionales, de primer o de segundo grado. Las constituciones de los estados, como normas constitucionales primarias o de primer grado, definen el marco general de tal reparto, que se concreta en las diversas normas constitucionales secundarias, quasiconstitucionales, constitucionales derivadas o constitucionales de segundo grado, como las constituciones de los *länder* alemanes y los estatutos de las regiones italianas o las comunidades autónomas españolas. Señalaremos aquí que la consideración, por ejemplo, en España, de los estatutos de autonomía como normas con valor constitucional, se ha generalizado desde hace ya largo tiempo⁶. La calificación constitucional de los estatutos como «normas institucionales básicas» de las comunidades autónomas (art. 147.1 CE) con un contenido mínimo fijado constitucionalmente (art. 147.2 CE), con un proceso de aprobación y de reforma con características especiales y su integración en el denominado «bloque de la constitucionalidad»⁷ por la jurisprudencia constitucional, justifica para gran parte de la doctrina que se consideren normas constitucionales de segundo grado sujetas, eso sí, ineludiblemente, a la Constitución⁸.

³ Véase *Revista de las Cortes Generales*, n.º monográfico sobre la «Unión Europea», (coordinado por GIL-ROBLES, J.M., n.ºs 70-71-72, 2007.

⁴ KELSEN, H., «Teoría pura del Derecho», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1933.

⁵ HART, H.L.A., *Law, liberty and morality*. Stanford University Press, 1963.

⁶ Ruipérez utiliza el concepto italiano de *Costituzione in senso sostanziale* para otorgar valor constitucional a los estatutos de autonomía. Ver RUIPÉREZ, J., *La protección constitucional de la autonomía*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 223. Rubio Llorente también otorga valor constitucional a los estatutos de autonomía, bajo la denominación de «normas constitucionales derivadas». Ver RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 114-115.

⁷ Concepto acuñado por el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada sobre la LOAPA (Ley orgánica de armonización del proceso autonómico), en la que crea el bloque y juzga la ley impugnada de acuerdo con tal criterio interpretativo, declarando anticonstitucional gran parte de la mencionada ley. STC 76/1983, de 5 de agosto.

⁸ Para Otto, el conjunto de normas integradas en el bloque de la constitucionalidad (los estatutos de autonomía entre ellas) cumple en nuestro sistema la función que en los estados federales corresponde a la Constitución federal. Ver, OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, p. 258.

El concepto de constitucionalismo multinivel, sin embargo, es poco utilizado todavía en la doctrina jurídica española, tanto por su relativa novedad como por la falta de reconocimiento pacífico de diferentes niveles en las normas formal o funcionalmente constitucionales. Entre los politólogos, el concepto homónimo de *multilevel governance*, directamente inspirado en el Libro Blanco sobre la Gobernanza europea, se instauró rápidamente como paradigma para el análisis de las políticas públicas⁹. Sin embargo, en el ámbito de la ciencia jurídica, por el contrario, el constitucionalismo multinivel se fraguó no sin problemas, entre teóricos del Derecho y constitucionalistas europeos, cuando la cada vez más fuerte interacción entre el Derecho comunitario y el Derecho de los Estados miembros (nivel regional incluido) dio lugar a nuevas conexiones entre los diferentes niveles normativos.

¿Cómo se ha ido produciendo este proceso? Hay que señalar que, con el reforzamiento de la integración europea y la consolidación de la primacía del Derecho comunitario, las identidades nacionales tradicionales se sintieron amenazadas, por una parte, por lo supranacional, porque se transferían competencias constitucionales a organizaciones supranacionales. Por otra parte, en varios Estados de la propia Unión Europea, con los procesos de cesión de competencias a órganos subestatales y la profundización de la descentralización, se han generado crisis conceptuales, organizacionales y funcionales, que la progresiva armonización legislativa impulsada por la Unión procura superar con la introducción de diversos instrumentos de coordinación y colaboración, propios de las organizaciones complejas y, también hay que decirlo, mediante técnicas propias del federalismo, el cual utiliza sistemáticamente la distribución de competencias y funciones en distintos niveles, básicamente el nivel federal y nivel estatal.

El propio proceso de integración europea responde al principio federativo, basándose en los principios de atribución, competencia y subsidiariedad. Principio de atribución, porque la Unión tiene las competencias que le atribuyen los Estados miembros y sólo tiene éstas. Principio de competencia, porque hay que distinguir entre competencias de la Unión y competencias de los Estados miembros, ya sean exclusivas de la Unión o de los Estados, compartidas o concurrentes o complementarias entre ambos. Principio de subsidiariedad, porque la eficiencia requerida por la técnica federativa exige que el nivel competencial más cercano a la ciudadanía que, con mayores posibilidades de éxito, pueda llevar a término una función concreta, sea éste el responsable primero y directo de ejercer tal competencia. El federalismo, pues, se concreta en el ejercicio competencial establecido en diferentes niveles, y ha cobrado vida propia en la configuración progresiva de la Unión Europea.

⁹ La bibliografía que incorpora la *multilevel governance* como parámetro de análisis es ingente. En España se ha utilizado también profusamente este concepto para el análisis de las relaciones políticas multinivel en el marco europeo.

Desde esta perspectiva, el denominado constitucionalismo multinivel puede configurarse como un paradigma «autónomo», en el marco del proceso de integración europea¹⁰, dirigido a explicar esta complejidad jurídica, aplicable a los sistemas integrados por subsistemas¹¹ que, en el constitucionalismo, pueden enlazarse con el federalismo¹² y con la interpretación sistemática¹³. Efectivamente, la consideración del proceso de integración europea como un proceso federativo no es nueva, sino que fue formulada ya en sus orígenes tanto en el marco político por los federalistas europeos como en la teoría jurídica comunitarista¹⁴. Desde esta perspectiva, si bien la Unión Europea no es un Estado federal, el diseño y el funcionamiento de sus instituciones y órganos y las relaciones de la Unión con los Estados miembros no pueden entenderse si se desconoce esta tendencia al federalismo¹⁵.

Ciertamente, este proceso de integración nos ha abocado al replanteamiento de múltiples conceptos, ya sea reinterpretando los ya existentes o integrando en la dogmática jurídica nuevas instituciones¹⁶. Un análisis no

¹⁰ El Derecho comunitario, especialmente a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ha creado numerosos conceptos «autónomos», propios de la integración europea, que están obligando a un replanteamiento de la Teoría del Derecho. Se trata de fenómenos jurídicos nuevos o de una adaptación de conceptos clásicos a las nuevas realidades jurídicas. Ejemplos de ello podemos encontrarlos en el Asunto C-540/09, *Skandinaviska Enskilda Banken AB Monsgroup v. Skatteverket*. Un trabajo de análisis sobre los conceptos autónomos en la jurisprudencia comunitaria: WEILER, J.H.H.; VON BOGDANDY, A. y MAYER, F., *The European Constitution and the Courts, Adjudicating European constitutional law in a multilevel system*, Ney Cork University Scholl of Law y Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law, 2003.

¹¹ Véase la teoría de los sistemas y su interdependencia en LUHMANN, N., *El derecho de la sociedad*, Herder, 2006.

¹² Concordamos en este sentido con BERMANN, G., «Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States», en *Columbia Law Review*, n.º 94(2), 1994.

¹³ Partiendo del formalismo kelseniano pero introduciendo criterios de legitimidad material en las normas, especialmente en las de rango constitucional, consideramos aplicable en este punto lo argumentado por WROBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Cívitas, Madrid, 1985.

¹⁴ En el Congreso de La Haya (1948) ya se afirmó la necesidad de crear una Europa federal. La Resolución de la Comisión Política del Congreso lo dejaba bien claro. Se trataba de transferir soberanía para iniciar el camino que llevaría a una Unión o Federación, abierta a todas las naciones democráticas de Europa que se comprometieran a respetar una Carta de Derechos Humanos. También se pretendía convocar una Asamblea Europea, elegida por los Parlamentos de las naciones participantes, que recomendara las medidas pertinentes para establecer progresivamente una Europa federal. Asimismo se propuso crear un Tribunal de Justicia, al cual pudieran acudir los ciudadanos, y que fuera capaz de aplicar sanciones por violación de los derechos de las personas. También se mencionaba el objetivo de garantizar la seguridad de los pueblos mediante una Federación independiente de cualquier potencia y que no constituyera una amenaza contra ninguna nación. *La documentation française. Notes et études documentaires*, n.º 1081, 26 de febrero de 1949, p. 9.

¹⁵ Véase FREIXES, T., *El legado de Jean Monnet*, *op. cit.*, pp. 40-53.

¹⁶ La no petrificación de las instituciones jurídicas y, contrariamente, la creación de nuevas cuando mutarlas más pueda conducir a no identificarlas, ya fue predicada por ROMANO, S., «L'ordinamento giuridico», en *Anali delle Università Toscane*, 1917 e 1918.

puramente formal, atendiendo a estos nuevos planteamientos, encajaría perfectamente en la concepción del ordenamiento como sistema compuesto por instituciones jurídicas, que se integran en el mismo como consecuencia de la evolución de las necesidades sociales y que pueden asimismo transformarse sin desnaturalizarse ni petrificarse, tal como ya fue advertido por, entre otros, Santi Romano, Hauriou, Häberle o MacCormick¹⁷.

Desde esta perspectiva, los distintos niveles del ordenamiento, derivados del proceso de integración europea, han redimensionado instituciones clásicas, como por ejemplo los parlamentos, en los cuales el pueblo soberano, mediante representantes elegidos democráticamente, eran los únicos depositarios de la ley (con mayúscula) que sólo ellos podían aprobar, convirtiéndolos en instituciones que comparten esa capacidad normativa con otras asambleas legislativas. Ello sucede así en el ámbito europeo (el Parlamento Europeo es co-legislador con el Consejo), o en el ámbito regional (regiones con competencias legislativas constitucionalmente reconocidas, que muchas veces son compartidas con las competencias estatales sobre una materia determinada). Puede incluso originarse que, en muchas materias, únicamente la conjunción de los tres niveles normativos (europeo, estatal, regional) ofrece la normativa pertinente para la regulación de una materia concreta. Asimismo, una institución jurídica básica, como cualquier derecho u obligación, puede encontrarse afectada hoy en día por regulaciones de ámbito europeo, de ámbito estatal y de ámbito regional, que confieren en forma integrada una configuración global a los distintos elementos que la componen (titularidad, ejercicio, etc.).

Este constitucionalismo multinivel también puede abordarse desde las conexiones, que se efectúan mediante reenvíos, entre diversos subsistemas jurídicos, presididos por el Derecho de la Unión Europea como ordenamiento prevalente, pero en los que se produce también una integración del Derecho internacional en el Derecho interno, formado este último a su vez, en los estados compuestos, por un doble nivel de ordenamientos, derivado de la distribución competencial entre las instituciones del Estado y las del nivel regional. Por ejemplo, el Tratado de la Unión Europea reenvía a la Convención de Ginebra sobre los refugiados para precisar los derechos que éstos tienen que tener reconocidos¹⁸; también reenvía a las tradiciones constitucionales comunes¹⁹ y al Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁰, así como a la Carta Social Eu-

¹⁷ Véanse, al respecto, las siguientes obras: ROMANO, S., «L'ordinamento giuridico», citado en la nota precedente. HAURIOU, M., «La Théorie de l'institution et de la Fondation. Essai de vitalisme social», en *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n.º 4, 1925. HÄBERLE, P., *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. MACCORMICK, N.; WEINBERGEN, O., *Law as Institutional Fact. New Approaches to Legal Positivism*. Reidel Dordrecht, 1986.

¹⁸ Art. 78 TFUE.

¹⁹ Art. 6.3 TUE.

²⁰ Art. 6.3. TUE. En el art. 6.2. TUE se dispone que la Unión deberá adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

ropea²¹ y considera que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene valor jurídico de Tratado²². De este modo, cuando los distintos niveles parlamentarios (Parlamento Europeo, parlamentos nacionales y parlamentos regionales con competencias legislativas) tengan que legislar, según su respectivo ámbito competencial, sobre alguno de los elementos que componen el derecho de asilo o refugio, tendrán que tener en cuenta los distintos niveles de protección que tal derecho obtiene en los distintos ordenamientos que lo regulan. Además, teniendo en cuenta que el art. 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, contiene una cláusula interpretativa que, prescribe la aplicación del estándar más elevado, impone la necesidad de encontrar la fórmula legislativa concreta que mejor responda a estas exigencias de tal integración jurídica multinivel. Los distintos niveles parlamentarios deberán, pues, colaborar en la producción normativa. Pero no podrán hacerlo de cualquier manera pues, en el marco de la Unión Europea el multinivel impregna, en todo caso, las relaciones jurídicas verticales (jerarquía), horizontales (competencia) y reticulares (colaboración y subsidiariedad). De similar manera, cuando en un caso concreto, el juez deba enfrentarse a un caso en el que confluyan dos o más niveles normativos, deberá analizar las normas confluyentes en el caso concreto y decidir el estándar o nivel de protección aplicable, teniendo en cuenta la regla del art. 53 de Carta de Derechos Fundamentales, con todos los reenvíos que tal artículo efectúa y la necesaria ponderación que es necesario realizar para determinar el nivel de protección a otorgar al derecho concreto en el caso concreto.

Ingolff Pernice²³ hizo visible este multinivel, con toda su complejidad, en el marco del debate con Dieter Grimm²⁴ y Jürgen Habermas²⁵ al discutir, en el transcurso de los trabajos de la Convención para el futuro de Europa, si Europa necesitaba o no una Constitución. Para Pernice, la Constitución formal no era necesaria porque en Europa existía ya una constitución multinivel formada por las constituciones de los Estados miembros y el «corpus constitucional» integrado por los Tratados comunitarios. Pero ya con anterioridad a este debate, el Tratado de Amsterdam, al incorporar el Protocolo sobre el principio de subsidiariedad y proporcionalidad, formalizó un multinivel entre la Unión Europea, los Estados miembros, las regiones (*länder*, comunidades autónomas...) y las colectividades locales. Y el Tribunal de Justicia comunitario acuñó también el concepto de «constitución material de la Unión» integrada, en el nivel jurídico comunitario, por los Tratados como Derecho originario²⁶, puesto que ellos con-

²¹ Art. 151 TFUE.

²² Art. 6.1. TUE.

²³ PERNICE, I., *Fondements du droit constitutionnel européen*. Pédone, Paris, 2004.

²⁴ GRIMM, D., «Does Europe Need a Constitution?», en *European law journal: Review of European law in context*, n.º 1 (3), 1995.

²⁵ HABERMAS, J., «Remarks on Dieter Grimm's Does European need a Constitution?», en *European law journal: Review of European law context*, n.º 1 (3), 1995.

²⁶ Por todas, la Sentencia de 23 de abril de 1986. Asunto 294/83 «Los Verdes» (rec., p. 1339).

tienen los elementos básicos de toda constitución, como son, desde la famosa Declaración francesa de 1789, la organización de los órganos e instituciones y el reconocimiento y garantía de los derechos²⁷.

Del mismo modo, ciertas aproximaciones al constitucionalismo multinivel se estaban efectuando en diversos sectores doctrinales²⁸, en los que se apreciaba la presencia de realidades tales como los estados federales, regionales o, en el caso de España, autonómicos; es decir, estados en los que las regiones tienen competencias legislativas derivadas de su propia Constitución, habilitadora de la existencia de normas institucionales básicas de orden regional (Constituciones de los *länder*, Estatutos de Autonomía, etc.) que debían coordinar su competencia legislativa en el marco de la implementación interna de las normas de la UE²⁹.

Además, es necesario también manifestar que el constitucionalismo multinivel había también entrado en el corazón del debate jurídico europeo con la aparición del Libro blanco sobre la Gobernanza europea. En efecto, el Libro blanco comenzaba diciendo:

Los dirigentes políticos de toda Europa están confrontados hoy día a una verdadera paradoja. De un lado, los ciudadanos europeos esperan que aquéllos les ofrezcan soluciones a los grandes problemas de la sociedad. De otro lado, estos mismos ciudadanos confían cada vez menos en las instituciones y la política, o bien simplemente se desinteresan de todo ello³⁰.

Constatado este profundo problema, aún sin resolver, el Libro blanco planteaba, entre otras, la discusión sobre cómo realizar mejores políticas, mejores reglamentaciones y mejores resultados; cómo clarificar el funcionamiento de la Unión, establecer un partenariado europeo a distintos niveles e instaurar instru-

²⁷ Efectivamente, el art. 16 de la Declaración revolucionaria dispone que la sociedad que no tiene división de poderes ni garantía de los derechos de los derechos no tiene Constitución.

²⁸ Obras como la coordinada por BILANCIA, P. y DE MARCO, E., *La tutela multilevello dei Diritti*, Giuffrè Editore, Milán, 2004 (con la participación de, entre otros, T. Freixes, G. Zagrebelsky, A. Barbera, V. Onida, F. Pizzetti). También en POLICASTRO, P., *Challenges of Multi-level Constitutionalism* (ed. con NERGELIUS, J. y URATA, K.), Polpress, Cracovia, 2004. Estas publicaciones han marcado profundamente el debate acerca del constitucionalismo multinivel, extendiéndolo a los nuevos Estados miembros de la UE resultado de las ampliaciones de 2004 y 2008, así como a Japón. En Estados Unidos, Weiler también se hizo eco de este debate, tal como puede verse en la obra coordinada conjuntamente con WIND, M., *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, 2004.

²⁹ Para el caso de España, véase FREIXES, T., «Constitucionalismo multinivel y principios fundacionales de los ordenamientos supranacionales: el caso de España», en BILANCIA, P. (ed.), *Federalismi e Integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur*. Giuffrè Editore, Milán, 2006.

³⁰ *Comisión Europea: La Gobernanza Europea: Un libro blanco*, COM (2001) 428 final.

mentos de participación de los territorios con características específicas y de las colectividades locales³¹.

Así, teniendo en cuenta que la articulación de este multinivel obedece tanto a razones dogmáticas (necesidad de ampliar la legitimidad en la toma de decisión) como funcionales (conseguir una mayor eficacia en las políticas comunitarias) durante los debates derivados del «Libro Blanco sobre la Gobernanza europea» y en conexión con la puesta en marcha de la Convención que preparó el proyecto de Constitución Europea, se consideró necesario asociar, en la definición de las políticas comunitarias, a los agentes políticos competentes para desarrollarlas³². En este sentido, el entonces Presidente de la Comisión europea (Romano Prodi) afirmaba que «La Unión Europea tiene mucho que aprender de la «democracia de proximidad» para mejorar la comunicación y la práctica política», al mismo tiempo que señalaba que «Los principios reguladores del ejercicio de las competencias de la Unión son los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, que traducen en el plano político el concepto del valor añadido de la acción europea, preservando plenamente las competencias de los Estados, de las regiones y de los organismos locales que permanecen como los principales interlocutores de los ciudadanos europeos», aunque reconocía, al mismo tiempo, que «La expresión más elevada del principio de subsidiariedad impone a la Unión Europea el no inmiscuirse en las relaciones entre los Estados y sus regiones y, con mayor razón, no tratar tampoco de regular tales relaciones de una manera uniforme a nivel europeo»³³.

Por otra parte, en algunos debates nacionales, también se insistió en la necesidad de una adecuada presencia de las regiones en las reformas exigidas por el proceso de integración europea. Así, en Alemania, se constató que las decisiones que se tomaban a escala nacional eran precedidas por consultas a los *länder* y a los municipios, lamentándose que ello no sucediera así en el ámbito europeo. Y no olvidemos los debates «identitarios» que tienen lugar en diversos estados de la Unión, centrifugando, o al menos intentándolo, los instrumentos de cohesión o de relación con las instituciones estatales. Desde esta limitada óptica, se deja de lado toda la racionalidad y operatividad que el federalismo y el constitucionalismo multinivel pueden aportar para encontrar respuestas adecuadas.

¿Por qué una tal insistencia en la mejora de la representatividad de las regiones en el proceso decisorio de la Unión Europea? Al respecto creo que fue decisivo el hecho de que, además de las constantes tomas de posición de los entes sub-estatales presentes en el territorio de la Unión, el Libro Blanco

³¹ FREIXES, T., «El futuro de Europa y la Gobernanza Europea», en *Contribución a Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea*, 2002. http://ec.europa.eu/governance/contrib_ied_es.pdf.

³² Véase este proceso en FREIXES, T., «Estados, regiones, y Constitución europea», en BALADO, M., *La España de las Autonomías. Reflexiones 25 años después*, Ed. Bosch, 2005, pp. 961-965.

³³ PRODI, R., *Intervención ante el Parlamento Europeo*, 4 de septiembre, 2011.

«Gouvernance européenne» contuviera sugerencias, muy articuladas, que resultaron decisivas para reforzar las reivindicaciones pre-existentes. Así, en el Libro Blanco se constataba que la manera de funcionar de la Unión no permitía una interacción suficiente en un partenariado a múltiples niveles, en el cual los gobiernos nacionales implicaran plenamente a las regiones y las ciudades en la definición de las políticas europeas y se afirmaba que cada Estado debía prever mecanismos adecuados para organizar amplias consultas en relación con el examen y la puesta en práctica de decisiones y políticas europeas comprendiendo una dimensión territorial. Además el Libro Blanco proponía, como método de actuación adecuado a estos efectos, la celebración de «contratos por objetivos» entre los Estados miembros, las regiones y colectividades locales y la Comisión europea, en los que se designaran las acciones concretas que cada uno de estos niveles decisorios tenía que ejecutar. Tales técnicas, hay que señalarlo, son las propias del federalismo cooperativo, en la versión más clásica del término.

También hay que destacar que, durante la elaboración de la *non nata* Constitución europea, en las contribuciones que diversas organizaciones de la sociedad civil enviaron al Foro de debate *Futurum*, abierto a tal fin en Internet³⁴, diversas entidades sub-estatales (regionales o locales) se refirieron al papel que las entidades regionales y locales tenían que desempeñar en el marco de la nueva Unión Europea³⁵. Muchas de ellas reclamaron el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a la democracia local, la integración en el Tratado de la Carta del Consejo de Europa sobre autonomía local y una estrecha participación de las autoridades regionales y locales en todas las fases del proceso legislativo comunitario. También se señaló la necesidad de reconocer con claridad los «cuatro niveles de gobierno: europeo, nacional, regional y local» y de establecer un «sistema efectivo de control de la subsidiariedad (tanto ex ante como ex post)». Otras propuestas se referían a la «necesidad de tener en cuenta en mayor medida las consecuencias financieras que tienen para las entidades sub-estatales las decisiones adoptadas a escala europea», a que «las regiones con competencias legislativas gocen de legitimación procesal ante el Tribunal de Justicia», a un «reconocimiento expreso en el Tratado» de éstas y al «derecho de participar en las reuniones de la COSAC». También se ha mencionado la idea de «crear uniones regionales que actúen agrupadas en el conjunto de la UE».

Partiendo de estos precedentes, podemos apreciar la necesidad de profundizar no sólo en las estructuras formales de relación entre los ordenamientos jurídicos sino también en las conexiones interinstitucionales derivadas de las ne-

³⁴ Todavía hoy es accesible en Internet, en el sitio web del Parlamento Europeo. Dirección electrónica: http://collections.europarchive.org/ea/20050224203342/europa.eu.int/constitution/futurum/index_es.htm

³⁵ Un análisis detallado acerca del tratamiento que se dio a las regiones en este proceso véase en FREIXES, T., «Estados, regiones y Constitución europea», *op. cit.*

cesidades funcionales³⁶, tanto desde perspectivas orgánicas o formales como desde la necesidad de aumentar la legitimidad de los sistemas jurídicos complejos. Cuando los estados ya no pueden actuar aisladamente en el concierto internacional, cuando las relaciones jurídicas se superponen y entrelazan en el ámbito europeo o interno, el Derecho, al fin y al cabo, ha de responder a criterios de interpretación que den respuestas sistemáticas y pertinentes, que ofrezcan una solución a las lagunas jurídicas o a las antinomias y, en definitiva, esclarezcan el marco de actuación de los poderes públicos y de los ciudadanos en las complejas sociedades de nuestros días. En este caso, en relación con los distintos niveles parlamentarios existentes, europeo, nacional y regional, resulta especialmente importante el Tratado de Lisboa³⁷ que es, en este sentido, heredero directo del texto que se incluyó en la fallida Constitución Europea, teniendo en gran parte en cuenta las peticiones formuladas a la Convención para el futuro de Europa.

Según las previsiones del Tratado de Lisboa, el Protocolo de la subsidiariedad y la proporcionalidad y el Protocolo sobre los Parlamentos nacionales tienen valor de Tratado³⁸. Ello significa que, a las regulaciones primeras que éstos efectúan, tanto sobre las relaciones entre parlamentos como en relación con la subsidiariedad, hay que añadir, como complemento normativo, lo que en los citados protocolos se señale. Así, las disposiciones del Tratado de la Unión Europea relativas a la contribución de los parlamentos nacionales al buen funcionamiento de la Unión³⁹, entre las cuales se encuentra el velar por el cumplimiento del principio de subsidiariedad⁴⁰ y la cooperación interparlamentaria⁴¹, deben ser complementadas por los protocolos antecitados. En ese contexto, los Protocolos sobre los parlamentos nacionales y sobre la subsidiariedad, son normas con valor de *hard law*⁴² incorporando, entre otras regulaciones, el instrumento denominado «alerta temprana», que instaura un plazo de 8 semanas para que los parlamentos nacionales (con el concurso, en su caso, de los parlamentos de las regiones con competencias legislativas) puedan emitir un informe motivado, el cual puede originar la devolución de una propuesta legislativa comunitaria a la Comisión Europea (que debe enviarles los proyec-

³⁶ FREIXES, T., «Constitucionalismo multinivel y principios fundacionales de los ordenamientos supranacionales: el caso de España», en BILANCIA, P. (ed.), *Federalismi e Integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur a confronto*, Giuffrè Editore, Milán, 2006.

³⁷ Reafirmando el constitucionalismo multinivel tras el Tratado de Lisboa, véase PERNICE, I., «The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action», en *Columbia Journal of European Law*, vol. 15, n.º 3, 2009.

³⁸ El art. 51 TUE dispone que los Protocolos y Anexos de los Tratados forman parte integrante de los mismos.

³⁹ Todas ellas se regulan en el art. 12 TUE.

⁴⁰ Art. 12.b) TUE.

⁴¹ Art. 12.f) TUE.

⁴² El art. 51 del Tratado de la Unión Europea (Lisboa) dispone exactamente que «Los Protocolos y los Anexos de los Tratados forman parte integrante de los mismos».

tos de norma antes de su adopción definitiva) en el supuesto que 1/3 de los votos emitidos por los estados sea favorable a la devolución del proyecto a la Comisión (equivale a una especie de veto). Los Estados miembros de la Unión han tenido que implementar estas previsiones en su sistema jurídico, a veces mediante reformas constitucionales (por ejemplo, el caso de Francia), otras veces mediante leyes que atribuyen la competencia para emitir tales informes a las Comisiones para los Asuntos Europeos o similares (como ha sido el caso de España) o, también, reformando los reglamentos parlamentarios (como en el Bundesrat alemán).

Ciertamente, poner en marcha lo previsto en el Tratado de Lisboa no es tarea fácil ni ha sido valorada positivamente en forma unánime. Formalmente, sobre el papel, refuerza en gran manera la colaboración legislativa entre los distintos niveles parlamentarios, lo cual parece ir en la línea del partenariado a distintos niveles que se solicitaba en las conclusiones del Libro Blanco sobre la Gobernanza europea. Incluso podría afirmarse que se puede incrementar la legitimidad de las normas resultantes de tal proceso, tanto si se trata de las normas europeas, pues los órganos parlamentarios de los estados han podido presentar, caso de tenerlas, sus objeciones, como de las normas de transposición o implementación interna de directivas o decisiones, puesto que se incluye, en tal caso, a nivel interno, aquello en cuya elaboración europea se participó. Lo mismo puede decirse en el caso en el que no sea necesaria tal colaboración legislativa y simplemente se trate de ejecución de políticas europeas, puesto que se ha participado de alguna manera en la legislación europea que las fundamenta.

Sin embargo, pese a estos argumentos, cabe también señalar que el procedimiento que se instaura con la «alerta temprana», por una parte, constituye una vuelta atrás en el proceso de integración europea, al posibilitar que las políticas de la Unión puedan verse bloqueadas en el ámbito nacional por los órganos legislativos internos, con la alegación de incumplimiento del principio de subsidiariedad⁴³; por otra parte, conseguir que en los estados con regiones con competencias legislativas, especialmente en el nuestro, se establezcan mecanismos participativos eficientes entre el parlamento nacional y los parlamentos regionales, se presenta complicado, aunque podría resultar fácil si se establecen, con lealtad constitucional, técnicas provenientes del federalismo cooperativo que faciliten tal colaboración legislativa.

⁴³ Uno de los argumentos que fueron esgrimidos desde los ámbitos federalistas es que la introducción de la alerta temprana, dando protagonismo a los parlamentos nacionales, recordaba la antigua Asamblea de Parlamentarios, formada por representantes de los parlamentos de los Estados miembros y que no tenía capacidad legislativa, que fue el precedente del Parlamento Europeo hasta que se introdujo la elección e éste por sufragio universal. Ciertamente, si los parlamentos nacionales utilizan con frecuencia la potestad de «vetar» iniciativas legislativas de la Unión Europea, el papel del Parlamento Europeo como potencial co-legislador y, sobre todo, de la Comisión Europea como depositaria de la iniciativa legislativa, pueden quedar en entredicho.

Además, en el Tratado de Lisboa, se crea también un procedimiento de control reforzado para el control de la subsidiariedad puesto que, teniendo en cuenta los informes mencionados, aunque no se haya producido ningún veto, si el 55% de los miembros del Consejo de la Unión o la mayoría del Parlamento Europeo, se muestran contrarios a la propuesta por creerla contraria al principio de subsidiariedad, tal propuesta deja de ser viable⁴⁴.

Por otra parte, el Comité de las Regiones, además de los Estados miembros, puede interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia comunitario para controlar la efectividad de tal principio, siempre que hubiera tenido que emitir preceptivamente su opinión (es decir, un dictamen preceptivo, aunque no vinculante) en el procedimiento de elaboración de la norma europea de que se trate⁴⁵.

La aplicación de estas disposiciones necesariamente comporta el diseño y puesta en pie de instrumentos jurídico-políticos de colaboración a distintos niveles entre los parlamentos regionales, los parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo, así como entre los grupos de trabajo que se constituyan en los diferentes niveles de los ejecutivos, regionales, nacionales y comunitarios. También se impone que, en el ejercicio de la función jurisdiccional, el juez tenga en cuenta las conexiones entre ordenamientos, los reenvíos y los problemas de estándar, para realizar una interpretación adecuada en el contexto del presente ordenamiento jurídico complejo. Los estados de la UE tienen, como consecuencia, que introducir estos instrumentos en sus sistemas jurídicos.

En realidad, ésta es la historia del proceso de integración europea en el cual nos integramos en los años ochenta, añadiendo a la complejidad de nuestro sistema jurídico interno, las consecuencias de nuestra integración en el Consejo de Europa y en la Unión Europea. Este proceso, evolutivo, corre el riesgo de diluirse o de estrellarse, si las emociones superan al raciocinio. Ejemplos recientes, de diversa índole, y experiencias pasadas, tanto en el ámbito europeo como en nuestro ámbito interno, también variopintas, nos muestran que muchas veces son más eficaces los pequeños pasos que los saltos hacia delante. El proceso de integración europea es un ejemplo de pequeños pasos. Pequeños pasos, acompañados de grandes proyectos, que a veces tienen éxito y otras no hemos tenido más remedio que desecharlos, por resultar imposibles o por carecer de la suficiente comprensión ciudadana que legitime su puesta en práctica. Los logros obtenidos nos parecen imperceptibles analizados sobre el terreno. Pero una mirada retrospectiva, alrededor de medio siglo atrás, nos muestra que, aún con todos los problemas, de falta de concreción o de resistencias, de falta de liderazgos potentes o del excesivo protagonismo de algunos, el «experimento» parece haber valido la pena. Sobre

⁴⁴ Art. 7.3.b) del Protocolo n.º 2, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

⁴⁵ Art. 8 del Protocolo n.º 2, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

todo, porque no sabemos a qué nos hubiera llevado la centrifugación que algunos pretendían.

Se impone, pues, una reflexión más profunda desde ese constitucionalismo multinivel que bebe de las fuentes federativas. Es lo que he pretendido mostrar con mi intervención. Espero, si no convencerles, que les haya resultado sugerente. Muchas gracias.

Tribunales constitucionales en los Estados y entidades federadas

Dian Schefold
Universidad de Bremen

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El principio de autonomía constitucional de los Estados miembros. 3. La jurisdicción constitucional como consecuencia. 4. Dudas respecto los tribunales constitucionales de las entidades federadas. 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Los siguientes comentarios se han preparado para introducir la presentación de la distribución de poderes en los sistemas federales alemán y suizo. Como el portavoz alemán no podía presentar su contribución, he tenido que rellenar su ausencia ofreciendo una breve presentación de la situación constitucional alemana, y por lo tanto renunciar a mi prevista introducción. Sin embargo, como puede leerse en la contribución alemana de este volumen¹, me parece útil presentar mi introducción que he preparado en relación a la situación de los Tribunales Constitucionales de las entidades federadas (cantones, *länder*, regiones, Comunidades Autónomas) en estados federales y regionales, porque se presenta como una característica y un problema típico de los sistemas de doble nivel.

2. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Alemania y Suiza son ejemplos clásicos de estados federales en Europa. Los Estados regionales normalmente regulan las regiones, sus poderes y su organización por la constitución y legislación de los Estados centrales. Pero esto

¹ Véase la contribución de HRBEK, R., «En busca de adecuado equilibrio federal entre los dos órdenes de gobierno: el caso del federalismo alemán», en esta obra, vol. I, pp. 341 y ss.

no es necesariamente así. Por un lado, las Regiones y las Comunidades Autónomas pueden también tener más o menos autonomía constitucional, como en Italia y en España. Por otro lado, incluso en los estados federales puede suceder que la constitución del Estado central regule la organización de las entidades federadas².

Pero normalmente el federalismo continental en Europa está basado en la existencia dada de entidades federadas como Estados. Existen incluso antes de la formación de la Federación. Por tanto, tienen su propia regulación de la organización, un sistema constitucional real. Ciertamente, la Federación reclama algunas competencias y disminuye, de esa manera, los poderes de los Estados miembros. La Federación puede incluso imponer algunas condiciones para la estructura de los Estados miembros, para garantizar un mínimo de homogeneidad³. Pero dentro de esta estructura, todo Estado miembro (cantones, *länder*) permanece respecto a sí mismo dentro de su propio sistema constitucional. Los desarrollos en esta dirección pueden ocurrir también en Estados regionalizados⁴.

3. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO CONSECUENCIA

Con el desarrollo constitucional tras la Segunda Guerra Mundial, el problema de la jurisdicción constitucional se ha convertido en esencial.

3.1. Esto es obvio, tras los fenómenos desarrollados entre las guerras por ejemplo en Austria, Checoslovaquia y Alemania, en la *constitucionalización* de Austria, Italia, Alemania, luego Francia y más tarde España, Portugal, Grecia. Tras los cambios de 1989 en la Europa del Este, también allí se optó en general por la solución de los tribunales constitucionales.

Si el Estado constitucional necesita un tribunal constitucional, es consecuente crear también un órgano de este tipo en los Estados miembros con autonomía constitucional. Estos Estados miembros, igualmente, tienen un ordenamiento constitucional que necesita protección. Los conflictos en este campo han de ser decididos. Por lo tanto, parece consecuente que las Regiones o Comunidades autónomas con autonomía constitucional desarrollada, como Cataluña en España, tengan una tendencia a crear sus propios tribunales constitucionales.

² Clásico ejemplo presente en Bélgica.

³ Véase art. 28 de la Ley Fundamental de Bonn (LF), art. 51 de la Constitución Federal Suiza (CF).

⁴ Véase para el inicio de esta discusión en Italia, la investigación comparada organizada por el INSTITUTO DE ESTUDIOS SOBRE LAS REGIONES «MASSIMO SEVERO GIANNINI», *La potestà statutaria regionale nella riforma della costituzione*, Milán, 2011, donde se ha descrito la situación alemana en pp. 175 y ss, y he dado una idea inicial de los problemas discutidos en este trabajo, pp. 307 y ss.

3.2. Ciertamente tal jurisdicción constitucional puede ser ejercida por el *Estado central* y su *poder judicial*. Esto tiene una antigua tradición en Suiza, basada en la jurisdicción de la corte federal sobre reclamaciones constitucionales de los ciudadanos, y con un sistema judicial que no necesita de tribunales constitucionales especializados. De un modo comparable se han creado igualmente poderes de decisión de los tribunales federales en Alemania: violaciones de derechos y otros conflictos en los Estados federados pueden necesitar soluciones y por lo tanto decisiones por parte de un tribunal central. Las primeras tendencias en esa dirección, influenciadas por antiguas tradiciones de los tribunales supremos imperiales⁵, se articularon en la ley de la Confederación Alemana de 12 de Junio de 1834⁶, y a continuación se elaboraron en la Constitución del Imperio Alemán de 29 de Marzo de 1849 que establecía una Corte imperial la cual, además de poderes en el campo del Derecho civil y penal, tenía la función de garantizar el ordenamiento federal en los niveles federal, federal-Estados y en el interior de los Estados⁷. Los siguientes modelos constitucionales cumplieron más o menos esa finalidad⁸, y la Ley Fundamental transfirió al Tribunal Federal Constitucional, además de su poder para mantener el orden federal⁹, por un lado, un poder subsidiario para decidir sobre conflictos constitucionales en los *länder*¹⁰, por otro lado, un poder de estos *länder* para delegar sus conflictos constitucionales al Tribunal Federal Constitucional¹¹. Se ha recalcado que es justamente esta combinación del Estado de Derecho y del federalismo la que subraya la necesidad de un tribunal constitucional, en Italia y en España, como en Alemania¹².

3.3. Pero además de eso, los *Estados federados* mismos tienen un interés en resolver tales conflictos dentro de sus propios poderes. Por consiguiente for-

⁵ El *Reichskammergericht* (Cámara de la Corte Imperial) y el *Reichshofrat* (Consejo de la Corte Imperial), tribunales del Imperio Sacro romano de la Nación Alemana desde el final del siglo xv, podían decidir también cuestiones constitucionales.

⁶ Véanse artículos 3 a 14 de los Sesenta Artículos (*Die Sechzig Artikel*) de 12 de Junio de 1834, publicado por HUBER, E.R., *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, vol. 1, 3.ª ed., Stuttgart, 1978, pp. 84 y ss y pp. 137 y ss.

⁷ Véase la Constitución (*Verfassung des Deutschen Reichs*) de 28 de Marzo de 1849, §§ 125-126, con un catálogo de poderes muy amplio, especialmente § 126.d), f) y k) para los conflictos en los Estados particulares.

⁸ Mientras la Constitución imperial de 1871 (artículo 76.2) ofrecía sólo un poder subsidiario del *Bundesrat* (un órgano político), el artículo 19 de la Constitución de Weimar establecía un tribunal constitucional del régimen (*Reichstaatsgerichtshof*) que desarrolló una rica jurisprudencia.

⁹ Especialmente artículo 93.1.3 y las dos primeras posibilidades mencionadas en el artículo 93.1.4 de la LF.

¹⁰ Artículo 93.1.4, caso tercero; véase también el artículo 93.1.4b de la LF.

¹¹ Artículo 99 LF, de todas maneras sin relevancia práctica en la actualidad ya que ahora todos los *länder* tienen sus tribunales constitucionales.

¹² Véase el estudio de D'ORLANDO, E., *La funzione arbitrale della corte costituzionale tra Stato centrale e governi periferici*, 2.ª ed., Bologna, 2006.

mas de *tribunales constitucionales* han existido en los Estados federados alemanes desde principios del siglo. XIX¹³. Después de la Segunda Guerra Mundial, todos los *länder* alemanes han creado sus propios tribunales constitucionales. Algunos de ellos tienen más edad que el Tribunal Constitucional Federal y han influenciado su creación en cuanto modelos¹⁴, otros se crearon de acuerdo con la regulación federal. Tras la reunificación, los nuevos *länder* de la Alemania del Este han seguido también estos ejemplos, y finalmente, en 2008, incluso Schleswig-Holstein, donde hasta entonces el Tribunal Constitucional Federal había ejercido esta función, ha creado su propio tribunal constitucional. Todas estas cortes existen además e independientemente del Tribunal Constitucional Federal¹⁵.

Así pues uno puede preguntarse si, con el desarrollo de la jurisdicción constitucional, las soluciones de este tipo no deberían ser vistas como un «Modo de Federalismo» para otros estados federales. Uno podría pensar, si acaso, de España y otros estados federales o regionales con autonomía constitucional desarrollada de sus entidades federadas. El ejemplo del Estatuto de Cataluña de 2006 parece consecuente bajo esta perspectiva. En esta consecuencia, la sentencia relativa al Estatuto del Tribunal Constitucional español¹⁶ que reservará la jurisdicción constitucional, como una parte del poder judicial, al Estado central, debilita de manera decisiva la autonomía constitucional de las Comunidades Autónomas.

¹³ Ejemplos: Baviera, Württemberg, luego Sajonia y otros.

¹⁴ Muy importante ha sido y es el Tribunal Constitucional de Baviera, en funcionamiento desde 1947, véanse los dos volúmenes con sus escritos para el vigesimoquinto y quincuagésimo aniversario: BAYERISCHER VERFASSUNGSGERICHTSHOF (ed.), *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung*, Múnich, 1972 y *Verfassung als Verantwortung und Verpflichtung*, Sittgart, 1997; para los acontecimientos recientes véase HUBER, K., «Grundfragen der Bayerischen Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Bayerische Verwaltungsblätter*, 2008, pp. 65 y ss.

¹⁵ Un buen estudio puede encontrarse en PESTALOZZA, C. (ed.), *Verfassungen der deutschen Binderländer*, 9.ª ed., Munich, 2009; ediciones anteriores (por ejemplo la séptima edición de 2001) contienen también las leyes de los tribunales constitucionales de los *länder*. La legislación más reciente (10 de enero de 2008, antes decidía el Tribunal Constitucional Federal) es la de Schleswig-Holstein. La obra clásica sobre los tribunales constitucionales de los *länder* está editada por STARCK, CHR. y STERN, K., *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, vol. 3, Baden-Baden, 1983. Para las evoluciones recientes, véase BARTLSPERGER, R., «Das Verfassungsrecht der Länder», en ISENSEE, J. y KIRCHHOF, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3.ª ed., vol. 6, §128, Heidelberg, 2008, pp. 231 y ss, y HERDEGEN, M., «Strukturen und Institute des Verfassungsrechts der Länder», en el mismo volumen, §129, 1990, pp. 271 y ss (en especial pp. 301 y ss). Para una presentación en italiano, con amplias citas a la doctrina reciente, véase POLI, M.D., *Bundesverfassungsgericht e Landesverfassungsgerichte, un modello policentrico di giustizia costituzionale*, Milán, 2012 (en prensa); y el estudio actual elaborado por la misma autora en CALAMO SPECCHIA, M. (ed.), en *Le Corti Costituzionali*, Turín, 2011, pp. 23, 46 y ss.

¹⁶ Tribunal Constitucional, STC 31/2010, véase BIAGI, F., «Estatut de Catalunya e la crisi di legittimazione del Tribunal constitucional», en *Quaderni Costituzionali*, 2011, pp. 63 y ss.

4. DUDAS RESPECTO LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE LAS ENTIDADES FEDERADAS

Sin embargo, un examen más cercano plantea objeciones frente a la oportunidad de los tribunales constitucionales en las entidades federadas

4.1. En la historia constitucional germana, los tribunales constitucionales de los Estados miembros eran —no exclusivamente, pero a menudo— instrumentos para controlar y *limitar la influencia democrático-parlamentaria* y para proteger la monarquía constitucional. Ciertamente, la posibilidad de controlar y juzgar la conducta inconstitucional de los ministros podría resultar un apoyo al Estado de Derecho y a la gobernanza parlamentaria democrática; por consiguiente fue diseñado por las reformas constitucionales liberales desde el Congreso de Viena de 1815, y la falta de esta posibilidad, sobre todo en Prusia, era una señal de la prevalencia de la autoridad monárquico-militar¹⁷. Pero para mantener el orden monárquico en los Estados miembros, la confederación alemana usó también la restricción de las exigencias liberal-democráticas sobre las quejas legales. El poder central, y especialmente la colaboración de los sistemas monárquicos en Alemania estaban altamente interesados en mantener el orden en los Estados miembros, y su jurisdicción constitucional con el mencionado control de los Estados miembros a través de lo que podía parecer como un instrumento para tal finalidad¹⁸. Aunque esta objeción ya no es válida en los sistemas democráticos, aún permanece que la juridificación de conflictos constitucionales por medio de los tribunales constitucionales puede debilitar la adopción de decisiones constitucionales. Pero esta es una objeción frente a toda jurisdicción constitucional, no contra su introducción al nivel de las entidades federadas¹⁹.

4.2. Para la actual situación en los *länder* alemanes, la problemática concreta está basada en la relativamente pequeña importancia y el muy *limitado número de conflictos constitucionales clásicos* al nivel del *land*. Ciertamente, hay algunos casos, y algunos importantes, pero normalmente, especialmente en los *länder* más pequeños, muy pocos, habitualmente menos de

¹⁷ Para el conflicto constitucional prusiano de 1860, he documentado la situación en SCHEFOLD, D., «Verfassung als Kompromiss?», en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 1981, p. 137 (153-154).

¹⁸ Véanse artículos 52-62 de la Ley Final de Viena (*Wiener Schlussakte*) de 15 de Mayo de 1820, especialmente artículos 3-14 de los Sesenta artículos (*Die Sechzig Artikel*) de 12 de junio de 1834 (véase *op. cit. supra* nota 6); para un tratamiento general de la problemática véase HUBER, E.R., *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol.1, 2.º ed., Stuttgart, 1975, pp. 621 y ss; HOKE, R., «Verfassungsgsgerichtbarkeit in den deutschen Ländern in der Tradition der deutschen Staatsgerichtsbarkeit», en STARCK y STERN (eds.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, vol.1 (véase *op. cit. supra* nota 15), pp. 25 y ss (especialmente, pp. 50 y ss).

¹⁹ Véase la STC 31/2010, Fto. Jco. 32 y el resumen ofrecido por BIAGI (*supra* nota 16), en *Quaderni Costituzionali*, 2001, p. 81).

diez al año²⁰. Por consiguiente es normal que el mandato de los jueces del Tribunal Constitucional no lo ejerzan a tiempo completo, sino además de otras funciones (en su mayor parte jurídicas). Obviamente esta situación no ayuda al desarrollo de una jurisprudencia constitucional continua, aunque los ejemplos prueban que es posible desarrollar una cultura judicial en la jurisprudencia constitucional de un *land* singular²¹. No obstante la independencia formal de los Tribunales Constitucionales en los *länder*, la jurisprudencia constitucional se determina en gran medida por la del Tribunal Constitucional Federal, y los casos de conflictos entre él y los Tribunales Constitucionales de los *länder* son bastante extraños²². Esto parece un argumento a favor de la decisión de que todos los casos relevantes sean decididos por un tribunal constitucional central.

4.3. Por tanto parece razonable conferir a los Tribunales Constitucionales de los *länder* también el *control de la constitucionalidad de las leyes del land con la Constitución del land*. Ésta ha sido la solución elegida por el artículo 100.1 de la LF en 1949. De hecho, la cuestión de la violación de una constitución de un *land* es diferente a la de la inconstitucionalidad en relación a la Ley Fundamental²³. Si por ejemplo las reglas constitucionales sobre procedimiento legislativo del *land* han sido violadas, parece convincente que una autoridad judicial del *land* sea quien decida. En ese sentido, el Estatuto de Cataluña ha establecido para casos de este tipo una solución influenciada por el Consejo Constitucional francés²⁴. Pero en la mayoría de los casos la cuestión de la violación de derechos fundamentales o de principios básicos del Estado de Derecho prevalece. En estas cuestiones las constituciones de los *länder* a menudo contienen garantías que podrían invocarse. En especial para los derechos fundamentales de la Ley Fundamental (artículo 142) mantiene la validez y aplicabilidad de las garantías reguladas en las constituciones de los *länder*, en tanto en cuanto estas no contradigan el Derecho federal. Eso es porque en muchos casos un juez que plantea la inconstitucionalidad de una ley de un *land* tiene la opción tanto de someterlo al Tribunal Constitucional Federal o al Tribunal Constitucional del *land*. Pero en la práctica, la importancia de los derechos

²⁰ Ejemplo: para Bremen, un Land con cerca de 700.000 habitantes donde el Tribunal Constitucional es esencialmente competente para las controversias constitucionales clásicas, RINKEN, A., «Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs der Freien Hansestadt Bremen», en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, n.º 42, 1994, p. 325, menciona que durante cuarenta y tres años entre 1950 y 1993 ha habido solo cuarenta y siete sentencias. Para el siguiente desarrollo es interesante el punto de vista del Presidente del Tribunal Constitucional Federal, VOSKUHLE, A., «Die Landesverfassungsgerichtsbarkeit im föderalen und europäischen Verfassungsgerichtsverbund», en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, n.º 9, 2011, pp. 215 y ss.

²¹ Ejemplo reciente: Bremische Bürgerschaft (Ed.), *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen Amtswechsel: Auf Prof. Dr. Alfred Rinken folgt Ilsemarie Meyer*, Bremen, 2011, con una discusión interesante en torno al desarrollo de la jurisprudencia.

²² Véase artículo 100.3 LF —una situación en la práctica no frecuente—.

²³ Véase VOSKUHLE, A., *op. cit.*, pp. 225 y ss.

²⁴ Véase BIAGI, F. (*op. cit.*, en nota 16), p. 81.

fundamentales garantizados por la Ley Fundamental prevalece: hay una larga jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, y en casos de duda éste dará la clave para decidir cuestiones críticas que, en caso de conflicto, en cualquier caso han de ser sometidas al Tribunal Constitucional Federal²⁵. Por lo tanto, los jueces normalmente aplican las garantías de la Ley Fundamental y someten casos de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional Federal, incluso si existen las correspondientes garantías en la constitución del *land*, y la importancia del control judicial de la constitucionalidad por parte de los Tribunales Constitucionales de los *länder* no es muy extensa.

Esta situación parece ser bastante diferente a la española y hasta un cierto punto a la situación italiana, donde la definición de los poderes de las Comunidades Autónomas o las Regiones depende en gran medida de los Estatutos de Autonomía. Obviamente la interpretación de las reglas de este tipo es una cuestión de interés esencial para el Estado central y puede, por esta razón, no monopolizarse en una jurisdicción regional autónoma, sino que haya de ser conferida al Tribunal Constitucional central.

4.4. A la mencionada situación en Alemania corresponde el que la mayor parte de los instrumentos importantes de la jurisdicción constitucional —por encima del noventa por ciento de los asuntos— son *demandas constitucionales (Recursos de Amparo) por violación de los derechos fundamentales*. De hecho, desde 1951 este ha sido el elemento esencial del sistema alemán, aunque el problema de las demandas constitucionales había sido, en origen, muy controvertido, y el instrumento, primero sólo regulado por la ley, fue solo garantizado en la Ley Fundamental en 1969²⁶. Pero para la protección de los derechos fundamentales, siempre ha sido la sentencia sobre demandas constitucionales la que ha desarrollado el sistema de garantías, y uno de los problemas principales era y es el enorme número de demandas que han de decidirse, lo cual hace muy difícil elegir los problemas verdaderamente importantes.

Por consiguiente puede parecer un pensamiento obvio tener una pluralidad de autoridades judiciales decidiendo sobre demandas constitucionales: una devolución a los Tribunales Constitucionales de los *länder* podría presentarse como una alternativa²⁷. En realidad, hay una tradición de demandas constitucionales especialmente en Bavaria, y antes de la promulgación de la Ley Fundamental, la Bavaria de post-guerra tenía, de acuerdo a la constitución de 1946, un Tri-

²⁵ Véase artículo 100.3 LF —una probabilidad prácticamente apenas utilizada (ejemplo importante: Tribunal Constitucional Federal 36, 342, subrayando la autonomía constitucional de los *länder*), pero que muestra la prevalencia del Tribunal Constitucional Federal.

²⁶ Originalmente §§ 90 y ss de la Ley del Tribunal (Ley del Tribunal Constitucional Federal), desde 1969 art. 93.1 núm. 4.a LF. Véase en torno a la problemática SCHEFOLD, D., «Corte Costituzionale e sistema costituzionale in Germania», en *Giornale di Storia Costituzionale*, n.º 11/1, 2006, pp. 209 y ss.

²⁷ Véanse los argumentos referidos por RINKEN, A., «Landesverfassungsgerichtsbarkeit im Bundesstaat», en *Norddeutsche Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 2000, pp. 89 y ss.

bunal Constitucional con el poder de decidir sobre las demandas constitucionales por violación de derechos fundamentales²⁸. Influenciados tanto por esto o por el modelo federal, casi la mitad de los *länder* —con un incremento evidente tras 1989— ofrecen hoy en día la posibilidad de demandas constitucionales en sus Tribunales Constitucionales. ¿Podría esta situación no ayudar a gestionar el enorme número de asuntos? El Tribunal Constitucional Federal, en una importante sentencia²⁹, ha subrayado la posibilidad de protección de los derechos fundamentales por los Tribunales Constitucionales de los *länder*.

Pero mientras la jurisdicción constitucional de los *länder* es un tema de su auto organización y por ende un poder de los *länder*, la regulación de los otros procedimientos —civiles, penales, administrativos— es un poder de la Federación. Así que uno podría preguntarse si el Tribunal Constitucional de un *Land* puede admitir demandas constitucionales en casos regulados por las leyes federales en cuestión. El Tribunal Constitucional Federal ha estado de acuerdo en ello para los casos decididos por una autoridad judicial de un *land* (no una federal), si la decisión viola un derecho procesal de una parte del proceso garantizado en la Constitución del *land*. Sin embargo, en todos los casos donde se ha visto envuelto un Tribunal federal, y en todos los asuntos no relativos a derechos procesales, no es posible la demanda constitucional al Tribunal Constitucional del *land*. Así, pues, en los *länder* el campo de las demandas constitucionales permanece limitado. La jurisdicción constitucional no es una protección uniforme de los derechos distribuidos en la Federación y en los *länder*, sino por un lado un poder autónomo de los *länder* limitado por los —mucho más amplios— poderes federales, y por otro una protección de los derechos de acuerdo con la Ley Fundamental, que pertenece en exclusiva a la regulación federal del procedimiento y al control constitucional del Tribunal Constitucional Federal.

4.5. Finalmente, la cuestión de la jurisdicción constitucional ha de ser vista en *perspectiva europea*. Esto es importante en relación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo y al Tribunal de Estrasburgo para la protección de los Derechos Humanos. Ambos operan, aunque en diferentes contextos, también como tribunales constitucionales, ahí se ocasionan problemas similares a los de entre los tribunales constitucionales al nivel nacional con aquellos de las entidades federadas³⁰. Pero las dificultades son incluso mayo-

²⁸ Véanse artículos 66, 98.4, 120 de la Constitución de Bavaria de 1946, las demandas contra leyes por violación de derechos fundamentales son incluso posibles sin una violación concreta individual. Véase arriba nota 14.

²⁹ Tribunal Constitucional Federal, 93, 345 (uno de los extraños casos del procedimiento el artículo 100.3 LF).

³⁰ Véase VOSSKUHLE (*supra*, nota 20), pp. 215 y ss. Una buena presentación de estos problemas en ROLLA, G. (ed.), *Il sistema di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milán, 2010, donde en una contribución sobre «Convergenze e divergenze tra le corti europee e le corti tedesche in tema d'interpretazione dei diritti fondamentali» (pp. 189 y ss) he intentado explicar los problemas alemanes.

res debido a las diferentes procedencias de las jurisdicciones. No hay instrumentos constitucionales o legales para armonizar las actividades de las cortes basadas en el Tratado de la Unión Europea, en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos —en el marco del Consejo de Europa— y los tribunales constitucionales nacionales, de manera que una cooperación *de facto* es el único modo posible para resolver las diferencias de jurisprudencia³¹. El problema es especialmente difícil cuando se refiere no sólo a conflictos entre unidades territoriales (Estados, regiones, etc....) y la conformidad de las regulaciones legales con las reglas internacionales (como el Tratado de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos), sino a la aplicación particular de derechos a asuntos singulares. Aquí los problemas de decisión del asunto de acuerdo con las diferentes fuentes de derechos, pero siempre con el mismo objeto, conduce a conflictos reales. Las diferencias entre la decisión de la relación entre libertad de prensa (y de expresión) y el derecho a la intimidad en la jurisprudencia del TEDH y el Tribunal Constitucional Federal alemán, en la aplicación concreta en los asuntos de Carolina de Mónaco/Hannover³² son características.

Teniendo en cuenta estos problemas, no parece útil ampliarlos a un tercer nivel de jurisdicción constitucional. Especialmente en sistemas que conocen demandas constitucionales, los problemas de los dos niveles del Estado federado-Federación, combinado con la demanda al TEDH, llevan a una multiplicidad de recursos judiciales que apenas pueden ser justificados: tras la protección judicial en el sistema judicial nacional, hay, de acuerdo con la experiencia alemana, buenas razones para añadir una demanda constitucional. Pero entonces la importancia de la demanda al TEDH o bien pierde mucha de su importancia, o produce conflictos como el mencionado. Si eso ha de aceptarse, por razón de la utilidad de una protección europea de los derechos, no obstante no debería ampliarse por un segundo nivel de demandas constitucionales nacionales.

5. CONCLUSIÓN

En un sistema multinivel de organización política, la autonomía constitucional de cada nivel parece quizás no como la única posible o necesaria, sino como una solución consecuente. Tomándolo en serio, la creación de tribunales constitucionales propios para las entidades federadas o para los Estados está,

³¹ Véase NUNNER, M., *Kooperation internationaler Gerichte*, Tubingia, 2009. VOSSKUHL, A., *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2010, pp. 1 y ss, habla de «Der europäische Verfassungsgerichtsverbund» (la Unión Europea de tribunales constitucionales).

³² Véase Tribunal Constitucional Federal, 101, 361; la sentencia del TEDH de 24 de junio de 2004 —59320/00—; Tribunal Constitucional Federal 120, 180. Véase Schefold en Rolla, *cit. supra*, pp. 198 y ss. Un conflicto similar se ha planteado sobre la detención preventiva. Véase Tribunal Constitucional Federal 109, 133 y ss y 128, 326 y ss, con la crítica a la sentencia del TEDH de 17 de diciembre de 2009 —19359/04—.

en principio, justificado. Los tribunales constitucionales de los *länder* germanos son, si acaso, un ejemplo interesante y estimulante, y el experimento del Estatuto de Cataluña merece atención, a pesar de la crítica del Tribunal Constitucional Español.

Sin embargo, una investigación más de cerca prueba las dificultades creadas por tales tribunales constitucionales de los Estados miembros. Desde los puntos de vista de la importancia práctica, de la armonización de la jurisprudencia constitucional y de los posibles conflictos, así como entre los Estados miembros y los tribunales constitucionales centrales, la practicabilidad de dos niveles de tribunales constitucionales en un Estado federal se presenta dudoso. Las dificultades han aumentado por los elementos constitucionales de la jurisdicción europea la cual aparece como un tercer nivel adicional.

Por lo tanto, el fenómeno de los tribunales constitucionales de los *länder* alemanes merece atención. Demuestran el desarrollo histórico del federalismo y una cultura de constitucionalismo en dos niveles. Pero como solución general, se han de recomendar sólo para tener en cuenta la situación específica, especialmente para la España de federalismo asimétrico con respeto mutuo de los poderes del Estado y de las Comunidades Autónomas; el Derecho constitucional no es un producto exportable. Sin embargo, la importancia de las cuestiones constitucionales de los Estados miembros subrayan la necesidad de dar también a la jurisprudencia constitucional del Estado central una legitimidad por parte de los poderes federados. En ese sentido, los modos del federalismo no requieren necesariamente una multiplicación de los tribunales constitucionales, sino su posición como órganos neutrales entre los poderes central y federados.

Más allá del diseño institucional: la cultura política del federalismo (una perspectiva normativa)

Ramón Máiz
Universidad Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. Instituciones endógenas y cultura política federal. 2. El principio federal y la dotación de sentido. 3. Los valores compartidos del federalismo. 3.1. De la soberanía a la gobernanza multinivel. 3.2. Una idea no nacionalista de nación. 3.3. La federación como sistema político adaptativo. 4. Conclusión. Referencias.

«Federalism requires mutuality, not command,
multiple rather than single causation,
a sharing instead of a monopoly of power»
Aaron Wildawsky (1976)

«Federalism is not just a form of government;
it is a method for solving problems, a way of life»
Vincent Ostrom (1991)

1. INSTITUCIONES ENDÓGENAS Y CULTURA POLÍTICA FEDERAL

El federalismo no implica solamente un diseño institucional específico —un conjunto interactivo de actores e instituciones que articulan *descentralización* en la toma de decisiones y *acomodación* de la diversidad étnica o nacional— sino también una *interpretación, una visión* de la política: *la visión federal*. Es preciso resaltar esta dimensión interpretativa del federalismo —el complejo «modo de vida» (Ostrom, 1991) que postula y su específica dotación de sentido político— pues tiende a ser frecuentemente desatendida.

El reciente desarrollo de los estudios sobre el federalismo desde una óptica de política comparada, la economía política positiva y el neoinstitucionalismo

ha aportado un muy sólido conjunto de investigaciones sobre instituciones (segundas cámaras territoriales, poder judicial, tribunales constitucionales, etc), aspectos fiscales, elecciones, sistemas de partidos y otras dimensiones clave de las federaciones. Estos nuevos trabajos han permitido superar la previa discusión normativa abstracta sobre las ventajas o desventajas de la federación, para, de modo más preciso, atender a los diversos contextos y diseños institucionales y a sus incentivos específicos. Pero este sesgo neoinstitucionalista en el estudio de las federaciones, de atención privilegiada a la interacción estratégica entre partidos políticos e instituciones, ha tendido a marginar la capital dimensión cultural e interpretativa del federalismo. Resulta preciso subrayar — más allá de la constatación devenida trivial de que «institutions matter» y «las instituciones federales desempeñan un papel decisivo en la explicación de los resultados»— que las instituciones federales son *endógenas* (Rodden 2006), esto es, efecto y producto *beyond design* de diversos factores contextuales: sociales, políticos y culturales. No deja de ser significativo que una parte de la más brillante literatura positiva y su teoría de las instituciones federales autosostenibles (Filippov, Ordeshook, Shvetsova 2004), guarde silencio sobre las decisivas cuestiones normativas y empíricas que suscita el pluralismo cultural y la multinacionalidad para las federaciones. Ello no constituye un problema del enfoque de economía política positiva o el racional choice *per se*, como muestran claramente otros estudios (Laitin & Fearon 1996, Laitin & Weingast 2006, Bakke & Wibbels 2006, Treisman 2007), sino de la marginación de los aspectos culturales en el comportamiento de las instituciones y los actores, en beneficio de la racionalidad estratégica y la maximización de intereses.

Sin embargo, la producción de sentido, las creencias y valores, así como los hábitos o disposiciones, son factores de innegable relieve político, pues poseen una relación recíprocamente constitutiva con la acción y las instituciones. Tocqueville, por ejemplo, consideraba impracticable la generalización del federalismo norteamericano a países carentes del factor que lo hacía posible: la cultura federal. Y William Riker extraía como conclusión de su examen del federalismo en los Estados Unidos que su rasgo fundamental residía en que: «detrás de las instituciones federales reside un sentimiento popular de lealtad a los diferentes niveles de gobierno, el cual sirve de canal al desarrollo de procesos de descentralización o recentralización» (Riker 1964: 111). Por otra parte, las diferentes creencias y valores políticos son holísticos, esto es, adquieren su significado solamente en el seno de una más amplia urdimbre de principios, disposiciones y orientaciones (Bevir & Rhodes 2006). De hecho, resulta imposible entender las acciones y las instituciones políticas, incluidas las federales, desde el solo punto de vista, necesario pero insuficiente, de los *intereses* en juego, al margen de las ideas (y las emociones) que las animan.

El federalismo demanda tanto un autosostenible y robusto diseño de instituciones (federación) y un (complejo y descentralizado) sistema de partidos, cuanto *un conjunto de actitudes y valores*, esto es, una dotación compartida de sentido político que sirva de soporte cívico al sistema. Dicho de otra manera:

el *federalismo* no puede reducirse, en modo alguno, a la *federación* (Burgess 2006: 47), toda vez que constituye también un ideario, una visión política sustantiva, un capital cultural común que delimita (y, en su caso, sanciona los comportamientos desviados) lo que en cada país constituye un *comportamiento federalmente adecuado o permisible* por parte de los distintos niveles de gobierno. Esta visión federal se articula en tres ámbitos normativos estrechamente interconectados entre sí: 1) una *teoría política* deudora de una muy larga tradición federal-republicana; 2) una ideología engarzada en un *movimiento político*; y, por último, el aspecto empírico-normativo que aquí nos ocupará: 3) *una compartida cultura política federal*.

Todo esto, sin embargo, es lo que ha tendido a obviarse con demasiada facilidad en los recientes programas de investigación comparada o de economía política neoinstitucional, los cuales, superando la retórica normativa clásica de los «déspotas benevolentes» (Oates), el «voto con los pies» (Tiebout) o el nuevo «Leviatán» (Hayek, Buchanan) se muestran exclusivamente atentos a los actores y las instituciones y su interacción específica en cada contexto. Se ha insistido de modo reiterado (La Selva 1996, Burgess 2006, Norman 2006, Gagnon 2009, 2011; Máiz 2012) en la necesidad de compensar el notorio déficit de una teoría normativa actualizada del federalismo, tanto en lo que respecta a la idea del Estado como de la Nación. En lo que sigue aportaremos algunos argumentos y dimensiones relativos a tan decisiva como descuidada dimensión político-cultural, desde una perspectiva orientada por la teoría normativa, si bien, como se verá, no por entero huérfana de sugerencias para la investigación empírica.

Resulta llamativo contrastar los cientos de investigaciones centradas en los aspectos institucionales, constitucionales, fiscales, estasiológicos, electorales etc. con los escasísimos estudios dedicados al *soporte interpretativo —tanto cognitivo y como actitudinal—* del federalismo. Los análisis dedicados a este tema constituyen auténticas excepciones en la bibliografía. Véanse, por ejemplo, los trabajos de John Kincaid y Cole quienes, en el análisis comparado de Canadá, México y USA, ha apuntado la estrecha correlación entre grado de descentralización política y presencia de cultura federal en la ciudadanía (Kincaid & Cole 2004, 2011). O los de Fafard *et alia*, dando un paso más «dentro de la caja negra» de las instituciones federales y analizando como las dimensiones normativas del federalismo se manifiestan en la naturaleza y (escasa) consistencia de la cultura política federal de Canadá (Fafard *et al.* 2010). Y, para el caso español, Enric Martínez-Herrera —quien subraya la centralidad de los mecanismos actitudinales, más que cognitivos, de interiorización de normas y valores, que refuerzan la interacción sofisticada de los ciudadanos con contextos multinivel (estatales y federales) de decisión y participación— (Martínez-Herrera 2005, 2010).

Cuando, como sucede en nuestros días, el federalismo se sitúa de nuevo en el primer plano de la agenda política internacional desde Irak o India a España o Bélgica, pasando por Canadá o la Unión Europea. Cuando resulta

preciso más que nunca abandonar las vaguedades y responder a las cuestiones concretas de *¿qué federalismo?* específico se postula en cada contexto, de entre los muchos arreglos federales posibles (Burgess 2005, Watts 2008), quizás haya llegado la hora de recordar de que hay que entenderlo como algo más que un entramado de instituciones y actores. De que *el federalismo es también un ideal normativo*, «a federal creed», en la clásica expresión de Grodzins (Grodzins 1966: 314), y *un conjunto de creencias, valores, actitudes y disposiciones cívicas*. En suma, que la consolidación y desarrollo del federalismo requiere, como señalaba Elazar, un pensar en clave federal, un «thinking federal», una distintiva manera de concebir el poder de forma compartida y horizontal (Elazar 1987: 192). Así, las clásicas dimensiones empírico-normativas del federalismo (Watts & Blindenbacher 2003) deben ser ampliadas y articuladas en un todo coherente; a saber: 1) Gobierno multinivel garantizado mediante «salvaguardas institucionales»; 2) Constitución y Estado de Derecho en todos los niveles; 3) sistema descentralizado de partidos; 4) experimentación y diferenciación de políticas públicas; y 5) una cultura política federal basada en el pacto, la negociación, reciprocidad y el respeto mutuo que garantice el control popular. Esta cultura política federal de la ciudadanía debe incluir tanto a) la capacidad de adecuada atribución de responsabilidades entre los diferentes niveles de gobierno («who does what»), el acuerdo sobre los límites de lo tolerable en la actuación de los diferentes niveles de decisión, y la aceptación de la experimentación y diferenciación de las políticas públicas (Fafar *et al.* 2010, Schneider *et al.* 2011); cuanto b) la tolerancia y respeto al pluralismo cultural, lingüístico y nacional, así como la acomodación de identidades y lealtades superpuestas (Kincaid & Cole 2011).

Por lo demás, si observamos la literatura clásica no muy lejana en el tiempo, comprobamos que la dimensión cultural configuraba uno de los ejes básicos del modelo federal. Así, la federación demanda una cultura política federal diferenciada de una cultura política unitaria, apuntaba Duchacek (Duchacek 1980: 343); la cultura federal consiste en un conjunto de valores y orientaciones hacia el sistema, insistía Livingston, en la senda de Almond & Verba, las cuales varían además según los grados de federalismo de cada país (Livingston 1968); para Elazar: «en muchos aspectos, la viabilidad de un sistema federal esta directamente relacionada con el grado en el que el federalismo se halla internalizado culturalmente por parte de los ciudadanos (Elazar 1987: 78); en fin, «el federalismo...no puede sostenerse sin el soporte subyacente de una cultura política», señalaba Wildawsky (Wildawsky 1998: 40).

El filósofo John Searle ha insistido recientemente en que las realidades políticas (en su terminología: «institucionales»), como los Estados y las naciones, solo se constituyen, mantienen y evolucionan cuando son *reconocidas y aceptadas* por los ciudadanos, es más, solo existen, cuando se cree de modo compartido que existen. Consisten aquéllas en *poderes deónticos* (esto es, proporcionan razones para la acción independientemente de nuestros deseos) y por lo tanto, su existencia misma depende de que sean comúnmente aceptadas. Además, las

realidades políticas están, desde un punto de vista ontológico, lingüísticamente constituidas, de hecho no pueden existir sin el lenguaje. Por eso la dimensión del *sentido* resulta políticamente crucial (Searle 2010). Y la provisión de sentido es precisamente el campo de la cultura: la generalización de valores y actitudes, de vocabularios, metáforas y narrativas que construyan y/o refuercen las instituciones. Así, del mismo modo que no puede existir la democracia sin demócratas, de ciudadanos dotados de cultura cívica, no puede desarrollarse el federalismo sin una sólida cultura federativa. O bien —si se prefiere resaltar la dimensión no estrictamente cognitiva de las disposiciones individuales internalizadas que conectan a los ciudadanos con las estructuras políticas y sociales (Bourdieu 1979)— podríamos hablar de la necesaria presencia de un *habitus federativo* en la ciudadanía. En suma, tales «valores y capacidades compartidos (*shared understandings and skills*)» (Ostrom 1991: 247) constituyen un indispensable mecanismo, actitudinal y cognitivo de autorrefuerzo (*self-inforcing*) cultural de las instituciones federales, la *psicología moral del federalismo* (Weinstock 2005)

Pese al escaso desarrollo de la investigación en este campo, y aún de las evidentes dificultades de operacionalizar el concepto por razones normativas y no solo empíricas como luego veremos, existe una razonable evidencia en la literatura en apoyo de la *hipótesis de la cultura federal*: una federación coexistiendo con una cultura unitaria o centralista en sus ciudadanos esta destinada de antemano a la inestabilidad crónica, la degradación institucional, cuando no directamente al fracaso. Por decirlo en los inmejorables términos de Ronald Watts: «Ningún sistema federal funciona bien a menos que se construya una cultura política de apoyo» (Watts 2008).

Sería equivocado, sin embargo, entender que llamar la atención sobre la descuidada dimensión cultural del federalismo implique un sesgo culturalista, alternativo o incluso opuesto a los trabajos de la nueva economía política positiva y el neoinstitucionalismo. En modo alguno esto es así: desde Riker (Riker 1964) a Weingast (Weingast 1995, 1997 2005), pasando por Ostrom (Ostrom 1991), la lealtad a los diversos niveles de gobierno y no solo a uno de ellos (ora la federación, ora los estados), es considerado un factor clave de la estabilidad de los sistemas federales. En concreto: que los ciudadanos compartan una similar perspectiva de lo que constituye una transgresión de poder —sea por parte de la unión (*encroachment*), sea por parte de los estados (*shirking*)— es el catalizador que activa el mecanismo de la reacción democrática y federal de la ciudadanía. Ahora bien, esto implica que el «problema federal» se traslada de las instituciones a las creencias: «La cuestión entonces viene a ser la siguiente: ¿qué combinación de creencias acerca de la naturaleza de las transgresiones de los respectivos niveles de gobierno puede tolerarse en una situación de equilibrio?... Además, qué equilibrio se alcance depende de la diversidad de creencias sobre lo que constituye una transgresión ... De hecho, podemos sugerir que equilibrio específico resultará en cada caso si conocemos las pautas de las creencias en una sociedad determinada» (Weingast 1995a:

14). En definitiva, uno de los *mecanismos de autorrefuerzo* (Weingast & Figueredo 2005) claves para el buen funcionamiento de los sistemas federales es la presencia en el seno de la ciudadanía de un «shared belief system», «un sistema compartido de creencias» (Weingast 1995b: 456) en torno a lo que constituye extralimitación intolerable por parte de los diferentes niveles de gobierno en el desarrollo de sus competencias.

No debería olvidarse que ya en *Federalist Papers*, Madison establecía como principal mecanismo de control federal el juicio de la ciudadanía: «La dependencia del pueblo constituye, sin duda, el control primero del gobierno» (*Federalist Papers* 51), siendo los controles propiamente institucionales: constitución, división de poderes, poder judicial etc. considerados meras «precauciones adicionales» («auxiliary precautions») del juicio de la ciudadanía. Con el paso del tiempo esta convicción no haría sino acentuarse: «Es la opinión pública la que fija los límites de cada nivel de gobierno» (Madison 1791 (1999). Por su parte, Jefferson, en *Notas sobre el Estado de Virginia* (1787) insistió asimismo en el control popular de la democracia y el federalismo como la garantía fundamental. Por cierto, ambos, Madison y Jefferson, emplearían la misma expresión, para referirse a la garantía última del federalismo, la cual no residía para ninguno de ellos ni en la Constitución, ni en su interpretación por el Tribunal Supremo, sino en la ciudadanía misma: «The people themselves» (Madison 1999: 532, Jefferson 1984: 274).

Así, el control popular efectivo depende de la existencia de «shared understandings» (Ostrom), de un «shared belief system» (Weingast), de «preconceptions partagées» (Watts), que fijen el umbral de lo que debe ser considerado como extralimitación y oportunismo por parte de un determinado nivel de gobierno y generalice una común percepción ciudadana de las atribuciones y responsabilidades de cada nivel. De este modo, el necesario «acuerdo sobre el umbral de lo permisible» (Bednar 2009), la frontera que señala los límites de lo federalmente tolerable, es un subproducto de la identificación de los ciudadanos con la federación en su conjunto, no con el Gobierno federal o los gobiernos de los estados (Cairns 1999). En consecuencia, «las salvaguardas populares —las cuales resultan posibles a través del consenso que podríamos llamar cultura política federal— son el medio de prevenir ajustes socialmente dañinos... De hecho, el desarrollo de una cultura federal, que active las salvaguardas populares, transforma un Estado federal en una Nación federal» (Bednar 2009: 191).

2. EL PRINCIPIO FEDERAL Y LA DOTACIÓN DE SENTIDO

Subrayaba Rufus Davis, en *The federal Principle*, la densidad normativa de la *provisión de sentido* específica del federalismo que se desprendía de la idea fundacional de *covenant* (Davis 1978). En este orden de cosas, debemos subrayar, ante todo, que si la cultura política es un conjunto, podríamos decir que

inconsciente o en estado práctico, de valores y creencias, así como de actitudes (*gustos, hábitos, disposiciones, capacidades etc.*), compartidas por los ciudadanos, que proveen de sentido político a las instituciones y a la acción, otra dimensión capital del mundo de sentido (*world of meaning*) propio del federalismo, muy próxima y estrechamente conectada con la cultural, se presenta como decisiva: su dimensión consciente de *ideal político*, de «federal creed». Esto es, el federalismo entendido como «la recomendación y (en ocasiones) la promoción activa del apoyo a la federación (Burgess 2006: 2). La política es una lucha sin fin por lograr la hegemonía de una visión de la sociedad frente a otras y, en este orden de cosas, el ideario federalista constituye un factor capital en al menos dos sentidos: 1) por una parte, provee un *criterio de juicio normativo*, una posición ideológica específica desde la que proceder a evaluar y criticar la realidad; y 2) por otra parte, proporciona un *horizonte de expectativas*, una perspectiva escalonada de objetivos, de estrategias y procesos a recorrer para alcanzarlos.

Ahora bien, si el federalismo es un ideal, un conjunto de valores y actitudes y, considerado desde la acción política y la movilización, una *ideología* y un *movimiento* político, entonces una cultura política federal compartida por la ciudadanía deviene a la vez fuente y resultado interactivo de una *teoría política normativa*. Esta última cumple el cometido de elaborar los valores y actitudes congruentes con una cultura federal y darles coherencia, articularlos y trasladarlos de su condición de opiniones políticas a proposiciones más sistemáticas, internamente consistentes, que permitan una discusión objetiva y verificable. Resulta tan desacertado separar radicalmente *ideología* y *teoría política* —toda vez que aquella constituye a menudo vehículo para la reflexión normativa (Freeden 1996)—, como alejar entre sí las otras dos dimensiones interpretativas de la política: sin una ideología que anime un movimiento y extienda las creencias y valores federales a la más amplia ciudadanía, que compita nítidamente con otros idearios (nacionalismos de Estado o contra el Estado, por ejemplo) en la esfera pública, difícilmente habrá una cultura política federal compartida por los ciudadanos. Y sin esta última no hay federación posible a medio plazo: la cultura federal no nace como mero reflejo automático de las instituciones federales, debe ser cultivada y promocionada, en toda su densidad normativa, en el seno de la ciudadanía. Como Michael Burgess ha subrayado «La *politie* federal se apoya en determinadas preconcepciones compartidas, valores, creencias e intereses que en su conjunto presuponen políticas de reconocimiento, de cooperación, de compromiso y de acomodación. La *politie* federal extrae, pues, su esencia de las nociones de dignidad humana, de tolerancia, de respeto, de reciprocidad y de consentimiento» (Burgess 2006).

Pero vayamos a la dimensión empírico-normativa que constituye el eje de esta intervención: la cultura federal. Al menos dos precisiones iniciales resultan necesarias sobre el concepto de «cultura política» a los efectos que aquí interesan. En primer lugar, en razón de la identidad común que genera el «shared belief system» (Weingast) y las «preconceptions partagées» (Watts), el concepto

de cultura política federal desborda la perspectiva, clásica desde Almond y Verba, de valores y actitudes que los ciudadanos individualmente poseen: «el esquema de actitudes individuales y orientaciones hacia la política entre los miembros de un sistema político (Almond & Verba 1966: 23). El concepto de cultura política debe ampliarse al conjunto de prácticas de dotación de sentido, esto es, de prácticas semióticas intersubjetivas (Wedeen 2002: 713), como propiedad emergente anclada en los de significación política. Más allá de la «cultura cívica», la cultura política se presenta como abigarrado conjunto de narrativas e interpretaciones, metáforas, mitos y símbolos, que dotan de sentido al mundo político en su conjunto, a las instituciones y a los comportamientos, vinculando creencias y acción políticas. La cultura política es pues una «red de significación», un conjunto de significados públicos y compartidos y no una mera «colección de rasgos discretos cuya coherencia se presupone» (Ross 2009: 137). Esto es, por cultura política debe entenderse no solo valores y actitudes, sino también narrativas, discursos, interpretaciones y visiones del mundo que configuran identidades compartidas. De este modo, la cultura política despliega una múltiple eficacia (Ross 2009) que resulta decisiva para la construcción del complejo paisaje simbólico multinivel e inclusivo del federalismo, fundado en el autogobierno más gobierno compartido, y en la conciliación de la unidad con la diversidad: 1) enmarcamiento (*framing*) del contexto político; 2) vinculación de las identidades individuales y colectivas; 3) definición de fronteras entre grupos y de las pautas de interacción entre ellos; 4) provisión de criterios de interpretación de las acciones y motivos de los otros; 5) aportación de recursos y repertorios para la organización y la movilización.

Debe, sin embargo, despejarse cuanto antes un equívoco, la postulación de una cultura política federal compartida, en modo alguno implica la sobrevaloración del consenso y el olvido de la inescapable dimensión del conflicto y el pluralismo políticos, toda vez que «los significados están abiertos a varias y cambiantes interpretaciones, si bien aparecen en ocasiones coherentes, inmutables o inevitables... la atención al dinamismo, riesgo, malos entendidos, ambigüedades, y contextos históricos demanda un análisis detallado de los efectos específicos de las prácticas semióticas (Wedeen 2002: 722). El resultado de esta ampliación del concepto de cultura política es la expansión de la agenda de los problemas de investigación de la cultura política federal más allá de las actitudes y predisposiciones individuales (adecuada atribución de responsabilidades en gobiernos multinivel, distribución de poder entre los diferentes gobiernos, tolerancia al pluralismo lingüístico etc.) usualmente exploradas en los estudios cuantitativos (Kincaid, 2011). Reclama la incorporación de nuevos ámbitos de estudio: mitos, símbolos, metáforas, retórica, rituales, narrativas etc. y su papel en la configuración de un escenario de autogobierno y gobierno compartido, a la vez que de identidades colectivas compartidas y traslapadas.

En este sentido el concepto de «cultura como equilibrio», propuesto por Laitin y Weingast, muestra toda su capacidad analítica, en relación con el antevisto control popular del federalismo facilitado por un consenso cristalizado de

lealtades a la federación en su conjunto, culturalmente construido. En efecto, la posibilidad de incentivos positivos y negativos para generar expectativas claras y conductas previsibles, la posibilidad de sanciones al incumplimiento unilateral del pacto, así como la producción de una identidad colectiva basada en un nosotros/ ellos de carácter cooperativo, la tolerancia y el mutuo respeto, engarza a la perfección con un concepto de cultura, elaborado desde un núcleo de «conocimiento compartido», como «un equilibrio en un bien definido conjunto de circunstancias en el cual los miembros de un grupo cultural, a través de símbolos compartidos, prácticas rituales, y altos niveles de interacción, resultan capaces de condicionar la conducta respecto a las creencias compartidas acerca del comportamiento esperado de todos los miembros del grupo» (Laitin & Weingast 2006: 16).

En segundo lugar, también en esto más allá de los clásicos estudios empíricos en ciencia política, la cultura política consiste en un conjunto no sólo *cognitivo* de valores y conocimientos, sino asimismo *afectivo* y *emocional* (Wedeen 2002, Ross 2009) de *actitudes* y predisposiciones ciudadanas de refuerzo y retroalimentación del sistema político. La cultura política federal no constituye una excepción a este respecto. Estas disposiciones, gustos y hábitos de refuerzo o, por expresarlo más adecuadamente, este *soporte actitudinal* del federalismo proporciona algo indispensable para el desarrollo no solo de las instituciones, su funcionamiento y su reforma, sino de la comunidad política misma, del conjunto de los ciudadanos; a saber: disposición favorable, capacidades específicas, lealtad y *vinculación afectiva*.

Debemos detenernos brevemente, antes de atender a los valores federales, en esta última *dimensión afectivo-actitudinal* de la psicología moral del federalismo. El hecho es que los análisis neoinstitucionalistas y de elección racional (incluso desde la «racionalidad limitada») dominantes en la teoría positiva de orientación empírica del federalismo desatienden no solo la dimensión normativa de los valores, los principios y los ideales, sino también las emociones específicas del federalismo, de la mano del unilateral énfasis puesto en los *intereses* y en la *racionalidad estratégica*. De este modo se asume como evidencia indiscutida una visión hiperracionalista de la política y del federalismo como un diseño institucional de incentivos positivos y negativos que enfrentan los actores, como estrategias de maximización del autointerés etc.

Sin embargo, las modernas neurociencias y la psicología y lingüística cognitivas han puesto de relieve de modo incontestable la centralidad de las emociones en el conocimiento, en los procesos de toma de decisiones y en la política en sus más amplio sentido (Máiz 2011), insistiendo en la función decisiva que desempeñan al respecto determinados circuitos neuronales (las llamadas «neuro-n espejo»). Las narrativas, por ejemplo, resultan decisivas por cuanto explican acontecimientos y delimitan identidades en modos emocionalmente significativos para los actores. De este modo, las emociones que activan las diversas narrativas —la empatía o el resentimiento, por ejemplo— constituyen el mecanismo explicativo de conexión micro-macro de la acción colectiva (Petersen 2002). Más

allá de todo optimismo antropológico —abandonado ya en su día en *federalist papers* 51: «If men were angels...»— se ha subrayado una disposición innata de los seres humanos *también* para la convivencia, la cooperación y la comunidad (Damasio 2005). Por decirlo en palabras de Lakoff: «hemos nacido para la empatía y la cooperación» (Lakoff 2008: 118). Ahora bien, cuando la relación nosotros/ellos se basa en la natural disposición para la *empatía*, las relaciones de competición, auto interés y desconfianza mutua, dejan de monopolizar como autoevidencia indiscutida la visión de la sociedad y abren paso a una nueva posibilidad: la *construcción política de la confianza*. Producción política de la confianza que lo es, ante todo, pero no exclusivamente institucional, pues implica a los actores colectivos (los partidos políticos), pero también a los ciudadanos, mediante una cultura política de reciprocidad compartida. Resulta preciso resaltar a estos efectos la aportación afectiva del federalismo: su apuesta por el cultivo institucional y cultural de las emociones de la empatía y la solidaridad, la extensión de estos «sentimientos morales» a círculos cada vez más amplios de humanidad, más allá de las restricciones de los grupos internos. Resulta esencial para toda federación, complemento indispensable de la lealtad compartida a ambos niveles de gobierno (la Unión y los estados), la «identificación positiva de unos ciudadanos con otros como miembros valiosos de la misma comunidad. Así, la ciudadanía refuerza la empatía y sostiene la solidaridad por medio de postulados públicos acerca de quien es «uno de los nuestros» (Cairns 1999:4).

Mediante una cultura política de la reciprocidad —no solo calculadora e interesada, sino simétrica y *altruista condicional*, basada en confianza y mutua solidaridad— el federalismo se postula como alternativa al cultivo de identidades nacionales cerradas y excluyentes que facilitan la proliferación de pasiones destructivas: odio, resentimiento, ira etc.

La raíz misma de la tradición republicana federal reside precisamente en postular, como alternativa a la política conservadora —fundada en la *autoridad jerárquica*, la disciplina, la verticalidad— una política fundamentada en la *empatía*, así como en la corresponsabilidad y el apoderamiento de las entidades federadas. La raíz etimológica del federalismo, ya señalada en su día por Benveniste, habla con claridad a este respecto: federalismo proviene de la noción de acuerdo entre iguales, lo que implica a la vez un vocabulario de raíz compartida entre *pacto (foedus)* y *confianza (fides)* (Benveniste 1969: 119). Así, pues, en su procedencia histórica misma, está inscrita la centralidad *empática* del ideario federal, y de ahí su irreductibilidad última a una explicación/interpretación en términos exclusivos de intereses y racionalidad estratégica.

El soporte actitudinal del federalismo es el propio de una democracia basada en la voluntad de acuerdo desde la idea de *poder compartido* y *confianza recíproca*. El federalismo, desde Althusio a Madison pasando por Montesquieu (recordemos aquella «république fédérative» como «société de sociétés» del libro IX de *L'Esprit des Lois*) retiene como su fundamentación psicosocial y a la vez ético-política, la convivencia no solo de varios estados en el seno del mismo estado (la Unión), sino de varias comunidades en el seno de una comunidad política más

amplia. Esto es, el federalismo considera psicológica y ético-políticamente superior el modelo pluralista de la *mutualidad*, la coexistencia, la cooperación, la empatía y la confianza, frente al modelo unitarista, coercitivo y jerárquico —excluyente hacia el interior y competitivo, cuando no abiertamente bélico, hacia el exterior— del Estado nación. Para el federalismo, en fin, los ciudadanos están vinculados al poder político no solo como individuos singulares, sino como miembros de comunidades y naciones mediante lealtades e identidades superpuestas.

Es preciso abandonar la falsa creencia de que las pasiones políticas son patrimonio exclusivo de los nacionalismos. Por el contrario están presentes de un modo u otro en todos los movimientos políticos, cada uno de las cuales promueve de modo inseparable un conjunto de *razones y emociones* específicas. Pues bien, las *pasiones políticas federales* cultivan actitudes cívicas de empatía, respeto mutuo y fraternidad solidaria. Esta dimensión de las *emociones políticas federales* no resulta ajena ni mucho menos opuesta, sino complementaria y reorientadora de la racionalidad de los intereses colectivos, y viene fundamentada sobre la natural capacidad de los seres humanos para forjar una convivencia anclada en el respeto y lealtad *recíprocas*. Por cierto, esta mutualidad constitutiva es la razón por la que la lealtad federal deviene irreducible a las centralizadoras formulaciones de «Bundestreue» o «Loyalty to the political community», dirigidas vertical y unidireccionalmente desde las unidades federadas hacia la Unión.

Este capital aspecto emotivo, esta urdimbre psicoafectiva del federalismo, no puede ser en modo alguno obviada desde una perspectiva hiperracionalista de la política, si no queremos amputar la visión federal misma en su específica dimensión empática. Hoy día sabemos que aquella visión desapasionada de la mente política constituye una perspectiva insostenible pues no solo «el cerebro político es un cerebro emocional» (Westen 2007: 12), sino que las emociones resultan decisivas para la evaluación cognitiva, constituyen una de las capacidades humanas básicas y son decisivamente «éticas y sociopolíticas» (Nussbaum 2001: 149). No contar con la dimensión emotiva de la producción política de la confianza mediante instituciones, actores y cultura política, implica, además, abandonar parte esencial del *marco interpretativo* propio de la tradición democrático-federal. Y sin marcos ni vocabularios propios resulta difícil por no decir imposible hablar y aún pensar políticamente. Como señala un bien conocido lingüista cognitivo: «Resulta decisivo reconocer cuando los marcos interpretativos para convicciones importantes se han perdido en la conciencia pública, y cuando carecemos de las palabras necesarias. Nuestra tarea entonces es construir ese marco y asignar nombres para poder hablar del problema en cuestión abiertamente» (Lakoff 2008: 133).

3. LOS VALORES COMPARTIDOS DEL FEDERALISMO

La cultura política federal posee también, como hemos apuntado, una muy rica dimensión axiológica y cognitiva, defiende valores y conocimientos pro-

pios y netamente diferenciados. Por retomar un concepto clásico de la Ciencia Política que insiste en la decisiva tarea de los valores en la política, frente a la unilateral atención a los *intereses*, podríamos hablar de una específica *mobilization of bias* (Schattscheider 1960) en clave federalista, un *federal bias* (Wildawsky), una movilización del sesgo que postula valores bien diferentes de los propios de una versión centralista de la política desde el Estado nación unitario. Sin duda, el primero de estos valores es el del *poder compartido* y, con ello, la superación de la idea (imagen o metáfora) de *soberanía*.

Debemos recordar, ante todo, que históricamente, desde Althusio a Spinnelli pasando por Kant o Cattaneo, la tradición federal nace como un *ideal de paz* entre pueblos diversos (de «paz perpetua» que diría Kant en sus escritos federalistas). Pero una paz entendida desde dos postulados fundamentales estrechamente imbricados: 1) concebida, mas allá de la mera ausencia de guerra, como un orden político justo, desde el respeto e igualdad, de convivencia entre pueblos; y 2) elaborada en completa ajenidad a una solución soberana, a un quimérico y en última instancia autoritario «Estado Mundial», y orientado, por el contrario, a la edificación de «una república libre de pueblos federados» o una «federación de pueblos». Resulta, por otra parte, en extremo significativo observar como Kant en el mismo movimiento teórico-político que le lleva a desechar el modelo soberano de un Estado Mundial, funda, como cimiento de la «federación de pueblos», la diversidad cultural, religiosa y lingüística de la humanidad (Máiz 2011: 263). Sobre el valor de la diversidad federalmente entendida nos detendremos de modo específico en el apartado sexto.

La cultura política federal, como ha subrayado clásicamente Friedrich entre otros, prescinde del vocabulario de la soberanía (Friedrich 1968), el cual remite a la necesaria existencia de un centro único, originario, monopolizador del poder político. Por el contrario, la visión federal apunta al *policentrismo*, al poder compartido, a un sistema de gobierno en rigor *multicéntrico* más que multinivel (pues no hay órdenes superiores e inferiores), integrado por diversos ámbitos de decisión y control. Esto es, la cultura federal provee de una interpretación radicalmente alternativa a la visión vertical, jerárquica, piramidal del Estado reemplazándola por una versión más *horizontal*, *competencial* de ámbitos autónomos y diversos, si bien coordinados («federados») de ejercicio del poder político.

3.1. De la soberanía a la gobernanza multinivel

Ante todo, debemos resaltar que *la cultura política federal es una cultura de la intransitividad*. En efecto, existe una diferencia capital de concepción política entre federalismo y soberanismo: el vocabulario de la soberanía resulta deudor de una concepción *transitiva* del poder político, esto es, aquella que postula un fundamento último u originario, y por lo tanto externo, superior y preeminente sobre otras entidades subordinadas. Por el contrario, el federalismo se articula

desde una concepción *intransitiva* de poder compartido, derivado y por definición limitado constitucional y competencialmente entre la Unión y los Estados, entre diversos poderes y ámbitos de decisión y las ciudadanías respectivas.

La cultura federal es una cultura antiweberiana de la *coordinación no jerárquica*, frente a la perspectiva de «mando y control» desde un centro supuestamente superior. Aquí radica precisamente la diferencia específica de la cultura política del federalismo: asumiendo que la dimensión de muchos problemas en un mundo globalizado trasciende las fronteras competenciales preestablecidas y exclusivas, trata de asegurar la efectiva solución de problemas de modo intercompetencial, sin incurrir con ello en procesos de recentralización (Bolleyer & Börzel 2010: 231).

La cultura jurídico-política federal es, en efecto, por definición, la cultura de un *Estado constitucional sin soberano*, pues asume que todos los poderes están distribuidos en diversos ámbitos, así como limitados y sometidos a la Constitución de la federación y las Constituciones de los Estados miembros. Así, bajo el principio de *competencia*, que sustituye al de *jerarquía*, no existe lugar para poder alguno —del Estado o de los estados federados— pretendidamente originario o ilimitado. Esto conecta una vez más la dimensión cultural del federalismo con la teoría normativa: a la teoría de la soberanía popular *unitaria* (*demos*) como poder constituyente y Constitución en singular, el federalismo opone la teoría de la soberanía popular pluralista (*demosi*) —una perspectiva, por decirlo en los términos de Nicolaidis, de *Demoicracia*— y por tanto, como poder(es) constituyente(s) y Constitución(es) *compuestas, complejas*. De ahí el nacimiento de un nuevo vocabulario: constitución compuesta, *Multilevel Constitution, Verfassungsverbund* etc.. Pero aún más, el federalismo, postulando los poderes compartidos y derivados, apunta asimismo la presencia un *poder constituyente plural* y *compartido* entre varios sujetos (co)constituyentes: el pueblo de la federación y los pueblos singulares de cada comunidad o estado federado

La cultura política federal es una cultura de la horizontalidad. Desde su perspectiva la Unión federal añade a la división horizontal de poderes entre legislativo, judicial y ejecutivo, una adicional división, *asimismo horizontal* de poderes constituyentes y constituidos, como «Estado» de Estados. No sin razón Elazar ha propuesto la iluminadora imagen de una *matriz* para pensar el federalismo al margen del esquema clásico vertical de la pirámide de poderes jerarquizados (Elazar 1987: 37).

También aquí la cultura federal «produce cosas con palabras»: con lenguaje performativo colabora en la construcción de una democratizadora complejidad de escenarios de autogobierno, de lealtades ciudadanas superpuestas y multinivel, reclama la articulación de preferencias diferenciadas y la riqueza política que supone la existencia de subsistemas de partidos portadores de las mismas. Visualiza incluso la posibilidad de diversas intensidades en las preferencias ciudadanas, según la participación en las diferentes elecciones (generales, regionales y locales). Faculta, en fin, concebir una proliferación de «laboratorios de democracia», esto es, una mayor y diversificada capacidad de resolución de

problemas y la más amplia experimentación e innovación, proveyendo incentivos adicionales para la movilización y la acción. Además, en virtud de la descentralización política que comporta, el lenguaje del federalismo apunta a la necesaria capacidad de adaptación autónoma a los contextos cambiantes y nuevas condiciones de incertidumbre propios de la contemporaneidad.

Es más, en la mejor tradición republicana, un rasgo esencial de la cultura política federal está constituido por la mayor inclusión política de grupos y territorios en los procesos de toma de decisión. El federalismo aporta un discurso de múltiple accesibilidad a los escenarios de participación política y se orienta hacia una más compleja y efectiva rendición de cuentas en las políticas públicas y diferentes soluciones institucionales a los problemas de igualdad y bienestar de la ciudadanía.

Pero además la cultura política federal es por definición *adaptativa*, deudora de la idea de acuerdo entre comunidades para la realización de un proyecto común, en contextos socioeconómicos y preferencias ciudadanas en acelerada mutación. Por esta razón nunca puede representarse cultural y normativamente como una *estructura* cristalizada institucionalmente de una vez y para siempre. Vinculada a la idea de poder limitado y compartido, pero también, de gobierno multicéntrico y de pacto, se configura, más bien, como un *proceso* abierto. Las actitudes y valores de la cultura política federal sostienen las condiciones interpretativas necesarias, aunque no suficientes, de un siempre contingente e indeterminado *proceso de federalización* —de imposible «cierre» por su propia naturaleza fundada en el acuerdo— de interacción entre actores instituciones, que alcanza sucesivos estados de equilibrio ante las fortalezas generadas por la experiencia del autogobierno y los desafíos que plantean los cambiantes contextos internos y externos. De ahí lo acertado de la metáfora de Elazar del federalismo como «un seminario *permanente* sobre gobernanza».

La cultura política federal se diferencia claramente de la unitaria y centralista en su *articulación de autogobierno y gobierno compartido*, esto es, lo esencial del federalismo reside, más allá de toda deriva unilateral (ora hacia la Unión, ora hacia los Estados miembros), en la conciliación de la más profunda capacidad de autonomía política con la mayor inclusión participativa en el proyecto compartido del gobierno común. De ahí el *equilibrio inestable* propio del federalismo, que no puede ser resuelto exclusivamente mediante soluciones institucionales o del sistema de partidos, sino que precisa, además, del soporte una cultura política federal compartida por la ciudadanía. Las actitudes y valores de la cultura federal refuerzan, así, la doble condición del dilema federal; a saber: 1) cómo evitar que el gobierno central menoscabe el federalismo mediante la erosión del *autogobierno* de los estados federados; y 2) cómo evitar, a su vez, que los estados federados desestabilicen la federación mediante deslealtad, oportunismo y no cooperación en el *gobierno compartido*.

Por eso la cultura política federal es ajena al vocabulario del Estado nación o del nacionalismo contra el Estado nación, en cuanto deudores ambos de la misma asunción *monista y estatocéntrica* subyacente. Desde la interpretación fe-

deral el principio de las nacionalidades no consiste sino en la reproducción mimética, si bien en escala territorial más reducida, de los procesos uniformistas y centralizadores postulados —y realizados en mayor o menor medida en unos u otros casos— por el principio del Estado nación. Incluso el vocabulario de la autodeterminación —interpretada esta última como proceso *unilateral* de decisión— desempeña un lugar residual en la psicología moral del federalismo, en cuanto tributaria esta última de creencias y actitudes que valoran en el más alto grado la convivencia política (bilateral y multilateral) en el respeto mutuo.

Así, la cultura federal se reclama de un proyecto de diversidad compartida, de un proyecto común que al alumbrar un «Estado de estados», termina por superar la lógica misma del Estado en su sentido *monista* tradicional (Karmis & Maclure 2001, Gagnon 2007, Máiz 2011). En efecto, esta cultura multicéntrica de poder compartido desborda ampliamente los niveles estatales, para prologarse hacia dimensiones supraestatales —¿es preciso recordar que federalista fue y es el impulso normativo más fuerte del europeísmo político?— y asimismo locales, pues frente a todo neocentralismo nacionalista de Estado o contra el Estado, el federalismo es, por vocación y tradición políticas, municipalista.

Esta dimensión multinivel, construida de abajo arriba, a partir de los círculos más próximos a la ciudadanía («smaller is superior»), constituye un elemento central de la cultura y el ideal federal. De hecho, Wildawsky, la consideraba como *the federal bias* («A bias towards federalism»), el sesgo, la presunción normativa federal por excelencia (Wildawsky 1998: 17). Por decirlo en los clásicos términos de Sundquist y Davies, la política federal consiste en «delegar poderes hacia los niveles inferiores de gobierno» (Sundquist & Davis 1969: 250).

Esto nos remite a una posible lectura del federalismo como *gobernanza*. Ante todo porque el federalismo, en última instancia, como ha señalado Beaud (Beaud 2007), implica un alejamiento radical de la visión jerárquica estatocéntrica. Pero además, porque *pensar federalmente* implica una interpretación de la política democrática abierta a la interdependencia entre los gobiernos y a una más amplia constelación de actores públicos y privados incluidos en la toma de decisiones; pensar en términos de *coordinación no jerárquica* más que de control, y no digamos ya coerción, desde una instancia superior de mando; un atender a los *contextos de complejidad* creciente de los procesos de toma de decisiones y logro de objetivos en un mundo globalizado; adoptar una perspectiva de *procesos* más que de estructuras, en adaptación constante de papeles y responsabilidades entre niveles de gobierno en respuesta a circunstancias cambiantes y nuevas preferencias de los ciudadanos; en abandonar, en fin, una lógica elitista y tecnocrática de la mera *gestión* pública, por una lógica *política* democrática de amplia inclusión, deliberación y participación de actores públicos y privados.

De ahí la ambivalente y compleja pero enriquecedora coincidencia de la metáfora de la *gobernanza multicéntrica* con la cultura política federal en el que Clarke, Nicolaidis, Börzel y otros han insistido (Nicolaidis & House 2001,

Bolleyer & Börzel 2010, Clarke 2010). Pues la literatura de la gobernanza ha puesto de manifiesto diversos rasgos que tienden puentes, más evidentes unas veces, más problemáticos otras, con la cultura política del federalismo. Recordemos algunos de ellos: *multiplicidad de actores* públicos y privados en diferentes niveles implicados en los procesos de tomas de decisión; *interdependencia* de actores, recursos y decisiones; imperativo de *coordinación* mas que de control para alcanzar objetivos comunes; *horizontalidad* frente a jerarquía; permanentes procesos de *aprendizaje* y reformulación de problemas con mejor comprensión de contextos caracterizados por complejidad, fragmentación, interdependencia y riesgo; procesos de negociación y decisión interactivos; *producción política formal e informal de la confianza*; similitud de resultados y diferenciación de procesos; conexión entre *procesos formales e informales*; una concepción del *poder de suma positiva*, de múltiples ganadores, frente a una visión del poder en términos exclusivos de suma cero (ganador /perdedor); liderazgos compartidos y respetuosos con el autogobierno, esto es, *liderazgos de coordinación no jerárquica* no de dominación o control; construcción de *redes* de actores públicos y privados en diferentes escalas y niveles.

Ahora bien, habida cuenta que el federalismo no puede nunca perder de vista sus principios fundadores de democracia republicana (en sus dimensiones representativa, deliberativa y participativa); de autogobierno sustantivo y garantizado para los Estados miembros (pues el federalismo, no se olvide, nace históricamente con el objetivo de reforzar el gobierno de las unidades federadas, no debilitarlo, y permanece siempre atento a emergentes procesos de recentralización); de ciudadanía fuerte y control político (en sus varias dimensiones de *accountability* y *responsiveness*) (Wleizen & Soroka 2011), la confluencia entre una y otra cultura política —federalismo y gobernanza— reviste innegables límites. Pensemos, por ejemplo, en la dilución de fronteras entre público y privado y la consiguiente privatización de decisiones y recursos públicos, característica de una muy extendida lectura neoliberal de la gobernanza; en una indisimulada tendencia hacia el hiperconsensualismo en la idea de gobernanza, excluyente del conflicto y difuminador de la tensión política entre decisiones alternativas diferenciadas el oscurecimiento de la responsabilidad política por las decisiones y las políticas públicas adoptadas (la central debilidad de todo gobierno multicéntrico: quien responde de qué y cómo se controla); el debilitamiento de los mecanismos democráticos de representación y deliberación y sus actores; las asimetrías de información y los consiguientes problemas de legitimación etc.

Quizás la cuestión pueda plantearse mas que en términos de una identificación de las culturas políticas de la gobernanza y el federalismo, muy discutible por las razones apuntadas, como una respuesta más actualizada a la pregunta que nos hacíamos inicialmente; a saber: ¿qué federalismo? Esto es, plantear una relectura del federalismo que, sin perder el eje de su tradición normativa, se reinterpreté a la luz de los nuevos procesos de cambio de las pautas del gobierno horizontalmente entendido que, de hecho, se producen

en la actualidad. Y en este sentido la gobernanza y sus figuras retóricas («redes», «coordinación», liderazgos de «nuevo tipo» y compartidos) puede ayudar en no escasa medida a repensar el federalismo y articular una nueva visión federal a la altura de los desafíos del siglo XXI. Hoy sabemos que las metáforas son, conjuntamente con los marcos interpretativos y la retórica, un elemento fundamental del conflicto entre ideales y vocabularios políticos alternativos (Lakoff & Johnson 1980, Lakoff 2008). Y en este sentido parece a todas luces evidente que resulta necesario ir más allá de las oxidadas metáforas al uso: la de los «cakes» de Grodzins (1960) (¿es el federalismo semejante a la masa informe de un *marble cake* o, mas bien, a la ordenada en capas jerárquicas de un *layer cake*?); o la del «mosaico» de comunidades relativamente aisladas de Elazar (Elazar 1994) o aún «separadas» de algunos teóricos del multiculturalismo (Taylor 1992).

La metáfora de la gobernanza, con las precauciones y límites señalados, puede iluminar con nueva luz la dimensión multicéntrica y en red del federalismo y no solo en los ámbitos estatales. A fin de cuentas la tradición político-cultural del federalismo habla en términos de apoderamiento plural, de *subsidiaridad proactiva*, tanto supraestatal —europea, interregional (regiones transfronterizas), redes de ciudades— cuanto local y neo-municipalista.

3.2. Una idea no nacionalista de nación

La cultura política federal no solo valora y refuerza actitudes ciudadanas de articulación de autogobierno y gobierno compartido, sino asimismo de *unidad en la diversidad* desde el punto de vista cultural y nacional. O lo que es lo mismo: la cultura política federal posee un vocabulario y una visión propia de la *idea de nación ajena al nacionalismo*. De modo similar y tan radical como el federalismo permite superar el vocabulario de la soberanía y el estatocentrismo, generando la evidencia de la diversidad de centros de decisión y los poderes compartidos, su cultura política posee un componente identitario pluralista que lo conduce a la inclusión de la nación como una dimensión capital e irrenunciable de su ideario. Y, a la vez, lo caracteriza por la propuesta de un marco interpretativo radicalmente alternativo también en este aspecto al de la decimonónica ecuación *Estado = nación*, asumida, implícita o explícitamente, tanto desde el postulado de que cada Estado debe contener una sola nación, cuanto desde el que afirma que toda Nación, por el hecho de serlo, en lógica inexorable, debe poseer un Estado propio e independiente.

En este sentido, desde el punto de vista de las capacidades políticas *la cultura política federal es una cultura que capacita a la ciudadanía para la pluralidad de narrativas e interpretaciones*. Desde el punto de vista cognitivo, el federalismo argumenta, en su vertiente pluralista o plurinacional, más allá de la mera instrumentalización táctica a modo de «etapa» o «fase», la superioridad ético-política última de la acomodación —más que «pacífica», mutuamente be-

neficia y enriquecedora cultural, política y económicamente— de varias naciones en el seno de una misma unidad política, consensuando un proyecto común de convivencia. Esto es, el federalismo, superador del *monismo* también en el ámbito de la comunidad, procede a reconocer la profunda significación moral de las identidades nacionales para los ciudadanos, en su condición de proveedoras del contexto cultural a través del que se accede y participa en la política. Pero sin suscribir por ello la tesis y el lenguaje del comunitarismo y el nacionalismo (exclusión mediante la dialéctica nosotros/ellos, derecho unilateral de autodeterminación, secesión etc.), ofreciendo una alternativa de acomodación y reconocimiento.

El federalismo plurinacional, postulando la unidad en la diversidad aporta una visión y lenguaje ajeno al de los nacionalismos desde o contra el Estado nación, puede proveer de un ámbito de negociación y pacto con múltiples ganadores (entendiendo por ganancias las materiales, políticas, culturales y morales). Un ámbito de convivencia que resulte lo suficiente atractivo frente a cualquier otra alternativa (federalismo monista, confederación, secesión), mucho más costosa, conflictiva, empobrecedora, si no directamente inviable, en términos culturales, políticos, sociales y económicos.

La cultura federal socializa democráticamente a los ciudadanos en el pluralismo identitario, cultural y territorial, no sólo como un *hecho* irremediable, sino como un auténtico *valor* ético-político, que en su cualidad de patrimonio colectivo vivo y en constante creación, más que preservar como algo dado, es preciso construir y perfilar entre todos. La cultura del federalismo parte de la asunción de que *la diversidad une, que la diferencia acerca* si resulta interpretada desde el principio de la tolerancia, la empatía y el reconocimiento mutuos.

Por eso la cultura del federalismo plurinacional no despliega un vocabulario de la *autenticidad*, de la pureza y fidelidad a la tradición, de la cosificación defensiva de las identidades en una única narrativa ortodoxa, pues no las blindas de modo esencialista, volviéndolas cerradas y excluyentes, no aísla a las diferentes comunidades, en suma, *no propugna un multi-comunitarismo de mosaico*. Sino que las articula, desde la multiplicidad de narrativas, en su conjunto y a cada una de ellas, como procesos democráticos de participación, diversidad interna y deliberación, y las reorienta para que sean, sin erosionar su diferencia, compatibles y superpuestas, facilitando la pertenencia múltiple. Por eso el federalismo resulta por completo ajeno a la sacralización de las identidades dadas de antemano en la historia, cristalizadas de una vez por todas en el pasado, pues su eje normativo no se reduce a un reconocimiento pasivo de base organicista, cultural o histórica de sus unidades constitutivas. Sino que se edifica en torno al pluralismo externo e *interno* a cada comunidad, se orienta a la producción y generalización de valores que alumbren visiones no museísticas de las identidades colectivas para postularlas democráticamente generadas desde el pluralismo, el respeto, la confianza y la deliberación. La cultura política federal, en fin, valorando y democratizando los procesos de construcción nacional, hace pensable más allá del monismo estatista y nacionalista, la difi-

cil pero muy atractiva diversidad compartida de una comunidad de comunidades, de una nación de naciones.

3.3. La federación como sistema político adaptativo

Precisamente, porque postula una compleja síntesis de autogobierno y gobierno compartido, así como de unidad y diversidad, el federalismo no erradica la inevitable dimensión política del *conflicto*, no alienta una seráfica creencia en la sociedad finalmente reconciliada y sin tensiones, a modo de terrenal Comunión de los Santos. No debe olvidarse que el federalismo posee una cultura agonística del lo que, por emplear una expresión de Ricoeur, llamaremos *consenso conflictivo*. «Federalism is about conflict», escribía Wildawsky, para añadir a continuación: «Federalism is also about cooperation, that is, the terms and conditions under which conflict is limited» (Wildawsky 1998 (1976): 17). Es más, el federalismo se despide para siempre de la metáfora decimonónica del *nacionalismo organicista*, de la exorbitante exigencia de la sociedad concebida como una totalidad orgánica perfectamente suturada y coherente. Por el contrario el ideal federal postula una metáfora de lo que bien podíamos llamar un *ecosistema político*, es decir, una «Unión» plural donde elementos heterogéneos y aun parcialmente contradictorios pueden coexistir en equilibrio inestable, pero mutuamente beneficioso y enriquecedor. La historia del vocabulario federalista muestra una lejana procedencia de la filosofía natural que se remonta a los «foedera natura» de Lucrecio en *De Rerum Natura*.

En este orden de cosas, la teoría de la evolución y la biología nos proporcionan modelos heurísticos de gran utilidad para (re)formular la hipótesis de la cultura federal. No se trata solamente de que una perspectiva de *biomimesis* («Nature knows better»), reemplazando a la obsoleta imaginería mecanicista ilustrada clásica de «mecanismos», «frenos» y «contrapesos», nos puede sugerir nuevas imágenes de desarrollo institucional federativos inspirados en la naturaleza como la simbiosis, la endosimbiosis, la colonia, la diversificación y cooperación entre diversos organismos etc. (Benyus 2002). La perspectiva evolucionista además posee no solamente un valor explicativo institucional del federalismo como un dinámico *sistema adaptativo complejo* (North 2006, Lewis & Steinmo 2007), sino que reviste asimismo consecuencias en el ámbito cultural. Muestra, por ejemplo, como los intereses de los actores no son unívocos y discretos, sino que están enraizados en las creencias (visones del mundo), en los valores (las concepciones del bien) y en las ideas (como alcanzar en la práctica esos valores). Pero, por ende, una perspectiva evolutiva genera también una cultura política federal en la que las transgresiones menores y el conflicto entre los diversos niveles de gobierno se asume como una tensión adaptativa y natural propia del federalismo, no una anomalía sino como parte esencial de la innovación, experimentación y reajuste del sistema ante nuevos desafíos y capacidades.

No por azar la teoría política ecologista —que, no se olvide, siempre ha tenido una sensibilidad descentralizadora y multinivel—, y los estudiosos de las políticas públicas medioambientales en sus desarrollos más recientes, han desechado una perspectiva de «command and control» por otra de gobernanza multicéntrica y en red. Y sobre todo, el ecologismo ha abandonado algunas iniciales tentaciones centralistas y autoritarias de postular un «gobierno mundial» para gestionar el riesgo. Unos y otros han pasado a defender nuevas formas de descentralización y federalismo, por considerarlas más adaptadas a contextos complejos, así como para abarcar diversas configuraciones de espacio partiendo del ámbito local, la integración de políticas públicas, el pensamiento a largo plazo y el pluralismo cultural (Benson & Jordan 2008, O’Riordan 2009, Adger, Lorenzoni & O’Brien 2009). En la política del cambio climático, por ejemplo, se ha insistido frente a ineficaces modelos *top-down* para abordar el calentamiento global (Kyoto), en la necesidad de adoptar una perspectiva multiescalar para adaptarse a los diferentes y específicos riesgos que deben afrontar las distintas comunidades, y de ahí a defender un «global federalism of climate policy» (Prins & Rayner 2007). Se abre así un nexo muy prometedor, si bien aún inexplorado, entre la cultura política del federalismo y la nueva cultura medioambientalista de la gestión descentralizada y multinivel de la sustentabilidad.

Hay, por último, un rasgo adaptativo de la cultura política federal en el que debemos insistir porque suele no ya descuidarse, sino contraponerse con frecuencia al federalismo: *la igualdad*. Existe una interpretación muy extendida que establece una contraposición directa entre federalismo y Estado de Bienestar, entre federalismo e igualdad, entre federalismo y redistribución. El argumento se formula de maneras diversas: que el federalismo distrae y entorpece con su complejidad la consecución de los objetivos de la distribución y la igualdad; que el federalismo debilita la confianza y solidaridad nacional que fundamenta las obligaciones de la solidaridad entre las diversas comunidades; que el federalismo «culturaliza» de modo equívoco los problemas materiales de la desigualdad económica y de clase etc. etc. Hoy en día, sin embargo, disponemos de evidencia empírica que cuestiona radicalmente estas asunciones y muestra con claridad que el federalismo plurinacional no erosiona los Estados de bienestar de los países que lo adoptan, sino que contribuye a disminuir las diferencias entre las comunidades; y aún más, sabemos que no existe correlación negativa alguna entre heterogeneidad cultural y redistribución, de pendiendo el nivel de esta última de otros factores (Banting & Kymlicka 2006), y otro tanto sucede entre descentralización e igualdad de ingreso (Beramendi 2012).

Pero también en el ámbito que aquí nos ocupa, las actitudes, es preciso subrayar la centralidad del valor de la igualdad en el ideario y la cultura política federalista. La cultura política federal es una cultura de la diversidad compartida y, si bien federalismo y uniformidad se excluyen mutuamente, la existencia de un proyecto común de convivencia precisa de *la equidad, la cohesión y la solidaridad*. Por una parte, en efecto, el federalismo defiende los valores del autogobierno, de la diferencia, de la pluralidad de res-

puestas y políticas a preferencias y contextos diferenciados. Por otro, basado en la empatía, genera lazos comunes, una comunidad de comunidades equitativa, decíamos que fundamentan la solidaridad interterritorial. Pues bien, un elemento básico de la renegociación de los equilibrios y el común compromiso en que se fundamenta la federación es la *redistribución* de los recursos económicos, que permite a la vez el desarrollo del autogobierno y la cohesión, siguiendo criterios universales de solidaridad, entre las diferentes comunidades. Pues el federalismo, como antes se apuntaba, en cuanto comunidad de comunidades y no solo sistema político policéntrico (que a veces, de modo inexacto, se denomina «Estado de Estados»), defiende el valor capital de igualdad, de la solidaridad, posee una inquebrantable vocación igualitaria entre los territorios como fundamento de la equidad del proyecto colectivo. Ahora bien, también como ya Wildawsky señaló en su día, al estar basado el federalismo en la diversidad política, la igualdad federal es una *igualdad de oportunidades no de resultados* (Wildawsky 1998). Resulta difícil no reconocer, al hilo de esta dimensión igualitaria de la cultura política federal, la pertinencia de una conexión sustantiva con los debates recientes de la teoría normativa contemporánea en torno a la cuestión ¿igualdad de qué? (recursos, oportunidades, capacidades) (Sen 2009).

Esto es, la igualdad federativa es una igualdad de dotación inicial de recursos que hagan posible la libertad, el autogobierno y el apoderamiento de las diferentes comunidades; y al mismo tiempo mantiene toda la exigencia de *responsabilidad* que se deriva de las decisiones, la gestión y las políticas públicas autónomas de cada centro de decisión. Existe, sin embargo, un límite: un mínimo indispensable de recursos, por debajo del cual resulta imposible el ejercicio de la *capacidad colectiva del autogobierno*, que requiere de la solidaridad sea cual fuere la responsabilidad propia de las políticas autónomas que en su día la originaron.

Así, por ejemplo, el valor federal de la solidaridad interterritorial, implica por una parte la suficiencia financiera para el ejercicio del autogobierno, pero también, y en no menor medida, la corresponsabilización fiscal ante la propia ciudadanía. Lo característico del federalismo, a estos efectos, consiste en la coimplicación entre igualdad y solidaridad, por una parte, y empatía, respeto y confianza mutua como su fundamento, por otra. De esta suerte, la federación se interpreta como un refuerzo no solo de la libertad en su dimensión colectiva de autogobierno, sino de la igualdad social, la cohesión y el refuerzo del Estado de Bienestar.

4. CONCLUSIÓN

Una federación sólida requiere no solamente 1) un diseño institucional autosostenible que evite tanto la transgresión del poder de la federación sobre los estados (encroachment), como de los estados sobre la federación (shirking); y

2) un sistema de partidos descentralizado que permita la agregación de preferencias territorialmente diversas. Precisa, además, una sólida cultura política federativa compartida en seno de la ciudadanía. Esta dimensión cultural («shared undersatandings», «shared belief system») constituye un mecanismo fundamental de autorrefuerzo y soporte, sin el que las federaciones no pueden sostenerse en el tiempo ni evolucionar ante contextos cambiantes. De esta «cultura política de apoyo» depende el ejercicio del «salvaguarda popular» por parte de la ciudadanía, basado en el acuerdo sobre los límites de lo tolerable y las expectativas de comportamiento previsible de los ciudadanos y los diferentes niveles de gobierno.

La cultura política federal, posee (aspecto actitudinal) específicas disposiciones emocionales (empatía, solidaridad), hábitos y capacidades de tolerancia, respeto mutuo y reciprocidad, netamente diferenciados de las pasiones autoritarias clásicas: temor, sumisión etc. Asimismo, la cultura política federal posee (aspecto cognitivo) distintivas creencias/valores (autogobierno y gobierno compartido, unidad en la diversidad, igualdad, negociación y pacto) que la aleja claramente de la cultura política unitaria de la soberanía, basada en la jerarquía, la verticalidad y una noción monista del poder político.

La presencia activa de los valores y emociones federales, esto es, del marco interpretativo y el paisaje simbólico federal en la esfera pública, reclama su explícito cultivo y promoción, pues no se instauran ni se mantienen de modo «natural», como mero subproducto de la presencia de instituciones formales federales. En definitiva: la federación requiere del impulso del federalismo. Existe una conexión interna y normativo-conceptual entre sostenibilidad de las instituciones federales y el liderazgo, trabajo organizativo y repertorio de movilización explícito e identificable de un movimiento e ideología federalistas. Finalmente, este ideal y cultura federales precisan asimismo de interacción con una teoría política normativa del federalismo, que elabore las opiniones, creencias y narrativas federalistas en proposiciones coherentes y sistemáticas, mejore los argumentos y razones capaces de servir de orientación —autonomía, pluralismo, igualdad— en la evaluación y diseño alternativo de las instituciones. Elaboración normativa que debe desarrollarse siempre en estrecho contacto con las aportaciones de los estudios politológicos empíricos y comparativos, así como de la teoría de la economía política positiva del federalismo.

REFERENCIAS

- ADGER, N.; LORENZONI, I.; O'BRIEN, K., *Adapting to Climate Change*, CUP, Cambridge, 2009.
- BAKKE, K. & WIBBELS, E., «Diversity, Disparity, and Civil Conflict in federal States», en *World Politics* n.º 59, 2006, pp. 1-50.
- BANTING, K. & KYMLICKA, W., «Multiculturalism and The Welfare State. Recognition and Redistribution», en *Contemporary Democracies*, Oxford U. Press, Oxford, 2006.
- BEAUD, O., *Théorie de la Fédération*, PUF, Paris, 2007.

- BEDNAR, J., *The Robust federation: principles of design*, CUP, Nueva York, 2009.
- BENSON, D. & JORDAN, A., «Understanding task allocation in the European Union: exploring the value of federal theory», en *Journal of European Public Policy*, n.º 15, 2008, pp. 1-20.
- BENVENISTE, E., *Vocabulaire des Institutions Indo-européennes*, Minuit, Paris, 1969.
- BENYUS, J.M., *Biomimicry. Innovation inspired by Nature*, Harper, Nueva York, 2002.
- BEVIR, M. & RHODES, R.A.W., «Defending interpretation», en *European Political Science*, n.º 5, 2006, pp. 69-83.
- BERAMENDI, P., *The Political Geography of Inequality: Regions and Redistribution*, Cambridge U. Press, Nueva York, 2012.
- BOLLEYER, N. & BÖRZEL, T., «Non-hierarchical policy coordination in multilevel systems», en *European Political Science Review*, n.º 2:2, 2010, pp. 157-185.
- BOURDIEU, P., *La Distinction. Critique social du jugement*, Minuit, Paris, 1975.
- BURGESS, M., *Comparative Federalism*, Routledge, Nueva York, 2005.
- BURGESS, M., «Gestionar la diversitat als estats federals: enfocaments conceptuals i perspectives comparatives», en GAGNO, A. (ed.), *El federalisme Canadenc contemporani*, IEA, Barcelona, 2006.
- CAIRNS, A., «Introduction», en CAIMS, A. et alia (ed.), *Citizenship, Diversity, and Pluralism, Canadian and comparative perspectives*, McGill-Queen's U. Press, Montreal, 1999.
- CLARKE, S., «Thinking federally from a Governance Perspective», en PAGANO, M. & LEONARDI, R., *The dynamics of federalism*, Palgrave, Londres, 2010.
- DAMASIO, A., *En busca de Spinoza*, Crítica, Barcelona, 2005.
- DAVIS, S.R., *The federal Principle. A Journey Through Time in Quest of meaning*, California, U. Press, Berkeley, 1978.
- DUCHAZEK, I. *Comparative federalism*, Holt, Nueva York, 1970.
- ELAZAR, D.J., *Exploring Federalism*, Alabama U. Press, Tuscaloosa, 1987.
- ELAZAR, D., *The American Mosaic: the impact of space, time and culture on american politics*, Boulder, 1994.
- FAFARD, P.; ROCHER, F.; COTÉ, C., «The Presence (or Lack Thereof) of a federal culture in Canada: The views of Canadians», en *Regional and Federal Studies*, n.º 20, 1, 2010, pp. 19-43.
- FILIPPOV, M.; ORDESHOOK, P.; SHVETSOVA, O., *Designing Federalism: A Theory of Self-Sustainable Federal Institutions*, CUP, Nueva York, 2004.
- FREEDEN, M., *Ideologies and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- FRIEDRICH, C.J., «Trends of Federalism», en *Theory and Practice*, Praeger, Nueva York, 1968.
- GRODZINS, M., *The American System*, MacNally, Chicago, 1966.
- GAGNON, A., *Máis Aló da Nación Unificadora: en defensa do federalismo multinacional*, Santiago de Compostela, Instituto Ramón Piñeiro, 2009.
- GAGNON, A., *L'Age des Incertitudes. Essays sur le fédéralisme et la diversité nationale*, Presses de L'Université Laval, Quebec, 2011.
- KARMIS, D. & MACLURE, J., «Two Scape Routes from the Paradigm of Monistic Authenticity: Post-Imperial and federal perspectives on Plural and Complex Societies», en *Ethnic and racial Studies*, n.º 24, 3, 2001, pp. 361-385.
- KINCAID, J.; COLE, R., «Public Opinion on Federalism and Federal Political Culture in Canada, Mexico and the United States», en *Publius*, n.º 34:3 3, 2004, pp. 201-221.

- KINCAID, J.; COLE, R., «Citizen Attitudes toward Issues of Federalism in Canada, Mexico and the United States», en *Publius*, n.º 41, 1, 2011, pp. 53-75.
- LAITIN, D. & FEARON, J., «Explaining Inter-ethnic cooperation», en *American Political Science Review*, n.º 90, 4, 1996, pp. 715-35.
- LAITIN, D. & WEINGAST, B., «An Equilibrium Alternative to the Study of Culture», en *The Good Society*, n.º 15, 1, 2006, pp. 15-21.
- LAKOFF, G., *The Political Mind*, Viking, Nueva York, 2008.
- LAKOFF, G. & JOHNSON, M., *Metaphors We Live By*, Chicago U. Press, Chicago, 2008.
- LASELVA, S.V., *The Moral Foundations of Canadian federalism*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 1996.
- LEWIS, O. & STEINMO, S., *Talking Evolution Seriously: Institutional Analysis and Evolution Theory*, EUI, Florencia, 2007.
- LIVINGSTON, W.A., «On the Nature of Federalism», en *Political Science Quarterly* 67, 1952, pp. 82-115.
- MADISON, J., *Writings*, Library of America, Nueva York, 1999.
- MÁIZ, R., *The Inner Frontier*, Peter Lang, Bruselas, 2011.
- MÁIZ, R., «The Political Mind and Its Other: Rethinking the Non-Place for Passions in Modern Political Theory», en ENGELKEN, M. et al., *Politics and Emotions Wiesbaden*, VS Verlag, 2011, pp. 29-73.
- MARTÍNEZ-HERRERA, E., *The effects of political decentralization on Support for Political Communities* PH D Dissertation, UEI, Florencia, 2005.
- MARTÍNEZ- HERRERA, E., «Federalism and Ethnic Conflict Management. Rival Hypotheses, the attitudinal missing link and comparative evidence», en ERK, J. & SWENDEN, W., *New Directions in Federalism Studies*, Routledge, Londres, 2010, pp. 141-156.
- NICOLAIDIS, K. & HOWSE, R., *The Federal Vision*, OUP, Oxford, 2001.
- NORMAN, W., *Negotiating nationalism: Nation-building, Federalism and Secession in the Multinational State*, Oxford U. Press, Oxford, 2006.
- NORTH, D., «What is missing from political economy», en WEINGAST, B.r./WITTMAN, D.A., *The Oxford Handbook of Political Economy*, 2006.
- NUSSBAUM, W., *Upheavals of Thought*, Cambridge U. Press, Nueva York, 2001.
- O'RIORDAN, T., «Reflections on the pathways to sustainability», en ADGER, N. & JORDAN, A., *Governing Sustainability*, CUP, Cambridge, 2009, pp. 307-329.
- OSTROM, V., *American federalism: constituting a Self-Governing Society*, ICS, San Francisco, 1991.
- PETERSEN, R., *Understanding Ethnic Violence*, CUP, Cambridge, 2002.
- PRINS, G. & RAINER, S., *The wrong trousers: radically rethinking climate policy*, LSE, MacKinder Centre], Londres, 2007.
- RIKER, W., *Federalism: origin, operation, significance*, Little Brown, Boston, 1964.
- RODDEN, J., *Hamilton's Paradox: The Promise and Peril of Fiscal federalism*, CUP, Nueva York, 2006.
- ROSS, M.H., «Culture in Comparative Political Analysis», en LICHBACH, M. & ZUKERMAN, A., *Comparative Politics: Rationality, Culture and Structure*, CUP, Nueva York, 2009.
- SCHATTSCHNEIDER, E.E., *The Semi-sovereign People*, Holt, Nueva York, 1960.
- SCHENEIDER, S.; JACOBY, W.; LEWIS, D., «Public Opinion Toward Intergovernmental Policy responsibilities», en *Publius* n.º 41, 1, 2011, pp. 1-31.

- SEARLE, J., *Making the Social World*, Oxford U. Press, Oxford, 2010.
- SEN, A., *The Idea of Justice*, Allen Lane, Nueva York, 2009.
- SUNQUIST, J.L. & DAVIS, D., *Making Federalism Work*, Brookings Inst., Washington, 1969.
- TAYLOR, Ch., *Rapprocher les solitudes: écrits sur le fédéralisme et le nationalisme au Canada*, Presses de l'Université Laval, Montreal, 1992.
- TREISMAN, D., *The Architecture of Government: rethinking political decentralization*, 2007.
- WATTS, A. & BLINDENBACHER, R., «Federalism in a changing world: a framework», en BLINDENBACHER, R. & KOLLER, A., *Federalism in a changing world*, McGill U. Press, Montreal, 2003.
- WATTS, A., *Comparing Federal Systems*, MacGill-Queen's U. Press, Montreal, 2008.
- WEDEEN, L., «Conceptualizing Culture: Possibilities for Political Science», en *American political Science Review* n.º 96, 4, 2002, pp. 713-728.
- WEINGAST, B., «The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development», en *The Journal of Law, Economics and Organization* n.º 11, 1, 1995a, pp. 1-32.
- WEINGAST, B., «A Rational Choice perspective on the Role of Ideas: Shared Belief Systems and State Sovereignty in International Cooperation», en *Politics and Society* 23, n.º 23, 4, 1995b, pp. 449-464.
- WEINGAST, B. & DE FIGUEIREDO, R., «Self-Enforcing federalism», en *Journal of Law, Economics, and Organization*, n.º 21, 1, 2005, pp. 103-135.
- WEINSTOCK, D., «The Moral Psychology of federalism», en GAUDREAU, J. & GÉLINAS, F., *Le fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité, méthodologie*, Bruylant, Bruselas, 2005.
- WILDAWSKY, A., «Federalism Means Inequality: Political Geometry, Political Sociology and Political Culture», en SCHLEICHER, D. & SWEDLOW, D. (eds.), *Federalism and Political Culture: Aaron Wildavsky*, Transaction Books, Nueva Brunswick, 1998.

Comunicaciones



Contraposición entre autogobierno y gobierno compartido: tensiones y respuestas políticas en los sistemas políticos contemporáneos

André Lecours
Universidad de Ottawa

SUMARIO: 1. El reconocimiento y la autodeterminación. 2. Redistribución territorial. 3. El federalismo y las relaciones internacionales. 4. Conclusión. 5. Referencias.

El federalismo es un compromiso entre gobierno compartido y autogobierno. Como tal, los sistemas federales rara vez están libres de tensiones al encontrarse en el centro de un delicado equilibrio entre «integración territorial» y autonomía. Este trabajo identifica y analiza tres importantes fuentes de tensiones derivadas de la fricción entre elementos de gobierno compartido y autogobierno en los sistemas federales contemporáneos. Una primera fuente de tensión son las demandas de reconocimiento, incluyendo, a menudo, referencias al derecho de autodeterminación que, normalmente, encuentran resistencia por parte del estado central. Tomaremos en cuenta el caso de Canadá para estudiar los problemas y las posibilidades que plantea este tipo de reclamaciones. Una segunda fuente de tensión es la redistribución territorial de los recursos financieros, ya sea a través de programas financiados centralmente o a través de sistemas de compensación. Aquí analizamos las dinámicas de las políticas de seguridad social en Bélgica y las políticas de compensación en Australia y Canadá. Una tercera fuente de tensión gira en torno a las reivindicaciones de protagonismo internacional por parte de las unidades constituyentes para ser agentes activos en la definición de la posición internacional del Estado sobre cuestiones de su interés a las que los gobiernos responden de diferentes maneras. En este contexto analizaremos los casos de Bélgica, Canadá, Estados Unidos y Alemania.

Este trabajo se divide en tres secciones. Se inicia con una discusión sobre temas de reconocimiento y autodeterminación. La segunda sección se centra en la política territorial de redistribución fiscal. La tercera examina la cuestión de las unidades constituyentes y las relaciones exteriores. Por último, la conclusión

brinda una perspectiva comparada de estas tres fuentes de tensión en los sistemas contemporáneos federales analizados con relación a la Comunidad Autónoma del País Vasco en el contexto del Estado español de las Autonomías.

1. EL RECONOCIMIENTO Y LA AUTODETERMINACIÓN

Los escritos sobre federalismo hacen una distinción entre federaciones multinacionales, donde un segmento significativo de la población no se identifica con la nación proyectada por el gobierno central y las federaciones uninacionales donde el proyecto Estado nación no resulta problemático (Gagnon y Tully, 2001). Las federaciones multinacionales, a diferencia de las federaciones uninacionales, tienen que responder a menudo a demandas de reconocimiento de diferencias colectivas. Una parte de esas demandas implica simplemente el reconocimiento de que existe una comunidad distinta de las que habitualmente promueve el estado. Más que la sola existencia de un grupo, las políticas de reconocimiento de grupo también incluyen una declaración sobre la autodeterminación.

El carácter multinacional de un sistema federal muy a menudo presenta la actuación de un movimiento nacionalista en busca de autonomía interior, o independencia del Estado. El nacionalismo contemporáneo gira fuertemente en torno a la idea del derecho a la autodeterminación. La idea de que las naciones tienen derecho inherente a decidir sobre su propio futuro está estrechamente ligada al concepto de libertad liberal y es una noción que forma parte de la política moderna. Como doctrina, la autodeterminación fue formulada en la etapa de la Ilustración, pero alcanzó su cenit cuando los líderes mundiales la invocaron para reorganizar el orden internacional tras la Primera Guerra Mundial. Desde entonces, la idea de la libre determinación ha estado en el centro de muchos procesos políticos trascendentales, desde la descolonización en los años sesenta hasta el desmantelamiento de la Unión Soviética y del bloque oriental a principios de los noventa. Todas estas grandes transformaciones políticas aprobadas en nombre de la autodeterminación han producido un «efecto demostración» (Connor, 1973) mediante el cual los grupos que buscan un cambio en su estatus dentro del Estado o en su relación con él puede hacer referencia a estos casos históricos contemporáneos para brindar legitimidad a sus reivindicaciones. También se han beneficiado del desprestigio de las llamadas «grandes naciones europeas» por su relación con el colonialismo, y más recientemente, con el fracaso de sus políticas de integración.

La importancia de la autodeterminación en la política actual es también resultado de su presencia en el Derecho internacional. Desde este punto de vista legal, la autodeterminación no conlleva un derecho a la secesión en el caso de estados liberales, democráticos y garantes de los derechos de las minorías. Aún así, la relación entre nación y derecho a la autodeterminación gana impulso por la idea, a veces explotada por los líderes nacionalistas, de que el Derecho

internacional la da por válida. Esto ofrece una fuerte incentivo para que grupos territoriales dentro de un Estado se auto identifiquen como nación. Después de todo, resulta mucho más seductor, políticamente hablando, ser una nación que, simplemente, una región. El principio de autodeterminación estimula la constitución de naciones y proporciona legitimidad a las reivindicaciones regionalistas. Desde un punto de vista retórico los líderes nacionalistas tienen muy poco que perder cuando invocan este derecho. Pueden esperar, sin embargo, que los líderes del Estado contrarresten sus demandas alegando un principio contrario del Derecho internacional también presente en la política actual: la integridad territorial del Estado. La noción de autodeterminación, al entrar y permear el debate político, a menudo se enfrenta al Derecho constitucional. En este contexto, los tribunales tratan a veces de mediar entre principios aparentemente antitéticos, o simplemente reafirmar la primacía de la integridad territorial sobre la autodeterminación (Tierney, 2004; 247-284). Por supuesto, esta última estrategia nunca disminuye de manera efectiva el poder movilizador de la idea de la autodeterminación.

La mayoría de los sistemas federales multinacionales con movimientos reivindicativos también se enfrentan a políticas de autodeterminación. En Canadá, las referencias a la libre determinación han sido centrales en la política soberanista de los líderes del Parti Québécois (PQ) en cuanto a presentar la independencia como el resultado natural para Quebec. Desde el punto de vista soberanista, la autodeterminación no sólo es un principio del Derecho internacional sino también un derecho. Por encima y, más allá, de posicionamientos concretos sobre el futuro de Quebec, la clase política e intelectual de la provincia acepta unánimemente la idea de que el principio de autodeterminación ofrece a los quebequenses la opción de decidir separarse de Canadá. La idea de la autodeterminación, por consiguiente, mantiene la legitimidad de la opción secesionista incluso en momentos en que no es políticamente aceptable. Además, contrariamente al caso de España, las reivindicaciones de autodeterminación han sido ampliamente asumidas por el gobierno canadiense, el cual ha participado dos veces en referéndums de soberanía promoviendo las ventajas para los quebequenses de permanecer en Cánada y por la Corte Suprema de Canadá que publicó, en 1998, la *Secession Reference* que se ha convertido en el núcleo de la legislación federal al fijar los parámetros para una posible secesión de Quebec: *The Clarity Act*. La *Clarity Act* ha sido muy criticada en Quebec por vulnerar el principio de libre determinación al conceder aparentemente al gobierno federal la facultad de juzgar la «claridad» de la pregunta del referéndum y evaluar la mayoría necesaria para la secesión (Rocher y Verrelli, 2003). Dicho esto, sin embargo, la libre determinación ha sido reconocida como un principio democrático por las instituciones más importantes de Canadá, y la legislación y su referencia asociada de la Corte y su legislación proporcionan un telón de fondo al desafío secesionista del federalismo canadiense. Curiosamente, este reconocimiento del derecho de autodeterminación es anterior a cualquier reconocimiento formal de Quebec como nación dentro

de Canadá, el cual llegó en forma de moción parlamentaria en 2006 aunque aún sin forma constitucional

Algunos sistemas federales reconocen a las minorías el derecho a la libre determinación ampliable hasta la secesión; este es el caso de Etiopía, así como de St. Kitts and Nevis. En la mayoría de los casos, aunque la autodeterminación se reconoce en términos absolutos, está cuidadosamente delimitada. En Nepal, donde se ha construido un sistema federal sobre los restos de una monarquía absolutista y donde poblaciones empobrecidas y excluidas que ahora se auto-identifican como aborígenes buscan el reconocimiento del derecho a la libre determinación de acuerdo con la Convención n.º 169 de la OIT, existe un amplio consenso sobre que la constitucionalización del derecho a la libre determinación debe ir acompañada de una cláusula que establezca que este derecho no se amplía hasta la secesión.

2. REDISTRIBUCIÓN TERRITORIAL

Los sistemas federales redistribuyen el dinero territorialmente lo cual constituye una fuente de tensiones tanto en los sistemas plurinacionales como en los uninacionales. Sin embargo, estas tensiones son, a menudo, más fuertes en los sistemas federales multinacionales ya que los lazos de unión pueden no ser lo suficientemente fuertes como para mitigar el descontento de los grupos territoriales cuyos miembros o dirigentes perciben que, o bien, dan demasiado o no reciben lo suficiente. Existen dos tipos de redistribución territorial que pueden resultar particularmente polémicos en los sistemas federales contemporáneos: la redistribución implícita a través de programas sociales y la redistribución explícita a través de programas de solidaridad.

En los Estados multinacionales la solidaridad formal de ciudadanía, tal y como es entendida por el estado de bienestar, tiene poco que ver con el sentido de solidaridad lingüística y cultural de los nacionalismos sub-estatales. Dicho de otro modo, los miembros de una comunidad que se autodefine como una nación diferente de la proyectada por el Estado central suelen dar prioridad al vínculo sub-nacional y consideran la redistribución hacia la «otra parte» como una injusticia. Los movimientos nacionalistas tienden a buscar una relación parcial congruente entre comunidad nacional y solidaridad económica e incluso avanzar hacia su integración plena tratando de descentralizar elementos de la política social.

Esto es precisamente lo que está ocurriendo en Bélgica con el nacionalismo flamenco. Paralelamente a su enfoque tradicional en el idioma, una de las principales preocupaciones de los nacionalistas flamencos es la implicación financiera de la política social en su dimensión territorial. Para entender esta preocupación es necesaria cierta perspectiva histórica. El fondo estructural de conexión entre nacionalismo flamenco y política social tiene que ver con el declive económico de Valonia después de la Segunda Guerra Mundial. Durante

más de un siglo, Valonia ha sido el motor económico del país como consecuencia de la industria del acero y del carbón ambos frutos de una industrialización precoz. Flandes, por otra parte, se mantuvo más rural y menos próspera. En la década de los 50, la situación fue cambiando hasta el punto que, entre 1965 y 1970, Flandes alcanzó y superó a Valonia según casi todos los indicadores económicos.

Los primeros signos de que el nacionalismo flamenco iba a convertir la dimensión territorial de la política social en una cuestión política fueron una serie de estudios en los años 80, encargados frecuentemente por organizaciones flamencas y realizados por académicos flamencos donde se detallaba el flujo financiero de los fondos de la seguridad social entre Flandes y Valonia. El argumento principal de Flandes en el debate sobre «federalización» (descentralización) de la seguridad social se deriva de la conclusión común de que, según todos los estudios realizados: estos mecanismos generan implícitamente transferencias de Flandes a Valonia. Este argumento da lugar a un deslizamiento sutil en la concepción de solidaridad interpersonal hacia una visión inter-comunitaria. Pone de relieve que las transferencias territoriales afectan prácticamente a todos los capítulos de la Seguridad Social: salud, desempleo, prestaciones por trabajo e incapacidad, pensiones y asignaciones familiares. Flandes solo figura en el lado positivo de las transferencias en el capítulo de prestaciones por jubilación anticipada.

Para movilizar a la opinión popular en apoyo de la federalización de la Seguridad Social, los nacionalistas flamencos han construido un discurso específico que enmarca las cifras económicas relacionadas con las transferencias. Este discurso gira en torno a la idea de que los valones abusan de las prestaciones de la Seguridad Social o que, en su defecto, su cultura les incita a ello (Orsini, 2004). Para hacer impactantes las consecuencias de las transferencias, la consigna nacionalista ha sido que cada familia flamenco compra un coche al año a cada familia valona.

Durante los últimos años las crisis políticas debidas a la federalización de la Seguridad Social han llegado a tal punto que la brecha que divide a las dos comunidades en esta materia hace que la formación de gobiernos resulte extremadamente difícil. Los francófonos ven la continuación de un sistema de Seguridad Social centralizado como el último elemento operacional significativo de la comunidad política belga mientras que para muchos flamencos la descentralización es la siguiente etapa lógica de progresión hacia un Flandes más autónomo.

Otra fuente de tensión financiera en los sistemas federales son las políticas de redistribución fiscal horizontal, a menudo llamadas «programas de solidaridad». Los programas de solidaridad de Canadá presentan una aparente paradoja. Por una parte, la equiparación es un componente básico del federalismo que dota de un significado concreto a las nociones de ciudadanía social, solidaridad territorial e, incluso, unidad nacional. Se le ha denominado «el componente básico del sistema fiscal federalista canadiense» y un «aglutinante

esencial» para Canadá. Desde 1957, el gobierno federal compensa económicamente a las provincias cuya capacidad fiscal (es decir, la capacidad de obtener ingresos según el estudio de una serie de bases presupuestarias) queda por debajo de un cierto promedio. El compromiso del gobierno federal con la redistribución, así como el objetivo general del programa, está consagrado incluso en la Constitución. Por otro lado, el programa de compensación ha generado denuncias, a veces hasta el punto de crear graves conflictos entre el gobierno federal y varios gobiernos provinciales. Alberta, una provincia rica en recursos naturales que no recibe subvenciones desde 1960, lleva mucho tiempo expresado su descontento con las cantidades distribuidas a través de estos programas (dieciséis mil millones de dólares entre 2010 y 2011). También otras provincias han expresado su desacuerdo. Por ejemplo, cuando el gobierno conservador del primer ministro Stephen Harper decidió llevar a la práctica las recomendaciones de un grupo de expertos (*Expert Panel on Equalization and Territorial Financing Formula*- Grupo de Expertos para fórmulas de compensación y financiación territorial) a los que se les había asignado la tarea de hacer recomendaciones sobre el programa de compensación, incluyendo el 50% de los ingresos procedentes de recursos naturales y una capítulo para garantizar que los pagos de compensación a una provincia se detendrían tan pronto como su capacidad fiscal fuese superior a la de las provincias receptoras «más pobres». Los dirigentes de Terranova, Nueva Escocia y Saskatchewan no tuvieron empacho en acusar al gobierno de juego sucio. En respuesta al anuncio de que las recomendaciones más importantes del informe iban a ser puestas en práctica, el presidente de Terranova, Danny Williams, puso un anuncio a toda página en el diario de circulación nacional *Globe & Mail* denunciando al Primer Ministro canadiense.

En otros sistemas federales, este tipo de programas generan tensiones mucho menores. Este es el caso de Australia. Australia tiene una historia de nivelación fiscal horizontal incluso más larga que la de Canadá. En 1933 se creó una agencia especializada no controlada por el Gobierno de la Commonwealth, la *Commonwealth Grants Commission* (Comisión de subsidios de la Commonwealth-CGC), para despolitizar un proceso que había visto surgir muchas disputas por la concesión de ayudas especiales a ciertos estados. Desde su creación hasta 1982, la CGC asesoró al Gobierno de la Commonwealth sobre el pago de subvenciones especiales a los estados solicitantes (al menos una al año para Western Australia, Tasmania, Australia del Sur y Queensland), a los que se igualó con referencia al promedio de Nueva Gales del Sur y Victoria. A principios de la década de los 80, los gobiernos de la Commonwealth y de los estados acordaron que una proporción de ingresos por el impuesto sobre la renta sería compartida entre los estados con el fin de igualar sus capacidades financieras. La CGC fue comisionada para evaluar la situación financiera de cada estado. Igual que en el modelo anterior de subvención especial y contrariamente a la situación que había prevalecido en Canadá hasta entonces, la CGC no sólo evaluó la capacidad fiscal de cada estado (los ingresos),

sino también las necesidades de servicios (los gastos). Entre los principales factores para la evaluación de las necesidades de los estados estaban el indigenismo, la dispersión de la población, la edad y el dominio del inglés. En 2000 el Gobierno Federal respondió a la demanda de los estados con un fondo de compensación que aumentaría en relación con el crecimiento económico e instituyó un impuesto sobre bienes y servicios (GST), recaudado por el Gobierno de la Commonwealth para ser distribuido entre los estados. Parte del dinero se redistribuye a los estados basándose en la renta per cápita, pero el resto se destina a políticas de solidaridad. Desde 1933 hasta aproximadamente 1945, los estados solicitantes, especialmente Tasmania, expresaron frustración y a veces hostilidad hacia la CGC. A partir de 1945, la hostilidad de Tasmania hacia la CGC declinó rápidamente y el sistema de compensación ha venido funcionando sin muchas protestas por parte de dicho Estado.

Aunque la diferencia puede ser producto de la naturaleza multinacional de Canadá y del carácter uninacional de Australia, las estructuras de redistribución y la naturaleza de los sistemas federales también condicionan las relaciones intergubernamentales en torno a políticas de solidaridad. Los modelos de equiparación donde el programa es administrado por un organismo de plena competencia (por ejemplo, Australia) parecen servir para despolitizar el proceso de determinación fiscal, o por lo menos para dar la apariencia de que este proceso es esencialmente tecnocrático y por tanto desprovisto de consideraciones políticas. La comparación también sugiere que las unidades constituyentes con una sólida base fiscal y constitucional (como las provincias canadienses) son más propensas a desafiar al gobierno federal por sus políticas de solidaridad que aquellas que se encuentran en una situación más débil (por ejemplo, los estados de Australia), que sólo parecen capaces de hacerlo junto con otros estados.

3. EL FEDERALISMO Y LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Las relaciones exteriores han sido tradicionalmente competencia exclusiva de los gobiernos centrales. Sin embargo, la transformación gradual de la política mundial desde una perspectiva de guerra y paz a otra, la del mundo actual, mucho más compleja, ha llevado a los gobiernos regionales a interesarse por los asuntos mundiales. La aparición de esta conexión entre lo regional y lo global ha sido muy significativa para los sistemas federales al estar las unidades constituyentes provistas de poderes constitucionalmente protegidos cuyas políticas en diferentes ámbitos han resultado afectadas de una manera u otra por los procesos globales.

La transformación de la política mundial ha tenido dos consecuencias para los estados federales. La primera es que los gobiernos de las unidades autónomas han mostrado mayor interés en las posturas internacionales del Estado central en asuntos que son constitucionalmente de su ámbito competencial incluso cuando se trata de negociar y firmar tratados. La segunda es que muchos go-

biernos autónomos han tratado de «salir al extranjero», es decir, fomentar relaciones internacionales a través de, por ejemplo, la apertura de oficinas en otros países. Los sistemas federales han resultado desigualmente afectados por la combinación de lo regional y lo global. Cuatro factores condicionan el grado en que los gobiernos autónomos intentan definir las posiciones del Estado a nivel internacional, «salir al extranjero» y, por tanto, alterar la naturaleza de las tensiones gobierno central-regiones sobre asuntos exteriores: el contexto regional; la estructura de la sociedad y, más crucialmente, las normas constitucionales y la dinámica política. El grado en que la política exterior ha generado relaciones intergubernamentales ha variado de un sistema federal a otro.

En Canadá, los tribunales han sido clave para especificar la configuración constitucional de las relaciones exteriores, al menos con respecto a la aplicación de tratados. El caso *Labour Conventions* de 1937 produjo una sentencia que declara que la aplicación de tratados está vinculada a la división constitucional de poderes entre los gobiernos federal y provinciales. Como tal, la legislación provincial es necesaria para la implementación de un tratado internacional firmado por Canadá sobre un área de jurisdicción provincial. Los líderes políticos de Quebec suelen afirmar que la división constitucional de poderes debe aplicarse no sólo al cumplimiento de los tratados, sino también a su negociación e incluso a su firma aunque este argumento es rechazado por la mayoría de expertos constitucionales.

Los gobiernos provinciales han buscado una mayor participación en la configuración de la posición internacional de Canadá, incluso para la firma de tratados, en asuntos de su competencia interna. La elaboración y ejecución de la política exterior de Canadá no están guiadas por amplios acuerdos políticos entre los gobiernos federal y provincial puesto que no existe un foro intergubernamental dedicado específicamente a las relaciones exteriores. Las consultas sobre la aplicación de tratados o la definición de las posiciones canadienses en asuntos de jurisdicción provincial tienen lugar en foros intergubernamentales sectoriales.

En cuanto a las relaciones internacionales de las provincias, Quebec claramente se destaca por la amplitud y el alcance de su acción política, así como por la dotación de recursos por parte del gobierno provincial. Desde 1964 Quebec ha firmado centenares de acuerdos internacionales con estados y gobiernos regionales de todos los continentes y cuenta con representación internacional en más de veinticinco países. Un departamento gubernamental dedicado a las relaciones exteriores, el *Ministère des relations internationales* (MRI), dirige y supervisa las actividades internacionales del Gobierno de Quebec con un presupuesto de 95.217.018 dólares. Tras Quebec, Alberta es la provincia con más actividad internacional. Mantiene estrechas relaciones bilaterales con cerca de media docena de estados norteamericanos y con la presencia de una oficina en Washington D.C.

El gobierno federal es el único facultado para firmar y aplicar tratados en los Estados Unidos. La base constitucional de este hecho es sólida como una

roca: el artículo 1 (8) de la Constitución otorga al Congreso la facultad exclusiva de regular el comercio exterior y declarar la guerra mientras que el artículo 1 (10) declara la supremacía de la ley federal sobre las leyes de los estados. Así la legislación para negociar tratados proviene del gobierno federal y, como sucede en Australia, esta legislación limita en gran medida las actividades de los Estados. Los tratados de comercio, por ejemplo, con frecuencia restringen las regulaciones ambientales y la legislación laboral de los estados.

Los estados no han criticado el no haber sido consultados antes de la firma de un tratado que afecte a su jurisdicción. Esto no es sorprendente ya que la red de relaciones intergubernamentales en los Estados Unidos es muy débil; los estados no cuentan con un foro para vérselas con el gobierno federal. Sin embargo, los estados participan en las decisiones de política federal a través de sus senadores. En cuanto a política exterior, el Senado es muy poderoso y los senadores pueden negarse a apoyar la ratificación de un tratado si piensan que podría resultar perjudicial para su estado. Existen otras razones por las que los estados no reclaman mayor participación en la política exterior de Estados Unidos en decisiones sobre cuestiones que les afectan. Por una parte, el federalismo norteamericano es fuertemente jerárquico y el gobierno federal es, a la vista de sus ciudadanos, el más importante. Otra razón es que la mayoría de los políticos estadounidenses son muy conscientes del papel de superpotencia de los Estados Unidos y son reacios a dar la impresión de querer debilitar a su país en política exterior al cuestionar sus decisiones. En última instancia, los tribunales protegen esta coherencia de la política exterior de los Estados Unidos. Por ejemplo, una ley de Massachusetts de 1996 que restringía la obtención de permisos para actividades comerciales en Birmania fue declarada inconstitucional al existir sanciones del Gobierno de los Estados Unidos contra dicho país.

En las últimas décadas muchos estados de Estados Unidos han desarrollado presencia en el exterior con el establecimiento de oficinas comerciales en otros países. Dado que los objetivos son esencialmente económicos (búsqueda de inversión extranjera y promoción de exportaciones), el gobierno federal ha considerado positiva esta actividad a la hora de evaluar su impacto sobre la federación. De la misma manera, el gobierno federal no ha intentado intervenir en las relaciones entre sus estados y las provincias canadienses o los estados mejicanos limítrofes.

Al contrario que los Estados Americanos, los *länder* alemanes poseen de forma constitucional el derecho a firmar tratados con estados extranjeros sobre asuntos de su propia jurisdicción aunque esto requiere el consentimiento del gobierno federal (artículo 32, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Los *länder* tienen competencia legislativa sobre varios ámbitos (principalmente la educación, la lengua, la cultura y la policía) así que las ocasiones de firmar tratados no son muy frecuentes. Los *länder* también tienen el Derecho constitucional a ser «consultados en el momento oportuno» antes de la firma por parte del gobierno federal de un tratado que pueda afectarles (artículo 32,

párrafo 3 de la Ley Fundamental). Este marco constitucional deja dos preguntas sin respuesta: ¿puede el gobierno federal firmar un tratado sobre una materia constitucional competencial de los *länder*? y ¿tienen los *länder* la obligación de cumplirlos?

Los gobiernos federal y de los *länder* han decidido no dilucidar constitucionalmente estos temas, sino más bien seguir las directrices de cooperación establecidas en un acuerdo intergubernamental de 1957. Según este acuerdo, el gobierno federal concede a los *länder* la facultad de plantear sus inquietudes lo antes posible durante la negociación de tratados con gobiernos extranjeros. Este sistema ha funcionado sin sobresaltos por dos motivos principales. El primero es que todo el federalismo alemán se basa en un principio de «lealtad federal» (*Bundestreue*), según el cual cada nivel de gobierno está obligado a tener en cuenta al otro en sus actuaciones. En otras palabras, hay un auténtico federalismo cooperativo en Alemania muy diferente del federalismo competitivo de Canadá o del federalismo centralizador australiano. El segundo es que el acuerdo intergubernamental sobre relaciones exteriores no es el único canal a disposición de los *länder* para conversar sobre las relaciones exteriores de Alemania. La cámara alta alemana (Bundesrat), que representa a los *länder* en las instituciones federales, tiene que dar su consentimiento para la firma de un tratado internacional por parte de Alemania.

Los *länder* alemanes desarrollan una importante actividad política internacional. La elaboración de tratados constituye la base de esta actividad. Desde 1949 los *länder* han firmado cerca de 150 tratados con estados extranjeros (cinco de los dieciséis *länder* han firmado la mayor parte de ellos). Estos tratados que se refieren normalmente a problemas prácticos (carreteras, conservación de la naturaleza, etc.) no han sido considerados contrarios a los intereses nacionales por lo que han recibido sin problemas la bendición del gobierno federal. Aún así, aquellos *länder* que encuentran este proceso tedioso suelen conformarse con una «declaración conjunta» o «memorando de entendimiento» con un gobierno extranjero; estos instrumentos, que no son jurídicamente vinculantes y que no requieren la aprobación del gobierno federal, forman la núcleo de la actividad internacional de los *länder*.

Bélgica ocupa un lugar peculiar entre los estados federales puesto que sus unidades constituyentes tienen el poder de firmar tratados internacionales en áreas de competencia interna sin que el gobierno federal tenga derecho a intervenir. La única limitación para la firma de tratados en estos ámbitos es que éstos no contradigan las orientaciones generales de tratados anteriores firmados por el gobierno federal. El carácter excepcional del modelo belga en relaciones exteriores es consecuencia directa de la propia dinámica política contemporánea del país. Los partidos flamencos propugnan continuamente una mayor descentralización del país y, al ser mayoría, su voluntad suele predominar sobre la de los francófonos que prefieren que las cosas sigan como están. El federalismo belga fue concebido para mantener unido al país frente a las reivindicaciones de mayor autonomía por parte flamenca.

Aunque sea una experiencia insólita, la descentralización de las relaciones exteriores ha funcionado bien. Como resultado del reparto exclusivo y hermético del poder en el federalismo belga, la firma de muchos tratados no requiere consulta entre gobiernos. En aquellos casos en que las negociaciones internacionales afectan a temas en los que más de uno de los gobiernos de Bélgica está constitucionalmente facultado para actuar (por ejemplo, decisiones sobre medio ambiente o comercio) se necesita un consenso entre todos los ejecutivos para que el acuerdo siga adelante. En otras palabras, cada poder ejecutivo tiene poder de veto. En la práctica, este veto no se utiliza formalmente casi nunca.

Desde la consecución de autonomía constitucional para desarrollar relaciones internacionales en temas de jurisdicción interna, las regiones y comunidades belgas han jugado un papel muy activo a nivel internacional. Constan de organismos diferenciados para relaciones internacionales, presupuestos considerables (especialmente Flandes, la región más próspera) y representaciones sólidas en el extranjero; Flandes cuenta con representantes en nueve países extranjeros, mientras que Valonia/Comunidad francófona tiene más de veinte. En todos estos aspectos, solamente Quebec puede rivalizar con las regiones y comunidades belgas.

El tema de las relaciones exteriores ha tenido más transcendencia en los sistemas federales multinacionales como Canadá y Bélgica que en las federaciones uninacionales como Estados Unidos y Australia. Esto es, en gran parte, debido a la relación entre nacionalismo y proyección de la identidad e intereses al ámbito internacional: la política de diferenciación dentro del contexto nacional encuentra su eco en la repercusión en el exterior. También es el resultado de la cultura federal más fuerte y arraigada que existe en estos estados así como en algunos de naturaleza uninacional como Alemania donde el argumento de ampliar las competencias internas de las unidades constituyentes goza de gran credibilidad.

4. CONCLUSIÓN

Estas diversas experiencias de países federales en torno a cuestiones de reconocimiento/auto-determinación, redistribución territorial y relaciones exteriores pueden inspirar algunas reflexiones sobre el Estado español de las Autonomías y su relación con la Comunidad Autónoma del País Vasco.

El País Vasco goza de cierto reconocimiento político en el marco constitucional español como nacionalidad histórica. El contencioso, en este caso, es la noción de autodeterminación. La fuerza del concepto de autodeterminación es claramente visible en la política del nacionalismo vasco. En 1978 los nacionalistas vascos consideraron que la propuesta de Constitución española era inadecuada por no reconocer el derecho a la autodeterminación de los vascos y abogó por un «no» o un voto de abstención en el referéndum sobre el pro-

yecto. Como consecuencia de ello, la constitución de la España democrática carece de legitimidad en el País Vasco. Desde entonces, la idea central del nacionalismo vasco (moderado) ha sido el reconocimiento por parte del Estado del derecho de autodeterminación de los vascos, dejando abierta la naturaleza exacta del mismo para futuros acuerdos institucionales. Esta es la lógica seguida por la propuesta presentada por el presidente vasco Juan José Ibarretxe, del Partido Nacionalista Vasco (PNV) para una re-estructuración de las relaciones entre el País Vasco y España. De hecho, el llamado «Plan Ibarretxe» que fue presentado por primera vez en 2003 y aprobado por el Parlamento Vasco en el año 2004, aunque un tanto vago en detalles, se basaba en la idea de que los vascos quieren renegociar su soberanía y su asociación con España (Lecours, 2007). Los políticos españoles siempre han reaccionado negativamente a cualquier referencia a la autodeterminación. Aunque el PNV no ha explicitado ningún status ni resultado específico, los partidos españoles interpretan la libre determinación como independencia y reaccionan haciendo hincapié en la integridad territorial de la nación española. Esta postura es bastante común en países de todo el mundo, pero un poco rígida en comparación con la de otros estados federales como Canadá, Bélgica, Etiopía, e incluso estados descentralizados pero formalmente unitarios como el Reino Unido. España no posee una tradición federal fuerte ni antigua así que es muy poco probable que contemple cualquier tipo de soberanía para sus Comunidades Autónomas en sentido formal o que se avengue a reconocer un derecho de autodeterminación que podría ampliarse hasta la secesión.

En cuanto a la redistribución territorial, el País Vasco se encuentra en una situación excepcional en relación con las demás comunidades debido a su condición foral. La facultad de la Comunidad Autónoma del País Vasco de recaudar sus propios impuestos reduce la probabilidad e intensidad de conflicto intergubernamental en torno a la redistribución territorial de los recursos financieros que a menudo encontramos en comunidades prósperas con fuertes movimientos nacionalistas.

En asuntos exteriores, el País Vasco se encuentra en una situación bastante habitual en una comunidad constitutiva de un Estado federal. Estas comunidades suelen tener cierta libertad de acción política y, hasta cierto grado, constitucional para desarrollar una personalidad jurídica a nivel internacional aunque el alcance y status de estas actuaciones no están bien definidos y requieren una negociación política continua. Así funciona en Canadá, e incluso en federaciones uninacionales como los Estados Unidos, Australia y Alemania. Únicamente Bélgica dispone de acuerdos más formalizados.

En resumen, la relación del Estado español de las Autonomías con la Comunidad Autónoma del País Vasco es relativamente excepcional en cuanto a su rigidez en la cuestión de la autodeterminación y por su flexibilidad en relación a la autonomía fiscal. En relaciones exteriores, la posición del País Vasco dentro del contexto de la política española es análoga a la de otras unidades constituyentes de otros sistemas federales.

5. REFERENCIAS

- CONNOR, W., «The Politics of Ethnonationalism», en *Journal of International Affairs*, n.º 27, pp. 1-21.
- GAGNON, A.G. y TULLY, J. (eds.), *Multinational Democracies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- LECOURS, A., *Basque Nationalism and the Spanish State*, University of Nevada, Reno, 2007.
- ORSINI, K., «La défédéralisation des soins de santé: Existe-t-il un consensus dans les revendications flamandes?», en *Reflets et perspectives*, n.º 43, 2004.
- ROCHER, F. y VERELLI, N., «Questioning Constitutional Democracy in Canada: From the Canadian Supreme Court Reference on Secession to the Clarity Act», en GAGNON, A.G.: GUIBERNAU, M. y ROCHER, F. (eds.), *The Conditions of Diversity in Multinational Democracies*, IRPP and MacGill-Queen's University Press, Montreal, 2003, pp. 207-240.
- TIERNEY, S., *Constitutional Law and National Pluralism*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

Una defensa federalista de la descentralización

Ian Peach

Decano de la Facultad de Derecho.
Universidad de Nuevo Brunswick

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El poder de gasto federal y el papel federal en la toma de decisiones políticas nacionales. 3. Los argumentos a favor de la descentralización. 4. El gobierno federal como facilitador y catalizador. 5. Concentrándose en los objetivos. 6. Reemplazando el unilateralismo federal con el uso efectivo de los mecanismos de relaciones intergubernamentales. 7. Conclusión. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El grado de centralización o descentralización de autoridad que es apropiado en un Estado federal es una cuestión perenne de la gobernación federal. Algunos dicen que la descentralización es diabólica, llevando a la balcanización del país y a la destrucción de los lazos que mantienen la unión del estado como comunidad política. Pueda ser que, a lo mejor, lo diabólico es la falta de entendimiento en el gobierno federal de que los estados federales efectivos están contruidos sobre una base de respeto mutuo entre asociados iguales. Entonces, en ausencia del compromiso federal de usar sus instrumentos políticos cuidadosamente, uno puede razonablemente concluir que lo «diabólico» de la descentralización es mucho menor comparado con lo diabólico del unilateralismo federal.

Algunos también alegan que la descentralización es una estrategia que debilita el gobierno y que abre el camino para un mercado liberalizado, sin embargo, la descentralización puede hacer más efectivo al gobierno, resucitando el respeto del sector público como un instrumento de interés público entre ciudadanos, especialmente en un estado diverso y multinacional como Canadá. El federalismo y las relaciones intergubernamentales tienen la capacidad de proveer un gobierno bueno y efectivo en el interés público. Hay un valor en tener el gobierno federal jugando un papel en la toma de decisiones públicas en Ca-

nadá, siempre que la extensión y el límite de ese papel sean propiamente entendidos y respetados. Los desafíos son determinar cuándo y cómo el gobierno federal puede ejercer mejor sus poderes para contribuir más efectivamente a resolver los problemas de la política pública y cómo balancear la descentralización de autoridad con fuertes normas de coordinación intergubernamental, para asegurar que las metas de la política colectiva nacional sean alcanzadas.

2. EL PODER DE GASTO FEDERAL Y EL PAPEL FEDERAL EN LA TOMA DE DECISIONES POLÍTICAS NACIONALES

El instrumento fundamental que el gobierno federal en Canadá ha usado por décadas desde la Segunda Guerra Mundial para insertarse en las áreas de jurisdicción provincial y de ese modo dirigir el curso de la política social en Canadá es el poder de gasto federal, particularmente en forma de subvenciones a las provincias. Este poder está basado probablemente en el poder del gobierno federal de obtener ingresos a través del sistema de impuestos y de hacer pagos del Fondo Consolidado de Ingresos. El Comité Judicial del Consejo Privado reconoció por primera vez la existencia del poder de gasto federal en 1937, en la *Referencia de Seguros de Desempleo (Fiscal General de Canadá 1937)*. Sin embargo, ha habido muy poca litigación sobre la envergadura y la validez del poder de gasto federal, en la medida que el gobierno federal fue capaz de convencer a las provincias y a los territorios de aceptar transferencias condicionales para ayudar a pagar el costo de nuevos programas sociales que fueron establecidos con el crecimiento del bienestar estatal.¹

A pesar de la falta de litigación sobre el poder de gasto federal, los académicos han cuestionado la validez del mismo, con Andrew Petter refiriéndose a este como a un «mito» (Petter 1989). Ha habido esfuerzos regulares por parte de las provincias en la arena intergubernamental para limitar el poder de gasto federal; requiriendo al gobierno federal que compense a las provincias que no participan en un programa con costos compartidos por el costo de poner en marcha sus propios programas o haciendo uso del poder de gasto federal sujeto a decisiones conjuntas. Mientras que esas propuestas fueron originalmente encabezadas por Quebec, que ha buscado limitar las intrusiones federales en su jurisdicción, incluso antes de la Revolución Tranquila de los años 60, otras provincias también se unieron en el apoyo a la limitación del poder de gasto federal a través de los años; por enmiendas constitucionales o por convenios administrativos, a medida que comenzaron a preocuparse por los efectos adversos de la intervención federal en las decisiones políticas provinciales.

¹ Ver *Winterhaven Stables v. Canada* (1988), 53 DLR (4th) 413 (Alta. CA) y *Reference re. Canada Assistance Plan*, [1991] 2 SCR 525, ambas sostienen la validez constitucional de las condiciones de transferencias federales, mientras que dichas condiciones no constituyan una regulación directa de las áreas de jurisdicción provincial por parte del gobierno federal.

3. LOS ARGUMENTOS A FAVOR DE LA DESCENTRALIZACIÓN

Uno debe preguntarse por qué el asunto de la limitación del uso del poder de gasto federal en áreas de jurisdicción provincial ha tenido el poder de permanecer en la agenda intergubernamental. La respuesta obvia es que el ejercicio de la autoridad federal en las áreas en las que la Constitución asigna a las provincias dicha autoridad, infringe una variedad de razones por las cuales se tiene un sistema federal en primer lugar, cuando se ejerce sin invitación de las provincias y sin estar sujetas a la conformidad provincial. Una articulación liberal clásica del propósito de un Estado federal se remonta a *Federalista No. 51* de Madison. En la teoría de Madison, el federalismo ayuda a asegurar las libertades liberales dividiendo el poder entre órdenes de gobierno diferentes, representando grupos diferentes y por lo tanto, previniendo que un solo gobernante o una mayoría ejerza poder absoluto en forma despótica (Madison 1788). Claramente, si el gobierno federal puede usar su capacidad fiscal y su autoridad para gastar en un área de jurisdicción de acuerdo con sus propios intereses, puede socavar el propósito del federalismo, asegurándose una autoridad de gran alcance, para actuar despóticamente; o por lo menos con insensibilidad hacia intereses locales importantes dentro del estado.

Un segundo propósito del federalismo, de mayor relevancia para Canadá y otros estados multinacionales, es que provee una protección importante para el carácter multinacional de la comunidad política total; dándole a las comunidades políticas diferentes (y en el caso de Quebec y otras minorías nacionales, diferentes comunidades culturales y lingüísticas) la autoridad exclusiva para actuar en áreas que son importantes para asegurar la continuidad de las peculiaridades de esas comunidades. Está claro por los debates en las conferencias que precedieron la Confederación en 1897 que este fue el propósito central al establecer Canadá como un Estado federal. Sir George-Etienne Cartier dio una articulación convincente a este punto en la Asamblea legislativa canadiense en 1865. El afirmó:

¿Cuál fue la mejor y más práctica forma de unir a las provincias de manera que los derechos y los intereses particulares fueran protegidos y observados apropiadamente? No otro esquema se ofreció más que el sistema federal... Algunos partidos... pretendieron que era imposible llevar a cabo la federación considerando las diferencias de razas y religiones. Esos que tomaron así esta cuestión estaban errados. Fue todo lo contrario. Fue precisamente contando con la variedad de razas, intereses locales, etc., que debimos recurrir al sistema federal y que se establecería su buen funcionamiento (Aizenstat 2003, 285).

En realidad, una federación no era el convenio preferido por la Oficina Colonial Británica. El Secretario Colonial, Edward Cardwell, afirmó que «todos estamos de acuerdo en favorecer una fusión, no una federación» y «Lo que deseamos

es un Gobierno central y fuerte, que se distinga de un número de estados pequeños unidos por un vínculo débil» (Browne 2009, 166-7). Aunque el Gobierno británico también reconoció la necesidad de tener un sistema federal en Canadá, con Cardwell informándole al Gobernador General de Canadá Monck que,

El gobierno de Su Majestad ha dado... a las Resoluciones [Quebec] de la Conferencia [en la federación de las colonias británicas norteamericanas] su más deliberada consideración. Las ha visto... como designadas... para establecer una [sic] unión tan completa y perfecta de un todo en un Gobierno, como las circunstancias del caso y dada la consideración que los intereses existentes puede admitir. Ellos la aceptan, por lo tanto, por ser... el mejor marco para que una medida sea aprobada por el Parlamento Imperial para alcanzar el resultado más deseado (Browne 2009, 169).

Si el gobierno federal fuera capaz de usar su poder de gasto para intervenir con sus decisiones políticas en el remplazo de las decisiones de las políticas provinciales en áreas de jurisdicción provincial, arriesgaría el socavamiento de esta protección importante para las comunidades sub-estatales. Esta preocupación sobre la falta de respeto por los deseos de las comunidades sub-estatales de actuar de forma que proteja su peculiaridad ha sido el centro de la oposición de Quebec al uso unilateral del poder de gasto federal para descentralizar la elaboración de la política a seguir en Canadá, como ha notado Facal (Facal 2005, 9-16). Como ha observado Kennett, el caso sobre los principios o estándares nacionales está en tensión dinámica con los valores de diversidad y pluralismo que provee la racional por un gobierno federal, en vez de unitario; esto no puede simplemente ser pasado por alto por los que apoyan la centralización y los estándares nacionales (Kennett 1998, 7).

Mientras que esta es una reclamación importante y fuerte, hay una tercera racional para el federalismo, una basada en gobernar más inteligentemente, y por lo tanto efectivamente, siendo honestos sobre el conocimiento necesario para responder efectivamente a la causa de los problemas de la política pública. El principio que guía este abordaje al federalismo es subsidiariedad, comúnmente usada en los debates de asignación de autoridad dentro de la Unión Europea pero raramente discutida en Canadá. El principio de subsidiariedad afirma que la autoridad del gobierno debe de ser ejercida por la unidad de gobierno más pequeña y más local que sea capaz de ejercer dicha autoridad de manera efectiva. La autoridad debe ser solamente ejercida por una unidad de gobierno mayor en la medida en que sea necesaria para alcanzar sus objetivos.²

² Ver HUEGLIB, T.O., «The Principle of Subsidiarity: Tradition-Practice-Relevance», en PEACH (ed.), *Constructing Tomorrow's Federalism: New Perspectives on Canadian Governance*, University of Manitoba Press, Winnipeg, 2007, para una discusión completa de las fuentes y usos del principio de subsidiariedad en la Unión Europea.

La subsidiariedad muestra una preferencia por la toma de decisiones locales por el valor del conocimiento local para entender y definir un problema, por el grado de reacción de los gobiernos que están cercanos a un problema y por lo tanto, tienen un entendimiento más claro y directo de las preferencias de los ciudadanos, y por el grado de creatividad que pueden aplicar a la solución del problema cuando los que comparten una realidad vivida de ese problema trabajan juntos para buscar las soluciones. Además, la experimentación local al intentar resolver los problemas sociales tiene menor costo que los más grandes experimentos, a escala nacional, así el estado debe tener mayor tolerancia al riesgo inherente de la experimentación.

Los problemas de la política pública, incluso si son comunes a un número de comunidades políticas, se manifiestan de manera diferente en medioambientes diferentes. Como tal, la solución más efectiva a un problema bien puede variar dependiendo de las circunstancias locales. En un país tan grande y diverso como Canadá, sin mencionar tan cultural, política y legalmente pluralista como Canadá, imaginar que un solo programa nacional proveerá la solución más efectiva a cualquier problema que requiera la intervención activa de oficiales públicos parece inocentemente desesperanzado. Mucho más común en Canadá es la circunstancia en que la insistencia federal en crear un programa nacional que abarque todas las manifestaciones de un problema a través del país sirve para impedir el progreso, para crear tensión intergubernamental y para socavar la capacidad y efectividad de aquellos más cercanos al problema de política pública que se aplica a ese problema.

4. EL GOBIERNO FEDERAL COMO FACILITADOR Y CATALIZADOR

Este argumento a favor de la descentralización, sin embargo, no significa que el gobierno federal no deba tener un papel en la implementación de la política nacional. Meramente, necesita reconocer los límites de sus capacidades si va a hacer contribuciones valiosas a la elaboración de la política nacional. El gobierno federal ha jugado un papel valioso extendiendo a todo el país buenas ideas sobre principios que se han desarrollado dentro de las provincias. En lo que el gobierno federal no tiene habilidades, sin embargo, es realmente en el diseño y en la implementación de programas que requieren un servicio de puesta en funcionamiento con infraestructura dispersa y con interacción cara a cara entre los proveedores del servicio y los individuos que lo necesitan. Esos tienden a ser la clase de programas que requieren flexibilidad en el diseño y la implementación para adaptarse a las circunstancias, a las capacidades y a los conocimientos locales; algo que al gobierno federal le tiende a faltar.

Por tanto, el papel apropiado del gobierno federal en la política nacional debe ser el de seguir el liderazgo provincial y territorial en sus áreas de jurisdicción, facilitando la política de experimentación dentro de las provincias y terri-

torios, por ejemplo, compartiendo el riesgo inherente a la experimentación y actuando como catalizador, asistiendo en la adopción o adaptación por otras provincias y territorios de las innovaciones que han mostrado ser efectivas. Esto, por supuesto, significa que el gobierno federal debe comprometerse a actuar a través de los mecanismos intergubernamentales para asegurar la conformidad territorial y provincial antes de actuar unilateralmente en áreas de jurisdicción provincial. Si el gobierno federal funcionara de esta manera, podría añadir valor significativo al proceso político nacional, apoyando la política de innovación y extendiendo y adaptando buenas ideas políticas sin interferir en el diseño y experimentación de las mismas.

Dos ejemplos de ocasiones en que el gobierno federal ha jugado este papel efectivamente pueden ayudar a ilustrar este punto. El primero es la clásica exitosa historia canadiense de política social de adopción del Medicare. Los hospitales públicos y los seguros médicos fueron experimentados primero en Saskatchewan, con seguros de hospital siendo adoptados en la provincia en 1947 y el seguro médico adoptado en 1962 (Archer 1985, 11). En ambos casos, solamente después de que el sistema de seguros fue implementado en Saskatchewan y en otras provincias, el gobierno federal participó facilitando la adopción de programas comparables nacionalmente, a través del uso de su poder de gasto (Commission on the Future of Health Care in Canada 2002, 4). Mientras que el apoyo fiscal federal es crítico en el financiamiento del seguro médico social en Canadá y el gobierno federal usa su poder de gasto para asegurar algún grado de comparabilidad en la disponibilidad de hospitales y servicios médicos a lo largo del país, el gobierno federal no participa ni proveyendo ni regulando la implementación concreta de los servicios hospitalarios y de salud en las provincias y territorios. La realidad en Canadá es que no tenemos un área del sistema de salud público solamente, sino 13 sistemas de salud, administrados por provincias y territorios, que son ampliamente comparables, pero no idénticos, en sus abastecimientos a hospitales y servicios médicos de los fondos públicos.

El gobierno federal ha jugado un papel de facilitación similar en el desarrollo de Beneficio Nacional para la Niñez en los años 90. En ese caso, el gobierno federal decidió usar el sistema de impuestos para implementar un Impuesto para Beneficio para la Niñez en Canadá (Warriner y Peach 2007, 78-9). Debido a que esa transferencia federal llevaría al incremento de los ingresos de las familias pobres, generaría ahorros para las provincias y territorios en el costo de su bienestar social. A través de la negociación gubernamental, se acordó que las provincias y territorios reinvertirían esos ahorros en otros programas para ayudar a reducir la pobreza infantil (Warriner y Peach 2007, 79). Cuáles programas en particular elegirían las provincias y territorios para invertir sus ahorros era cuestión de ellos pero, las provincias y territorios se comprometían a reportar los programas en que habían reinvertido sus ahorros al Consejo Ministerial de Renovación de las Políticas Sociales (Warriner y Peach 2007, 91). Como con el Medicare, este proceso no resultó en un solo esquema del Beneficio Nacional para la Ni-

ñez idéntico en todo el país, sino en un esquema con administración centrada nacionalmente (el Impuesto para Beneficio de la Niñez) y una variedad de iniciativas provinciales y territoriales, que trataban las implicaciones de la pobreza infantil en sus jurisdicciones, en formas que eran consideradas las más efectivas para esas jurisdicciones.

5. CONCENTRÁNDOSE EN LOS OBJETIVOS

Hay varias lecciones en particular, útiles en la experiencia de desarrollar el Beneficio Nacional para la Niñez. Ciertamente, demuestra que los mecanismos intergubernamentales pueden ser a veces instrumentos efectivos de la política nacional. Otra lección es que una de las maneras en que el gobierno federal ayuda a dirigir con más efectividad la coordinación intergubernamental sin retornar a definir programas unilaterales es enfocándose en negociar un conjunto de objetivos comunes que buscarán logros para los ciudadanos y acuerdos para reportar los logros de esos objetivos a los ciudadanos en una forma significativa.

En la literatura de la gestión pública se ha convertido en un lugar común generalmente aceptado el que los ciudadanos se concentren en los resultados y esperen que sus gobiernos tengan el objetivo de lograr resultados de importancia social. Bardach ha descrito el mensaje central de la literatura de la «nueva gestión pública» como la necesidad de gestionar por resultados (Bardach 1998, 5). De manera similar, Perri ó *et al.* han comentado que, «La primera tarea del gobierno no es administrar las transacciones, sino resolver los problemas» (Perri ó *et al.* 1999, 15). Si la literatura de la gestión pública recomienda enfocarse en resultados y consecuencias para los gobiernos individuales actuando por sí mismos en sus áreas de jurisdicción, la lógica dicta que los gobiernos que actúan conjuntamente a través de mecanismos intergubernamentales deben centrarse también en resultados objetivos.

Esta no es tanto una receta para la descentralización completa como para el uso más efectivo de los mecanismos de relaciones intergubernamentales en Canadá para establecer principios realmente nacionales, en vez de meramente federales. Los objetivos nacionales serían el resultado de consultas y negociaciones intergubernamentales y deben realmente servir para establecer la dirección de las políticas en las provincias y territorios. El cumplimiento de esos objetivos nacionales debería hacerse a través del uso del poder de gasto federal, si se acuerda en las negociaciones intergubernamentales, haciéndolo público en cumplimiento de los términos del acuerdo intergubernamental, como con el acuerdo del Impuesto para Beneficio de la Niñez, o a través de un proceso formal de resolución y evitación de disputas intergubernamentales, como fue negociado por los gobiernos federal, provincial y territorial para la interpretación y cumplimiento del *Acta de Salud Canadiense* en 2002 (Health Canada 2007, 259-64). El papel federal en este modelo sería, cuando más, echar una mano

encarando una provincia o territorio que no cumpla con sus compromisos gubernamentales (Kennett 1998, 50). Semejante papel pudiera también proveer a las provincias y territorios con incentivos para cooperar, en vez de desencadenar el regreso a los «viejos malos tiempos» de imposición federal (Kennett 1998, 50-1).

Enfocarse en lograr una batería de objetivos tangibles que podría traducirse en mejores resultados para los ciudadanos en cosas que les importan a ellos es lo menos que los ciudadanos pueden esperar de sus gobiernos. Este abordaje debe servir también de meta para fomentar la movilidad de los ciudadanos, ya sea incluyendo un compromiso con el principio de movilidad como uno de los objetivos del programa o simplemente asegurando un grado de comparabilidad del diseño de programas en todo el país a través de otros objetivos. En todo caso, los detalles de diseño de programas puede variar de jurisdicción a jurisdicción y las provincias y los territorios pueden tomar ventaja del conocimiento adquirido a través de la experiencia de otras jurisdicciones refinando sus propias políticas con el tiempo.

6. REEMPLAZANDO EL UNILATERALISMO FEDERAL CON EL USO EFECTIVO DE LOS MECANISMOS DE RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES

He hablado repetidamente de la necesidad de reemplazar la acción federal unilateral con la coordinación intergubernamental. Sin embargo, esta no es una reclamación inocente; reconozco que trazar la política a través de acuerdos intergubernamentales tiene sus retos. Como ha notado Kennett, «el desarrollar y hacer cumplir los principios o estándares nacionales a través de mecanismos interprovinciales o federales-provinciales representa un problema de acción colectiva significativa, particularmente si la amenaza de acción federal unilateral es retirada» (Kennett 1998, 4).

En realidad, no es como si Canadá estuviera desprovisto de experiencias en trazar políticas intergubernamentales o de los mecanismos para dirigir la coordinación intergubernamental. Recientemente, un colega del gobierno provincial hizo un esfuerzo para determinar exactamente cuántas reuniones intergubernamentales tienen lugar en Canadá en un año; el resultado fue el descubrimiento de que hubo más de 800 reuniones multilaterales, entre departamentos gubernamentales y a todos los niveles en el año 2006-07. Los gobiernos tienen comités permanentes en Ministerios en virtualmente todas las áreas de gobierno y la experiencia del Consejo Ministerial en la Renovación de la Política Social en los años 90 demuestran que los gobiernos pueden establecer estructuras efectivas cuando llegan a la conclusión de que necesitan, para avanzar, una reforma significativa en la agenda. El problema, más bien, es que no hemos usado lo que tenemos a nuestra disposición tan efectivamente como hubiéramos podido o que no hemos estructurado esos mecanismos de manera que maximizáramos su utilidad. Los gobiernos parecen haber caído en el hábito de

esperar a que el gobierno federal establezca políticas nacionales, por mucho que se quejen del unilateralismo federal. Algunos de los mecanismos de coordinación intergubernamental, como el Consejo de la Federación, pueden convertirse en instrumentos de valor para mejorar el establecimiento de políticas y limitar el unilateralismo federal.

El Consejo de la Federación, que fue establecido por los Primeros Ministros en 2003, (Consejo de la Federación 2003) pudo ser convertido en un cuerpo intergubernamental más efectivo en la elaboración de la política a seguir con algunas reformas críticas. Una de las reformas más importantes hubiese sido invitar al Primer Ministro a participar. Las provincias y los territorios han buscado por mucho tiempo el acuerdo federal para establecer una Conferencia de Primeros Ministros anual como forma de mejorar la coordinación intergubernamental; habiendo establecido el Consejo de la Federación, el invitar al Primer Ministro a participar parecería la forma ideal para lograr esta meta. El Consejo debe priorizar la extensión de la comunicación con todos los canadienses sobre las políticas sociales nacionales para terminar con el monopolio del gobierno federal de hablar en nombre de Canadá. Conectar con los canadienses y demostrar una política de liderazgo es una reflexión importante en el intento de afirmar el liderazgo. Se podrían usar esas consultas para definir un abordaje nuevo en la elaboración de políticas intergubernamentales y los roles legítimos y las responsabilidades de los órdenes de gobierno federal y provincial/territorial.

Para ser un vehículo efectivo para dirigir una agenda de descentralización y remplazar el unilateralismo federal, el Consejo de la Federación también necesita revisar sus procedimientos en dos formas críticas. Mientras que el Consejo debe buscar alcanzar un consenso, tan amplio como sea posible, entre los gobiernos participantes en los asuntos de su agenda, sería útil establecer una regla para que el gobierno federal pueda apoyar la extensión de innovaciones de política a otras provincias y territorios a través del uso de su poder de gasto si lo aprueban los gobiernos de dos tercios de las provincias y territorios con, por lo menos, el asentimiento del 50 por ciento de la población. Con una provisión que permita optar por no participar de un programa nacional con compensación para esas jurisdicciones que apliquen objetivos nacionales compartidos a través de sus programas. Este abordaje de «coalición mínima viable», como lo llama Kennett, podría permitir un progreso relativamente rápido en cooperación con el gobierno federal, si fuera necesario, para los que lo buscan y el desarrollo de formas asimétricas requeridas para asegurar el asentimiento de Quebec a los programas y objetivos nacionales (Kennett 1998, 53).

El Consejo necesita además, la capacidad de resolver disputas sobre la interpretación de acuerdos que alcanza y hacer cumplir sus acuerdos si los mecanismos intergubernamentales fueran a remplazar la imposición federal de la política nacional a través del uso de subvenciones condicionadas. Kennett ha notado, sin embargo, que puede ser más fructífero y realista el considerar cómo las instituciones intergubernamentales pueden alterar los incentivos que determinan cómo los

gobiernos territoriales y provinciales tratan sus obligaciones intergubernamentales. Es mejor establecer acuerdos intergubernamentales obligatorios que buscar mecanismos duros para hacerlos cumplir (Kennett 1998, 44). Esencialmente, eso fue lo que se hizo en el proceso de evitación y resolución de disputas en los casos del Beneficio Nacional para la Niñez y el *Acta de Salud Canadiense*. Con reformas de ese tipo, el Consejo de la Federación podría convertirse en la pieza de centro de un nuevo abordaje intergubernamental de elaboración de políticas que respetaría mejor nuestra división de poderes constitucionales.

Los gobiernos canadienses tienen a su disposición una amplia variedad de mecanismos intergubernamentales para apoyar un abordaje a la elaboración de políticas nacionales descentralizada y a la vez coordinada. También pueden explotar la experiencia internacional de ambos, los estados federales como Australia y los acuerdos regionales intergubernamentales como la Unión Europea. Los Gobiernos deben primero aceptar, sin embargo, que la acción colectiva efectiva es un requerimiento si quieren terminar con el unilateralismo federal. La descentralización sin coordinación simplemente no es una opción realista en el Canadá moderno, pues los canadienses insistirán en un programa con nivel comparable que apoye la movilidad de las personas; esta es una realidad que no se puede obviar.

7. CONCLUSIÓN

El gobierno federal ha jugado, y continúa jugando, un papel útil en el desarrollo de las políticas nacionales, pero necesita entender los límites de su papel y sus capacidades. Es mejor cuando el gobierno federal facilita la innovación de las políticas a nivel territorial y provincial y ayuda a extender las innovaciones que han sido probadas con efectividad en otras provincias y territorios. Es peor cuando busca llevar el desarrollo de la política dictando unilateralmente los detalles de las políticas diseñadas en Ottawa, requiriendo su implementación en todo el país y haciendo cumplir sus términos a través de subvenciones condicionadas. Ese comportamiento socava nuestra estructura constitucional y también hace inefectiva la política porque falla en reconocer el papel valioso que el conocimiento local juega en el diseño e implementación de la política.

En lugar de esperar a que el unilateralismo federal elabore una política nacional o de abandonar la política nacional completamente, los gobiernos canadienses pueden trazar sus políticas a través de consultas y coordinación intergubernamentales. Ellos ya tienen a su disposición una amplia variedad de mecanismos que los asisten en ese trabajo. Mientras que la elaboración de políticas intergubernamentales tiene sus retos, como es el caso de cualquier ejercicio colectivo, los gobiernos canadienses han demostrado en el pasado que pueden asegurar significativas reformas políticas a través de mecanismos intergubernamentales.

Por tanto, la descentralización no necesariamente significa la balcanización del país ni el fin de la política nacional, como algunos han sugerido. Tampoco se necesita una descentralización radical en Canadá. Hay un propósito en tener un país y, además, las oportunidades que Canadá ha dado a sus ciudadanos ha hecho que el país sea la envidia de muchas naciones. Además igualmente importante es el hecho de que Canadá es un país federal; necesitamos respetar las razones por las que somos un país federal cuando actuamos a nivel nacional si queremos retener la lealtad de todos los ciudadanos. A menudo, el aspecto federal de Canadá ha sido más «honrado en la desavenencia que en el acatamiento» por los gobiernos federales. La descentralización con una coordinación intergubernamental efectiva nos permitirá darnos cuentas de los beneficios de la política nacional sin abandonar nuestro compromiso con la división federal de poderes.

BIBLIOGRAFÍA

- 6,P.; LEAT, D.; SELTZER, K. y STOKER, G., *Governing in the Round: Strategies for Holistic Government*, Demas, Londres, 1999, p. 96.
- AJZENSTAT, J.; ROMNEY, P.; GENTLES, I. and GAIRDNER, W.D. (eds), *Canada's Founding Debates*, University of Toronto Press, Toronto, 2003, p. 502.
- ARCHER, J.H., *Saskatchewan: A Political History*, Canadian Parliamentary Review, n.º 8, 1985, pp. 7-12.
- Attorney General of Canada v. Attorney General of Ontario*, [1937] AC 355.
- BARDACH, E., *Getting Agencies to Work Together: the Practice and Theory of Managerial Craftsmanship*, Brookings Institution Press, Washington, 1998, p. 348.
- BROWNE, G.P., *Documents on the Confederation of British North America*. McGill-Queen's University Press, Montreal and Kingston, 2009, p. 377.
- COMMISSION ON THE FUTURE HEALTH CARE IN CANADA, *Building on Values: The Future of Health Care in Canada*, Commission on the Future of Health Care in Canada, Ottawa, 2002, p. 356.
- COUNCIL OF THE FEDERATION, *Council of the Federation Founding Agreement*, December 5, 2003. Accesible en http://www.councilofthefederation.ca/pdfs/COF_agreement.pdf.
- FACAL, J., «Social Policy and Intergovernmental Relations in Canada: Understanding the Failure of SUFA from a Québec Perspective», en *SIPP Public Policy Paper*, n.º 32, Saskatchewan Institute of Public Policy, Regina, 2005, p. 21.
- HEALTH CANADA, *Canada Health Act Annual Report 2006-2007*, Health Canada, Ottawa, 2007, p. 268.
- KENNETT, S. *Securing the Social Union: A Commentary on the Decentralized Approach*, Institute of Intergovernmental Relations, Kingston, 1998, p. 74.
- MADISON, J., *The Federalist n.º 51: The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments*, Independent Journal, February 6, 1778.
- PETTER, A., «Federalism and the Myth of the Federal Spending Power», *Canadian Bar Review* n.º 68, 1989, pp. 448-479.
- WARRINER, W.E. and PEACH, I., *Canadian Social Policy Renewal 1994-2000*, Fernwood Publishing, Halifax, 2007, p. 192.

Autoritarismo con barniz de democracia, o cómo el federalismo puede servir de fachada a gobiernos antidemocráticos

Dr. Julián Castro-Rea
Departamento de Ciencia Política.
Universidad de Alberta, Canadá

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Por qué una federación permite los enclaves autoritarios? 3. Un estudio de caso: la provincia de Alberta, Canadá. 4. Conclusiones: más allá de la tradicional división entre democracia y autoritarismo. Referencias citadas.

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, el federalismo ha suscitado un gran entusiasmo entre académicos y profesionales preocupados por las formas en que las diversas identidades encuentran su lugar dentro de un mismo Estado soberano. El éxito de los sistemas federales democráticos ha confirmado, a los ojos de ambos sectores, que el federalismo realmente funciona, propicia saldos positivos en términos de gobernanza y su valor es universalmente aplicable.

El presente ensayo pretende abordar un aspecto más bien sombrío de la práctica federal, tratando de identificar las circunstancias en las cuales ha surtido efectos negativos. Para ser más específico, pondré de relieve aquellas instancias en las cuales la práctica de la autonomía gubernamental facilitada por el federalismo termina obrando en detrimento de la democracia y el buen gobierno.

Quizá las reflexiones en esta temática se originaron en el siglo XIX, con las ideas y actividades de John C. Calhoun, y las funestas consecuencias de su legado. Calhoun (1782-1850) fue un político de Carolina del Sur, en Estados Unidos, que ocupó influyentes posiciones como la de vicepresidente, secretario de Guerra, secretario de Estado y senador; sin embargo, es conocido, sobre todo, por su vigorosa e inflexible defensa de los derechos de los estados *vis-à-vis* el gobierno federal. Argumentó incansablemente que este último era

creación de comunidades autogobernadas que lo precedieron y que se reconfiguraron como estados de la unión y, por tanto, la unión debía someterse a los estados en vez de lo contrario (Calhoun, 1831). De acuerdo con Calhoun, los derechos de los estados eran tan absolutos que incluso podían justificar políticas extremas, como la esclavitud y, en caso de necesidad, la secesión de la unión. Aun cuando este hombre falleció una década antes de iniciar las hostilidades, sus ideas y su actividad política son vistas, de pleno derecho, como inspiración para la postura intransigente de los once estados sureños —Alabama, Arkansas, Florida, Georgia, Luisiana, Misisipi, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Tennessee, Texas y Virginia—, que llevaría a su secesión temporal de la Unión Americana y, posteriormente, a la guerra civil (1861-1865). Aun si los estados sureños fueron finalmente derrotados, siguieron apelando a las ideas de Calhoun para justificar políticas segregacionistas (llamadas «*Jim Crow laws*» en la jerga política estadounidense) durante aproximadamente noventa años, de 1877 en adelante.

Desde luego, Calhoun y sus secuelas —esclavitud, secesión, la guerra civil y la segregación— son ejemplos extremos de las potenciales consecuencias negativas de poderes ilimitados otorgados a los estados en el contexto de una federación. Las consecuencias negativas más comunes consisten en violaciones de principios y prácticas básicos de la democracia, como las elecciones libres y limpias, la libertad de expresión y de organización, la rendición de cuentas por parte de funcionarios públicos y el Estado de derecho; y todo esto sólo es posible en un Estado democrático gracias al federalismo.

La mayoría de los trabajos que abordan el autoritarismo en las federaciones se basan en teorías sobre la transición a la democracia. La motivación principal de los investigadores es entender las razones por las cuales algunas regiones oponen resistencia a la exitosa democratización de políticas federales, un interés claramente motivado por la urgencia de brindar asesoría sobre cómo hacer que dichas regiones trabajen en sincronía con un Estado recién democratizado. No obstante, el punto de vista que el presente trabajo adopta es que los enclaves autoritarios (Mickey, 2008) no sólo existen en un entorno de transición a la democracia (Gibson, 2005: 104); sino que pueden sobrevivir, surgir y aun prosperar en democracias emergentes e incluso consolidadas (Snyder, 1999). La principal herramienta de la que echan mano para tal fin son los mecanismos políticos y las políticas públicas que el federalismo suele poner a su alcance: autonomía de gobierno, sustentabilidad fiscal, protección constitucional respecto de la intrusión federal, un sistema de partidos independiente, entre otros.

Un punto débil de muchos estudios sobre las cualidades democráticas de un Estado es su incapacidad de identificar las disparidades regionales, pues suelen enfocarse en el nivel del Estado soberano (en lo nacional) y soslayan los órdenes de gobierno que le siguen en jerarquía. Es decir, incurren en lo que Rokkan (1970) llama un «*whole nation bias*», es decir, un sesgo a favor

de lo nacional. G. Sartori (1976) también reconocía esta falla al explicar lo que llama la «*unit jump fallacy*» o la falacia del salto de unidad de estudio, que explica así: «*A sub-state, i. e., a member of a federal state, is made equal to a sovereign state*». De lo que se desprende que el Estado federal prevalece sobre los subestados, y castigará las violaciones a la democracia que en ellos se detecten con la plena voluntad y capacidad políticas necesarias para cumplir con esta tarea. Esta presunción, como es de esperarse, no siempre coincide con la realidad en muchos periodos históricos y escenarios geográficos.

Así, es posible detectar frecuentes violaciones a principios y prácticas democráticas en las entidades federales de países que suelen considerarse democráticos, lo que da lugar a un «régimen de yuxtaposición», en el cual dos niveles de gobierno con jurisdicción sobre el mismo territorio operan con diferentes reglas y expectativas en lo tocante a la democracia (Gibson, 2005: 103). El federalismo puede admitir disparidades en la calidad de la democracia que se ejerza en diferentes puntos de un mismo Estado nacional. Contrariamente a las creencias más comunes, dichas violaciones no sólo se cometen en el Sur global (Tercer Mundo) o en los países ex socialistas, sino también en democracias consolidadas. Abundan ejemplos de enclaves autoritarios en países democráticos, pero, simplemente para ilustrar, puedo señalar los siguientes: los estados sureños de Estados Unidos, donde fue legal la segregación de pobladores no blancos (de 1877 hasta los años sesenta del siglo xx); Quebec, Canadá, durante los gobiernos de Maurice Duplessis (de 1936 a 1939 y de 1944 a 1959); Oaxaca, México, durante los gobiernos del Partido Revolucionario Institucional (PRI, en especial de 2000 a 2010), Santiago del Estero, Argentina, con el régimen de Carlos Juárez (1949-2005) y en Baviera, Alemania, bajo sucesivos gobiernos demócrata-cristianos.

Mi caso de estudio será la provincia de Alberta, Canadá, que ha sido gobernada por el así llamado Partido Conservador Progresista (*Progressive Conservative Party*) de 1971 hasta la fecha; es decir, durante más de cuarenta años ininterrumpidos.

2. ¿POR QUÉ UNA FEDERACIÓN PERMITE LOS ENCLAVES AUTORITARIOS?

La bibliografía disponible identifica varios factores que podrían contribuir al surgimiento y permanencia de enclaves autoritarios en países internacionalmente reconocidos como sistemas federales democráticos. Para los fines de este análisis, adopto la definición de enclaves autoritarios proporcionada por Mickey, según la cual estos espacios son «[...]áreas, generalmente estados o provincias en un sistema político federal en sistemas democráticos, que se distinguen por la ausencia, o inconsistencia, de los componentes de la

democracia»¹ (2008: 146). Entre los factores más importantes que favorecen su existencia podemos identificar los siguientes:

1. Sobrerrepresentación de los distritos electorales rurales en las legislaturas de las entidades federales, combinada con un firme control del gobierno sobre esos distritos. Este patrón se replica en todas partes, al punto de ser una característica casi universal de los enclaves autoritarios. Por diferentes razones —fuerte dependencia de los recursos y servicios gubernamentales, aislamiento del votante, propensión a sufrir abusos, etcétera— los votantes en distritos electorales rurales por lo general son más fáciles de manipular que los de entornos urbanos. Además, los distritos electorales rurales suelen beneficiarse de esa desigualdad estructural en el reparto de escaños (Rodden, 2007; Mickey, 2008: 149). A fin de que la estrategia resulte exitosa, los líderes regionales autoritarios necesitan disminuir artificialmente la importancia política de las ciudades, mientras neutralizan o al menos reducen la efectividad de su crítica al *statu quo*.
2. Uso del clientelismo, entendido como el ejercicio de relaciones jerárquicas de mutuo beneficio entre titulares de cargos públicos (patrones) y beneficiarios reales o potenciales (clientes) de servicios gubernamentales, recursos (legales o no) y otros beneficios pagados con fondos públicos. A cambio de los beneficios proporcionados por el gobierno, los clientes apoyan incondicionalmente a los gobiernos en turno, lo mismo con votos que con legitimación, ausencia de crítica o una combinación de lo anterior. El clientelismo es un componente clave de lo que Gibson (2005: 108) llama «*boundary control*» o control de las fronteras, mediante el cual los gobiernos regionales intentan maximizar su influencia en las políticas locales y privar a la oposición de oportunidades de organizar alternativas creíbles, incluido el acceso al financiamiento federal. Cuando se exagera, el clientelismo limita o destruye organizaciones independientes de la sociedad civil y la libertad de prensa, dos pilares de la auténtica gobernanza democrática.
3. El reiterado ejercicio del predominio regional permite a las élites y los partidos en el poder ir moldeando las instituciones de tal manera que sirvan al predominio a largo plazo de dichas élites. Instituciones como los sistemas electorales (el otorgamiento del derecho al voto, las reglas electorales, los límites distritales, las reglas de organización de los partidos), las prerrogativas y poderes del ejecutivo local y de las legislaturas, un poder judicial acomodaticio, el control de políticas municipales, terminan favoreciendo a la estabilidad por sobre el cambio, con lo que contribuyen a la preservación de las élites autoritarias en el poder. Por

¹ «...areas —usually states or provinces in a federal polity— in democratic polities marked by the absence, or unreliability, of the components of democracy».

ello es difícil deshacerse de los enclaves autoritarios, pues este cambio requiere, por lo regular, de la intervención de agentes externos para ser exitoso (Mickey, 2008: 146).

4. El predominio regional suele manifestarse bajo la forma de un sistema de partido regional único o por lo menos hegemónico, que por lo regular da lugar a auténticos «partidos de Estado», o fusiones de instituciones del Estado con el partido dominante (Mickey, 2008: 146). Para la supervivencia de los enclaves autoritarios en las democracias es esencial simular que éstos operan según las reglas de la gobernanza democrática, por tanto deben llevar a cabo elecciones en apego a las normas. Sin embargo, el resultado de esos comicios es previsible, pues suele ganar el único partido o al menos la alternativa política que ha predominado hasta la saturación; que además cuente con «maquinarias partidistas», que aplique reglas electorales distorsionadas o abiertamente manipuladas. Como resultado, los partidos de oposición se ven forzados a hacer su labor e incluso luchar por sobrevivir en un ambiente hostil a la disensión política. A falta de opciones políticas verdaderas, los ciudadanos poco a poco se alejan de las urnas, lo que da como resultado porcentajes extremadamente bajos de votación.
5. La importancia del enclave autoritario para el equilibrio de poder en el Estado nacional en su conjunto o para la estabilidad regional. Las élites regionales pueden proporcionar grandes cantidades de votantes, así como legisladores para integrar coaliciones de gobierno, con lo cual logran protegerse de la intervención federal, que podría resultar demasiado costosa desde la perspectiva del gobierno federal (Mickey, 2008: 146).
6. Los enclaves autoritarios subnacionales también deben ser competidores efectivos en la arena federal, tanto en la institucional como en la partidista, si quieren ser exitosos (Gibson, 2005: 110; Mickey, 2008: 147-148). Su presencia debe ser discreta y defensiva, al momento de proteger el enclave de cualquier intrusión federal, o visible y agresiva, si se busca aumentar la influencia de la región en el conjunto de la política del país. Desde luego, la última opción es una apuesta arriesgada desde la perspectiva del enclave autoritario, pues si falla lo único que lograría sería revelar las deficiencias de la región en materia democrática, exponiéndola a la crítica y a una eventual intervención externa.
7. Los líderes de los enclaves autoritarios también deben ser capaces de controlar o incluso administrar sus vínculos con el gobierno federal, así podrán establecer los términos bajo los cuales sus entidades federales se relacionarán con el país en su conjunto; con lo que se extiende su influencia general y se mantiene su capacidad de maniobra a nivel local.

3. UN ESTUDIO DE CASO: LA PROVINCIA DE ALBERTA, CANADÁ

Alberta es una provincia occidental de Canadá fundada el 1° de septiembre de 1905. Ocupa un área de 666 848 km² —comparable en tamaño con Afganistán— y tiene una población estimada de 3.7 millones, según registros de 2010. La economía de Alberta es una de las más fuertes de Canadá, sustentada por la próspera industria petrolera y, en menor medida, por la agricultura y la tecnología.

Sin duda, la producción de petróleo es la actividad económica más importante de la provincia y su rasgo más distintivo. Alberta es la mayor productora de crudo convencional y sintético, de gas natural y sus derivados en el país. Es la segunda mayor exportadora y la cuarta mayor productora de gas natural. Tan sólo en un sitio de extracción, llamado *Athabasca Oil Sands* (arenas bituminosas de Athabasca), las reservas estimadas de petróleo no convencional equivalen, aproximadamente, a las reservas de petróleo convencional del resto del mundo; que, según se estima, ascienden a 1.6 billones de barriles (equivalentes a 254 km³). Anteriormente, la extracción de petróleo de las arenas bituminosas reportaba pequeñas ganancias o incluso pérdidas. Sin embargo, el precio del petróleo se incrementó a partir de 2003, esto ha provocado que su extracción sea más que lucrativa. La cercanía de este recurso al mayor mercado de energía del mundo, Estados Unidos, subraya su importancia estratégica (Lamphier, 2011), una realidad que no fue ignorada por el presidente Barack Obama durante la presentación de su reciente estrategia nacional energética (White House, 2010).

En buena medida, como resultado de su riqueza petrolera, el ingreso per cápita de Alberta en 2007 fue de C\$74 825.00 —lo que en el contexto global la situaba entre Luxemburgo y Bermudas, la 3.ª y la 4.ª economías más ricas en términos de PIB per cápita—, el más alto de las provincias de Canadá. Esta cifra superó 61 por ciento el promedio canadiense de C\$46 441, y es más del doble del ingreso en algunas de las provincias atlánticas de ese país.

No obstante, podría decirse que hasta muy recientemente el poderío económico de esta provincia no concordaba con su influencia política. Debido al bajo porcentaje que representa la población de Alberta en el contexto canadiense, apenas superior a 10 por ciento, sólo 28 de los 308 miembros del parlamento son electos en Alberta. Esta disparidad es aún más evidente en relación con el Senado, donde sólo 6 de 105 escaños se encuentran asignados a esta provincia. Esta situación, resultado de la relativamente tardía creación de la provincia y su relativa poca importancia en términos económicos hasta antes del descubrimiento del petróleo en 1947, ha causado bastante frustración en la provincia. Algunos historiadores y politólogos suelen referirse a esta frustración como *Western alienation*, o enajenación del oeste, un síndrome idiosincrático que con el tiempo se ha convertido en un elemento permanente de la cultura política del lugar.

En lo tocante a la política provincial, Alberta también muestra patrones peculiares. Es común que se afirme que los albertanos no eligen gobernantes, ungen dinastías. Cuatro partidos consecutivos han sido hegemónicos durante largos periodos: el Partido Liberal (*Liberal Party*, 1905-1921), los Granjeros Unidos de Alberta (*United Farmers of Alberta*, 1921-1935), el Partido del Crédito Social (*Social Credit*, 1935-1971) y el Partido Progresista Conservador (*Progressive Conservative Party*, de 1971 hasta hoy). Desde 1921, básicamente se han seguido el patrón siguiente: un nuevo partido, populista y contestatario, es elegido por abrumadora mayoría, permanece en el poder durante largos periodos... hasta que un nuevo y advenedizo partido es capaz de desplazarlo. Los partidos en el poder transitan de un estridente populismo inicial a un suave autoritarismo, usando y hasta manipulando las herramientas que el federalismo canadiense pone a su disposición. Las elecciones se presentan bajo la forma de plebiscitos, mediante los cuales el gobierno en turno busca renovar la confianza de los electores a fin de dirigir la provincia por otros cuatro años, frente a partidos de oposición impotentes y en franca desventaja, y con una muy baja participación de la sociedad civil.

El caso de Alberta confirma la mayoría de los rasgos del perfil del enclave autoritario antes descritos. Hay que aclarar sin embargo que la provincia no es comparable a enclaves autoritarios con rasgos dictatoriales y arbitrarios existentes, dado que en Alberta prevalece el Estado de derecho con independencia judicial, se respetan los derechos humanos, ya no se ejerce discriminación sistemática contra ningún grupo ni se usa la violencia para hacer valer la voluntad del gobierno. En Alberta existe la libertad de prensa, sobre todo gracias a la estructura oligopólica de los medios que hay en todo Canadá. Empero, los rasgos generales que definen a los enclaves autoritarios se observan en la provincia de forma regular, al punto de que un autor describe esa situación como un «monopolio político» (Neitsch, 2011). Además de ello, otros elementos y prácticas políticas consolidan el autoritarismo de Alberta; discutirlos contribuiría a una más amplia comprensión comparativa del fenómeno del autoritarismo dentro de una federación.

Primero, veamos qué rasgos propios de los enclaves autoritarios son los que se observan en Alberta:

- 1. La sobrerrepresentación de los distritos electorales rurales.** Esta circunstancia está presente en Alberta, combinada con un firme control por parte del gobierno en turno sobre dichas zonas. En agosto de 2011, el Partido Progresista Conservador controlaba 67 de un total de 83 distritos provinciales. Las 16 zonas restantes, gobernadas por la oposición, se localizaban en áreas urbanas (las ciudades de Calgary, Edmonton y Lethbridge), excepto dos de ellas... donde políticos que antes se asumían como conservadores renunciaron a su partido para unirse al recién creado *Wildrose Alliance Party* después de haber sido electos.

La situación cambió ligeramente en las elecciones de abril de 2012. Ahora los Conservadores ocupan un total de 61 asientos legislativos, los Liberales 5 y los Neodemócratas (izquierda parlamentaria) 4. Los 17 escaños restantes los ocupa *Wildrose*, partido que a lo largo de la campaña electoral se especuló desplazaría a los Conservadores, siguiendo el patrón de alternancia radical de partidos descrito anteriormente. *Wildrose* logró desplazar a los Conservadores en una docena de distritos rurales, pero aún hoy a la abrumadora mayoría de éstos los controla la dinastía conservadora, y forman la base de su predominio en la asamblea legislativa.

2. **El gobierno ejerce control sobre los distritos electorales rurales, aprovechando su dependencia de los recursos y servicios gubernamentales;** tales como los seguros agrícolas (en caso de desastres que pudieran poner en riesgo dicha producción) y el mercadeo de los productos del campo. Los servicios gubernamentales en las áreas rurales de Alberta se administran a través de mecanismos clientelares, supeditando el acceso a dichos servicios a la lealtad al partido en el gobierno. A cambio de los beneficios suministrados por el gobierno, los lugareños apoyan incondicionalmente al gobierno en el poder, ya sea con votos, legitimidad, ausencia de crítica o una combinación de lo anterior. Los partidos de oposición no tienen la capacidad de ofrecer incentivos similares, por lo que resulta racional, desde la perspectiva de los productores agrícolas, apoyar siempre al gobierno en turno. Los grupos de la sociedad civil en los distritos electorales rurales de Alberta se rehúsan a hablar en contra del gobierno por temor a sufrir represalias.
3. **La organización autónoma de la sociedad rural ha sido neutralizada.** Mediante la legislación, sistemáticamente se reduce el margen de intervención de dichas organizaciones en favor de los productores agrícolas. De forma deliberada, el gobierno conservador sabotó los esfuerzos de organizaciones independientes de la sociedad civil —en particular, los de la organización *Unifarm*— y de la oposición política por medios directos e indirectos, a fin de monopolizar la acción política en los distritos electorales rurales (Neitsch, 2011: 14-18).
4. **Los sucesivos partidos hegemónicos en Alberta han reorganizado las instituciones provinciales de tal forma que sirvan a su propósito de mantener su predominio político.** Los distritos electorales rurales, como mencioné, se benefician de la desproporción estructural en la representatividad. Las políticas municipales dependen de las reglas establecidas por los partidos hegemónicos de las provincias, en gran medida debido a la dependencia, favorecida por la Constitución de Canadá, de los municipios con respecto del gobierno provincial. Basándose en sus consistentes mayorías en la legislatura, un prerequisite para integrar los gobiernos según el sistema parlamentario de Canadá, el ejecutivo de la provincia se ha arrogado prerrogativas y poderes que constriñen la po-

sibilidad de la oposición de ejercer cualquier influencia significativa en las decisiones del ejecutivo. Así, vemos cómo se confirma en Alberta la existencia del «partido de Estado» como en otros típicos enclaves autoritarios.

5. **En Alberta prevalece un sistema de partido hegemónico.** Dado que la provincia forma parte de una federación democrática, el partido hegemónico debe jugar según las apariencias de la gobernanza democrática y llevar a cabo elecciones de forma regular. Sin embargo, dichas elecciones se realizan en un campo de juego que presenta irregularidades, fuertemente inclinado a favor del partido en el poder, lo que se observa en el clientelismo, la desproporción en las legislaturas y la sobrerrepresentación de los distritos electorales rurales. Los Conservadores construyeron un sistema electoral cuyo diseño obra en su favor, lo que sitúa a dicho sistema entre los peores del mundo en términos de la desproporción de los distritos en la representación electoral y por otros sesgos que afectan la competencia. Como consecuencia, el partido hegemónico gana de manera reiterada las elecciones, adquiriendo así las herramientas que consolidan la maquinaria que lo mantiene en ese lugar.

Durante las elecciones provinciales celebradas el 3 de marzo de 2008, sólo 41 por ciento de las 2.252.104 personas con derecho a voto emitió su sufragio, un récord bajo para la provincia (CBC, 2008). Sólo 501.063 ciudadanos votaron efectivamente por los conservadores, cifra que apenas representa un 22 por ciento del total de los votantes. Con todo, el partido conservador, hegemónico, pudo retener 72 de los 83 escaños. En las elecciones del 23 de abril de 2012, la situación apenas mejoró desde el punto de vista de la calidad de la competencia democrática: 57% de participación electoral, con 44% de los votos emitidos para los Conservadores. Esto significa que apenas 25% de los votantes potenciales eligió al nuevo gobierno, quien sin embargo controla 70% de los escaños de la legislatura provincial (61 de 87) (Elections Alberta, 2011). Esta combinación de sesgo electoral y baja afluencia de electores favorece claramente al partido hegemónico.

6. Pese a su crónica subrepresentación en el nivel federal, **Alberta es importante para el equilibrio de poderes de Canadá** y la estabilidad regional. Esta situación existe especialmente desde 2006, cuando el Partido Conservador de Canadá pudo integrar un gobierno —aun cuando fuera de minoría hasta 2011— apoyado en el sólido voto de las provincias del Oeste, Alberta entre ellas. Esta provincia representa un firme suministro de votantes conservadores y miembros del parlamento electos, con lo que reafirma su protección de la intrusión federal o de la crítica externa.
7. Al paso del tiempo, **Alberta se ha convertido en participante cada vez más efectivo en la arena federal.** Si en el pasado su presencia fue so-

bre todo de carácter defensivo, protegiéndose de la intrusión federal, en los últimos 25 años esta provincia se ha vuelto una participante prominente y activa, que busca aumentar la influencia de la región en la política federal. Un parteaguas en este proceso de desarrollo fue la creación del Partido de la Reforma (*Reform Party*) en 1987, un opositor de carácter federal cuyos bastiones son las provincias occidentales de Canadá y su baluarte, Alberta. Con el estimulante lema de «*The West wants in*», es decir, «El Oeste quiere entrar», el Partido de la Reforma fue capaz de capitalizar políticamente la mencionada *Western alienation*, es decir, la sensación de marginación de las decisiones que toma Ottawa que prevalece en las provincias del Oeste. Luego de cambiar su nombre al de Alianza Canadiense (*Canadian Alliance*) en 2000, el partido gradualmente fue ganando impulso electoral. En 2003, en un intento de unificar el voto conservador, se alió con un Partido Progresista Conservador en problemas a nivel federal, creando así el actual Partido Conservador de Canadá (*Conservative Party of Canada*). La apuesta fue exitosa y la derecha unificada fue capaz de integrar un gobierno de minoría en 2006, que se convirtió en uno de mayoría en las elecciones de mayo de 2011. Un indicador de la influencia de Alberta en el proceso es que el distrito parlamentario del actual primer ministro de Canadá, Stephen Harper, es Calgary Southwest, en Alberta; además de que de los 28 escaños parlamentarios federales que le corresponden a Alberta todos, excepto uno, son ocupados por Conservadores.

La fuerte presencia de los miembros del parlamento (los MP en la jerga local) de Alberta en el *caucus* conservador ha dotado a la provincia de una renovada voz en Ottawa. En otras palabras, el Oeste **entró**, como pedía el lema mencionado líneas antes. No puede afirmarse que sea Alberta quien ya defina la agenda federal, más bien puede decirse que, hasta cierto punto, el gobierno federal ha dado por sentada su influencia en esa provincia y hasta ha descuidado los distritos electorales «seguros» del Oeste al momento de distribuir los recursos gubernamentales. Sin embargo, este nuevo predominio federal del conservadurismo ha sido una buena noticia para el enclave autoritario protegido por el gobierno provincial. Aun cuando no existe un vínculo formal u organizacional entre el Partido Conservador federal y su contraparte de Alberta, la afinidad ideológica entre estos dos partidos incrementa el respeto que Alberta puede infundir hacia su propia forma de gobernar. En este sentido, el federalismo es clave. Alberta es ahora una de las provincias que más firmemente, y con la frente alta, rechaza la intrusión federal en sus asuntos internos; protegiendo así el enclave autoritario.

Más allá de las características típicas de los enclaves autoritarios, el caso de Alberta resulta interesante para fines comparativos, pues muestra que algunos factores que facilitan el autoritarismo pueden no ser esenciales para la supervivencia de todos los enclaves, mientras que hay otras circunstancias que los

favorecen. En otras palabras, estudiar el caso de Alberta nos permite agregar nuevos elementos a la lista de factores que hacen posibles la aparición y persistencia de los enclaves autoritarios, entre los que podemos identificar:

- a) Una considerable reserva de recursos naturales, que vuelve a la provincia no sólo económicamente autónoma, sino también importante para la economía canadiense en su conjunto y para la viabilidad de los programas federales de redistribución (como la transferencia de recursos de las provincias más ricas hacia las más pobres). Por tanto, Alberta muestra que una provincia puede mantener como enclave autoritario no sólo cuando resulta políticamente importante para el gobierno federal, sino también cuando es **económicamente** relevante. Alberta tiene un peso económico fundamental para Ottawa, por ello las élites autoritarias locales tienen manos libres siempre y cuando continúen aportando buenas ganancias económicas. Esta importancia aumentó en los últimos años, cuando el conflicto en el Medio Oriente hizo más incierto y costoso el acceso a los hidrocarburos y a partir de la fuerte recesión de octubre de 2008, que vino acompañada de un alza significativa en los precios del petróleo. La afortunada situación de Alberta confirma que los enclaves autoritarios no sólo pueden surgir y sobrevivir en sitios aislados de un país, al margen del desarrollo general, sino también en áreas que gozan de riqueza y privilegios. Alberta muestra que los enclaves autoritarios se benefician del individualismo y la autosuficiencia que trae consigo la prosperidad, una especie de síndrome de «comodidad e indiferencia», que propicia que el promedio de los electores albertanos desafíe las preferencias políticas y los valores democráticos del resto de Canadá. Más aun, la prosperidad refuerza la tendencia a reducir la participación de los votantes en las urnas, que en Alberta se sitúa por debajo del promedio canadiense.
- b) El gobierno de Alberta adoptó una política centralista que durante mucho tiempo excluyó la participación de los productores independientes de granos de la formulación de las políticas de comercialización de los productos agrícolas. En cambio, el Partido Conservador provincial sistemáticamente favoreció a la generación de energía y a la crianza de ganado por encima de otras actividades económicas en el campo. La regulación provincial en la producción de petróleo sistemáticamente violó los derechos de uso de suelo, es decir, los derechos económicos de los productores agrícolas (Neitsch, 2011: 161-162). Al gobierno provincial le interesa, sobre todo, atender a la industria petrolera, poniendo a su disposición generosas exenciones fiscales y políticas sobre las regalías. El resultado es que los impuestos y regalías pagados por las compañías petroleras privadas que operan en Alberta se ubican entre los más bajos del mundo. Además de ello, el gobierno de la provincia lleva a cabo intensas

campañas para defender el desempeño ambiental de dichas compañías, hoy objeto de duras críticas por su contribución al calentamiento global (Greenpeace, 2011). Los críticos afirman que la mejor agencia de relaciones públicas con que cuenta la industria petrolera en Alberta es el propio gobierno provincial. Es más, dicho gobierno aplica laxas regulaciones para proteger el ambiente de los efectos de la producción de petróleo.

- c) Entre el electorado de Alberta priva una cultura política pueblerina, resultado de un histórico sentimiento de frustración respecto del gobierno federal (la mencionada *Western alienation*). Ese sentimiento puede ser explotado e incluso exacerbado por los líderes autoritarios de la provincia para asegurar su apoyo continuo en las urnas.

4. CONCLUSIONES: MÁS ALLÁ DE LA TRADICIONAL DIVISIÓN ENTRE DEMOCRACIA Y AUTORITARISMO

La provincia canadiense de Alberta es un caso interesante para la política comparada por varias razones. Primera, este estudio de caso muestra cómo el federalismo puede convertirse en un mecanismo institucional que, entre otros elementos, puede ser manipulado para favorecer desviaciones autoritarias respecto de la norma democrática. En segundo lugar, confirma que es posible detectar violaciones de los principios democráticos incluso en países que quieren dar lecciones al resto del mundo sobre cómo mantener ejemplares estándares democráticos. Más aun, confirma que los estudios sobre democracia y autoritarismo deben ser verdaderamente comparativos si es que pretenden incrementar su alcance explicativo, es decir, tienen que recurrir a los estudios políticos comparados generados ya sea para explicar la realidad política tanto del Norte Global como del Sur Global.

Sobre todo, el caso de Alberta revela que la línea que divide la democracia del autoritarismo no está tan claramente trazada como la ciencia política tradicional pretende hacernos creer, y que el federalismo contribuye a hacerla aun más borrosa.

REFERENCIAS CITADAS

- CALHOUN, J.C., «On the relation which the states and general government bear to each other (the Fort Hill address)», en KARMIS, D. y NORMAN, W., *Theories of federalism: a reader*, Palgrave Macmillan, Houndsmills, 2005, pp. 135-145.
- LA CASA BLANCA, «Obama Administration Announces Comprehensive Strategy fo Energy Secutiry», en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/obama-administration-announces-comprehensive-strategy-energy-security>.
- CBC, «Low voter turnout in Alberta election being questioned», en CBC, 2008. <http://www.cbc.ca/news/canada/edmonton/story/2008/03/05/edm-turnout.html>.

- Elections Alberta (2011), «April 23, 2012 Election Results» en <http://results.elections.ab.ca/wtResultsPGE.htm>
- GIBSON, E., «Boundary control. Subnational authoritarianism in democratic countries», en *World Politics* n.º 58 (1) octubre de 2005, pp. 101-132.
- GREENPEACE, «Stop the tar sand to curb Canada's growing greenhouse gas emissions», en <http://www.greenpeace.org/canada/en/campaigns/tarsands/>
- LAMPHIER, G., «Oilsands enter spotlight as U.S. searches for secure energy», en *Edmonton Journal*, 11 de septiembre de 2011.
- MICKEY, R.W., «The beginning of the end for authoritarian rule in America [sic.]: Smith v Allwright and the abolition of the white primary in the Deep South, 1944-1948», en *Studies in American political development*, n.º 22, otoño de 2008, pp. 143-182.
- NEITSCH, A.T., «Political monopoly: a study of the Progressive Conservative Association in rural Alberta 1971-1996», disertación en la Escuela de Estudios Políticos, Universidad de Ottawa, 2011.
- RODDEN, J., «Political geography and electoral rules: why single-member districts are bad for the left», exposición en la Universidad de Alberta, Departamento de Economía, 14 de marzo de 2007, p. 34.
- ROKKAN, S., *Citizens, elections, parties. Approaches to the comparative study of the processes of development*, Davis McKay, Nueva York, 1970.
- SARTORY, G., *Parties and party systems, vol. 1: a framework for analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 1976.
- SNYDER, R., «After the state withdraws: neoliberalism and subnational authoritarian regimes in Mexico», en CORNELIUS, W.A. *et al.* (eds), *Subnational politics and democratization in Mexico*, UCSD-Center for US-Mexico Studies, la Jolla, 1999, pp. 295-341.

Los desafíos del principio federativo en el siglo XXI

Xavier Díez de Urdanivia
Facultad de Jurisprudencia.
Universidad Autónoma de Coahuila

SUMARIO: Introducción. 1. La globalidad como contexto socio-político. 2. El «estado de naturaleza» en el nivel global. 3. Los principios básicos del sistema federal y su función integradora. 4. La viabilidad de una federación global de naciones. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

La técnica federativa ha sido empleada desde la antigüedad clásica para resolver problemas de integración de comunidades jurídica y políticamente diversas y autónomas que, enfrentando la necesidad de unirse para acometer con visos de éxito problemas comunes, se resisten a perder la identidad propia. Así sucedió cuando las familias se reunieron para formar fratrías y curias y más adelante tribus, gentes y demos, en la antigüedad clásica.

En la era contemporánea, el paradigma de integración federal ha sido el que los Estados Unidos de América adoptaron cuando las trece colonias originales de la Gran Bretaña en América se independizaron de la metrópoli, pero a poco que se profundice en ese fenómeno, será posible descubrir principios que sin duda prometen eficacia en ámbitos supraestatales, como ha ocurrido, por ejemplo, en el caso de la Unión Europea.

En los albores del siglo XXI, que se caracteriza por la expansión global de los sistemas social, político, económico y cultural, la resistencia de los estados para integrarse en entidades que sean capaces de acometer los problemas comunes es muy intensa. Sin embargo, la necesidad subsiste y sostengo que la aplicación de la técnica federativa, hecha abstracción de sus principios básicos y contemplándola con una nueva perspectiva, es una herramienta capaz de resolver factiblemente los complejos problemas de integración que el mundo de nuestros días plantea, sin que ello implique anular a los grupos nacionales que subsisten o emergen en el seno del fenómeno de la mundialización.

1. LA GLOBALIDAD COMO CONTEXTO SOCIO-POLÍTICO

La llamada *globalización* es, en realidad, una verdadera transformación de la sociedad mundial. Se trata del nacimiento de una nueva cultura, de un nuevo modo generalizado de interactuar, de percibir los problemas como comunidad mundial, de reaccionar frente a ellos. Se trata, en suma, de una nueva conciencia de pertenencia a una sociedad que ha trascendido todos los límites geográficos preexistentes.

En ese contexto, hay suficientes indicios para acreditar que existe, con perfiles propios, un verdadero *sistema político global*, configurado al margen de la tradicional conformación geopolítica del mundo, y en el que un ingrediente nuevo es el desplazamiento de la capacidad de transferencia axiológica, desde el estado, hacia nuevos centros de poder globales perfectamente configurados.

Para fundar esa aseveración creo necesario puntualizar, como lo hace David Easton, que la vida política es un sistema de conducta que, si bien se puede distinguir de su ambiente, también está abierto a influencias procedentes de él, por lo que las variaciones producidas en los procesos y estructuras internos de un sistema político, pueden ser interpretados por los miembros del sistema como esfuerzos alternativos constructivos o positivos para regular o enfrentar las tensiones, no importa si ellas proceden de fuentes internas o de ambientales, además de que un sistema político es capaz de subsistir ante una tensión en función de la información y demás influencias que retroalimentan a los actores de aquél y a quienes en él toman las decisiones (Easton, D., 1996).

En ese nivel global, se produce una primera tensión directa entre la noción tradicional de *soberanía* y los nuevos centros de poder global, que trascienden, con mucho, la capacidad de los estados para enfrentar sus cometidos habituales.

En la concepción contemporánea, la soberanía está indisolublemente vinculada a un sistema delimitado geográficamente —el territorio estatal— con una base social y axiológica que da sustento al orden jurídico que le es a ese particular sistema, lo que le proporciona un inexcusable timbre democrático.

Por esa razón, la soberanía queda indefectiblemente constreñida al territorio en que se asienta el estado que se reputa, por sí y en sí mismo, soberano, que es al mismo tiempo, en principio, el ámbito espacial de validez de su orden jurídico.

Ese poder, además, se justifica en última instancia si, y sólo si, alcanza un grado razonable de efectividad en su función de garantizar el interés general, entendido, sintéticamente, como la factibilidad de coexistencia armónica de las libertades y derechos fundamentales de los seres humanos.

En cambio, hacia el exterior, esa función implica velar por los intereses de la comunidad integrada en el propio estado, y también, a tal fin, requiere de la

conjugación de perspectivas y plataformas entre los diversos estados, para mejor lograr el fin inherente a la responsabilidad interior de cada uno.

En términos generales, este paradigma ha generado consenso, siendo hegemónico durante los pasados tres siglos y medio, en que la base de la diferenciación sistémica jurídica y sociopolítica se basaba en la división territorial tradicional de los estados. Sin embargo, dadas las circunstancias del nuevo mundo, parece imposible de mantener.

La nueva dinámica determina que todo flujo social, al contrario de lo que había acontecido, tienda vigorosamente a superar toda barrera de contención tan restringida, rebasando toda posibilidad de control por parte de los estados, aun cuando se asocien para intentarlo porque, en efecto, la comunidad internacional ha sido construida por los estados en el ejercicio de su soberanía y está profundamente afectada por las crisis de sus poderes intrínsecos (inherentes).

2. EL «ESTADO DE NATURALEZA» EN EL NIVEL GLOBAL

Como sucedía hipotéticamente en el estado de naturaleza, el sistema social global es, hoy por hoy, tierra de nadie, en donde rige la Ley del más fuerte. De hecho, la ausencia de un sistema legal global idóneo ha tenido como resultado un llamativo dominio del mercado en todo el mundo, cubriendo prácticamente toda la actividad humana en el espectro mundial. El espacio del lugar político, representado hasta ahora por la soberanía estatal ha sido ocupado por el mercado, que gradualmente ha impuesto los estándares de su propia lógica, distorsionando el concepto correcto de libertad basado en el legitimación que necesita ser limitado para poder establecer un sistema equilibrado que requiere límites recíprocos en la libertad de comercio, que requiere la ley justa, algo de lo que adolece el sistema social.

Tras la Segunda Guerra Mundial, pero más claramente desde el fin de la Guerra Fría —uno de los más contundentes efectos de la globalización sociopolítica— se da un fenómeno singular: la emergencia de fuerzas «centrífugas» basadas en ancestrales identidades nacionales, que han propiciado la fragmentación de antiguos Estados, al tiempo que también concurren fuerzas «centrípetas» que producen movimientos de integración —que no de fusión— como el que ha producido y mantiene la Unión Europea.

Esa es una circunstancia que muy bien percibe Neil S. MacCormick cuando alude a la diversidad nacional tan lacerantemente patente en la antigua Yugoslavia, pero también en otros Estados europeos como España, Bélgica y el propio Reino Unido, donde coexisten, dentro de un mismo estado, naciones diversas, cuyas identidades naturalmente afloran y pugnan por ejercer esa autodeterminación a que tal autor hace mención y que en el fondo no es otra cosa que aquello que llamamos «soberanía». Podrían agregarse a la lista muchos otros estados que, en toda latitud, comparten esa misma característica:

el Canadá en América, la India, China y Pakistán en Asia y algunos más de África y Oceanía (MacCormick, 2001).

Dice bien cuando afirma que «el fin del Estado soberano crea una oportunidad para el replanteamiento de los problemas acerca de la identidad nacional», pues es cierto, como sostiene, que «la nación como comunidad cultural, o lingüística, o histórica, o aun étnica, no es coextensa del (antiguo) Estado soberano, el tradicional “Estado nación” [...] La supresión de las individualidades nacionales es errónea en sí misma y casi inevitablemente es causa de amargura y contienda» (MacCormick, 2001).

Concomitantemente, si la idea de un orden jurídico es aceptable, «entonces él es susceptible de generalizarse y extenderse a lo que algunas veces es llamado el nivel “regional” dentro de Europa, a pesar de que mucha gente de esas así llamadas regiones encuentra importante caracterizar a su propia región, y a otras, como “naciones”... La mejor democracia —y la mejor interpretación de soberanía popular— es una que insista en niveles de democracia apropiada a los niveles de toma de decisiones» (MacCormick, 2001)

Opina —y yo con él— que la defunción de la soberanía, en su sentido clásico, verdaderamente abre oportunidades para la subsidiariedad y la democracia, a las que considera principios complementarios y esencialmente inseparables, lo que le parece que sugiere una hostilidad radical a cualquier forma de democracia monolítica.

Lo que MacCormick denomina pluralidad jurídica y yo denominaría sistema jurídico complejamente diverso (que es una causa toral del tránsito hacia la post-soberanía, según él la llama), no entraña la desaparición de los poderes antiguamente asignados a los estados soberanos. Ellos no han desaparecido, pero ocurre que ya no son ejercitables por una estructura singular y con fundamento en un solo marco jurídico; todavía existen, pero han sido parcelados o diluidos en una nueva forma de titularidad y ejercicio.

En esas condiciones, es válido preguntarse dónde está la mejor ubicación de un poder determinado, en vista del interés general, y qué tanto deben ser hechas las cosas localmente, sobre la base del conocimiento local y la forma local de entendimiento de las circunstancias.

En ese orden de ideas viene a cuento el criterio sustentado por la Corte Constitucional de Alemania, respecto a la democracia, que a su juicio *requiere* —como la nación, apunto— *un sentido compartido de pertenencia a una entidad expresada a través de cosas comunes tales como una prensa y otros medios, partidos y debate políticos*, que no existen en estricto sentido en la dimensión propiamente europea (y menos aun en el nivel global).

La tesis enunciada por MacCormick da pie, a mi juicio, para adelantar la necesidad de pensar las instituciones democráticas de la globalidad como estructuras configuradas a partir de niveles de agregación sistémica y no ya como categorías absolutas inscritas en concepciones teóricas en franca crisis.

El estado, en esas condiciones, lejos de estar, como fenómeno histórico, en sus últimos estertores, está llamado a ocupar un papel distinto, pero siempre

relevante, en el nuevo orden mundial, pero requiere para ello de un nuevo esquema de integración sistémica que permita una ordenación que no sea regresiva, sino que, al contrario, impulse una evolución ordenada y jurídicamente estructurada del sistema global.

3. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL SISTEMA FEDERAL Y SU FUNCIÓN INTEGRADORA

El que llamo *sistema federal* es, como ya se ha adelantado, una técnica nacida de la práctica que, desde la antigüedad clásica, surgió de la necesidad de resolver problemas de *integración política* y de estructurar *jurídicamente* las soluciones encontradas, misma que fue depurada, sistematizada y modernizada al integrarse las trece colonias norteamericanas de la Gran Bretaña y que todavía hoy, si nos atenemos a lo que está ocurriendo en la Unión Europea, tiende a evolucionar, pero siempre conservando la misma esencia integradora como función.

No es su origen un problema *administrativo* que tenga que ver con el tema de cómo distribuir mejor ciertas y determinadas atribuciones en casos concretos; es un método derivado de la necesidad de *constituir* una entidad compleja, una de cuyas consecuencias es distribuir las potestades derivadas de la soberanía, lo que es ineludible, pero que no es su *ratio* profunda y esencial, como a veces se pretende porque se pierde de vista lo sustancial.

En este punto conviene traer a colación la visión dinámica que Karl Friedrich aportó al estudio de los sistemas federales, en el sentido de que conlleven una tensión permanente, desde su nacimiento y durante toda su existencia, entre dos fuerzas: una que tiende a concentrar el poder —y que por lo tanto llama *centrípeta*— y otra que tiende a desconcentrarlo —y que por lo tanto llama *centrífuga*— manteniéndolo o devolviéndolo a los estados federados, según referencia de Antonio La Pégola (La Pégola, 1994).

En los Estados Unidos, la preexistencia de trece colonias que se movieron hacia la unificación porque así lo requerían las circunstancias y su conveniencia, la fuerza predominante fue la centrípeta, mientras que en Canadá, donde una sola colonia, unitariamente compuesta se «desintegró» para recomponerse, la prevaleciente fue la centrífuga. Esta particularidad en los orígenes será determinante del esquema de distribución competencial, como se verá más adelante.

De cualquier manera, del nacimiento de los Estados Unidos de América surgió el paradigma contemporáneo del sistema federal, resultante de la aplicación de una técnica federativa cuyos principios básicos pueden resumirse en los siguientes enunciados:

- a) El de la supremacía de la constitución general (indebidamente llamado, de manera generalizada a partir de una concepción de la Corte Suprema estadounidense como *supremacía nacional*).

- b) El de la distribución de atribuciones a partir del principio de *facultades expresas y residuales*, que significa que el gobierno de la unión sólo contará con los poderes o facultades que expresamente le hayan conferido los estados federados en la Constitución, en tanto que todos aquellos no mencionados son reservados para sí por cada uno de los propios estados otorgantes, cuando el movimiento es de la «periferia» al «centro» (como en los Estados Unidos) o viceversa cuando el movimiento es el inverso (como en Canadá).
- c) El de *reciprocidad*, que se desdobra en dos: el esquema denominado «entera fe y crédito», por el cual los actos oficiales de cada estado gozan de validez en los otros y ante la unión, y el que se puede llamar «igualdad de derechos» (*privileges and immunities*, en la doctrina de origen) por el cual los ciudadanos de cada estado tienen en los demás garantizados todos los derechos y privilegios que en el suyo corresponden a los naturales de él.

Es de todo punto imprescindible insistir en que el modelo federal da lugar a tres órdenes jurídicos distintos: el de los estados preexistentes (su régimen interior), el correspondiente al nuevo orden de gobierno creado para atender los asuntos comunes (el ámbito encomendado al gobierno de la Unión, comúnmente denominado *federal*) y el que con propiedad debe llamarse general, previsto en el nuevo orden constitucional, que se abarca a sí mismo y a los otros dos.

He creído pertinente, porque la idea de identificar al federalismo con una suerte de descentralización se presenta muy generalizadamente, dedicar unas líneas a establecer la distinción entre ambas figuras, a partir del rejuego de fuerzas centrípetas y las centrífugas presentes, de manera permanente, en toda federación.

En virtud de ellas, la tendencia concentradora de poder encontrará resistencia en las entidades federadas y toda pretensión de incremento en las potestades por parte de éstas, encontrará resistencia desde el gobierno de la unión, lo que quiere decir que siempre existirá una tensión «competitiva», en cuyo equilibrio estará la clave de mantener con vida, virtuosamente, el sistema.

Las circunstancias específicas de tiempo y lugar son vitales para definir la orientación de esa dinámica, pero lo más común es que la acumulación de poder tienda a concentrarse en los gobiernos federales, con el consecuente detrimento de las capacidades soberanas de las entidades federadas, propiciando hegemonías muy intensas.

Cuando eso ocurre, conviene distender la energía que produce el exceso de fuerza centrípeta, y entonces se habrá de iniciar un movimiento *desconcentrador* —o de *devolución*, como ya algunos le llaman— que pudiera sugerir la idea de una *descentralización*, lo que no autoriza, sin embargo, a identificar la técnica federativa con una simple forma de descentralización.

Puede ser, también, que se confunda el movimiento centrífugo de origen —como el canadiense— con una medida descentralizadora, y hasta puede ser

que la técnica federativa sea empleada como instrumento político de dominación —como ocurría en ocasiones entre las conquistas romanas— o que se emplee con fines administrativos en el plano llamado internacional —como ocurrió con algunas islas de las Antillas— pero eso no desvirtúa la diferencia esencial entre ambas figuras.

La técnica federativa es un concepto de naturaleza eminentemente jurídica, de rango necesariamente constitucional; la descentralización es, en cambio, una técnica administrativa que se traduce habitualmente en procesos, que deben estar legalmente sustentados, para permitir a los órganos centrales transferir funciones concretas a órganos y organismos específicamente dotados de capacidad jurídica para actuar con relativa autonomía en ámbitos delimitados funcional o territorialmente, con o sin dotación jurídica de personalidad, en cuyo caso podrán conocerse como «descentralizados» propiamente dichos, o «desconcentrados», respectivamente.

La descentralización presupone ciertamente que las funciones que se transfieren son del órgano central, quien está además facultado para efectuar la transferencia, pero que no cede su responsabilidad original respecto de las atribuciones transferidas.

Puede darse, sin duda, una aparente relación dialéctica entre descentralización y federalismo cuando en la génesis de este último ocurre, como en el caso de Canadá, la disgregación de un estado centralista unitario. No obstante hay que tener en cuenta, de todos modos, que no es el gobierno central quien crea al federal, sino que es un Poder Constituyente quien, suprimiendo el anterior estado unitario, crea uno nuevo con ese carácter.

Ni siquiera coincide el federalismo, en rigor, con una auténtica descentralización política, porque ésta también puede darse en estados centrales, como ocurre en esa forma organizativa denominada *estado regional*, a la manera en que se presenta, por ejemplo, en Italia, porque aún así, hay diferencias torales que no pueden pasarse por alto pues, en efecto, mientras que en el federalismo el ejercicio de potestades propias de la soberanía se distribuye entre ámbitos complementarios pero exclusivos —cada uno observando a su vez la tradicional división tripartita de Montesquieu— en el caso de la mera descentralización se conserva concentrada en un solo centro legislativo y decisorio, que internamente está organizado celularmente en torno a una sola configuración potestativa.

Es frecuente, no obstante, la confusión entre ambas nociones, frecuentemente alentada por intereses creados, a pesar de que existen, como se ha demostrado, diferencias esenciales entre ellas.

4. LA VIABILIDAD DE UNA FEDERACIÓN GLOBAL DE NACIONES

En el siglo XVIII, Kant escribió su ensayo *La paz perpetua*, en el que aventura una idea interesante: la paz sólo podrá lograrse, sólida y perdurablemente, cuando las naciones —no los estados— consigan integrarse mundialmente en

una federación —no fusionarse en un tan inalcanzable como indeseable estado mundial (Kant, 1972).

En la misma línea de pensamiento, Habermas dice que «los estados nación deberían sentirse ligados, mediante un proceso de cooperación políticamente perceptible en el ámbito nacional, a una comunidad de Estados comprometida en términos cosmopolitas» (La Constelación Posnacional, 2000), con lo que, a mi juicio, expresa con nitidez la esencia misma del principio federativo.

Daniel Elazar, por su parte y con la visión lúcida que le es característica, afirma que uno de los más promisorios vehículos para ordenar armónicamente el pensamiento de los pueblos, sus culturas e instituciones la *idea federal* (Elazar, 1994).

Se antoja ese método, además, como el adecuado para resolver el problema de la anomia característica de la globalidad, porque el vacío normativo de tal nivel no podría ser satisfecho con una construcción vertical de voluntades, puesto que no hay un centro único que sea capaz de hacerlo con legitimidad y efectividad, sino que será necesario construir un sistema policéntrico y equilibradamente organizado.

Como la técnica federativa es un método flexible y dinámico de articulación, basado en la idea de una cooperación pactada que tiene el objetivo primario de establecer los mecanismos para el mejor funcionamiento de sistemas sociopolíticos complejos, proveyendo el marco común en el que diferentes entidades autónomas se unen en un sistema mayor para asegurar fines comunes, es una técnica apta para acometer el problema de estructuración global, según me parece.

La sociedad podría así ser estructurada por un orden *heterárquico* y *acéntrico*, en la medida en que se logre un policentrismo que sea suficiente y baste para incorporar orgánicamente a todos los mecanismos de formación de una voluntad política congruente y legítima.

Para la distribución de competencias y funciones propias de cada ámbito podría instrumentarse bajo un régimen de facultades expresas y residuales, tal como ocurre en las entidades federadas históricas.

Para la edificación del soporte estructural que demanda la nueva realidad política del mundo, tampoco pueden dejarse de lado los contenidos dogmáticos —se diría, en términos constitucionales clásicos— del nuevo orden; ellos tendrían que basarse en una definición generalmente aceptable de derechos fundamentales, cuyo núcleo central tendría que ser un conjunto de los valores universales basados en la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad.

Como una de las características de la globalidad consiste en que, perdida la férrea férula del estado, muchas viejas naciones han resurgido y algunas nuevas están en formación, no es desestimable la idea de que, constituidas desde antes en estado o en proceso de su formación, sean las naciones —comunidades unidas por vínculos históricos, pero sobre todo por vocación de compartir un futuro propio— las verdaderos protagonistas de ese mundo que aspira a la legitimidad y a un orden fincado en ella.

La aplicación del principio federativo a la situación mundial no haría otra cosa, entonces, que diferenciar externamente a esos sistemas nacionales, e internamente al sistema global, proveyendo los mecanismos necesarios para agilizar los flujos comunicativos —incluidos los políticos y los jurídicos— en una estructura flexible pero consistente y susceptible de evolucionar a buen ritmo.

Siempre se requerirá de una muy efectiva participación de la sociedad civil y del establecimiento de los necesarios mecanismos jurídicos preventivos y remediales que se requieran, y esa participación de la sociedad civil deberá contribuir activamente a la construcción de la voluntad colectiva, lo que requerirá, como es natural, de cauces idóneos.

Los planteamientos de Kant, visionarios sin duda, cobran vigor de actualidad en este tiempo de conflicto y vacío. No le es ajena, en primer lugar, la inconveniencia de un gobierno mundial. En cambio, consideró necesario un derecho de gentes basado en una *federación de estados libres*, lo que es muy distinto, sobre todo por su énfasis en la peculiar configuración de éstos a partir de la formación del consenso a partir de genuinas entidades nacionales.

Cuando él dice que «todo Estado puede y debe afirmar su propia seguridad, requiriendo a los demás para que entren a formar con él una especie de constitución, semejante a la constitución política, que garantice el derecho de cada uno» (Kant, 1972), no está proponiendo la creación de un estado mundial, sino enunciando la necesidad de configurar un sistema que lleve a una paz basada en un orden perdurable en ese rango, lo que sólo podrá alcanzarse mediante un pacto entre los estados, varios y distintos, que lo convendrían como aquí se propone. La visionaria *foedus pacificus* de Kant no pretende siquiera socavar poder alguno de los estados, sino al contrario, mantener y asegurar la libertad de cada uno y de todos los federados, sin que esto implique sometimiento alguno de unos a otros.

Una experiencia rica en confirmaciones empíricas del ideal expuesto por Kant es sin duda la Unión Europea, que se ha convertido, cuando menos, en una confederación del siglo XXI y que bien puede ser, frente a él, paradigmática. Creo que, en el fondo, la Unión Europea no es otra cosa que una verdadera federación posmoderna, que está llamada a ser arquetípica en el mundo futuro, a pesar de los descalabros sufridos por el proceso a partir del rechazo francés al pretendido —y para mí, apresurado— empeño de consolidar los tratados en una «constitución» paneuropea, que a pesar de serlo materialmente, no necesitaba invocarse para consolidar lo andado.

Estoy convencido, en suma, de que el principio federativo, contemplado con una nueva perspectiva estructural y funcional, acredita sus méritos para articular dinámicamente los sistemas jurídico y político nacionales, entre sí y con sus ambientes globales. Por eso, a mi juicio, el viejo ideal kantiano, visto adecuadamente, tiene hoy quizás más vigor que cuando fuera enunciado.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La crisis enfrentada por el estado —en la teoría y en los hechos— es en realidad una crisis sistémica cuya solución requiere del rescate de los ideales de libertad e igualdad que la razón demanda para alcanzar esa paz perpetua que Kant propugnara, no sólo como ausencia de guerra, sino como integración constructiva y fecunda de las naciones del mundo para poder reducir la complejidad social de manera legítima, sin menoscabo —por tanto— de la dignidad humana.

SEGUNDA: La técnica jurídica que en las circunstancias se antoja más apta para conseguir esa integración descansa en el principio federativo, que ya ha demostrado eficacia para la solución de cuestiones que plantearon en su momento problemas de integración y articulación similares a los que hoy se enfrentan, aunque en escalas diferentes.

TERCERA: No se trata, si bien se mira, de una técnica restringida a la construcción de estados a la manera tradicional; es un método apto para instaurar mecanismos dinámicos de integración política y social en general, basados en la idea de una cooperación pactada cuyo objetivo no es otro que establecer las reglas de operación en una comunidad compleja.

CUARTA: El principio federativo permite el diseño concéntrico de integración supranacional que la globalidad requiere, partiendo de los núcleos más reducidos de la organización del poder y avanzando en la agregación hasta abarcar el orden global. En ello estriba el núcleo de sus desafíos para el siglo que empieza.

QUINTA: Una composición del sistema político global basada en el principio descrito tendería a dificultar toda hegemonía basada en la concentración del poder, limitándolo de manera efectiva y proveyendo así de mejor modo al un interés general globalizado, en cuya médula campeen por sus fueros las libertades y derechos fundamentales, que la irracionalidad derivada de las estandarizaciones derivadas de la economía, las ideologías o cualquier otra fuente, tienden a anular.

BIBLIOGRAFÍA

- EASTON, D., *Esquema para el análisis político*, Amorrortu, Buenos Aires, 1996.
ELAZAR, D.J., *Federalism and the way to peace*, Queen's University, 1994.
KANT, M., *La paz perpetua*, Porrúa, México, 1972.
HABERMAS, J., *La Constelación Posnacional*, Paidós, Barcelona, 2000.
MACCORMICK, N.S., *Questioning sovereignty. Law, state and nation in the european commonwealth*, Oxford University Press, Oxfors, 2001.
PÉRGOLA, A.L., *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

El Federalismo Global: ¿una solución para la crisis económica global?

José A. Camisón Yagüe
Prof. Contratado Doctor. Área de Derecho Constitucional.
Departamento de Derecho Público.
Universidad de Extremadura

SUMARIO: 1. Introducción: Sobre la dimensión constitucional de la crisis económica global. 2. El federalismo: ¿parte del problema que puede ser parte de la solución? 3. Algunas consideraciones y conclusiones: la necesidad de un nuevo Federalismo constitucional global.

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CRISIS ECONÓMICA GLOBAL

Actualmente atravesamos un periodo de profundos cambios políticos. Tal y como todo el mundo sabe hasta en el último rincón del planeta nos encontramos en los primeros estadios de una nueva era, la «Era de la Globalización». Este momento constituye una de las mayores oportunidades que la historia nos ha ofrecido para establecer una *libertad, igualdad y fraternidad* global, aunque también nos enfrenta a desafíos sin precedentes para la coexistencia de la humanidad.¹

Sin embargo, la globalización no es solo una realidad sino que, tal y como advierte el Profesor Carlos de Cabo, la globalización se manifiesta también

¹ Punto. 1.5 de la Declaración del Milenio de Naciones Unidas, disponible en: <http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>: «We believe that the central challenge we face today is to ensure that globalization becomes a positive force for all the world's people. For while globalization offers great opportunities, at present its benefits are very unevenly shared, while its costs are unevenly distributed. We recognize that developing countries and countries with economies in transition face special difficulties in responding to this central challenge. Thus, only through broad and sustained efforts to create a shared future, based upon our common humanity in all its diversity, can globalization be made fully inclusive and equitable. These efforts must include policies and measures, at the global level, which correspond to the needs of developing countries and economies in transition and are formulated and implemented with their effective participation». SINGER, P., *One World. The ethics of globalization*, Yale University Press, Yale, 2004, pp. 196-201.

como una ideología que persigue la total emancipación del poder económico de cualquier control por parte del poder político.² Para alcanzar este objetivo el poder económico, sirviéndose de los postulados del federalismo, ha desarrollado, en el marco de la globalización, una suerte de «globalfederalismo» económico articulado sobre los fundamentos del neoliberalismo. Este «globalfederalismo neoliberal» amenaza directamente la pervivencia del Estado nación, su Constitución y su funcionamiento democrático.³ Una de las principales características del proceso de globalización al que asistimos es la progresiva erosión y desdibujamiento del Estado nación constitucional. Así, la crisis económica que padecemos, evidencia claramente que en la Era de la Globalización el Estado nación constitucional no es ya una estructura política eficiente y capaz de cumplir con sus misiones y objetivos ni tampoco de amparar a sus ciudadanos.⁴ Incluso, no resulta descabellado afirmar que ningún Estado nación constitucional es hoy en día tal, puesto que ninguno de ellos está efectivamente gobernado por su Constitución, en tanto en cuanto todos ellos se encuentran materialmente sometidos, en mayor o menor medida, a la dominación de una específica manifestación del poder económico, que no es otra que los llamados «mercados financieros». Los «mercados financieros» globales se han convertido así en el

² DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del Sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010, p. 119: «Lo real de la globalización —y aunque no se pueda reducir a ello, pero es el aspecto más decisivo y el que aquí ahora importa— en el sentido económico financiero, no es tanto la expansión del capitalismo, que siempre ha tenido en ello su expansión más profunda (que por otra parte es de “subsistencia”, pues, como es conocido, sólo puede subsistir “acumulando”, en su sentido más propio, es decir, creciendo económicamente de manera continuada) cuando el crecimiento exponencial (Sousa) de las interrelaciones transfronterizas, entre otras razones porque el poder político (estatal) lo permite y posibilita, de manera que también puede definirse la globalización como la liberación del Poder económico del Poder político, la Economía de la Política».

³ VENTER, F., *Global features of Constitutional Law*, Ed. Wolf Legal Publishers, Potchefstroom, 2010, p. 20: «From a legal, especially constitutional law point of view, globalization procedures serious challenge to conventional premises: the axiomatic notion of the nation-states as the cornerstone of the territorial sovereignty of almost 200 states of the world as it developed over centuries, is rapidly losing definition, the state’s perceived dominance as provider of the framework within law is made, administrated, adjudicated and enforced is increasingly being challenged (...)». DE VEGA GARCÍA, P., *Mundialización y Derecho constitucional: una palíngenesia de la realidad constitucional*, Ed. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 1998, p. 10: «(...) pero se trata de un Estado que sometido a presiones y embates de notable envergadura, ve por doquier disminuidos sus ámbitos de actuación y comprometidas las propias razones de su existencia» and pp. 15: «Nada tiene de particular que ante tan patéticas circunstancias, en las que el Estado se esfuma progresivamente, la sociedad civil se descompone y las ciudades ven eliminados los espacios públicos donde en nombre de la justicia pudieran formular sus reivindicaciones, surge la necesidad y se plantea el problema de cómo definir y donde situar nuevamente las viejas categorías del Estado».

⁴ PRANDINI, R., «The morphogenesis of constitutionalism», en DOBNER, P. and LOUGHLIN, M. (eds.), *The twilight of Constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 316: «We are witnessing a new beginning in the morphogenetic cycle, as we can see retrospectively that the state monopoly of the political governance is simply a relevant but historical incident of the ongoing process».

factor real de poder dominante entre todos los distintos factores de poder que coexisten en esta nueva Era de la Globalización, como los ciudadanos, los ejércitos, los Estados Nación, las religiones o los pueblos.⁵

De otra parte, también es preciso no perder de vista que el proceso de globalización ha sido impulsado y conducido, fundamentalmente, por la superpotencia estadounidense,⁶ de modo que más que a un proceso de globalización asistimos a un proceso de «estadounificación» en el mundo.⁷ Esta «estadounificación global» se realiza bajo las pautas y postulados del neoliberalismo norteamericano, y puede ser descrita como un proceso socializador del capitalismo a lo largo y ancho del globo.⁸

Este trabajo analiza, en primer lugar, como los mercados financieros globales han utilizado un «pseufederalismo» como un instrumento para incrementar y fortalecer su poder sobre la ciudadanía. En segundo lugar, se examina si el Federalismo constitucional puede ser la respuesta a los desafíos y retos que los mercados financieros globales presentan. En resumen, ¿si el federalismo ha sido parte del problema de la crisis económica global, puede ser también parte de su solución?

2. EL FEDERALISMO: ¿PARTE DEL PROBLEMA QUE PUEDE SER PARTE DE LA SOLUCIÓN?

El federalismo, en tanto que una forma de organización política del Estado,⁹ incluye entre otros postulados dos ideas fuerza principales de naturaleza constitucional. Por un lado, el federalismo se ha concebido como un método para mejorar la eficacia en el marco de los Estados nación des-

⁵ IASALLE, F., *¿Qué es una constitución?*, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1975, p. 41: «Los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son».

⁶ HUNTINGTON, S.P., «Culture, power and democracy», en PLATTER, F. and SMOLAR (eds.), *Globalization, power and democracy*, Ed. Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2000, p. 6: «At the top, of course, is the United States as the only super power with unchallenged preeminence in every domain of power: economic, military, diplomatic, ideological, technological and cultural. It is the only country with truly global interest extending to virtually every part of the World».

⁷ MONGARDINI, C., *Ripensare la democrazia. La politica in regime di massa*, Ed. Franco Angeli, Milán, 2002, p. 125: «Per sua natura la globalizzazione porta i segni delle economie e quindi delle culture più avanzate nel processo di globalizzazione. Per molti aspetti perciò, come nota Saskia Sasse, la globalizzazione diventa sinonimo di «americanizzazione». La rete globale della comunicazione dà sviluppo ad un processo per cui la cultura globale è improntata alla cultura degli Stati Uniti, la qual cosa fornisce un ottimo esempio di quella che è situazione di egemonia culturale. Anche organismi internazionali come il FMI o il WTO sono portatori di interessi e di visioni della realtà di impronta americana».

⁸ DE CABO, A. and PISSARELLO, G., *Constitucionalismo, mundialización y crisis de concepto de soberanía*, Ed. Universidad de Alicante, Alicante, 2010, p. 18.

⁹ GONZÁLEZ-ENCINAR, J.J., *El Estado Unitario-Federal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985.

centralizados a través del principio de subsidiariedad, que le sirve de fundamento y límite. Así, en principio, solo cuando un espacio inferior de la organización política del Estado no es capaz de llevar a cabo de forma satisfactoria una tarea, esta pasará a residenciarse en un espacio político superior. Por otro lado, el federalismo es una forma de organización que proporciona un mecanismo de control del poder que sirve, en el marco de una comunidad política plural, para proteger a las minorías de la tiranía de las mayorías. Así, tal y como ya teorizaron los «founding fathers» estadounidenses, el federalismo persigue garantizar la libertad de los ciudadanos.¹⁰ Sin embargo, desde mi punto de vista, estos dos caracteres estructurales de la organización federal han sido utilizados y pervertidos por el neoliberalismo económico y el capitalismo al objeto de establecer un «globalfederalismo», que ha logrado quebrar la estrecha y fructífera relación existente entre constitución y federalismo.

Tal y como todo el mundo sabe, la organización económico capitalista —ideología económica hegemónica en el mundo— necesita reproducirse *ad infinitum* para tener éxito. Siguiendo esta idea, las teorías neoliberales norteamericanas se han servido de una suerte de «federalismo económico» como instrumento para extender el capitalismo a nuevos espacios y mercados, estableciendo de esta forma progresivamente, en base al consenso de Washington, un «globalfederalismo» económico material.¹¹ Durante las últimas dos décadas hemos presenciado cómo este nuevo capitalismo ha venido configurándose y asentándose siguiendo los principios del capitalismo y de las teorías neoliberales. Así, a la luz del aparente éxito económico obtenido por la economía financiera, el Estado nación ha renunciado paulatinamente a mantener materialmente en vigor sus constituciones económicas. En otras palabras, los Estados nación, y muy especialmente aquellos de Europa que se habían configurado como estados sociales, han sacrificado sus constituciones económicas en aras del establecimiento de una constitución económica global, entendida en sentido sustancial, en función de las necesidades del neoliberalismo rampante.

¹⁰ HAMILTON, A.; MADISON, J. y JAY, J., *The Federalist*, Ed. G.P. Putnam's Sons, Nueva York, 1889, p. 325. «In a single republic, all the power surrendered by people is submitted to the administrations of a single government into distinct and separate departments. In the compound republic of America, the power surrendered by the people is first divided between two distinct governments, and then the partition allotted to each subdivided among distinct and separate departments. Hence a double security arises to rights of people. The different governments will control each other at the same time that each will be controlled by itself».

¹¹ HARMES, A., «Neoliberalism and Multilevel Governance», en *Review of International Political Economy*, vol. 13, n.º 5 (diciembre de 2006), 2006, p. 743. «The neoliberal project for multilevel governance can be theorized as a self-conscious attempt to promote a form of «disembedded federalism» where the economy always operates at least one level above that of polity in order to create an exit option (...)».

Progresivamente los estados nación han renunciado a mantener sus respectivos mercados y economías bajo el control de sus constituciones a fin de converger en un espacio mercantil global tan grande como el propio planeta. Así, sirviéndose del principio de subsidiariedad, el globalfederalismo económico se ha extendido en base a la idea de que cuanto más amplio y liberalizado fuera el mercado mejor sería su funcionamiento. De esta forma, los estados nación han trasladado su constitución económica material a un espacio político superior, el nivel global, como resultado de las necesidades del capitalismo y el neoliberalismo, sobre la hipótesis de que tal traslación constitucional constitutiva del mercado global mundial habría de arrojar mejores y más eficientes resultados. No obstante, la crisis económica global y, más concretamente, la crisis financiera que padecemos evidencian claramente lo contrario. En mi opinión, el postulado constitucional de principio de subsidiariedad ha sido seriamente pervertido por el «globalfederalismo» económico, puesto que ha sido usado de forma manifiestamente impropia. El principio de subsidiariedad, que fundamentalmente utilizado se utiliza por el Derecho constitucional como criterio para la determinación y atribución de competencias en el marco de estados descentralizados de corte federal, ha servido de coartada y justificación al «globalfederalismo» para el establecimiento de un espacio mercantil global, principalmente, para los capitales y los productos financieros; que sin embargo no ampara a los ciudadanos o sus derechos.¹²

Por lo tanto, en la práctica, este «globalfederalismo» no persigue mejorar las capacidades de la organización política global a través del principio de subsidiariedad; sino que muy al contrario el «globalfederalismo» económico financiero corrompe el principio de subsidiariedad y su naturaleza, al usarlo como un instrumento funcional a la promoción y reproducción del capitalismo global, en vez de servir de él como fórmula para la solución de problemas globales tales como la significativa degradación medioambiental o la imperiosa necesidad de establecer un sistema global de supervisión y control de poder económico.

El otro de los postulados constitucionales del federalismo, que el «globalfederalismo» ha corrompido seriamente es la idea del modelo federal como mecanismo de limitación del poder. Tal y como hemos anticipado antes, el Federalismo constitucional implica que el poder, al objeto de su mejor control, puede ser dividido no sólo horizontalmente (en ejecutivo, legislativo y judicial) sino también verticalmente (entre el Estado y los entes políticos infraestatales). El fe-

¹² BALIBAR, E. and COLLINS, F., «Europe, an "Unimagined" Frontier of Democracy in Diacritics», in *New Coordinates: Spatial Mappings, National Trajectories*, vol. 33, n.ºs 3/4 (otoño-invierno), 2003, p. 37: *Thus globalization tends to knock down frontiers with respect to goods and capital while at the same time erecting a whole system of barriers against the influx of a workforce and the «right to flight» that migrants exercise in the face of misery, war, and dictatorial regimes in their countries of origin.»*

deralismo se convierte así en un instrumento que persigue contribuir a que la organización política del Estado asegure la libertad y los derechos de los ciudadanos y, fundamentalmente, de las minorías en que se integra.

Este postulado del federalismo como límite del poder ha sido también seriamente pervertido por el «globalfederalismo». Así, las teorías del neoliberalismo defiende que la presencia del Estado sea la mínima posible; en tanto que cuanto menor sea la influencia que el Estado pueda proyectar, mayor libertad para los ciudadanos; y muy especialmente por lo que respecta a la economía, cuanto menor interferencias y regulaciones estatales existan, tanto mejor para los ciudadanos y sus negocios. El «globalfederalismo», que se ha establecido sobre esta lógica neoliberal, pretende convencernos de que los ciudadanos serán más libres en el marco de un federalismo mercantil global. Lo que sostengo aquí es que la perversión «globalfederalista» del federalismo consiste en que éste trata de presentarse a sí mismo como un instrumento de limitación del poder que el Estado nación ejercer sobre sus ciudadanos. De esta forma, el «globalfederalismo», en el marco de la ideología neoliberal, persigue convencernos de que cualquier control, regulación o intervención del Estado en la economía es un ataque a la libertad de sus ciudadanos y constituye un límite a las posibilidades individuales de prosperidad personal a través de la acumulación de capital. En este sentido, el «globalfederalismo» financiero pretende constituirse en un límite al poder del Estado nación, al objeto de convertirse a sí mismo en el adalid que asegura, protege y garantiza la libertad económica de la población global. Este modo en el que el «globalfederalismo» se presenta constituye una suerte de gravísima perversión de Federalismo constitucional como un límite del poder, pues la actual crisis económica evidencia claramente que el «globalfederalismo» no actúa como en la práctica como un límite al poder, sino como un fórmula de organización político-económica que posibilita la dominación de unos pocos sobre todos los pueblos del mundo. Así constatamos que, ante la actual crisis económica, el «globalfederalismo» financiero no actúa en modo alguno como un instrumento de control de poder, conforme a los cánones del Federalismo constitucional, sino que, por el contrario, ha servido de pretexto y fundamento para que el poder económico escapara a cualquier tipo de control político constitucional para finalmente convertirse en el factor real de poder hegemónico a todo lo largo y ancho del planeta.

En cualquier caso, este «globalfederalismo» financiero substancial no está establecido en ninguna norma escrita, en tanto que la globalización económica, siguiendo los postulados del neoliberalismo, se ha configurado sobre la base de la desregulación; de modo que la ausencia de normas se torna en sí misma como su principal norma. El neoliberalismo necesita y propugna un mercado global sin reglas, así que los Estados nación han establecido entre sí una suerte de federalismo sectorial de naturaleza económica y ámbito global articulado sobre la ausencia de normas. En el marco de dicho «globalfederalismo» todo el planeta se ha convertido en un espacio económico unificado y

constitucionalmente desregulado, donde la única norma realmente existente es la ley del beneficio económico. Así, en la práctica, podemos indicar que existe una constitución económica global no escrita en sentido material, que configura un modelo económico federal global regido por los principios del neoliberalismo.

Algunos sectores de la doctrina defienden que este federalismo global económico puede ser perfectamente regido y conducido por un sistema de gobernanza integrado por una constelación de instituciones supranacionales tales como el Banco Mundial, la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario internacional o las formaciones G. Sin embargo, a mi juicio, dicho sistema de gobernanza dista mucho de poder ser calificado en modo alguno como un gobierno de naturaleza constitucional. Además, tal y como podemos comprobar en la actual situación de crisis, este sistema de gobernanza del «globalfederalismo» —que, no olvidemos, ha contribuido de manera crucial para establecimiento del mercado global desregulado—, se manifiesta totalmente incapaz de gobernarlo o incluso atemperarlo. Y esta circunstancia es llamativamente paradójica en tanto que asistimos al hecho de que los Estados nación y sus constituciones socialdemocráticas están sufriendo en sus propias carnes las consecuencias del proceso de desconstitucionalización económica que ellos mismos están legitimando a través de sus propias constituciones. Esto es algo que está sucediendo en Grecia de forma patente y evidente, y también en el resto de los Estados periféricos de la Unión Europea, en donde el nuevo orden económico global federal amenaza con destruir la idea del Estado nación. Es triste pero cierto, tal y como manifestara no hace mucho tiempo de forma tan clara como obscena en la BBC un bróker sin escrúpulos: «the governments don't rule the World. Goldman Sachs rules the World».

Un claro ejemplo del globalfederalismo económico financiero y de los problemas que ha desencadenado lo constituye la actual situación de la Unión Europea. El proyecto de integración europeo se ha descrito desde sus etapas prístinas como una organización de naturaleza federal,¹³ incluso, la propia Declaración Schuman en la que se contienen el ADN del proyecto de integración, se refiere expresamente a una futura federación europea.¹⁴ Y, en este mismo sentido el Tribunal Constitucional alemán ha sugerido en su Sentencia sobre el Tratado de Lisboa que el futuro de la Unión debería seguir la senda del federalismo.¹⁵ Sin embargo, lejos de realizarse como un modelo de inte-

¹³ IGLESIAS BUIGES, J.L., «Federalismo y soberanía en la historia de la Unión Europea», en *Revista de Instituciones Europeas*, n.º 3, 1976, pp. 657-667.

¹⁴ Declaration of 9 may of 1951: «(...) The pooling of coal and steel production should immediately provide for the setting up of common foundations for economic development as a first step in the federation of Europe (...)».

¹⁵ HABÉRLE, P., «La regresiva Sentencia Lisboa como Maastricht il anquilosada», en *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 12, julio-diciembre de 2009, pp. 404 y 421.

gración política, la Unión Europea ha estado centrada fundamentalmente en el establecimiento de una federación económica supranacional entre sus estados miembros.¹⁶ Esta federación económica europea está configurada esencialmente por el mercado único europeo y la moneda común, el euro. Tal y como ha advertido Habermas, es el dinero el que guía el proceso de integración europeo y no las ideas políticas.¹⁷ Así, el «federalismo económico europeo» es una evidente manifestación a escala continental del nuevo globalfederalismo económico y sus malas artes.

Por lo que respecta al principio de subsidiariedad este es uno de los pilares fundamentales que guían y estructuran el funcionamiento de la Unión Europea;¹⁸ sin embargo, este principio se ha usado en el proceso de integración de una forma impropia, en tanto en cuanto no se ha recurrido al mismo para mejorar el funcionamiento del conjunto de la Unión Europea sino, principalmente y básicamente, para el establecimiento del mercado único, de forma similar a lo que ha sucedido a escala global.

De otra parte, el Federalismo europeo ha reconocido ciertas libertades y derechos a los ciudadanos de la Unión, sin embargo estos derechos y libertades han tenido un marcado carácter económico y han sido configurados como funcionales al modelo globalfederalista; solo de forma parcial se han añadido a éstos otros derechos de naturaleza política y social a través de la reciente entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Los derechos y libertades económicas se presentaron en su día como un límite a la acción de los estados nación en el marco del federalismo económico europeo, sin embargo en la práctica estos derechos y libertades económicos han sido instrumentalizados fundamentalmente para aumentar el beneficio de las corporaciones multinacionales y no como un mecanismo para mejorar las condiciones de

¹⁶ NEGRI, A., *Europa y el Imperio. Reflexiones sobre un proceso constituyente*, Ed. Akal Madrid, 2006, p. 36: «¿Dónde está la confianza en esa Europa Unida que debería haber tenido la capacidad de desarrollar un nuevo modelo de política económica y social y a la que, en virtud de su máxima potencia, habríamos empujado para presentarse como ejemplo para el resto del mundo? (...) Las reglas de la nueva justicia social y del mantenimiento y fortalecimiento del Estado del bienestar, el deseo de mostrar al mundo un modelo expansivo de desarrollo económico y, al mismo tiempo de fraternidad social..., pues bien, todo esto ha desaparecido del horizonte.»

¹⁷ HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung*, Ed. Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1994. «Die Güter, Kapital und Arbeitsmärkte gehören einer eigener, von den Absichten der Subjekte unabhängigen Logik. Neben der Administrativen Macht, wie sie in den staatlichen Bükration verkörpert ist, ist das Geld zu einem anonymen, über die Köpfe der Beteiligten hinweg wirksamen Medium der gesellschaftlichen Integration geworden.»

¹⁸ Art. 5 EU Treaty: «1. The limits of Union competences are governed by the principle of conferral. The use of Union competences is governed by the principles of subsidiarity and proportionality. (...) 3. Under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level.

vida de los ciudadanos europeos, en tanto que es claro y notorio que el federalismo económico europeo ha sido de largo más beneficioso para los grandes capitales y las grandes empresas transnacionales que para los ciudadanos europeos.

En resumen, el globalfederalismo, al contrario de lo que indican los postulados del Federalismo constitucional, no ha establecido un límite al poder económico pero sí ha servido, por el contrario, para *capitidismuir* significativamente el poder político. Mientras que el poder político permanece residenciado en el nivel del Estado nación, el poder económico se dado a sí mismo un espacio supraestatal en el que actúa libre de control y supervisión. Si una de las principales ideas fuerza del Federalismo constitucional es el establecimiento de barreras política para frenar el abuso del poder, el «globalfederalismo» ha pervertido tal postulado, en tanto que se ha servido de dicha idea para crear un espacio global sin controles, desde el que el poder económico domina al mundo bajo una única regla, la regla del beneficio económico. El orden del «globalfederalismo» económico no ha sido configurado para controlar el poder económico sino que, muy al contrario, persigue liberarlo de cualquier control por parte de los estados nación. Si una de las principales ideas fuerza del Federalismo constitucional era la de servir como mecanismo para atribución de competencias a los distintos espacios políticos en función de cuál pudiera obtener un mejor resultado en su ejercicio, el globalfederalismo se manifiesta hoy por hoy, a la luz de la crisis económica global, como una fórmula incapaz de ofrecer soluciones a los graves problemas económicos que ha causado y que aún habrá de causar... pues no debemos olvidar que la anterior crisis del modelo capitalista semejante a ésta, el gran *crash* del 29,¹⁹ fue uno de los desencadenantes de la Segunda Guerra Mundial.

Para concluir este apartado querría referirme brevemente a aquellos pequeños grandes éxitos que el globalfederalismo no económico financiero ha alcanzado, en tanto que dicho éxitos pueden contribuir a una reconsideración de cómo restablecer a escala global los postulados del Federalismo constitucional. Al hablar de pequeños grandes éxitos me refiero a aquellas ocasiones en las que los estados nación han actuado en el espacio global siguiendo los principios del Federalismo constitucional. Por ejemplo, los acuerdos internacionales que prohíben y regulan el uso de los gases CFC, que amenazaban seriamente con destruir la capa de ozono. En esta ocasión el globalfederalismo sí actuó conforme a los principios del Federalismo constitucional sin pervertirlos. Así, los estados nación se percataron de que era necesario realizar una actuación a escala global concerniente a la prohibición del uso de gases CFC para resolver un problema medioambiental de tal dimensión que ningún Estado nación podía solventarlo por sí mismo, y que amenazaba directamente a la supervivencia de

¹⁹ GALBRAITH, J.K., *The Great Crash 1929*, ed. Houghton Mifflin Company, Boston, 1979.

la humanidad. Esto es sólo un ejemplo de los pequeños grandes éxitos que debemos esperar y demandar del globalfederalismo en vez de la forma torticera en la que éste está actuando bajo los principios y postulados del neoliberalismo. ¿Acaso es necesario que se aproxime un nuevo Armagedón para que se alcancen acuerdos globales de naturaleza política positivos para todos los ciudadanos del mundo?

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES Y CONCLUSIONES: LA NECESIDAD DE UN NUEVO FEDERALISMO CONSTITUCIONAL GLOBAL

El principal problema es que el globalfederalismo económico parece incapaz de transformarse así mismo en un federalismo global político y democrático. Ha sido sencillo que los estados nación acordaran converger en un mercado económico global desregulado, más si cabe cuando este acuerdo parecía que iba a traer beneficios para todos; sin embargo, es hartamente más complicado que los estados nación puedan llegar a alcanzar un acuerdo relativo a una constitución global, aún cuando esta constitución global federal pudiera ser una de las mejores soluciones para superar la crisis económica mundial. La Unión Europea constituye un claro ejemplo de esta afirmación, al proyecto europeo le ha sido relativamente fácil configurarse como una organización federal de naturaleza económica bajo los postulados del neoliberalismo; sin embargo, ahora es evidente lo complicado que resulta avanzar hacia una integración más estrecha y profunda de naturaleza política y democrática aún cuando se antoja una de las mejores vías posibles para terminar con la crisis económica.

Efectivamente y llegados a este punto puede considerarse una utopía hablar y defender el establecimiento de federalismo global guiado por postulados constitucionales, pero también durante la Edad Media debía ser considerado una utopía, cuando no como un verdadero anatema, hablar de un Estado democrático, y sin embargo éste finalmente apareció en la Historia. En mi opinión, que coincide con la ya expresada por ciertos sectores de la doctrina,²⁰ es urgente desde ya la promoción y el debate sobre la necesaria constitucionalización del proceso de globalización, aunque aún sea preciso esperar durante largo tiempo antes de que esta constitución pueda entrar en vigor. Por ejemplo, la idea de unificar políticamente el continente europeo ha sido propuesta y debatida por la doctrina desde la Edad Media y solo muy recientemente ha sido llevada parcialmente a la realidad a través del proceso de integración. ¿Por

²⁰ VENTER, F., *op. cit.*, 2010, p. 21: «This is not utopian, quixotic vision, but is founded upon the moral responsibility of mankind to recognize within itself the need of for a universal legal imperative: the rule of law, justice and democracy should, according to Höffe be acknowledged as a global standard applicable to the future world order, which may be characterized by the notion of a subsidiary (in the sense of the concept of subsidiarity) and a federal World Republic».

qué sería tan descabellado entonces pensar y debatir sobre el establecimiento de una constitución global democrática y federal en un futuro?

A mi juicio, una de las mejores formas de establecer esta constitución global democrática y federal sería implementar correctamente las dos ideas que el «globalfederalismo» económico ha pervertido. Es necesario actuar globalmente, siguiendo el principio de subsidiariedad, para resolver aquellos problemas que tienen una dimensión global, como la actual crisis económica o los graves problemas medioambientales, porque sólo de ese modo se podrán garantizar la pervivencia de aquellos derechos fundamentales cuya existencia está globalmente amenazada. Sólo actuando globalmente seremos capaces de controlar los factores de poder globales como el económico financiero.

BIBLIOGRAFÍA

- BALIBAR, E. and COLLINS, F., «Europe, an "Unimagined", New Coordinates: Spatial Mappings», *National Trajectories*, vol. 33, n.º 3/4, otoño-invierno de 2003.
- DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del Sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010.
- DE CABO, A. and PISARELLO, G. (eds.), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, Ed. Universidad de Alicante, Alicante, 2010.
- GONZÁLEZ ENCINAR, J.J., *El Estado Unitario-Federal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985.
- GALBRAITH, J.K., *The Great Crash 1929*, Ed. Houghton Mifflin Company, Boston, 1979.
- HÄBERLE, P., «La regresiva Sentencia Lisboa como Maastricht III anquilosada», en *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 12, julio-diciembre de 2009.
- HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung*, Ed. Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1994.
- HAMILTON, A.; MADISON, J. y JAY, J., *The Federalist*, Ed. G.P. Putnam's Sons, Nueva York, 1889.
- HARMES, A., «Neoliberalism and Multilevel Governance», en *Review of International Political Economy*, vol. 13, n.º 5, diciembre de 2006.
- HUNTINGTON, S.P., «Culture, power and democracy», en PLATTER, F. and SMOLAR (eds.), *Globalization, power and democracy*, Ed. Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2000.
- IGLESIAS BUIGES, J.L., «Federalismo y soberanía en la historia de la Unión Europea», en *Revista de Instituciones Europeas*, n.º 3, 1976.
- LASALLE, F., *¿Qué es una constitución?*, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1975.
- MONGARDINI, C., *Ripensare la democrazia. La politica in regime di massa*, Ed. Franco Angeli, Milán, 2002.
- NEGRI, A., *Europa y el Imperio. Reflexiones sobre un proceso constituyente*, Ed. Akal, Madrid, 2005.
- PRANDINI, R., «The morphogenesis of constitutionalism», en DOBNER, P. and LOUGHLIN, M. (eds.), *The twilight of Constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- SINGER, P., *One World. The ethics of globalization*, Yale University Press, Yale, 2004.
- United Nations Millennium Declaration, 2000, accesible en <http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>

DE VEGA GARCÍA, P., *Mundialización y Derecho Constitucional: una palingenesia de la realidad constitucional*, Ed. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Bogotá, 1998.

VENTER, F., *Global features of Constitutional Law*, Ed., Wolf Legal Publishers, Potchefstroom, 2010.

Algunas cuestiones relativas a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones internacionales en los estados federales y en España

Roberto Uriarte Torrealday*

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

SUMARIO: 1. Titularidad de la obligación de cumplimiento de las obligaciones internacionales. 2. Mecanismos de garantía de su cumplimiento: 2.1. La competencia estatal sobre relaciones internacionales: artículo 149.1.3.º. 2.2. La utilización de los títulos competenciales transversales y básicos. 2.3. La supletoriedad del derecho estatal: artículo 149.3. 2.4. Las Leyes de Armonización: artículo 150.3. 2.5. El artículo 155 de la Constitución. 2.6. Los procedimientos ante el Tribunal Constitucional. 2.7. El recurso contencioso-administrativo. 3. La responsabilidad por incumplimiento: el titular de la obligación de resarcir. 4. Consideraciones de *lege ferenda*.

En el ámbito del Derecho internacional, tanto como consecuencia de la firma de tratados internacionales como de la pertenencia a organizaciones internacionales, se derivan obligaciones cuyo incumplimiento genera la responsabilidad del Estado. Sin embargo, en los estados federales o descentralizados en general, puede que el cumplimiento de estas obligaciones no corresponda a la Federación u órganos centrales, por tratarse de una materia de competencia «regional» o local.

Esto suscita dos cuestiones. La primera, cómo se garantiza el efectivo cumplimiento de las obligaciones por parte de los órganos competentes. Y la segunda, sobre quién repercuten en última instancia las sanciones que pueden derivarse de un incumplimiento. Las respuestas de los estados federales a estos problemas son diferentes. Y son además cuestiones que generan conflictos importantes de poder y profundos debates doctrinales.

Este es el caso de España, donde existen posturas diferentes, porque las previsiones constitucionales no son muy concretas. Esto ha obligado a pronunciarse al Tribunal Constitucional, cuya doctrina en la materia ha ido perfilando gradual-

* Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco IT743-13.

mente. Pero aún quedan cuestiones importantes por resolver en este ámbito. Por ello y ciñéndonos al ámbito de las obligaciones comunitarias del Estado, algunos abogan por la redacción de una ley que regule de forma detallada los mecanismos de garantía de su cumplimiento. Concretamente, este es el posicionamiento reciente del Consejo de Estado que, a propuesta del gobierno, ha elaborado un informe en el que se muestra partidario de una ley en tal sentido.

Esta comunicación pretende reflexionar sobre algunas de estas cuestiones desde una perspectiva de Derecho comparado. Y por otra, plantear algunas de las alternativas que pueden traerse de la experiencia de otros países descentralizados. Y considero que un enfoque adecuado de esta materia requiere tener en cuenta sus implicaciones tanto desde el punto de vista del Derecho internacional, como desde el constitucional.

A partir de dichas consideraciones, se aborda en concreto la cuestión de la conveniencia de una ley específica que regule la materia para hacer efectiva la garantía de cumplimiento que la Constitución encomienda al Estado.

1. TITULARIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

Desde una perspectiva de Derecho internacional, resulta evidente que el Estado es responsable del cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Y que del incumplimiento de estas mediante un hecho ilícito, se deriva una responsabilidad del Estado y una obligación de resarcimiento por los daños causados. Dentro del Derecho Internacional Público, esta materia ha venido regulada tradicionalmente como derecho consuetudinario¹, aunque ha sido objeto de atención por parte de la Comisión de Derecho internacional, que ha elaborado un proyecto al respecto².

Esta obligación de cumplimiento es consecuencia de los principios de soberanía y reciprocidad que rigen el Derecho internacional. No se puede entender el sistema jurídico internacional sin un principio de responsabilidad de los sujetos que actúan en él y que son básicamente los Estados.

Sin embargo, el Derecho internacional, como consecuencia de ese mismo principio de soberanía en el que se basa, no puede inmiscuirse en cuestiones internas como las relativas a qué órganos concretos deben ejecutar las obligaciones internacionales o a cuáles corresponde resarcir eventuales daños. De forma que para aclarar estas cuestiones, resulta necesario recurrir al orden interno y en concreto, a la asignación de competencias que hace el Derecho constitucional.

¹ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho internacional público*, Madrid, 1994, p. 179.

² Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexo por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

Esta cuestión plantea problemas en los países políticamente descentralizados, a los que por simplificar vamos a denominar genéricamente «federales». Entre estos últimos el problema de las obligaciones internacionales y más en general, el de las relaciones internacionales, constituye un problema complejo y sin resolver satisfactoriamente, lo que suele venir agravado normalmente por la falta de previsiones constitucionales específicas.

Vayamos al caso de España: ¿a qué órganos del Estado corresponde la ejecución de las obligaciones internacionales? La Constitución española establece en su artículo 149.1.3 que el Estado (léase la Federación) tiene competencia exclusiva sobre las relaciones internacionales. Y refiriéndose concretamente a los tratados de integración en organizaciones supranacionales como la Unión Europea, establece también en su artículo 93 que corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

Partiendo de la atribución genérica de responsabilidad al Estado que realiza el Derecho internacional y de los mencionados preceptos de la Constitución española, algunos autores han defendido la idea de que el cumplimiento de las obligaciones internacionales corresponde al poder central, sin que las autonomías puedan alegar competencia alguna. Otros autores se han opuesto a tal planteamiento, ya que en su opinión las relaciones internacionales no pueden considerarse un título competencial o al menos no un título competencial expansivo que permita al poder central invadir las competencias autonómicas.

En España es el Tribunal Constitucional quien tiene la última palabra para dirimir las cuestiones de competencia, al ser el intérprete supremo de la Constitución. Su posición en dicho debate ha pasado por fases diversas. En sus primeros años recurrió a un criterio genérico de «relaciones internacionales» que permitía al poder central invadir competencias originalmente autonómicas bajo la cobertura de una obligación internacional. Posteriormente, ese criterio fue descartado a favor de una interpretación más restrictiva del concepto de «relaciones internacionales». Utilizo este término, porque considero que el foro al que se dirige esta comunicación me exime de abordar en detalle el debate sobre si estas constituyen en nuestro texto constitucional una competencia, una materia, un ámbito, etc; con sus consecuencias.

Lo que sí nos interesa subrayar es que el Alto Tribunal rectificó sus originales definiciones imprecisas del término, acotando el contenido de este no a toda cuestión que haya sido objeto de atención en un tratado internacional, ya que en principio, cualquiera es susceptible de serlo³, sino sólo a las cuestiones que han conformado tradicionalmente el ámbito de las relaciones internaciona-

³ El TCE ha aclarado que no puede «admitirse que cualquier relación, por lejana que sea, con temas en los que estén involucrados otros países o ciudadanos extranjeros, implique por sí sólo o necesariamente que la competencia resulte atribuida a la regla «relaciones internacionales», STC 153/1989, fundamento jurídico 8.

les, como son tratados, paz y guerra, reconocimiento de Estados, representación exterior, responsabilidad internacional, etc. En consecuencia, el Tribunal ha descartado expresamente la interpretación según la cual siempre que haya que aplicar tratados, la competencia correspondería al poder central, porque resulta incompatible con la distribución de competencias que realizan la Constitución y los Estatutos de autonomía⁴.

En resumen, en España la ejecución de obligaciones internacionales puede resumirse en los siguientes aspectos:

- La ejecución de la obligación puede corresponder al poder central o autonómico, según sea uno u otro el competente en la materia, de acuerdo con la distribución de competencias que realiza el bloque de constitucionalidad.
- La Constitución hace una reserva expresa a favor del poder central de los contenidos que tradicionalmente se han considerado nucleares de las relaciones internacionales.
- Se atribuye al poder central la garantía del cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Esta garantía de cumplimiento no debe entenderse, como obligación de ejecución directa por parte del poder central, ya que eso sería incompatible con la mencionada distribución competencial. Por decirlo de alguna manera, no le corresponde a este ejecutar, sino garantizar que se ejecuta.

A falta de previsiones constitucionales específicas, el Estatuto de Autonomía del País Vasco introdujo en su artículo 20.3 un precepto que posteriormente se fue incorporando a otros Estatutos, en virtud del cual «el País Vasco ejecutará los tratados y convenios en todo lo que afecte a las materias atribuidas a su competencia en este Estatuto». Pero aunque una Autonomía en concreto carezca de previsiones específicas al respecto, posee dicha competencia, ya que se trata de un poder implícito o competencia conexa a la competencia material en función del sistema de distribución constitucional o si preferimos decirlo de otra forma, no existe una competencia para ejecutar tratados⁵.

En el otro extremo, por lo que se refiere a la atribución al poder central de la garantía del cumplimiento, aunque no existiera una previsión constitucional específica, el resultado sería el mismo, ya que se trata de una exigencia del propio Derecho internacional, que responsabiliza del cumplimiento de las obligaciones internacionales al Estado, personificando esa responsabilidad en sus órganos centrales, que son quienes detentan la representación exterior de aquel ante la comunidad internacional. Porque aunque un Estado sea federal, no por ello le está permitido alegar limitaciones constitucionales internas para

⁴ Fundamento 8 de la citada STC 153/1989.

⁵ RUIZ ROBLEDO, A., «La actividad exterior de las Comunidades autónomas en el segundo Estado autonómico», en *Revista de Derecho Político*, n.ºs 71-72, enero-agosto de 2008, p. 49.

eludir el cumplimiento de obligaciones derivadas de tratado, ni normalmente suelen admitirse las «cláusulas federales» para modificar dichas obligaciones⁶.

Y los anteriores criterios son de aplicación no sólo al cumplimiento de las obligaciones derivadas de tratados, sino también de la pertenencia a organizaciones internacionales, como ha establecido también expresamente el TCE respecto de las obligaciones comunitarias, al afirmar que «lo único que las directivas imponen en este punto es que la Administración central sea el interlocutor único de la CEE en lo que toca al efectivo cumplimiento de las determinaciones comunitarias [...] pero no puede entenderse como expresión de una atribución de competencia realizada por la CEE en favor de tal o cual sector del aparato de los Estados que la integran, sino como precisión de que son los órganos generales o centrales de dichos Estados, (los) responsables últimos de la ejecución de la normativa eurocomunitaria...⁷». Este principio de responsabilidad del Estado con independencia del órgano incumplidor había sido afirmado tradicionalmente también por la Corte de Luxemburgo⁸.

2. MECANISMOS DE GARANTÍA DE SU CUMPLIMIENTO

Al contrario de lo que sucede en algunos estados descentralizados, en España no se da una relación de supra-subordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁹, tal y como ha establecido nítidamente el Tribunal Constitucional, al afirmar la inadmisibilidad de controles genéricos del Estado sobre la actividad de las Comunidades Autónomas¹⁰. Ello no supone, sin embargo, que no existan mecanismos de reacción del Estado en el supuesto de un eventual incumplimiento por parte de las Comunidades Autónomas de las obligaciones internacionales. La CE prevé amplísimos mecanismos de control sobre aquéllas, mecanismos que de hecho son más eficaces e incisivos de los que ordinariamente dispone el aparato del Estado para exigir tal cumplimiento a otros órganos del mismo Estado¹¹.

Entre dichos mecanismos están los siguientes:

⁶ TRONE, J., *Federal constitutions and international relations*, Ed. Queensland, 2001, p. 20.

⁷ STC 252/1988, de 20 de diciembre, fundamento 4.

⁸ «La responsabilidad de un Estado miembro en caso de incumplimiento (art. 169 TCE) queda comprometida sea cual sea el órgano del Estado cuya acción u omisión esté en el origen de la infracción, aun en el caso de que se trate de una Institución constitucionalmente independiente» TJCE, sentencia 77/69, de 5 de mayo de 1970, Comisión c. Bélgica (ECR 237).

⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Las Comunidades Autónomas ante las relaciones internacionales: un paradigma del dinamismo evolutivo del Estado autonómico español*, 2006. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1640/12.pdf>.

¹⁰ «No se ajusta al principio de autonomía la existencia de controles genéricos o indeterminados que impliquen dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto de la Administración central del Estado», STC 6/1982, fundamento 7.

¹¹ JAUREGUI, G., «Estatuto de Autonomía del País Vasco y Relaciones Internacionales», en *Revista de Estudios Políticos*, n.ºs 46-47, 1985, pp. 462-463.

2.1. La competencia estatal sobre relaciones internacionales: artículo 149.1.3.º

El primer mecanismo de que dispone el Estado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales es su propia competencia exclusiva en tal ámbito, competencia que como hemos visto no se extiende a todo lo que desde una perspectiva sociológica pueda calificarse como relaciones internacionales, sino que ha de tomarse en sentido estricto como relaciones entre sujetos internacionales y regidas por el Derecho internacional, es decir, aquellas materias que tradicionalmente han venido siendo reguladas por el Derecho internacional general, como las relativas a la celebración de tratados (*ius contrahendi*), y a la representación exterior del Estado (*ius legationis*), así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado¹².

Ya se ha mencionado que no puede subsumirse dentro de esta competencia exclusiva del Estado sobre las relaciones internacionales con carácter general la ejecución de las obligaciones internacionales. Pero sí podría subsumirse en cambio la garantía de la ejecución¹³.

2.2. La utilización de los títulos competenciales transversales y básicos

Otro de los mecanismos de que dispone el Estado para garantizar la ejecución de obligaciones internacionales lo constituye la competencia estatal para regular las bases de determinadas materias previstas en el artículo 149.1 de la Constitución y muy especialmente su apartado 13, que atribuye al Estado las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Este título, por sí sólo o en concurrencia con otros apartados del propio precepto, es alegado frecuentemente por el Estado para dictar normas de transposición de directivas comunitarias.

Sin embargo, esta competencia estatal no autoriza a invadir el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas. Como ha afirmado el TCE, el hecho de que las Directivas europeas tengan como finalidad la de homogeneizar, aproximar o armonizar los distintos ordenamientos y que sean de obligado cumplimiento por todas las autoridades o instituciones, centrales y descentralizadas, de los estados miembros y que, incluso, puedan tener un efecto directo, no significa que las normas estatales que las adapten a nuestro ordenamiento

¹² STC 165/1994, fundamento 5.

¹³ «...puede analizarse la posibilidad de que el artículo 93 en relación con el 149.1.3º entre en juego cuando no se trata de una ejecución o cumplimiento del derecho comunitario (o de tratados o convenios internacionales), sino de «garantía de cumplimiento», cuando el incumplimiento se ha verificado, en el marco ya de relaciones internacionales —ex declaración de responsabilidad— y habida cuenta de los factores que el propio TC ha definido como «núcleo fundamental» de las relaciones internacionales», informe del Consejo de Estado de 15 de diciembre de 2010, p. 90.

deban ser consideradas necesariamente «básicas»¹⁴, sino sólo en la medida en que aborden cuestiones nucleares, sin extralimitarse.

En la práctica, sin embargo, se puede constatar que el Estado ha tendido a dictar normas de transposición que invaden el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas. Se trata de una tendencia que un reciente informe del Consejo de Estado no sólo ha admitido implícitamente, sino incluso ha considerado pertinente¹⁵. Para tratar de evitar algunas de las consecuencias de esta «inclinación expansiva» del Estado central en la incorporación del Derecho europeo¹⁶, las recientes reformas estatutarias han introducido básicamente dos tipos de previsiones: por un lado, las destinadas a garantizar que las normas estatales de transposición sólo puedan invadir las competencias autonómicas cuando así lo exija la propia norma europea; y por otro lado, las que prevén la regulación directa por las autonomías en el caso de que la norma comunitaria haya agotado el ámbito de la regulación básica.

2.3. La supletoriedad del derecho estatal: artículo 149.3

Otro de los instrumentos que prevé la Constitución española para garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales y en concreto, para evitar las consecuencias de la eventual inactividad normativa de las Comunidades Autónomas, reside en el carácter supletorio que tienen las normas estatales en aquellas materias que son de competencia autonómica pero que no han sido objeto de una regulación expresa o lo han sido de forma insuficiente. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido limitando progresivamente el margen de utilización de este recurso, considerando que sus funciones, que resultaban importantes en los primeros pasos del Estado autonómico, han quedado limitadas una vez que este se ha ido consolidando¹⁷, hasta el extremo de que para algunos autores el derecho supletorio sólo tiene una virtualidad transitoria¹⁸. En ese sentido, ha afirmado la nulidad

¹⁴ STC 102/1995, fundamento 14.

¹⁵ «...no es perturbador, sino razonable y útil, el mantenimiento de la práctica y usos en cuya virtud el Estado desempeña un papel primario en la labor de transposición...», Informe del Consejo de Estado citado, p. 120.

¹⁶ AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «El Estado autonómico unitario y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español», en *Revista d'Estudis Autònomicos y Federals*, n.º 9, 2009, p. 143.

¹⁷ La doctrina está muy dividida sobre la amplitud con que se puede recurrir a este tipo de normas, entre quienes defienden que «una vez ejercida la competencia autonómica, el Estado siga dictando normas sobre la misma materia, aunque con valor meramente supletorio» (DE OTTO, I., *Derecho Constitucional (Sistema de fuentes)*, 2.º ed., Barcelona, 1988, p. 283) y quienes no (MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas (I)*, Madrid, 1982, pp. 409 a 413).

¹⁸ LASAGABASTER HERRARTE, I., *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Madrid, 1991, pp. 80 y 81.

de las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear Derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de éstas¹⁹, e incluso que tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede... producir normas jurídicas meramente supletorias²⁰.

Aunque la jurisprudencia constitucional ha descartado con carácter general la creación «ex novo» por el Estado de estas normas supletorias, lo que ha sido criticado por diversos sectores doctrinales al acarrear la pervivencia con carácter supletorio de normas incluso preconstitucionales petrificadas ante su imposible reforma por el Estado²¹, no está claro si pueden utilizarse en el ámbito concreto del cumplimiento del derecho comunitario. En este sentido, la doctrina se halla dividida entre quienes no consideran apto este recurso y quienes sí lo consideran y dentro de estos últimos, entre quienes lo considera apto incluso como recurso previo a la inactividad autonómica y quienes sólo admiten su utilización *a posteriori*. El debate viene favorecido por el hecho de que existe un pronunciamiento favorable del Tribunal Constitucional²² que se refiere expresamente a este ámbito del derecho comunitario, aunque este es anterior a otras sentencias que han resultado definitivas en la restricción de su uso.

2.4. Las Leyes de Armonización: artículo 150.3

La Constitución española contiene en este precepto la previsión de que el Estado dicte leyes armonizadoras de las normas autonómicas cuando así lo exija el interés general, necesidad que debe ser apreciada en cada caso por la mayoría absoluta del Senado. En su virtud, «el Estado podrá dictar Leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general».

Como bien ha aclarado el TCE, se trata de una norma de cierre del sistema de distribución de competencias, ya que permite, en casos excepcionales en que entra en juego el interés general, que una de las instancias invada el ámbito competencial que con carácter general se atribuye a la otra. Y la propia jurisprudencia constitucional delimitó nítidamente los requisitos para su utilización, a raíz de la fundamental sentencia 76/1983²³, que afirma expresamente que la ley de armonización «constituye una norma de cierre del sistema, aplicable solo a aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de

¹⁹ STC 147/1991, fundamento jurídico 7.

²⁰ Fundamento 6 de la sentencia citada.

²¹ TEJEDOR BIELSA, J., *La garantía constitucional de la unidad del ordenamiento en el Estado autonómico: competencia, prevalencia y supletoriedad*, Madrid, 2000, pp. 200-202.

²² STC 79/1992, fundamento 3.

²³ Relativa al proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico.

otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o éstos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general». En resumen, el carácter de norma de cierre, la limitación de su contenido a los «principios», la exigencia de apreciación del interés general por la mayoría absoluta del Senado y la exigencia de que el Estado no disponga de otros títulos son elementos que impiden el uso ordinario de este recurso.

2.5. El artículo 155 de la Constitución

Se trata de lo que en Derecho comparado se conoce como cláusula de intervención federal o coerción federal y está inspirada en el art. 37 de la Ley Fundamental de Bonn. Prevé la intervención coercitiva del Estado sobre una Autonomía que ponga en riesgo el interés general: «Si una Comunidad Autónoma no cumple las obligaciones que la Constitución u otras Leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general».

Si las leyes de armonización constituyen normas de cierre, el artículo 155 constituye sin duda un recurso de última instancia, un control de naturaleza extraordinaria²⁴ o excepcional²⁵, naturaleza que viene corroborada por el hecho de que nunca ha sido utilizada. Algunos sectores políticos e incluso doctrinales, reclamaron su utilización en el conflicto generado por determinadas actuaciones del Parlamento Vasco²⁶. Afortunadamente, el Gobierno de la nación prefirió no recurrir a este instrumento de excepción y dejó que el conflicto se resolviera por los cauces procesales ordinarios. De hecho, la coerción federal cumple su función sin necesidad de ser utilizada, porque el mero hecho de su existencia puede actuar como amortiguador de eventuales conflictos.

Sin llegar al extremo de la intervención y siempre en el caso de inactividad autonómica, sí parece que podría resultar eficiente el requerimiento más o menos formal al gobierno autonómico para que actúe²⁷.

²⁴ STC 6/1982, fundamento 7.

²⁵ STC 27/1987, fundamento 9.

²⁶ En concreto, la no cooperación de sus órganos de gobierno en la disolución de un grupo parlamentario vinculado a una organización ilegalizada, por una parte; y la aprobación de determinadas propuestas relativas al status político del País Vasco de difícil encaje constitucional.

²⁷ La única ocasión en la que el Gobierno ha amenazado seriamente a una Comunidad Autónoma con la aplicación del artículo 155 de la Constitución se trató precisamente del cumplimiento de una obligación comunitaria y data de febrero de 1989, cuando el Gobierno llegó a efectuar en Consejo de Ministros un requerimiento a Canarias para la inmediata aplicación en dicha Comunidad Autónoma del desarme arancelario establecido en el Tratado de Adhesión a la Comunidad Europea.

2.6. Los procedimientos ante el Tribunal Constitucional

Ante el Tribunal Constitucional cabe, en primer lugar, la interposición del recurso de inconstitucionalidad, instrumento que permite controlar las normas autonómicas con fuerza de ley. En nuestro ámbito de análisis y concretamente en el de la adecuación de estas normas a las europeas, para que las leyes autonómicas sean controlables por esta vía, es necesario que la incompatibilidad entre ambas normas venga acompañada de algún elemento de inconstitucionalidad, ya que la infracción de normas comunitarias no supone en sí misma una infracción constitucional.

En consecuencia, este recurso no sirve para controlar normas que contradigan aspectos sin relevancia constitucional, ni para controlar omisiones legislativas. Sí sirve, en cambio, para controlar normas autonómicas que contradigan indirectamente el bloque de constitucionalidad por no respetar el reparto de competencias que este realiza. En concreto, puede utilizarse frente a una ley autonómica que contradiga a la vez la norma europea y la ley de bases estatal de transposición de la misma.

Una segunda vía de control ante el Tribunal Constitucional sería la del Conflicto de competencias, aunque su virtualidad estaría limitada, porque sólo se refiere a las disposiciones de las Comunidades Autónomas sin fuerza de ley y exige que además de infringir el derecho comunitario, aquellas hayan sido adoptadas sin título competencial. Dentro de este procedimiento estaría también el conflicto negativo de competencias, que podría utilizarse para exigir a la Comunidad Autónoma competente que dicte el reglamento necesario para la ejecución de la norma comunitaria²⁸.

Como elemento añadido, las impugnaciones del Gobierno contra disposiciones sin fuerza de ley de las Comunidades Autónomas conllevan la suspensión inmediata de estas por un período de hasta cinco meses, siempre que la impugnación verse sobre cuestiones de naturaleza constitucional y se funde en motivos distintos del reparto constitucional. Así y dentro de nuestro ámbito, cabría utilizar esta vía frente a disposiciones que vulneren normas comunitarias y a su vez, aspectos constitucionales que no sean meramente competenciales.

2.7. El recurso contencioso-administrativo

Al no existir en España la posibilidad de que el Estado anule o revoque un acto o disposición autonómica en caso de que considere que incumple una obligación comunitaria o internacional, lo normal es que recurra en vía adminis-

²⁸ «El Gobierno podrá igualmente plantear conflicto de competencias negativo cuando habiendo requerido al órgano ejecutivo superior de una Comunidad Autónoma para que ejercite las atribuciones propias de la competencia que a la Comunidad confieran sus propios estatutos o una Ley orgánica de delegación o transferencia, sea desatendido su requerimiento...» (art 71 LOTC).

trativa contra dicho acto, aunque dicha vía no tiene la misma virtualidad si se trata de una omisión. Con carácter previo a la interposición del recurso, el Estado puede requerir a la Comunidad Autónoma para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material o inicie la actividad a que está obligada, tal como prevé la normativa procesal en la materia²⁹, aunque por supuesto, la decisión de fondo sigue siendo competencia autonómica. Y en caso de que el requerimiento no sea atendido, podrá interponer el recurso y la jurisdicción contencioso-administrativa podrá en última instancia resolver a favor o en contra del Estado.

En resumen, de todo lo dicho se puede concluir que la Constitución española pone instrumentos de diversa naturaleza a disposición del Estado para que este pueda hacer efectiva la garantía de cumplimiento de las obligaciones internacionales que la propia Constitución le encomienda.

3. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO: EL TITULAR DE LA OBLIGACIÓN DE RESARCIR

La conclusión de tratados internacionales por parte del Estado y más en general, la pertenencia a la comunidad internacional, por una parte y la pertenencia a organizaciones de integración, como puede ser la Unión Europea, por otra, generan obligaciones para el Estado, que ha de soportar determinadas consecuencias jurídicas negativas asociadas a la infracción de dichas obligaciones. Estas consecuencias se concretan en muchos casos en una obligación de resarcir o en el pago de una sanción de contenido económico.

Al ser el Estado el responsable en el ámbito internacional, corresponde a sus órganos centrales asumir la obligación de pago. Sin embargo, en los estados federales, puede que el incumplimiento no proceda o no proceda del todo de los poderes centrales. En tal caso, algunos países prevén mecanismos de repercusión del costo derivado del incumplimiento sobre los poderes periféricos.

En algunos casos, dichos mecanismos tienen rango constitucional, como sucede en Alemania o Austria, donde existen cláusulas que regulan expresamente la repercusión de las obligaciones de pago impuestas por la Unión Europea. En el caso de Alemania, además, se establecen unos porcentajes concretos de participación de la federación y de los *lander* en dichas obligaciones, previéndose la responsabilidad parcial de la federación incluso en el caso de que el incumplimiento no le sea achacable, porque se considera que en tal caso no ha ejecutado diligentemente su deber de supervisión y garantía de cumplimiento.

En el caso de España, no existen previsiones constitucionales específicas al respecto, aunque es evidente que, como consecuencia del esquema antes des-

²⁹ Artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

critico, en el que la ejecución de las obligaciones internacionales corresponde siempre a quien posee la competencia ordinaria sobre la materia, pueden generarse responsabilidades financieras del Estado ante las instituciones comunitarias como consecuencia de las irregularidades o negligencias derivadas de la actuación de las Comunidades Autónomas competentes. Y en sentido contrario, también pueden producirse perjuicios para las Comunidades Autónomas derivados de los incumplimientos por parte del Estado³⁰, aunque se trata de una cuestión cuyo estudio excede las pretensiones de este trabajo.

En cuanto a las eventuales responsabilidades financieras derivadas del incumplimiento, parece claro que el hecho de que el Estado deba respetar la competencia de ejecución de una Comunidad Autónoma, no significa que esta deba quedar impune de un incumplimiento de sus obligaciones. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, aunque la responsabilidad ad extra de la Administración del Estado no justifica la asunción de una competencia que no le corresponde, tampoco le impide repercutir ad intra, sobre las Administraciones Públicas autonómicas competentes, la responsabilidad que en cada caso proceda³¹. Y ello porque corresponde al Estado establecer los sistemas de coordinación y cooperación que permitan evitar las irregularidades o las carencias en el cumplimiento de la normativa comunitaria, así como los sistemas de compensación interadministrativa de la responsabilidad financiera que pudiera generarse para el propio Estado en el caso de que dichas irregularidades o carencias se produjeran efectivamente y así se constatará por las instituciones comunitarias³². En este sentido, el TCE está en sintonía con lo que ya había sugerido el Tribunal de Justicia de la Comunidad, al señalar que en los estados miembros de estructura federal, la reparación de los daños causados a particulares por las normas de naturaleza interna contrarias al Derecho comunitario no debe ser necesariamente asumida por el Estado federal para que se cumplan las obligaciones comunitarias del Estado miembro de que se trata³³.

Sin embargo, a día de hoy no ha habido un desarrollo suficiente de los cauces a través de los cuales el Estado puede repercutir en las Comunidades Autónomas responsables de un quebrantamiento del derecho comunitario³⁴, aunque sí existen previsiones específicas al respecto en algunas normas recientes de rango ordinario en materia de subvenciones y similares³⁵. En todo caso,

³⁰ GÓMEZ PUENTE, M., «Un apunte sobre la dimensión regional de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario europeo», en *Informe sobre las Comunidades Autónomas 2004*, Barcelona, 2005, pp. 780-99.

³¹ STC 79/1992, fundamento 5.

³² STC 148/1998, fundamento 8.

³³ STJCE de 1 de junio de 1999, Konle-Austria, C302/97, Rec. 1999, p. 1/3099, apartado 64.

³⁴ CIENFUEGOS, M., «Comunidades Autónomas, Tribunales de la Unión Europea y responsabilidad por el incumplimiento autonómico del derecho comunitario. Reflexiones a partir de la práctica reciente», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 5, 2007, p. 76.

³⁵ Como la Ley 40/2001, la Ley 38/2003, etc.

se trata de soluciones *ad hoc*, sin que exista una norma general que regule los supuestos de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario imputables a una Comunidad Autónoma, ni el procedimiento para repercutirle dicha responsabilidad³⁶.

4. CONSIDERACIONES DE *LEGE FERENDA*

La Constitución española carece de previsiones expresas respecto del problema de la inexecución de obligaciones internacionales. Existe únicamente una responsabilidad *ad extra* que se atribuye a las instituciones centrales del Estado y existen una serie de mecanismos generales a los que pueden recurrir estas para forzar al cumplimiento a las Comunidades Autónomas. Tampoco posee previsiones específicas sobre la eventual repercusión de las sanciones económicas derivadas del incumplimiento.

Ello ha originado un debate sobre la oportunidad de regular con carácter general esta materia en una ley estatal que detalle los procedimientos de que dispone el Estado para garantizar la ejecución y para repercutir sobre las Autonomías las consecuencias de sus incumplimientos. En este contexto, el Gobierno encargó en el 2009 al Consejo de Estado un informe en el que se examinasen los mecanismos existentes en el ordenamiento español, tanto a nivel constitucional como ordinario, para garantizar el cumplimiento del derecho de la Unión Europea y, en su caso, determinar y repercutir la responsabilidad a las Comunidades Autónomas y otros entes en caso de incumplimiento. El informe, de diciembre de 2010, analiza los mecanismos existentes y concluye recomendando al gobierno elaborar una Ley para la garantía del cumplimiento del derecho de la Unión Europea, con fundamento en el art. 149.1.3 de la Constitución y que en opinión del órgano consultivo, no tiene que ser forzosamente una ley orgánica.

¿Es conveniente una ley específica y cual debería ser su naturaleza?

Sobre la problemática de fondo que haría conveniente tal propuesta, hay división en la doctrina. Sin embargo, si examinamos la transcendencia práctica de la cuestión, parece que ésta no justifica la amplitud del interés doctrinal. Analizando las sentencias comunitarias relativas al incumplimiento del Reino de España de sus obligaciones, se puede llegar a la conclusión de que el incumplimiento por parte de las Comunidades Autónomas no es patológico ni supera al del Estado³⁷. El propio Consejo de Estado reconoce, que «en la práctica, la labor de transposición es asumida generalmente por el Estado y no suele suscitar oposición por parte de las Comunidades Autónomas. Diversas son las razones que lo explican y que, en último término, expresan la convicción de que la regulación mate-

³⁶ CIENFUEGOS, M., «Comunidades Autónomas, Tribunales de la Unión Europea...», *op. cit.*, p. 79.

³⁷ AZPITARTE, M., «El Estado autonómico Unitario y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español», en *REAF*, n.º 9, 2009, p. 140.

rial, con independencia de quién sea el autor de la transposición y a la vista de la formulación acabada de muchas directivas, será la misma»³⁸. De hecho, hasta ahora, más que falta de instrumentos por parte del Estado para garantizar la transposición, se ha constatado el riesgo de sobreactuación estatal, invadiendo las competencias autonómicas en base a un uso expansivo de la competencia sobre legislación básica y de las impugnaciones con efectos suspensivos.

Partiendo de esta constatación, parece que la idea de crear una ley de este tipo no obedece tanto a necesidades derivadas de la práctica, sino al temor a los instrumentos que han introducido las recientes reformas estatutarias para intentar frenar el riesgo de actuaciones invasivas por parte del Estado³⁹.

En todo caso y al margen de las razones que muevan la iniciativa, ¿podemos considerar que una ley estatal es el instrumento adecuado para lograr el objetivo de garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado y repercutir las sanciones por incumplimiento sobre el responsable último? En mi opinión, no. Si hasta ahora este objetivo se ha conseguido con relativa facilidad y si el peligro que se intenta atajar es el que se deriva de las cautelas introducidas en algunos Estatutos de Autonomía, no se entiende qué eficacia puedan tener las previsiones de una ley ordinaria frente a las de los Estatutos. Y si el objetivo es más modesto y se pretende sólo aclarar el panorama de los eventuales mecanismos estatales de intervención para que faciliten la consolidación de determinadas técnicas⁴⁰, se puede conseguir el mismo objetivo sin necesidad del recurso a una ley.

Por otra parte, conviene tener en cuenta que la materia que estamos abordando constituye el punto de encuentro entre los dos niveles fundamentales de distribución de poder, el derivado de la descentralización del Estado y el de la integración europea. Incluso algunos de los aspectos que pretendería regular esta ley, como sucede con la distribución económica de las cargas derivadas de los incumplimientos, al afectar netamente al sistema de distribución de competencias y al sistema de financiación autonómica, no podrían ser abordados en una ley ordinaria, como el propio Consejo de Estado reconoce⁴¹. De hecho, ya se ha mencionado que esta materia es objeto de tratamiento constitucional en algunos estados miembros, llegando incluso en Alemania la Ley fundamental a una regulación pormenorizada del reparto de cargas por incumplimiento entre la Federación y los Estados.

Creo que una concreción de este régimen debería abordarse, en su caso, en el seno de un proceso de reforma constitucional que regulara la incidencia de la integración europea sobre el Estado de las Autonomías. A falta de esta, creo que lo más razonable es atenerse al respecto a la lectura que viene haciendo y que vaya haciendo en el futuro el Tribunal Constitucional.

³⁸ Informe del Consejo de Estado, *op. cit.*, p. 113.

³⁹ AZPITARTE, M.: «El Estado Autonómico Unitario y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción...», *op. cit.*, p. 142.

⁴⁰ Informe del Consejo, *op. cit.*, p. 311.

⁴¹ Informe del Consejo, *op. cit.*, p. 313.

La «diferenciación sostenible»: el desafío del siglo XXI a la descentralización (un estudio comparado de Italia y España, con especial atención a la jurisprudencia constitucional)

Sabrina Ragone

Investigadora García Pelayo.

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC)

SUMARIO: 1. Introducción: la fase actual de la descentralización en Italia y en España. 2. La «solución italiana»: las disposiciones sobre derechos y principios tienen valor político pero no jurídico. 3. La «solución española»: las disposiciones sobre derechos y principios son interpretadas por el Tribunal Constitucional. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN: LA FASE ACTUAL DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN ITALIA Y EN ESPAÑA

Las investigaciones de Derecho comparado demuestran que la descentralización es uno de los campos donde la circulación de modelos es constante y fructífera, con referencia tanto a las normas legales como a la jurisprudencia y la doctrina. Este fenómeno conlleva imitaciones de soluciones adoptadas en otros ordenamientos, sobre todo cuando existen problemas paralelos en contextos parecidos.

Los estados federales y regionales presentan un nivel elevado de inestabilidad, debido a la presencia de varias Instituciones representativas en el territorio, cuya ambición suele ser conseguir cada vez más autonomía.

La premisa metodológica de este estudio es que la descentralización en España y en Italia ha alcanzado ahora el mismo estadio evolutivo, dividiendo dicho proceso en diferentes fases.

El primer nivel de desarrollo de un sistema descentralizado consiste siempre en el establecimiento de las entidades territoriales; a pesar de la distancia temporal entre la regulación constitucional de este aspecto en los dos países examinados (Italia 1948; España 1978), la realización concreta de las autonomías empezó en los años '70 del siglo pasado en ambos casos.

En Italia, el proceso comenzó inmediatamente para las Regiones especiales (Sicilia, Cerdeña, Trentino-Alto Adigio y Valle de Aosta ya tenían sus estatu-

tos en 1948, y posteriormente Friuli-Venecia Julia); en 1963 se creó la Región Molise; pero la descentralización real, que afectaba a todo el territorio, se dio más tarde. En 1970 las Regiones ordinarias fueron creadas y con el decreto 616/1977 el Estado les delegó funciones administrativas.

En España, poco después de la adopción de un modelo constitucional abierto, dos estatutos de autonomía fueron aprobados rápidamente, en 1979 (para País Vasco y Cataluña, que son Comunidades autónomas especiales o rápidas), y luego el gallego y el andaluz. En 1981 los principales partidos adoptaron los denominados *acuerdos autonómicos*, con el objetivo de conseguir una mayor homogeneidad empleando para los dos tipos de Comunidades autónomas («rápidas» y «lentas») la organización institucional que había sido originariamente prevista para las especiales. Así, pocos años o incluso meses después, todas las Comunidades tenían su estatuto.

El segundo estadio, en mi opinión, es la estabilización de las Instituciones: no es una fase estática, porque en ella el Estado intenta alcanzar un equilibrio entre los órganos centrales y los regionales. Normalmente el ordenamiento se asienta gracias a la legislación y a la jurisprudencia constitucional.

Esto es lo que pasó en Italia: el papel de la Corte Constitucional fue fundamental en la definición de las competencias y de las características generales del sistema, sobre todo con referencia a la necesaria coordinación entre los diferentes niveles. El Parlamento nacional también tuvo un rol esencial en la distribución de las funciones y la identificación de los instrumentos para el ejercicio de las competencias compartidas (por ejemplo, se creó la Conferencia permanente Estado-Regiones). Luego, dos leyes adoptadas en 1997 (59 y 127) llevaron a la máxima descentralización administrativa posible sin reforma constitucional. Para finales de los '90, el sistema era lo suficientemente estable como para estar listo para modificaciones sustanciales.

Lo mismo se puede decir de la evolución de la organización territorial española: a finales de los años '80, se dio la oportunidad al grupo de Comunidades «lentas» de lograr el mismo nivel de autonomía de las especiales y éstas arrancaron el proceso para conseguir dicho objetivo. En 1992 otro acuerdo político propició una mayor uniformidad, que fue alcanzada al final del siglo.

La fase siguiente presenta considerables desafíos para el equilibrio del Estado en su totalidad, con referencia al deseo de diferenciación, especialmente en los derechos fundamentales. Esta fase es la que los dos países examinados están viviendo ahora.

En Italia, desde las reformas constitucionales de 1999 y 2001, ha habido una notable inclinación hacia la diferenciación. La nueva configuración de los estatutos de autonomía presenta dos tipos de contenidos, necesarios y opcionales: algunas cuestiones críticas han surgido de la primera categoría, pero más de la segunda (Ragone 2007: 98).

En efecto, el art. 123 de la Constitución italiana, tras la enmienda, otorga a las Regiones ordinarias competencias sobre la forma de gobierno, los prin-

cimientos básicos de organización y funcionamiento y otros aspectos (Cuocolo 2003: 305; D'Alessandro 2008: 191; D'Atena 2000: 614). La falta de delimitación clara de los contenidos necesarios ha provocado una serie de conflictos constitucionales relacionados con este problema (había habido jurisprudencia constitucional también sobre los estatutos de primera generación: se pueden recordar, por ejemplo, las sentencias 40/1972, 829/1988 y 921/1988). La solución en su momento había sido reconocer que las normas programáticas eran legítimas: la Corte Constitucional afirmó que «potencialmente» los legisladores regionales podían seleccionar algunos fines y principios para el ejercicio de sus competencias: estas reglas representarían los objetivos políticos principales de cada territorio. Y los Parlamentos regionales, en la reciente ola de reformas de los estatutos tras las revisiones constitucionales mencionadas, desde 2001 han incluido numerosos principios y derechos (como si se tratara de Constituciones: Groppi 2004: 2), lo cual ha fundamentado varios recursos del Estado.

La situación española es parecida, aunque el fenómeno no depende de una reforma expresa: aspiraciones evidentes de conseguir mayor autonomía se manifestaron con el intento de aprobar el denominado «Plan Ibarretxe» en el País Vasco en 2003, puesto que éste suponía una suerte de acuerdo entre la Región y el Estado, como si fueran dos entidades soberanas. Tras el fracaso de este primer intento, el debate doctrinal y político se concentró en el caso catalán: el estatuto fue aprobado en 2006 y representó un modelo para las demás Comunidades.

En ambos casos, las sentencias sobre los estatutos fueron fundamentales para entender el alcance de la posible diferenciación en un Estado descentralizado, pero no federal. La cuestión no es sólo cultural o política, al tener una clara dimensión jurídica y constitucional, porque está conectada a las consecuencias de uno de los principios fundamentales: la igualdad.

En varias ocasiones los políticos han evitado solucionar el problema, pero los Tribunales no podían demorar sus decisiones. Por ello un análisis de la jurisprudencia es indispensable para comprender cuál ha sido la «respuesta preliminar» a la diferenciación en Italia y en España.

Trataré de subrayar las similitudes y las diferencias entre los dos casos estudiados, adoptando una perspectiva comparada y resaltando las imitaciones expresas o implícitas.

2. LA «SOLUCIÓN ITALIANA»: LAS DISPOSICIONES SOBRE DERECHOS Y PRINCIPIOS TIENEN VALOR POLÍTICO PERO NO JURÍDICO

Como para los estatutos de primera generación, también en la segunda las opiniones más críticas invistieron las normas programáticas. A pesar de las sugerencias doctrinales, cada Parlamento regional ha seleccionado diferentes principios y derechos para distinguirse de los demás.

La Corte Constitucional confirmó que estas fuentes no pueden vulnerar ni la letra de la Constitución ni su «espíritu» (sentencia 304/2002), puesto que tienen que estar en armonía con todas sus normas y principios (sentencia 196/2003). En consecuencia, los estatutos no pueden contener normas contrarias a ninguna parte de la Carta fundamental, pero al mismo tiempo los redactores tendrían que evitar repeticiones inútiles.

No obstante, la amplia categoría de los principios ha sido interpretada de formas muy variadas, incluyendo todo tipo de objetivos y fines, para diseñar una suerte de «forma de Región». Dichos principios intentan reflejar las exigencias específicas de las comunidades afectadas (Rossi 2005: 62): hay muchas referencias a la identidad regional y a las banderas, los escudos y los símbolos. En general, los principios más presentes son la igualdad (formal y sustancial, con especial atención a algunos grupos, entre ellos los discapacitados, los jóvenes o los ancianos); la subsidiariedad y la defensa del patrimonio natural y artístico. A menudo se hace referencia a la protección de las minorías lingüísticas y a la lucha por la paz y la solidaridad.

Por lo que se refiere a los derechos fundamentales, la cuestión toca el corazón de la distribución horizontal del poder: en los sistemas descentralizados, la relación entre derechos «nacionales» y «locales» depende directamente de la regulación de la forma de Estado (Bifulco 2001: 1757). Una apertura se podría encontrar en el art. 117 m) de la Constitución, que encomienda al Estado la definición de los niveles esenciales en las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales a garantizar en todo el territorio: las Regiones podrían regular derechos adicionales y añadir garantías ulteriores a los que se aplican en todo el territorio.

Por otra parte, muchas disposiciones estatutarias simplemente repiten las libertades constitucionales: por ejemplo el derecho a la salud, el derecho al trabajo y a la educación o la libertad religiosa. Entre los derechos de participación, los más debatidos atañen a la extensión del voto a los extranjeros residentes, como lo establecían dos Regiones (Toscana y Emilia-Romaña); el Estado recurrió estas normas frente a la Corte Constitucional. Una tutela especial es establecida a menudo para las familias, pero algunos estatutos han añadido al concepto tradicional la asistencia para diferentes grupos familiares (por ejemplo, los de Toscana, art. 4.1, y Umbría, art. 9.2): dichas normas fueron juzgadas en las sentencias que examinaré en este apartado (Pegoraro y Ragone 2010: 114).

Los derechos más originales guardan relación con la vivienda, el deporte, la música y los consumidores, cuya protección depende de decisiones políticas a favor de una información veraz, de la seguridad y calidad de los productos, además de la pluralidad de oferta. Otro aspecto peculiar concierne a la defensa de los animales, a veces acompañada por la afirmación de que los mismos gozan de verdaderos derechos (Longo 2007: 233).

Volviendo a la jurisprudencia constitucional, deseo subrayar de nuevo que la posición de la Corte sobre las normas programáticas en los años '70 había

llevado a la creación de la categoría de los contenidos eventuales, es decir, las prioridades de cada Región, considerada como un ente representativo de una comunidad específica, con sus intereses y expectativas. Además de los instrumentos administrativos y legislativos (limitados a su territorio), a las Regiones se les permitió perseguir estos fines mediante otros medios, como la iniciativa legislativa, la participación y las consultas. Su papel justificaba que tomaran una posición política respecto de aquellos asuntos que afectaban a su población, aunque surgiesen en otras partes del país.

Dicha postura fue confirmada con relación a la segunda generación de estatutos, a pesar de las reformas constitucionales mencionadas: estas normas pueden ser adoptadas, aunque no estén necesariamente conectadas a las funciones regionales. Pero la Corte manifestó dudas sobre su valor legal desde la primera decisión (sentencia 2/2004) y en las siguientes (sentencias 372, 378 y 379/2004) reiteró la distinción entre contenidos obligatorios y opcionales. La sentencia 372/2004 se refería al estatuto de la Toscana, especialmente a su art. 3.6 sobre el objetivo de reconocer a los inmigrantes residentes el derecho de voto y con el art. 4.1 h), que prevé la protección de formas familiares diferentes al matrimonio tradicional; la 378/2004 tenía que ver con el estatuto de Umbría y en particular con su tutela de la familia (art. 9.2); la 379/2004 concernía al artículo del estatuto de Emilia-Romaña, que definía el voto para los extranjeros residentes como uno de los objetivos políticos fundamentales (art. 2.1 f).

El aspecto innovador de estas decisiones fue que la Corte especificó que el segundo tipo de normas (las opcionales) no tienen eficacia legal, porque son simplemente expresión de la sensibilidad política. Su valor, en consecuencia, es sólo cultural o político, pero no legal: por ello el recurso del Gobierno fue inadmitido, pues las normas no tendrían capacidad de vulnerar la Constitución.

Aunque ocupan la posición suprema en el ordenamiento regional (como lo aclaró la sentencia 304/2002), los magistrados decidieron que estas normas no pueden ser comparadas con las disposiciones programáticas de la Constitución, que cumplen una función especial indicando al legislador finalidades específicas y son útiles a la hora de interpretar y completar las fuentes jurídicas.

De este planteamiento surgen varias cuestiones: en primer lugar, las normas regionales programáticas no tienen efectos legales a pesar de encontrarse en un acto legislativo (Anzon 2004: 4059); así los intérpretes (pero incluso los ciudadanos) son llamados a distinguir entre reglas con o sin valor vinculante. En segundo lugar, si no hay consecuencias, cualquier objetivo podría ser incluido en los estatutos —en mi opinión, en realidad, el recurso fue inadmitido porque las normas impugnadas eran globalmente coherentes con la Constitución—.

Otra cuestión sería la ausencia de distinción según la materia y particularmente la competencia legislativa (un estatus parcialmente diferenciado

parece haber sido reconocido sólo a los derechos relacionados con los contenidos obligatorios; véase Flick 2009: 12): en las materias de competencia regional sería más fácil usar las normas programáticas como orientación cuando se adoptan leyes sobre estos temas.

3. LA «SOLUCIÓN ESPAÑOLA»: LAS DISPOSICIONES SOBRE DERECHOS Y PRINCIPIOS SON INTERPRETADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Aunque los estatutos de primera generación no dedicaban muchas disposiciones a los derechos fundamentales, algunas cuestiones particulares fueron sometidas al Tribunal Constitucional. Según su doctrina, éstos representan un patrimonio común de todos los ciudadanos individual y colectivamente (STC 25/1981) y el Estado dispone de la competencia para establecer su contenido esencial mediante leyes orgánicas (STC 208/1999).

En la fase más reciente de aprobación de los estatutos, como he recordado en la introducción, el debate doctrinal y político se centró en el caso catalán, mientras que menos atención fue dedicada al estatuto valenciano, aprobado también en 2006. A pesar de la poca atención prestada a este caso, la decisión del Tribunal Constitucional (STC 247/2007) sobre el estatuto representó el comienzo de la jurisprudencia que condujo a la primera solución, pues fue más allá de la cuestión específica (el denominado *derecho al agua*) para afrontar problemas teóricos relacionados con el principio dispositivo aplicado a la descentralización.

El recurso en contra del estatuto catalán abarcaba a un amplio abanico de cuestiones, puesto que el número de normas impugnadas era mucho más elevado (Solozábal Echevarría 2009: 181). La ausencia de un acuerdo nacional previo al respecto y las evidentes ambiciones reflejadas en este documento causaron una notable tensión política y social: era inevitable que diferentes Instituciones lo recurriesen (en primer lugar el Partido Popular, pero también el Defensor del Pueblo y otras Comunidades Autónomas).

La sentencia más importante, seguida por otras que por lo general reiteran la doctrina expresada en la primera (por ejemplo la STC 137/2010 y la STC 138/2010), fue la STC 31/2010. Sus implicaciones potenciales eran enormes (pues las cuestiones eran cruciales y copiosas, como lo subrayan Tornos Mas 2010: 18 y Viver Pi-Sunyer *et al.* 2010: 3), pero algunos autores consideran que el Tribunal no se concentró en los aspectos que le habrían permitido reconfigurar la forma de Estado tras treinta años de práctica (Tur Ausina y Álvarez Conde 2010: 38).

Se trata de una sentencia mayoritariamente interpretativa, desde varias perspectivas: en primer lugar, el resultado es una reducción del carácter innovador del estatuto, porque los magistrados re-escribieron muchas normas; al mismo tiempo, mandaron un mensaje acerca de la dirección general que está tomando el sistema descentralizado español.

Este tipo de sentencia es diferente de las italianas (donde los recursos no fueron admitidos debido a la falta de potencialidad lesiva de las normas), pero igualmente se han planteado varias cuestiones, pues el Tribunal decidió ofrecer una interpretación, en lugar de declarar, si procedía, la inconstitucionalidad de las normas. Las consecuencias se repercutirán en los sujetos que tengan que implementar el estatuto, y el riesgo más serio es que éstos ignoren la exégesis dada por el Tribunal (Blanco Valdés 2010: 4).

La sentencia analiza partes diversas del estatuto, pero en el presente estudio me centraré en las normas que aspiran a manifestar características específicas de la Comunidad Autónoma, especialmente sobre los derechos fundamentales.

En primer lugar, en el preámbulo y en el título preliminar se encuentran referencias a los símbolos nacionales y en general a la naturaleza nacional de la región y al papel peculiar de la *Generalitat* por lo que se refiere a derecho privado, idiomas y cultura. El Tribunal, a pesar de su doctrina anterior, analiza el preámbulo del estatuto para disminuir su valor interpretativo: en efecto, aunque una comunidad pueda representarse a sí misma como un grupo «nacional» desde un punto de vista ideológico, histórico y cultural, la única nación reconocida en la Constitución es España, como Estado soberano.

En segundo lugar, un aspecto muy debatido fue el uso preferencial del catalán por parte de la Administración y los medios de comunicación públicos: el Tribunal examinó diferentes aspectos (educación; relaciones con Administración y entidades privadas...) y afirmó que la regulación podía vulnerar la cooficialidad de los idiomas de las Comunidades Autónomas, llegando a establecer otra interpretación. A pesar de la igualdad entre las dos lenguas en muchos sentidos, la obligación de hablar catalán no puede ser comparada con el deber de conocer el castellano, porque el primero consiste en una condición peculiar, referida a campos específicos donde es importante dejar que los ciudadanos elijan el idioma para interactuar con los poderes públicos.

En tercer lugar, los derechos fundamentales y los principios fueron contestados porque el Gobierno consideraba que se trataba de competencias estatales (Castellà Andreu 2010: 10): en particular, las cuestiones eran el carácter secular de la educación y, aún más, el derecho a una muerte digna. La posición del Tribunal fue que estas normas no son derechos fundamentales, porque vinculan exclusivamente al legislador autonómico en los límites de las materias que ha asumido.

En la sentencia se argumentó que el estatuto no había creado nuevos derechos fundamentales respecto de los constitucionales, dado que dicha fuente no está habilitada para incidir en este ámbito. Se superó la distinción elaborada en la STC 247/2007 entre «derechos competenciales» y «derechos institucionales» adoptando una nueva perspectiva: la división entre normas que implican un mandato para el legislador y las que contienen derechos subjetivos plenos. La regulación legal de las dos categorías es diferente: al lado de los derechos, existen principios básicos que pueden ser convertidos en derechos sólo mediante la intervención del legislador. En general, las Comunidades Autónomas

pueden regular derechos a condición de que respeten ciertos requisitos, por ejemplo sin violar las normas internacionales o constitucionales y sin afectar a materias que no son de su competencia.

4. CONCLUSIONES

Los dos casos analizados demuestran la importancia de la diferenciación territorial desde un punto de vista político y no sólo jurídico: es una cuestión muy delicada para el legislador nacional y más para los Tribunales Constitucionales. Ello explica, por lo menos en parte, la elección de ambos órganos jurisdiccionales, que intentaron evitar declarar la inconstitucionalidad de las normas (si se excluyen algunas excepciones marginales).

Aunque la regulación sigue formalmente en vigor, ha sido distorsionada completamente, pues la «solución» fue desvirtuar el significado de los estatutos.

El mecanismo usado por la Corte italiana fue privar algunas normas del estatuto de cualquier valor legal, mientras que el Tribunal español interpretó las normas y les atribuyó un significado diferente. Posiblemente el segundo método sea preferible, porque propicia un diálogo con las fuerzas políticas, pero el resultado sigue siendo negativo, dado que los problemas son transferidos desde el momento de la decisión a la ejecución de las normas.

Además, no se reconoce ninguna relevancia a la posición de estas fuentes del derecho, que se sitúan en el nivel más elevado dentro del ordenamiento regional, y particularmente a su posible uso como parámetro para evaluar la legitimidad de otros actos regionales. El resultado es un evidente desafío a la seguridad jurídica. Podríamos añadir que en las Comunidades españolas y en las Regiones italianas se han creado órganos específicos para el control de la «estatutalidad» de las leyes ordinarias: ¿podrán éstos emplear como parámetro a las normas objeto de las sentencias? ¿Y qué pasará si lo hacen?

En mi opinión, sería fundamental distinguir entre competencias legislativas estatales y regionales: este perfil fue abarcado en profundidad por el Tribunal Constitucional español, pero no se encuentra en la jurisprudencia italiana citada (porque la Corte no entró en el fondo de la cuestión). Los principios relacionados con las materias de competencia regional podrían ser útiles para el desarrollo futuro, si la Región puede legislar en dicho ámbito.

La última implicación de esta doctrina es que los estatutos regionales no son Constituciones: esta es la diferencia extrema respecto de los estados federales y se manifiesta muy fuertemente en la regulación de los derechos. En realidad, en un sistema multinivel, habría sido más acertado reconocer alguna forma de intervención de las Regiones sobre los derechos, sólo en sus competencias y en el respeto a las normas de nivel más alto. Así el Estado (y más específicamente el derecho de la UE o los acuerdos internacionales en general) establecería los contenidos esenciales de los derechos, pero los entes descentralizados podrían implementarlos, ofreciendo una protección más efectiva.

Finalmente, diría que la primera respuesta al deseo de diferenciación no es muy satisfactoria, porque la idea de llegar a un compromiso ha llevado a resultados espurios. Probablemente será necesario alcanzar un equilibrio político y social antes de que los Tribunales puedan dar una aportación profunda a la nueva etapa de la descentralización.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ANZON, A., «La Corte condanna all' "inefficacia giuridica" le norme "programmatiche" degli statuti regionali ordinari», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, pp. 4057-4067.
- BIFULCO, R., «Nuovi statuti regionali e ("nuovi") diritti regionali», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, pp. 1757-1763.
- BLANCO VALDÉS, R.L., «El estatuto catalán y la sentencia de nunca acabar», en *Claves de Razón Práctica*, n.º 205, 2010, pp. 4-18.
- CARETTI, P. (ed.), *Observatorio sulle fonti 2005. I nuovi statuti regionali*, Turín, 2006, p. 364.
- CASTELLÀ, A., *La sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña y su significado para el futuro del Estado autonómico*, 2010. En: <http://www.funciva.org>
- CERMEL, M. (ed.), *La nuova stagione degli statuti regionali*, Padua, 2003, p. 122.
- CUOCOLO, F., «La nuova potestà statutaria regionale», en *Quaderni costituzionali*, n.º 2, 2003, pp. 295-317.
- D'ALESSANDRO, G., *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie*, Padua, 2008, p. 374.
- D'ATENA, A., «La nuova autonomia statutaria delle Regioni», en *Rassegna Parlamentaria*, n.º 3, 2000, pp. 599-622.
- DI CASIMO, G., *Statuti atto II- Le regioni e la nuova stagione statutaria*, Macerata, 2007, p. 387.
- Flick, G.M., «Nuovi diritti fondamentali e ruolo delle Regioni», en *Quaderni Regionalii*, n.º 1, 2009, pp. 9-21.
- GAMBINO, S., «Regioni e diritti fondamentali. La riforma costituzionale italiana nell'ottica comparatistica», en GAMBINO, S. (ed.), *Il «nuovo» ordinamento regionale. Competenze e diritti, Confronti europei (Spagna, Germania, Regno Unito)*, Milán, 2002, pp. 3-75.
- GROPPI, T., *I nuovi statuti delle Regioni dopo le sentenze 372, 378 e 379/2004 della Corte costituzionale*, 2004.
- LE ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO, «Il regionalismo differenziato» (número especial), n.º 1, 2008.
- LE ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO, *La differenziazione regionale e i suoi limiti: un confronto tra Italia e Spagna* (número especial), n.º 1, 2011.
- LONGO, E., *Regioni e diritti. La tutela dei diritti nelle leggi e negli statuti regionali*, Macerata, 2006, pp. 314.
- LUCIANI, M., «I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m. della Costituzione)», en *Politica del Diritto*, n.º 3, 2002, pp. 345-359.
- PEGORARO, L. y RAGONE, S., «Los derechos regionales en el sistema constitucional italiano con especial referencia a su regulación estatutaria», en GAVARA DE CARA, J.C.

- (ed.), *Los derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*, Barcelona, 2010, pp. 89-120.
- RAGONE, S., «Gli statuti regionali tra contenuti necessari e contenuti eventuali (con particolare riguardo alle problematiche della definizione della forma di governo e delle norme programmatiche)», in ROSSI, E. (ed.), *Le fonti del diritto nei nuovi statuti regionali*, Padua, 2007, pp. 63-99.
- LE REGIONI, *Le norme programmatiche degli statuti dopo le sentenze della Corte costituzionale*. Otto opinioni, 2005.
- REVISTA CATALANA DE DRET PÚBLIC, *Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, número especial, 2010.
- ROSSI, E., «Principi e diritti nei nuovi Statuti regionali», in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2005, pp. 51-96.
- RUGGERI, A., *Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali*, 2011. En: www.giurcost.it
- SOLOZABAL ECHEVARRIA, J.J. «El estatuto de Cataluña ante el Tribunal Constitucional», en *Teoría y realidad constitucional*, n.º 24, 2009, pp. 173-190.
- TEORIA Y REALIDAD CONSTITUCIONAL, *La STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña* (número especial) 27, 2011.
- TORNOS MAS, J., «El estatuto de autonomía de Cataluña, y el Estado autonómico, tras la sentencia del Tribunal constitucional 31/2010», en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 15, 2010, pp. 18-25.
- TUR AUSINA, R. y ALVAREZ CONDE, E., *Las consecuencias jurídicas de la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña. La Sentencia de la Perfecta Libertad*, Cizur Menor, 2010, p. 345.
- VIVER PI-SUNYER, C.; BAYONA ROCAMORA, A. y GALOFRÉ I CRESPI, J., *Informe sobre la STC que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por 50 diputados y senadores del Partido Popular contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, 2010.

La participación de los *länder* alemanes y de las comunidades autónomas en la Unión Europea: un análisis comparado

Cristina Elías Méndez

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: 1. A modo de introducción. 2. Alemania. 2.1. Formas de cooperación de los *länder* con la Federación en asuntos de la Unión Europea. 2.2. Participación directa de los *länder* en la Unión Europea. 2.3. La participación de los *länder* en la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. 3. España. 3.1. Formas de cooperación de las Comunidades Autónomas con el Estado central en asuntos de la Unión Europea. 3.2. La participación directa de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea. 3.3. Participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. 4. Análisis comparado y conclusiones.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La participación de las regiones en la Unión Europea supone un elemento clave en la integración de los estados federales y en el proceso de construcción europea. Conviene recordar que el proceso de integración europea conlleva un traslado de competencias a Europa que frecuentemente afecta a las competencias de las regiones. En este trabajo nos vamos a ocupar de la fase ascendente, de formación del Derecho de la Unión. Alemania, Estado federal de referencia y país pionero en la participación de las regiones en Europa, presenta un dinámico modelo de participación. Las diversas reformas constitucionales que han tenido lugar en dicho país en los últimos años se han ocupado de este tema, lo que pone de relieve que la articulación de la participación de los *länder* en la Unión Europea supone uno de los retos que el modelo federal alemán tiene actualmente planteados. Por su parte, el Tratado de Lisboa ha venido a impulsar una mayor participación de los parlamentos nacionales en la UE a través del principio de subsidiariedad. La reforma constitucional del artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn de 2008, la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el Tratado de Lisboa de 30 de junio de 2009 y las consiguien-

tes reformas legislativas han reforzado la participación del Parlamento alemán en el proceso de integración europea. El *Bundesrat* y, a través de esta Cámara, los *länder* que la integran, refuerzan así su papel y funciones con respecto a la Unión Europea.

En España, el lento proceso de creación de mecanismos de participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea, sustentado durante largo tiempo en acuerdos políticos, se ha visto fortalecido por las disposiciones incluidas en los Estatutos de Autonomía reformados en los últimos años. La posibilidad de participación de las Comunidades Autónomas en las delegaciones españolas ante las instituciones europeas; los deberes de información del Gobierno a las autonomías; los procedimientos de control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; y la posibilidad de disponer de oficinas en Bruselas, se recogen —entre otros avances— en los Estatutos de Autonomía de segunda generación. A este respecto es preciso en todo caso tener en cuenta el análisis constitucional que de las relaciones de participación ha realizado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 31/2010.

Mediante este trabajo se pretende presentar una visión de conjunto de los diversos mecanismos de participación de los *länder* alemanes y de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea como forma de evaluación de ambos modelos y punto de partida para la generación de propuestas de mejora.

2. ALEMANIA

2.1. Formas de cooperación de los *länder* con la Federación en asuntos de la Unión Europea

El cauce más importante de participación de las regiones en la Unión sigue siendo la cooperación de las mismas con el Estado central, lo cual se explica por las dificultades de acceso directo a la Unión que el nivel infraestatal sigue encontrando.

El rasgo más relevante que a este respecto aporta Alemania —junto a otros países como Austria o Bélgica— es la constitucionalización de dicha cooperación. El proceso reivindicativo de los *länder* se plantea por el país germano, pionero en este campo, prácticamente desde el origen de las Comunidades Europeas, con la aprobación de leyes y acuerdos políticos, entre los que destaca el Acuerdo de Lindau entre el Gobierno federal y los *länder* de 1957, acuerdo que se reedita en 1987.¹ Se acompaña asimismo de la aprobación de leyes de cooperación entre la Federación y los *länder* en asuntos de la Unión Europea. Tras la ratificación del Tratado de Maastricht en 1992, se constitucionaliza final-

¹ SUSCYCKA-JASCH, M. y JASCH, H.C., «The participation of the German Länder in Formulating EU-policy», en *German Law Journal*, vol. 10, n.º 9, 2009, pp. 1215-1256.

mente dicha posibilidad de cooperación con el llamado artículo «UE» de la Ley Fundamental de Bonn (LFB, antes artículo 24, actualmente artículo 23).

En el artículo 23.2 de la Constitución alemana vigente se contempla el principio general de participación de los *länder* en los asuntos de la Unión («En los asuntos vinculados con la Unión Europea participan el *Bundestag* y los *länder* a través del *Bundesrat*.») También el artículo 50 LFB prevé esta participación: «Los *länder* participarán, por medio del *Bundesrat*, en la legislación y en la administración de la Federación y en los asuntos de la Unión Europea.» Para posibilitar su aportación, la Constitución exige al Gobierno federal que informe a ambas Cámaras (*Bundestag* y *Bundesrat*) en detalle y con la menor dilación posible.

A esto se suman dos previsiones más en este mismo sentido: La transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea que corresponde a la Federación requiere la aprobación del *Bundesrat* (art. 23.1 LFB). Además, como principio general, el *Bundesrat* deberá participar en la formación de la voluntad de la Federación en tanto tuviera que participar en las correspondientes medidas a nivel nacional o en tanto los *länder* fueran competentes a nivel nacional (art. 23.4 LFB).

Asimismo, la Ley Fundamental establece un sistema de participación de los *länder* articulado en función de su nivel competencial sobre cada materia (art. 23.5): En un primer nivel de cooperación más débil, en tanto los intereses de los *länder* resulten afectados en una materia de competencia exclusiva de la Federación o en la medida en que la Federación tenga, por lo demás, el derecho de legislar, el Gobierno Federal «tendrá en cuenta» la toma de posición del *Bundesrat*. En un segundo nivel, cuando se vean afectadas las competencias legislativas de los *länder*, la organización administrativa o sus procedimientos administrativos, el punto de vista del *Bundesrat* «habrá de ser tenido en cuenta —a dicho respecto— de forma determinante en la formación de la voluntad de la Federación», lo cual no obsta para que se mantenga la responsabilidad de la Federación por el Estado en su conjunto. La aprobación del Gobierno Federal será necesaria para toda cuestión susceptible de implicar un aumento de los gastos o una reducción de los ingresos de la Federación.

2.2. Participación directa de los *länder* en la Unión Europea

Las estrategias de participación directa de las regiones en la Unión Europea impactan sobre la arquitectura institucional de la misma lo que ha dado lugar por un lado al Comité de las Regiones, que, como órgano consultivo y de representación de regiones muy heterogéneas entre sí, mantiene un solamente limitado margen de influencia, habiendo defraudado las expectativas de que pudiera erigirse en una hipotética Cámara territorial de la Unión. Alemania está representada en el Comité de Regiones por veinticuatro miembros y veinticuatro suplentes, veintiuno de los cuales representan a los dieciséis gobiernos o parla-

mentos regionales, rotando cinco representantes entre los *länder* en función de su población.

También las oficinas o delegaciones de las regiones ante la Unión Europea han supuesto un mecanismo, impulsado desde los propios *länder* o Comunidades Autónomas, que ha posibilitado la presencia de hecho de los entes infraestatales en Bruselas, erigiéndose en numerosos casos en un activo cauce de información y traslado de intereses hacia las regiones.²

Una vía importante de participación fue en su día la posibilidad abierta por el Acta Única Europea de 1986 que permitió la participación de representantes regionales en los Comités consultivos de la Comisión y del Consejo.

La aprobación del Tratado de la Unión Europea supuso la previsión de la posibilidad de que Ministros regionales pudieran representar en el Consejo a un Estado miembro. En Alemania, se modificó el artículo 23.6 para posibilitar la representación del conjunto de la Federación por un representante de los *länder* de rango ministerial en cuestiones que fueran competencia exclusiva de los Estados, que entonces rezaba: «cuando en un punto esencial resulten afectadas competencias legislativas exclusivas de los Estados (cultura, educación —excepto formación profesional—, turismo, organización de la Policía y organización jurisdiccional y administrativa), la Federación deberá encomendar a un representante de los Estados, designado para ello por el *Bundesrat*, el ejercicio de los derechos que correspondan a la República Federal de Alemania como Estado miembro de la Unión Europea. El ejercicio de estos derechos se hará con la participación y la conformidad del Gobierno federal, debiéndose en todo caso salvaguardar la responsabilidad de la Federación respecto del Estado en su conjunto.» En la práctica la delegación se componía en este caso de un representante de la Federación y otro de un *land* para la negociación en los ámbitos de competencia exclusiva de los Estados.

La reforma constitucional del modelo federal de 2006 aportó novedades importantes a este respecto. Se aspiró en general a la clarificación del reparto competencial,³ también en relación con la Unión Europea, ámbito en el que se pretendía asimismo lograr una representación eficiente de Alemania. Al efecto se logra no obstante únicamente una pequeña reforma orientada a reducir las materias en que los *länder* van a poder representar a la Federación, que se concentra en el llamado núcleo de soberanía cultural (educación en la escuela, cultura y radiodifusión), permitiendo en contrapartida un mayor grado de intervención de los *länder* que asumen la representación de la Federación:

² CASTELLÀ ANDREU, J.M. «Las Comunidades Autónomas en Bruselas: la dimensión externa de la participación autonómica en la Unión Europea», en *REAF*, n.º 6, 2008, pp. 75 y ss.

³ ELÍAS MÉNDEZ, C., «La reforma de la Constitución financiera en Alemania: una reforma pendiente», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 6, 2006, p. 224.

GONZÁLEZ PASCUAL, M.I. «¿Deben continuar los *länder* negociando en el Consejo de la UE? De la *Landesblindheit* a la *Europafähigkeit* en el marco de la reforma federal de 2006», en *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 29, 2009, p. 63.

«(6) Cuando en su esencia sean afectadas competencias legislativas exclusivas de los *länder* en las materias de la educación escolar, de la cultura o de la radiodifusión, el ejercicio de los derechos de que goza la República Federal de Alemania en tanto Estado miembro de la Unión Europea deberá ser transferido por la Federación a un representante de los *länder* designado por el *Bundesrat*. El ejercicio de los derechos se realizará con la participación del Gobierno Federal y de acuerdo con él; se mantendrá la responsabilidad de la Federación por el Estado en su conjunto. (7) La regulación de los apartados 4 a 6 se hará por una ley que requiere la aprobación del *Bundesrat*.» Los problemas de legitimidad constitucional que plantea la traslación de la decisión al representante de los *länder* se ven compensados por la mención a la participación del Gobierno federal.⁴

2.3. La participación de los *länder* en la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa

El Tratado de Lisboa supone un impulso, siquiera sea limitado, a la participación de las regiones en Europa, destacando el papel que se prevé para los parlamentos regionales como órganos de control del principio de subsidiariedad.⁵ Asimismo, Lisboa refuerza el protagonismo de los parlamentos nacionales, lo que en el caso de los Estados compuestos supone una vía para la participación de las regiones a través de una mayor consideración de la Cámara territorial.⁶

Ya hemos mencionado que en Alemania, de conformidad con el art. 23.2 LFB, el *Bundestag* y el *Bundesrat* participan en los asuntos relacionados con la Unión Europea. Además, se ha llevado a cabo a nivel interno un progresivo reforzamiento de la participación parlamentaria en los asuntos de la Unión Europea. Podríamos citar algunos hitos de este proceso, como el Acuerdo entre el Gobierno federal y los gobiernos de los *länder* en asuntos de la UE de 1993, reformado en 1998, la Ley de cooperación entre el Gobierno federal y el *Bundestag* en asuntos relativos a la Unión Europea de 1993, y el Acuerdo entre el *Bundestag* alemán y el Gobierno federal sobre cooperación en asuntos de la Unión Europea conforme a la sección 6 de la Ley de cooperación entre el Gobierno federal y el *Bundestag* en asuntos relativos a la Unión Europea, de sep-

⁴ ARROYO GIL, A., *La reforma constitucional del federalismo alemán*, Institut d'Estudis Autonòmics, 2009, pp. 92 y ss.

⁵ MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La nueva regulación del régimen de competencias en el Tratado de Lisboa: especial referencia al control del principio de subsidiariedad» y PÉREZ GONZÁLEZ, M., «La incidencia del principio de subsidiariedad en las regiones», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa*, Iustel, 2008, pp. 273-292 y 295-307, respectivamente.

⁶ CÀMISÓN YAGÜE, J.A., *La participación directa e indirecta de los parlamentos nacionales en los asuntos de la Unión Europea*, Senado, 2010.

tiembre de 2006, que sirvió para fortalecer los derechos del *Bundestag* a participar en la política europea, ampliando el número de ámbitos en los que el Gobierno federal debía informar al *Bundestag* y estableciendo unos plazos al efecto.

El *Bundestag* cuenta con una Comisión de Asuntos Europeos (*Ausschuß Europäische Union* o *Ausschuß für die Angelegenheiten der Europäischen Union*). La Comisión de Asuntos de la Unión Europea es una de las cuatro comisiones expresamente previstas en la Constitución alemana. El art. 45 de la Ley Fundamental establece que una comisión de tales características debe ser constituida en cada legislatura, creando así una garantía institucional. Dicha Comisión se introdujo en la norma suprema mediante la reforma constitucional operada por Ley de reforma de la LFB de 21 de diciembre de 1992, aunque había sido creada en 1991 como comisión permanente. Se compone de 35 miembros, además de 16 miembros del Parlamento Europeo que se encuentran legitimados para asistir y participar, pero no para votar.⁷

La Comisión de Asuntos de la Unión Europea se incorpora en 1994 al Reglamento del *Bundestag* alemán. Se realizaron de este modo los cambios organizativos y las enmiendas de la norma parlamentaria exigidas para cumplir con el art. 23.2, primera frase, de la Ley Fundamental. Todas las Comisiones del *Bundestag* son responsables de deliberar sobre los asuntos europeos dentro del marco de sus ámbitos competenciales, pero la Comisión de Asuntos de la Unión Europea es el foco central del proceso de decisión parlamentaria sobre política europea. El *Bundestag* puede autorizar a la Comisión de Asuntos de la Unión Europea a emitir una opinión sobre dichos asuntos. Antes de tomar una decisión sobre disposiciones legislativas de la Unión Europea, el Gobierno federal debe dar al *Bundestag* la oportunidad de expresar su opinión, estando obligado a tener en cuenta la opinión de la Cámara en las negociaciones (art. 23.3 LFB).

La Comisión de Asuntos de la Unión Europea garantiza así que el *Bundestag* pueda contribuir a las decisiones tomadas por la UE. Como parte implicada, ayuda a formular e implementar la política alemana relativa a la Unión Europea. Es responsable de asuntos fundamentales relativos a la integración europea, así como de la cooperación con el Parlamento europeo y con los parlamentos nacionales de los estados miembros. A esto se añade la posibilidad de la Comisión de establecer un diálogo directo con el Parlamento Europeo —al estar compuesta también por eurodiputados—, lo que la singulariza respecto de las restantes Comisiones permanentes del *Bundestag*.

En relación con el *Bundesrat*, debemos distinguir la Comisión sobre Asuntos de la Unión Europea (*Ausschuss für Fragen der Europäischen Union*) de la Cámara de Asuntos Europeos (*Europakammer*). El fundamento jurídico general de

⁷ ELÍAS MÉNDEZ, C., «Alemania», en FREIXES SANJUÁN, T.; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. y ROVIRA, A., *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos: Parlamento europeo, parlamentos nacionales, parlamentos regionales con competencias legislativas*, 2013.

la Comisión sobre Asuntos de la Unión Europea del *Bundesrat* es el art. 23 de la LFB y, en concreto, el párrafo 45 del Reglamento del *Bundesrat*. Se compone de un ministro de cada uno de los 16 Estados. La Comisión sobre Asuntos de la Unión Europea cuenta con una larga tradición en el *Bundesrat*. Ya en diciembre de 1957 creó una Comisión especial, «Mercado común y área de libre comercio», que en 1965 se convirtió en una Comisión permanente para los Asuntos relativos a las Comunidades Europeas. El actual nombre de la Comisión procede del momento de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (1993).

Esta Comisión es responsable del examen de todos los documentos del Consejo y de la Comisión europea que son importantes para los Estados federados alemanes. Estos documentos comprenden los borradores de legislación de la Unión Europea, particularmente los reglamentos y directivas, así como las comunicaciones y los libros blancos y verdes. Dichos documentos tratan temas relativos a todos los ámbitos en los que la Unión Europea puede actuar. La Comisión de Asuntos de la Unión Europea generalmente examina los documentos sobre la base de las recomendaciones de las Comisiones especialistas. Este examen está principalmente presidido por las consideraciones que derivan de la política sobre la Unión Europea y sobre la integración europea. La Comisión también considera si hay suficiente base jurídica en el Derecho europeo para los proyectos de legislación y si los principios de subsidiariedad y proporcionalidad han sido respetados. Otro punto fundamental en el examen de la Comisión es si debe darse a la opinión del *Bundesrat* sobre un asunto concreto el máximo respeto posible al definir la posición del Gobierno. En relación con la Ley de responsabilidad para la integración (*Integrationsverantwortungsgesetz*, sobre la que luego volveremos), la Comisión se encarga también de observar si se han tenido debidamente en cuenta los derechos del *Bundesrat*.

La Cámara de Asuntos Europeos está regulada en la Ley Fundamental (art. 52.3.a). Cada *Land* nombra a un miembro del *Bundesrat* o a otra persona para la misma, pudiendo los miembros y los representantes del Gobierno federal participar en las deliberaciones. La misión de la Cámara de Asuntos Europeos consiste en adoptar decisiones en determinados casos en lugar del *Bundesrat*. Como regla general, las decisiones del *Bundesrat* que tengan un impacto jurídico que le trascienda deben ser tomadas por el pleno, que se reúne una docena de veces al año en sesiones públicas. Normalmente este ritmo de reuniones ofrece un marco viable para atender a los proyectos legislativos de la Unión Europea de forma efectiva. En casos excepcionales, sin embargo, el *Bundesrat* puede necesitar responder de forma rápida. La Cámara de Asuntos Europeos fue creada para tratar precisamente tales eventualidades y lidiar con asuntos que necesitan ser examinados de forma confidencial; sus decisiones son consideradas decisiones del pleno del *Bundesrat*. Como regla general, las deliberaciones de la Cámara son públicas, excepto cuando está tratando un asunto confidencial. Los Estados federados tienen el mismo número de votos en

la Cámara de Asuntos Europeos que en el pleno, votos que los *länder* sólo pueden emitir en bloque y siempre y cuando los representantes del *Land* se encuentren presentes, sin admitir delegación.

El Presidente del *Bundesrat* asigna el asunto en cuestión a la Cámara de Asuntos Europeos si ésta es competente para tratar un determinado asunto, si un asunto debe ser tratado de forma urgente o si se requieren deliberaciones confidenciales. El Presidente del *Bundesrat*, en calidad de su representante, puede también asignar el asunto a la Cámara, siempre que la presidencia de la Comisión de Asuntos de la Unión Europea esté de acuerdo.

En síntesis, la Comisión de Asuntos de la Unión Europea es, pues, una de las comisiones parlamentarias permanentes del *Bundesrat*, que se dedica a emitir recomendaciones para las decisiones que deben ser tomadas por dicha Cámara en su conjunto sobre asuntos relativos a la Unión Europea, y, por otra parte, el *Bundesrat* tiene también su propia Cámara de Asuntos Europeos. Cuando en dichos asuntos se requiere una reacción urgente, la Cámara de Asuntos Europeo toma las decisiones en lugar del pleno. En la práctica, la mayoría de los miembros de la Comisión y la Cámara son las mismas personas.

En 2008, a fin de preparar la Ley Fundamental de Bonn para la ratificación del Tratado de Lisboa, se reformaron los artículos 23, 45 y 93, incorporando la posibilidad de plantear acción de subsidiariedad por parte del *Bundestag* y del *Bundesrat* ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.⁸ Se estableció la entrada en vigor de dicha reforma constitucional para el momento de entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

En razón de la legislación que se ha aprobado en Alemania en relación con el proceso de ratificación del Tratado de Lisboa, y de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 30 de junio de 2009 sobre dicho Tratado, se han reformado las normas que regulan la participación parlamentaria en asuntos europeos. El Alto Tribunal estableció en dicha Sentencia la constitucionalidad de la Ley de ratificación, pero la inconstitucionalidad de la Ley de acompañamiento de ampliación y fortalecimiento de los derechos del *Bundestag* y del *Bundesrat* en asuntos de la Unión Europea⁹ porque vulneraba el principio democrático del art. 38 I LFB en relación con el art. 23 I LFB, al no garantizar suficientemente los derechos de participación del *Bundestag* y del *Bundesrat* en los procesos legislativos europeos y de modificación de los Tratados. Así, se procedió a la reforma de dicha Ley de ampliación, cuyo núcleo ha quedado formado por el texto de la Ley de responsabilidad para la integración (*Integrationsverantwortungsgesetz*) de 22 de septiembre de 2009. La Ley de responsabilidad para la integración tiene en cuenta al legislativo en los casos en los que bajo el principio de atribución singular y restringida de competen-

⁸ *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 23, 45 und 93)*, BGBl. I 2008 S. p. 1926.

⁹ *Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union*, (*Bundestagsdrucksache 16/8489*).

cias puede realizarse una reforma del Tratado sin seguir el procedimiento de ratificación.

Como consecuencia de la Sentencia Lisboa, se reformaron también en 2009¹⁰ dos leyes sobre cooperación: la Ley de cooperación entre la Federación y los *länder* en asuntos de la UE (*Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union*) y la Ley de cooperación entre el Gobierno federal y el *Bundestag* alemán en asuntos de la UE, ambas de 1993 (*Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union*). Estas leyes, que forman también parte del vigente texto de la Ley de ampliación y fortalecimiento de los derechos del *Bundestag* y del *Bundesrat*, establecen las obligaciones de información que recaen sobre el Gobierno federal y los derechos del *Bundestag* y del *Bundesrat* a participar en la determinación de la posición de Alemania en las negociaciones en la Unión. La Ley de ampliación recoge así, entre otros aspectos, la participación del *Bundestag* y del *Bundesrat* en las modificaciones del Derecho originario que no queden sometidas a los procedimientos habituales de ratificación, y en la aplicación de Derecho originario que pudiera conllevar la ampliación de las competencias de la Unión Europea, así como la toma de posición del Parlamento. También el Reglamento del *Bundestag* ha sido modificado para regular en detalle, entre otros aspectos, el procedimiento de comunicación de documentos relativos a la Unión Europea o la acción de subsidiariedad (§ 93).

El *Bundestag* lleva a cabo el control del principio de subsidiariedad a través de sus órganos (comisiones, pleno, grupos parlamentarios y administración parlamentaria).¹¹ Se controla el cumplimiento del principio de subsidiariedad a través de discusiones en las comisiones competentes, intercambiando información oral y escrita entre el Gobierno y el *Bundestag*, información que se comunica al pleno para la adopción de una decisión a este respecto. Recordemos no obstante la posibilidad de que el *Bundestag* delegue en la Comisión de Asuntos Europeos el ejercicio de los derechos reconocidos a la Cámara en este sentido (art. 45 LFB). En este procedimiento no se prevé la intervención de los parlamentos regionales, que se vehicula, como después veremos, a través del *Bundesrat*.

El *Bundesrat*, por su parte, realiza el control de todos los proyectos legislativos que afecten a los intereses de los *länder*, lo que se lleva a cabo por su Comisión de Asuntos de la UE y por las Comisiones implicadas. El Gobierno federal debe informar puntualmente al *Bundesrat* de cualquier iniciativa legislativa de la UE que afecte a los intereses de los *länder*, lo que incluye la obligación de comparecer. Las deliberaciones del *Bundesrat* suelen tener lugar en el seno de la Comisión de Asuntos de la UE a partir de las recomendacio-

¹⁰ Por Ley de 22 de septiembre de 2009 (BGBl. I p. 3031).

¹¹ <http://www.cosac.eu/en/info/earlywarning/countryspecific/Allemagne/bundestag/>

nes de las Comisiones sectoriales específicas. La oficina de la Comisión de Asuntos de la UE prepara entonces un documento que se discute en el pleno, adoptándose una posición. Como ya se ha indicado, en caso de urgencia puede recurrirse a la Cámara de Asuntos Europeos. El Gobierno federal debe proporcionar al *Bundesrat* un plazo razonable para que éste pueda emitir una opinión. Recordemos también que la nueva Ley de responsabilidad para la integración refuerza las obligaciones del Gobierno federal de información al Parlamento.

Con respecto a las relaciones entre ambas Cámaras, las dos reciben directamente las propuestas de la Comisión europea y los documentos que les proporciona el Ministerio federal competente. *Bundestag* y *Bundesrat* en principio trabajan de forma autónoma y no están obligadas a comunicarse sus respectivas posiciones ni a tomar la posición de la otra Cámara en consideración, aunque en la práctica suele hacerse, y es previsible que así se recoja en la legislación próximamente.

3. ESPAÑA

3.1. Formas de cooperación de las Comunidades Autónomas con el Estado central en asuntos de la Unión Europea

Respecto a España debemos subrayar como marco de referencia de la cooperación de las Comunidades Autónomas con el Estado central la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE), creada en 1988 como conferencia sectorial para la articulación de las relaciones entre el Estado y las Autonomías. La Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas celebró su primera reunión en 1989, y adoptó su Acuerdo de institucionalización formal en 1992.

La CARCE se compone del Ministro del Ministerio de Administraciones Públicas (y de los secretarios de Estado para la Unión Europea y para las Administraciones Territoriales) y de los consejeros de las Comunidades Autónomas responsables de los asuntos comunitarios. Entre sus funciones figura la de articular la participación de las Autonomías (por ejemplo, mediante el traspaso de información o el establecimiento de procedimientos para transmitir la información de las Comunidades Autónomas al Estado) y el impulso y seguimiento de las diferentes Conferencias Sectoriales en las políticas comunitarias que puedan afectar a las competencias autonómicas.¹²

¹² SEVILLA SEGURA, J.; VIDAL BELTRÁN, J.M.; ELÍAS MÉNDEZ, C., *Vertebrando España. El Estado autonómico*, Fundación Ortega, 2009, pp. 148 y ss.

En 1994 la CARCE adoptó el Acuerdo sobre Participación Interna de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos a través de las Conferencias Sectoriales, instrumentando la denominada participación autonómica en la fase ascendente del proceso de integración europeo, ya que hasta entonces las Comunidades Autónomas únicamente participaban en la fase descendente del mismo. Con la Ley 2/1997, la regulación de la CARCE pasa a tener rango de ley.

Desde el 15 de abril de 2010 este órgano ha pasado a denominarse Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea (CARUE).

La aspiración de las Comunidades Autónomas a participar en los procesos decisorios relativos a la Unión Europea ha encontrado un cauce de desarrollo en las recientes reformas estatutarias que se han venido produciendo en España desde 2006. Así, algunos Estatutos de segunda generación recogen la facultad de las Autonomías de participar en la formación de la posición negociadora del Estado español ante la Unión, cuando afecte a los intereses o competencias de las mismas, mediante mecanismos bilaterales o multilaterales (véase por ejemplo el artículo 231 del Estatuto de Andalucía). Asimismo se recoge la facultad de las Comunidades Autónomas de dirigir al Estado las observaciones y propuestas que estimen convenientes en relación a iniciativas, propuestas, proyectos normativos y decisiones en tramitación en la Unión Europea, así como el derecho a ser informadas de tales proyectos.

3.2. La participación directa de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea

La participación en el Comité de Regiones en el caso de España se articula mediante diecisiete representantes de las Comunidades Autónomas, que generalmente son sus propios respectivos Presidentes, y cuatro representantes de los Ayuntamientos.

Por otra parte, las Comunidades Autónomas españolas cuentan con oficinas o delegaciones en Bruselas desde los años ochenta, aunque su generalización y consolidación tuvo que esperar a su ratificación por parte del Tribunal Constitucional en sentencia 165/1994. Posteriormente, en las reformas estatutarias más recientes, se ha incorporado su previsión a rango estatutario.

En 1996 se crea la Consejería de Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea (la REPER, en adelante). En 1997, se adoptan acuerdos importantes en el seno de la CARCE, relativos a la participación de las Comunidades en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y sobre la participación de las Comunidades Autónomas en los Comités de la Comisión Europea. En el período 1999-2002 comienza la participación de las Comunidades Autónomas en 55 Comités de la Comisión Europea, ampliándose a 95 para el período

2003-2006.¹³ Para el período 2007-2011 se aprueban las Reglas sobre la participación autonómica en los Comités de ejecución de la Comisión europea, cuyo objeto es el establecimiento de los principios generales a los que se ajusta la participación de los representantes de las Administraciones de las Comunidades Autónomas en los comités de la Comisión Europea previstos en la Decisión 2006/512/CE del Consejo, de 17 de julio de 2006, por la que se modifica la Decisión 1999/468/CE, del Consejo, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión.¹⁴

En diciembre de 2004 se adoptan en el seno de la CARCE dos acuerdos importantes. Por un lado, el Acuerdo sobre la Consejería para Asuntos Autonómicos en la REPER española ante la Unión Europea, y sobre participación de las Comunidades Autónomas en los Grupos de Trabajo del Consejo de la Unión Europea. Se incorporan así funcionarios autonómicos a la Consejería para Asuntos Autonómicos en el seno de la REPER; y, por otro lado, la participación autonómica se extendía a los Grupos de trabajo y demás instancias preparatorias de las reuniones del Consejo de Ministros. Estos acuerdos se publicaron en el Boletín Oficial del Estado el 16 de marzo de 2005.

Con respecto a la Consejería para Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea, en el Acuerdo se determina que los puestos de trabajo de la Consejería para Asuntos Autonómicos en la REPER de España serán desempeñados por funcionarios propuestos por las propias Comunidades Autónomas mediante acuerdo consensuado en el seno de la CARCE. El nombramiento de estos funcionarios tendrá una vigencia temporal limitada a tres años, garantizándose por consenso un sistema de sucesión de funcionarios procedentes de todas las Comunidades. Estos funcionarios autonómicos, denominados consejeros, informarán y darán cuenta del desarrollo de sus funciones a la CARCE, y están obligados a remitir un informe anual de su actuación a todas las Comunidades Autónomas. En el plano funcional, la Consejería de la REPER actúa bajo la dirección del Embajador de la Representación Permanente, quien atribuye o asigna los cometidos de los consejeros. Sin embargo, la gran relevancia de la figura de los consejeros es su papel fundamental de transmisores de información y seguimiento de los asuntos europeos de mayor interés para las Comunidades Autónomas. Así, se les encomiendan, entre otras funciones, la transmisión, con la máxima celeridad posible, de la información y documentación generada en relación con las actividades y propuestas normativas de las Instituciones comunitarias que puedan afectar a las competencias o intereses de las Comunidades Autónomas; organización de reuniones informativas entre representantes autonómicos

¹³ *Ibidem*, p. 149.

¹⁴ Información a este respecto puede encontrarse en la página web del Ministerio de Política Territorial y de Administración Pública: http://www.mpt.gob.es/es/areas/politica_autonomica/coop_multilateral_ccaa_ue/ccaa_y_ue/part_ccaa_comitologia.html (6.11.2011)

y los consejeros sectoriales que prestan servicios en la REPER; seguimiento de la participación autonómica en los asuntos europeos dentro de las Conferencias Sectoriales y contribución al desarrollo de dicha participación, proporcionando información sobre las claves de la negociación de tales asuntos; seguimiento informativo de los procedimientos de infracción abiertos por la Comisión Europea, de las observaciones a las ayudas públicas notificadas y de los asuntos planteados ante el Tribunal de Justicia, que afecten a las competencias o intereses de las Comunidades Autónomas; apoyo, en su caso, a la coordinación entre las Oficinas de las Comunidades Autónomas en Bruselas, contribuyendo a los mecanismos de cooperación que puedan establecerse para mejorarla, etc. Pero, además, los consejeros mantienen una dependencia orgánica respecto del Ministerio de Administraciones Públicas, lo que determina otra serie de cometidos en relación a dicho Ministerio, entre otros: informar sobre las actividades de las Instituciones comunitarias que puedan afectar a las competencias de las Comunidades Autónomas o que incidan en la actividad política y administrativa de las Comunidades Autónomas; informar sobre la actividad del Comité de las Regiones y sobre la actividad más relevante de las Oficinas de las Comunidades Autónomas en Bruselas.

Con respecto a la participación autonómica en los grupos de trabajo del Consejo de la Unión Europea, ésta se realiza a través de los consejeros de la Consejería para Asuntos Autonómicos de la Representación Permanente de España ante la Unión Europea (REPER), que se incorporarán en el seno de la delegación española en determinados Grupos de Trabajo; y mediante una representación autonómica directa, para aquellos asuntos que así se acuerde en la correspondiente Conferencia Sectorial, a través de un responsable técnico designado, quien se incorporará a la delegación española en el Grupo de Trabajo que corresponda.

Los Grupos de trabajo del Consejo de la Unión Europea en los que se articula la participación autonómica son aquéllos que actúan como instancias preparatorias de las siguientes formaciones del Consejo de la Unión Europea: Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores; Agricultura y Pesca; Medio Ambiente; y Educación, Juventud y Cultura. La participación autonómica en tales grupos se refiere a los asuntos que afecten a las competencias autonómicas, y la Comunidad sobre la que recaiga dicha participación se entiende que actúa en representación del conjunto de las Comunidades Autónomas afectadas en sus competencias por el asunto en cuestión.

El segundo gran Acuerdo de 2004 es el relativo al sistema de representación autonómica en las formaciones del Consejo de la Unión Europea. Esta representación autonómica se lleva a cabo mediante la incorporación a la Delegación española, en las reuniones de las formaciones del Consejo de la Unión Europea citadas anteriormente, de un miembro, con rango de Consejero, o miembro de un Consejo de un Gobierno autonómico, que representa a todas las Comunidades en los asuntos que afectan a sus competencias.

Los principios generales que enmarcan la representación autonómica directa son los siguientes: unicidad de la representación de España en el seno de la UE; unidad de acción de España en el exterior; necesidad de mantener y facilitar la capacidad de propuesta y reacción de España en el sistema de adopción de decisiones del Consejo en la UE; lealtad y mutua confianza; corresponsabilidad; representación conjunta de las Comunidades Autónomas; y responsabilidad del Estado.

El Pleno de las Conferencias Sectoriales concernidas por los asuntos a tratar designará al representante autonómico. En el procedimiento de designación del mismo debe asegurarse tanto la estabilidad (cubriendo, al menos, un semestre) como la sucesión de los representantes propuestos por las distintas Comunidades Autónomas.

El representante autonómico designado asume la concertación con la Administración General del Estado y se compromete a poner a disposición del resto de Comunidades Autónomas la documentación completa sobre el asunto, a mantenerlas regularmente informadas sobre las negociaciones, y a consensuar una posición común con el resto de Comunidades Autónomas afectadas. Dicho representante es miembro de pleno derecho de la Delegación española a todos los efectos, pudiendo solicitar el uso de la palabra cuando se debatan cuestiones que afectan a las competencias autonómicas y exista una posición común autonómica.

En la reunión de la CARUE celebrada el 2 de julio de 2009, se acordó la ampliación de la indicada participación autonómica incluyendo en la misma el ámbito de Consumo de la formación de Competitividad, y en la reunión celebrada por dicha Conferencia el 15 de abril de 2010, se acordó la ampliación de dicha participación en el ámbito de las reuniones relativas a ordenación del juego y apuestas del Grupo de Trabajo afectado de la citada formación de Competitividad.¹⁵

El ámbito de actuación de las Comunidades Autónomas en las instituciones de la Unión Europea ha sido uno de los aspectos en el que más han incidido las reformas estatutarias llevadas a cabo hasta la fecha.¹⁶ La participación de las Comunidades Autónomas en el seno de la Unión Europea es tratada en dichos textos como una prolongación del ejercicio de las competencias exclusivas de las Comunidades. Los principales ejes en que se mueven los nuevos textos estatutarios en cuanto a la participación directa tienen que ver con la facultad de las Comunidades de estar presentes en las institu-

¹⁵ Los Informes sobre la participación de las Comunidades Autónomas en el Consejo de la Unión Europea pueden consultarse en la página web del Ministerio de Política Territorial y Administración Pública: http://www.mpt.gob.es/es/areas/politica_autonomica/coop_multilateral_ccaa_ue/ccaa_y_ue/Participacion_CCAA_Consejo_Ministros/informe_consejo_ministros_ue.html

¹⁶ Cfr. Art. 61 Estatuto valenciano; arts. 184-192 Estatuto catalán; 230-239 Estatuto andaluz; 92-95 Estatuto aragonés; 106-113 Estatuto balear, entre otros.

ciones de la Unión Europea para la defensa y promoción de sus intereses y para favorecer la necesaria integración de las políticas autonómicas con las estatales y europeas, así como con la facultad de las Comunidades Autónomas de participar en las delegaciones españolas ante la Unión Europea. Andalucía y Cataluña prevén incluso la posibilidad de asumir la Presidencia de las delegaciones en el supuesto de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, en el análisis del Estatuto catalán, ha venido a validar la participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos de la Unión Europea siempre que afecte a sus competencias y también en caso de que afecte a sus intereses.¹⁷ Dicha participación debe producirse en el marco de los procedimientos multilaterales que se establezcan, admitiéndose la bilateralidad únicamente en los supuestos que afecten exclusivamente a la Comunidad Autónoma en cuestión, no afectando a las restantes. Con respecto a la previsión estatutaria del carácter determinante de la posición autonómica en asuntos de la Unión, el Tribunal ha establecido que no debe entenderse como «vinculante», obligando únicamente al Estado a motivar su rechazo ante la Comisión bilateral.

3.3. La participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa

La Comisión parlamentaria Mixta para la Unión Europea dispone el mecanismo para el control de la adecuación de la normativa interna al principio de subsidiariedad. La Ley 24/2009 ha venido a reformar la Ley 8/1994, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea para su adaptación al Tratado de Lisboa. Por una parte, la Ley amplía la relación de competencias de la citada Comisión Mixta, incorporando las conferidas a los parlamentos nacionales por el Tratado de Lisboa. Entre ellas conviene destacar las de control de la aplicación del principio de subsidiariedad por las iniciativas legislativas europeas, el denominado «sistema de alerta temprana», desarrollado por el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, anejo al Tratado de Lisboa.

Por otra parte, la Ley acoge la posibilidad prevista en el Protocolo anejo al Tratado de Lisboa consistente en que los parlamentos nacionales puedan consultar a los parlamentos regionales que posean competencias legislativas. Esta posibilidad se articula de forma general, mediante la remisión a los parlamentos de las Comunidades Autónomas de todas las iniciativas legislativas europeas, tan pronto se reciban, sin prejuzgar la existencia de competencias autonómicas

¹⁷ Seguimos en este punto el análisis de MONTILLA MARTOS, J.A., «Las relaciones de colaboración en el nuevo marco estatutario: bilateralidad y participación», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 151, 2011, pp. 153-199 (170).

afectadas. Dichos parlamentos disponen de un plazo de cuatro semanas para que su dictamen pueda ser tenido en cuenta por la Comisión Mixta, la cual, si aprobase un dictamen motivado sobre la vulneración del principio de subsidiariedad por un proyecto de acto legislativo de la Unión Europea, deberá incorporar la relación de los dictámenes remitidos por los parlamentos de las Comunidades Autónomas y las referencias necesarias para su consulta.

También se confiere a la Comisión Mixta para la Unión Europea la potestad de solicitar del Gobierno la interposición ante el Tribunal de Justicia de un recurso de anulación contra un acto legislativo europeo por infracción del principio de subsidiariedad, potestad que deberá ejercer en el plazo máximo de seis semanas desde la publicación oficial del acto legislativo europeo. No obstante, el Gobierno podrá descartar, de forma motivada, la interposición del recurso de anulación solicitado por alguna de las Cámaras o por la Comisión Mixta para la Unión Europea, decisión que deberá justificarse mediante la comparecencia del Gobierno ante la Comisión Mixta para la Unión Europea, cuando ésta así lo solicite.

Los parlamentos regionales han regulado sus procedimientos de control de subsidiariedad en sus reglamentos parlamentarios, en acuerdos o resoluciones de las presidencias de las cámaras o por la respectiva Comisión de Asuntos Europeos.¹⁸

4. ANÁLISIS COMPARADO Y CONCLUSIONES

Con respecto a la participación de *länder* y Comunidades Autónomas en la Unión Europea, una diferencia fundamental entre Alemania y España es la relativa a la constitucionalización de la cuestión en el país germano frente a la ausencia de siquiera referencia a la Unión en la Constitución española. España sigue anclada a este respecto en la dificultad política que parece conllevar cualquier reforma constitucional y que sin embargo no ha resultado un obstáculo a la necesidad de introducir en la Constitución el límite al déficit exigido por Europa en su nuevo artículo 135. Postulamos la necesidad de introducir la cuestión de la participación de las Comunidades Autónomas en una reforma constitucional que debiera producirse en España para actualizar y clarificar el modelo territorial adaptado al nuevo contexto de constitucionalismo multinivel.

Frente a la legislación existente en Alemania sobre esta materia, no encontramos en España legislación estatal que pudiera actuar de marco normativo general sobre esta cuestión.

Desde 2006 en adelante las reformas que se han llevado a cabo de ocho Estatutos de Autonomía han propiciado la regulación a nivel estatutario de im-

¹⁸ CARMONA CONTRERAS, A., «Los dictámenes autonómicos en el sistema de alerta temprana», http://www.fundacionmgimenezabad.es/images/Documentos/2011/20110128_ot_carmona_contreras_a_es_o.pdf (06.11.2011).

portantes aspectos de esta cuestión, lo que aporta sin duda un cierto grado de seguridad jurídica, pero asimismo provoca disfunciones ante la ausencia de un marco constitucional o legislativo común de referencia.

Otra gran carencia del modelo español, no por reiterada menos relevante, es el carácter disfuncional del Senado en cuanto a órgano de articulación de la voluntad de las regiones españolas, y que se pone aún más de manifiesto en la comparación con el importante papel que a este respecto desempeña el *Bundesrat* alemán. En este sentido y en relación a lo señalado en el párrafo precedente nos adherimos a la reivindicación relativa a la necesaria reforma del Senado y sugerimos la conveniencia de tomar como referencia el precepto constitucional alemán que incluso define a su Consejo federal como órgano de participación de los *länder* en la Unión Europea (artículo 50).

El proceso de ratificación del Tratado de Lisboa en Alemania, las reformas constitucionales y legislativas que le han acompañado y las exigencias al respecto de la Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal de 30 de junio de 2009, han favorecido un decidido impulso a los derechos de participación del *Bundestag* y del *Bundesrat* en los asuntos de la Unión, lo que en el caso del Consejo federal supone también una mayor participación de los *länder*.

Mediante el nuevo artículo 23.6 de la Ley Fundamental de Bonn se permite la participación directa y exclusiva de los *länder* ante la Unión Europea en determinadas competencias exclusivas regionales, supeditado a la cooperación con el Gobierno federal. En España, se ha previsto en los Estatutos de Autonomía catalán y andaluz la posibilidad de que las Comunidades Autónomas presidan la delegación española cuando se trata de sus competencias exclusivas.

Como tradicionales vías de participación de los entes infraestatales en Europa, hemos señalado la cooperación con el Estado central y la participación directa en Europa. Ante las dificultades con que *länder* y Comunidades Autónomas tropiezan para participar directamente en la UE, es la primera vía la que continúa siendo en ambos modelos preponderante. Aunque el avance interno en la cooperación entre Estados central y *länder* o Autonomías podría estar llegando al final de sus posibilidades. Las dificultades para avanzar en la participación directa tienen que ver con la heterogeneidad de las regiones existentes en los distintos estados miembros y sus distintas aspiraciones y capacidades, lo que dificulta la repuesta unitaria de la Unión ante el fenómeno regional.¹⁹

En este contexto, el Tratado de Lisboa ha incorporado referencias a las regiones y sobre todo ha impulsado el principio de subsidiariedad, no sólo para los parlamentos nacionales, que en el caso del *Bundesrat* alemán redundan en

¹⁹ La necesidad de un cierto grado de homogeneidad constitucional para poder avanzar en el proceso de integración se observa como necesaria por HÄBERLE, P., «Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 13, 2010, pp. 379-411; y BALAGUER CALLEJÓN, «Presentación», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 14, 2010, pp. 10 y ss.

beneficio de los *länder*, sino también a través de la previsión en el Protocolo de la participación de los parlamentos regionales en el control del principio de subsidiariedad. La posición de los *länder* alemanes durante el proceso de elaboración del Tratado de Lisboa a favor del principio de subsidiariedad²⁰ pone de relieve un tercer camino de relación entre las regiones y Europa, en el sentido de —ante la sensación de no poder seguir avanzando en los mecanismos de cooperación y de participación— proteger las competencias regionales frente a la Unión Europea.

Asimismo el enfoque intergubernamental que ha venido contextualizando la cooperación entre regiones y Unión Europea se abre ahora a la participación de los parlamentos.

El espíritu cooperativo del federalismo alemán frente al carácter competitivo que frecuentemente caracteriza la relación entre Estado y Comunidades Autónomas o de éstas entre sí por establecer su posición en Europa determina asimismo importantes diferencias de funcionamiento entre ambos modelos.²¹

En relación con los análisis generales y los datos de participación en las formaciones del Consejo así como en las reuniones preparatorias, lo cierto es que no existe relación entre un marco normativo más desarrollado y una mayor participación de las regiones.²²

Los mecanismos de participación de *länder* y Comunidades Autónomas en la UE han aportado sin duda un mayor grado de aceptación del Derecho de la Unión Europea en el nivel regional, así como un mayor grado de implicación de los entes infraestatales en el proceso de integración. En el saldo negativo, no se puede obviar la complejidad de los procedimientos y en ocasiones el menoscabo de la eficiencia del sistema, dando lugar a largos y complejos procesos de toma de decisión, que resultan opacos para el ciudadano y que por tanto dificultan la exigencia de responsabilidades y el debido control democrático, resultando además frecuentemente en decisiones de mínimo común denominador en vez de las necesarias decisiones de progreso. En Alemania, el impulso al papel del parlamento, en especial y en lo que nos ocupa, a la función del *Bundesrat* como Cámara estatal de representación de los intereses de los *länder*, supone un camino de referencia sobre el que continuar avanzando. En España, la mejora del modelo de participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea no estará completa hasta que se lleve a cabo la reforma del Senado.

²⁰ NETTESHEIM, M. y QUARTHAL, B., «La reforma de las Constituciones de los *länder*», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 151, 2011, pp. 281-310 (307).

²¹ BAUER, M.W. y BÖRZEL, T.A., «Regions ante the European Union», en ENDERLEIN, H.: WÄLTI, S. y ZÜRIN, M., *Handbook on Multi-level Governance*, 2010, pp. 253-263 (259).

²² URIBE OTALORA, A., «La participación de las regiones europeas en el Consejo de la Unión: Alemania, Austria, Bélgica y Reino Unido», en *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 14, 2003, pp. 241-287 (260 y ss).

La construcción del federalismo fiscal alemán vs. la deconstrucción del «federalismo fiscal» español

Susana Ruiz Tarrías

Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional.
Universidad de Almería

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las relaciones financieras entre la Federación y los *länder* tras la reforma Constitucional de 2009. 2.1. La nueva regulación de las deudas en la Ley Fundamental. 2.2. El «sistema de advertencia temprana». 3. La autonomía financiera de las CCAA en los Estatutos de Autonomía objeto de reforma. 3.1. Principios financieros rectores de la Hacienda de la Generalitat. 3.2. Órganos de gestión tributaria y económico-administrativa de la Generalitat. 3.3. Participación de la Generalitat en los mecanismos de nivelación entre las CCAA para la prestación de servicios públicos fundamentales. 3.4. Mecanismos de colaboración Generalitat-Estado en materia de financiación. 3.5. Inversiones del Estado en infraestructuras en Cataluña. 3.6. Participación de la Generalitat en los tributos estatales. 4. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El acuerdo sobre la fórmula de reparto de los recursos del Estado constituye uno de los «momentos clave en todo Estado políticamente descentralizado», ya que exige alcanzar un punto de equilibrio entre el principio federal o territorial y el principio de solidaridad que resulte asumible por todos (Medina Guerrero, 2011), todavía más, si cabe, cuando los recursos a repartir son escasos como consecuencia de la crisis económica y financiera mundial iniciada en 2007.

En este contexto, las terminologías tradicionalmente acuñadas sobre las formas de organización territorial del Estado, aparecen en cierto modo difuminadas si tomamos en consideración los actores del proceso: Estado/entes territoriales descentralizados (Estados federados, Autonomías, Regiones, Municipios, etc.), como lo demuestra el hecho de que la necesidad de modificar el procedimiento de reparto de los recursos estatales se haya planteado tanto en un Estado federal «sin federalistas» como Alemania (Sturm, 2011), pero

también en el «mutante» Estado de las Autonomías de España (Cruz Villalón, 2006). Incluso, en el Estado regional italiano, las reformas operadas en relación con la distribución de los recursos estatales van desde el «federalismo demanial» (Decreto legislativo de 28 de mayo de 2010, n. 85) al «federalismo municipal» (Decreto legislativo de 14 de marzo de 2011, n. 23) (Melica, 2011).

Unas reformas del federalismo fiscal que se sitúan bajo la esfera de la denominada «second-generation theory of fiscal federalism» (SGT), cuyo estudio del federalismo fiscal no se limita al ámbito de las ciencias económicas, sino que cuenta con importantes contribuciones de las ciencias políticas y otras disciplinas (Oates, 2005). En este contexto, sin duda resulta de utilidad para el Derecho constitucional un breve estudio comparado de la reforma del federalismo fiscal en Alemania y en España.

2. LAS RELACIONES FINANCIERAS ENTRE LA FEDERACIÓN Y LOS LÄNDER TRAS LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2009

A través de la entrada en vigor de la Ley de reforma de la Ley Fundamental (en adelante GG), de 29 de julio de 2009, que entró en vigor el 1 de agosto de ese mismo año, se concretó la reforma constitucional de la Constitución financiera, aplazada por el constituyente alemán desde que el 28 de agosto de 2006 fuera aprobada la reforma del federalismo alemán (publicada en el *Bundesgesetzblatt* 2006, Teil I, Nr. 41, 31.08.2006).

Sin embargo, ésta última, considerada habitualmente «la madre de todas las reformas» —fruto del acuerdo de la coalición gubernamental integrada por CDU/CSU y SPD tras las elecciones federales de 2005—, tanto por ser la más extensa desde la adopción de la Ley Fundamental de Bonn en 1949, atendiendo al número de preceptos de la GG modificados, como por su «calado», sólo equiparable a la introducción de las «tareas comunes» articuladas mediante la reforma financiera de 1969, y a la inclusión de la «cláusula europea» en 1992 (Albertí Rovira, 2006), aún cuando tuvo que renunciar a la reforma de determinados aspectos de la Constitución financiera, introdujo ciertas novedades en materia financiera y tributaria que afectan a las relaciones entre la Federación y los *länder*.

En efecto, uno de los objetivos de la «Comisión del Bundestag y el Bundesrat para la modernización del orden federal» (Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, KOMBO), constituida en 2003, consistía en reducir las financiaciones mixtas, con el objetivo de «desenmarañar» las competencias legislativas entre la Federación y los *länder* (Oeter & Wolff, 2006).

Tras la reforma constitucional de 2006, se mantiene la financiación de las tareas comunes reguladas en los artículos 91a y 91b GG, con la única novedad consistente en la supresión como tarea común de la «ampliación y cons-

trucción de Universidades, clínicas universitarias incluidas», eliminando uno de los temas más conflictivos en la consecución de un acuerdo relativo a la financiación. Sin embargo, el nuevo artículo 143c GG viene a compensar, transitoriamente, la supresión de dichas tareas comunes, mediante el reconocimiento de nuevas ayudas financieras a los *länder* entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2019, con cargo al presupuesto de la Federación.

Además, la reforma constitucional de 2006 también endureció los requisitos para obtener las ayudas financieras de la Federación en el caso de financiaciones mixtas, aspecto que incide de modo directo en la modificación del Título X de la Constitución alemana («De la Hacienda»), a través del nuevo artículo 104b. Mediante esta nueva regulación se incrementa el control de las ayudas financieras por parte de la Federación con el fin de garantizar la eficiencia en su utilización, evitando así las malas prácticas desarrolladas bajo la aplicación del Pacto de solidaridad II, consistentes en la alteración del destino de los fondos recibidos (Elías Méndez, 2006).

Por lo que se refiere a la autonomía impositiva, la reforma constitucional de 2006 incluyó en el artículo 105.2.a) GG, junto a las competencias legislativas de los *länder* en materia de impuestos locales sobre el consumo y el lujo, la previsión de una nueva competencia para fijar la tasa del impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles, incrementando, de este modo, el ámbito de la autonomía impositiva de los *länder*.

En todo caso, las modificaciones de carácter financiero incorporadas a la Constitución federal mediante la reforma constitucional de 2006, resultaban bastante «modestas» respecto al contenido de lo que se entendía por algunos sectores que debería constituir la reforma del federalismo fiscal alemán. Como subrayara A. Gunlicks, neither the Federalism Commission of 2003-2004, the grand coalition parties in their coalition agreement of November 2005, nor the members of the Bundesrat committee formed in the winter of 2006 or the coalition parties in the Bundestag deliberations in the spring and summer of 2006 «were willing to tackle the issue of general finance reform» (Gunlicks, 2007).

Pero, al mismo tiempo, sin duda siendo conscientes de que una modificación profunda de las relaciones de poder entre la Federación y los *länder* como la realizada a través de la reforma constitucional de 2006, para ser efectiva, debía de ir acompañada de una revisión igualmente notable de los instrumentos de financiación (Arroyo Gil, 2010; Hrbek, 2009), el 15 de diciembre de 2006, el Bundestag y el Bundesrat deciden en sendas reuniones la constitución de una Comisión para la modernización de las relaciones financieras entre la Federación y los *länder* —conocida como Comisión sobre el Federalismo II (Zweite Föderalismuskommission von Bundestag und Bundesrat Eingesetzt)—, teniendo por objeto «adaptar las relaciones financieras entre el Bund y los *länder* a las condiciones marco modificadas dentro y fuera de Alemania, especialmente para la política de crecimiento y empleo» (Sudhof, 2009).

Las principales modificaciones en materia financiera introducidas por la Ley de reforma de la Ley Fundamental, de 29 de julio de 2009, pueden agruparse

en torno a dos grandes ámbitos: a) La nueva regulación de las deudas en la Ley Fundamental, y b) El «sistema de advertencia temprana».

2.1. La nueva regulación de las deudas en la Ley Fundamental

Tomando en consideración las indicaciones del Consejo de Expertos para evaluar el desarrollo del sistema económico en sus informes anuales de 2005 y 2006, junto a las discusiones sobre el grado de cumplimiento del Pacto Europeo de Estabilidad y Crecimiento (2000-2006), los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal sobre las aspiraciones del *land* de Berlín de obtener transferencias adicionales de la Federación a partir de 2002 de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107.2.3 GG (BVerG, 2 BvF 3/03 de 19.10.2006), y sobre el Presupuesto Federal de 2004 (BVerG, 2 BvF 1/04 de 9.07.2007), la Comisión sobre el Federalismo II se encuentra, en primer término, ante la necesidad de reflexionar sobre el endeudamiento de la Federación.

La reforma constitucional introduce en este ámbito una regulación nueva, consistente en la limitación de la capacidad de endeudamiento de la Federación y los *länder* mediante la modificación de los artículos 109.3 (tras la reforma, apartado 4), 115 y 143d GG, considerada la «modificación más sustancial» por su trascendencia de cara a la futura elaboración de los presupuestos de la Federación y los *länder* (Arroyo Gil, 2010).

De acuerdo con el nuevo apartado 109.4 GG, con carácter general, la Federación y los *länder* deben elaborar Presupuestos equilibrados, sin necesidad de recurrir al endeudamiento. No obstante, el mismo precepto prevé la posibilidad de que, a través de regulaciones reglamentarias, se puedan tomar en consideración situaciones coyunturales con repercusión presupuestaria al alza o a la baja, «que se aparten de la normalidad», así como normas de excepción para los supuestos de catástrofes naturales o situaciones extraordinarias de emergencia «que escapen al control de todo poder estatal y menoscaben considerablemente la situación de la hacienda estatal», aun cuando, toda regulación de excepción, deberá contener «una previsión adecuada de la amortización de los gastos».

En todo caso, los detalles de la regulación del Presupuesto Federal (*Haushalt des Bundes*), se regirán por lo dispuesto en el artículo 115 GG bajo la premisa de la prohibición de recurrir al crédito, y la salvedad de que se considerará cumplido lo establecido en su apartado primero, cuando los ingresos por préstamos no sobrepasen el 0.35% del Producto Interior Bruto en valor nominal. Sin embargo, cuando se trata de los *länder*, el constituyente alemán de 2009 trasluce una mayor desconfianza en materia presupuestaria, al disponer que los detalles del Presupuesto serán establecidos por cada uno de los *länder* según sus regulaciones específicas en el marco de su competencia constitucional pero, en su caso, el apartado primero del artículo 115 GG, sólo se entenderá cumplido si no se autoriza «ingreso alguno por vía de crédito». Una diferencia

de trato que, aun cuando pudiera considerarse restrictiva de la capacidad de autogobierno de los *länder*, lo cierto es que, según consta en las deliberaciones de la Comisión sobre el Federalismo II, fue aceptada por unanimidad (Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, 2009).

No obstante, el apartado 2 del artículo 115 dispone que, en «situaciones coyunturales» al margen de la normalidad, se tomarán en consideración, con igual alcance, las repercusiones presupuestaria tanto en caso de recuperación como de recesión económica, y que toda desviación respecto de los límites establecidos para la asunción de créditos será consignada en una «cuenta de control», y las deudas que excedan del 1,5% del producto interior bruto en su valor nominal deberán reducirse en caso de una evolución favorable de la coyuntura económica.

De todos modos, también el artículo 115.2 GG admite la posibilidad de que, en caso de catástrofe natural o situaciones extraordinarias de necesidad «que escapen al control de todo poder estatal y menoscaben considerablemente la situación de la hacienda estatal», los límites al endeudamiento anteriormente señalados puedan ser superados previo acuerdo de la mayoría de los miembros del Bundestag, y siempre que se acompañe de un «plan de amortización» de los gastos contraídos que, en todo caso, deberá ejecutarse dentro de un plazo de tiempo «adecuado».

En última instancia, el artículo 143.d GG dispone que la nueva regulación contenida en los artículos 109 y 115 GG, aunque vigente desde el 1 de agosto de 2009, será aplicada por primera vez al ejercicio presupuestario de 2011, manteniéndose las autorizaciones de créditos existentes al 31 de diciembre de 2010 que se refieran a fondos especiales ya creados.

En todo caso, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2019, los *länder* podrán, de acuerdo con su normativa, apartarse de las previsiones contenidas en el artículo 109.3 GG —prohibición de elaborar el Presupuesto sin la previsión de ningún ingreso procedente del crédito—, aun cuando sus Presupuestos se hayan de elaborar de modo que en el ejercicio presupuestario de 2020 se de cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 109.3 GG.

Por lo que se refiere a la Federación, la flexibilidad temporal que otorga el constituyente alemán de 2009 en el cumplimiento de las nuevas prescripciones financieras, resulta más limitada. En efecto, según dispone el artículo 143d GG, la Federación podrá obviar la nueva regulación constitucional en materia financiera entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2015, debiendo, en todo caso, proceder a «suprimir el déficit actual» en el ejercicio de 2011. Los Presupuestos anuales de la Federación se elaborarán tomando en consideración que en el ejercicio presupuestario de 2016 se cumpla la previsión contenida en el artículo 115.2 GG (es decir, los ingresos provenientes de créditos de la Federación, no superen el 0,35% del Producto Interior Bruto en valor nominal), debiendo establecerse por ley federal las normas de ejecución pertinentes a este respecto.

La mayor urgencia temporal en el cumplimiento por la Federación de las nuevas prescripciones constitucionales se explica, de un lado, porque sus posibilidades de endeudamiento, aunque también limitadas, resultan superiores a las de los *länder*, pero también porque el cumplimiento de las respectivas previsiones constitucionales por parte de ciertos *länder*, «va a depender, en buena medida, de las aportaciones provenientes de la propia Federación» (Arroyo Gil, 2010).

Porque según dispone el apartado 2 del artículo 143d GG, con el fin de facilitar a los *länder* el 1 de enero de 2020, el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 109.3, entre los años 2011 y 2019 se podrá conceder a los *länder* de Berlín, Bremen, Saarland, Sachsen-Anhalt y Schleswig-Holstein, «ayudas a la consolidación» por un valor total de 800 millones de euros con cargo al Presupuesto de la Federación, de los cuales corresponderán a Bremen 300 millones de euros, a Saarland 260 millones de euros y a Berlín, Sachsen-Anhalt y Schleswig-Holstein, 80 millones de euros a cada uno. Estas ayudas a los *länder* con una situación financiera más difícil, se articulará mediante un convenio administrativo de acuerdo con lo establecido por una ley federal que necesita la conformidad del Bundesrat, y tendrán como condición que, en cada caso, haya quedado totalmente suprimido el déficit financiero al finalizar el ejercicio presupuestario de 2020.

Las etapas para la reducción de los déficits financieros y la vigilancia de la reducción de éstos por el Consejo de Estabilidad, así como, entre otros aspectos, las consecuencias en caso de incumplimiento de las etapas, serán objeto de regulación por una ley federal aprobada con la conformidad del Bundesrat.

En última instancia, el apartado 3 del artículo 143d GG dispone que la carga financiera resultante del otorgamiento de las «ayudas a la consolidación» se sufragará por mitades entre la Federación y los *länder*, con cargo, respecto de éstos últimos, a su cuota de participación en el impuesto sobre el volumen de ventas, según las normas de desarrollo dictadas por una ley federal que necesita de la conformidad del Bundesrat. Una cláusula que lleva a la práctica el principio de solidaridad, en tanto que los *länder* en mejor situación económica (que según la regulación constitucional no percibirán las «ayudas a la consolidación»), deberán, sin embargo, contribuir a la financiación del coste de las ayudas concedidas a los *länder* cuya situación financiera sea menos favorable.

2.2. El «sistema de advertencia temprana»

Una de las novedades más significativas de la reforma constitucional de 2009, proviene de la incorporación del nuevo artículo 109a GG, en virtud del cual, para evitar situaciones de «emergencia presupuestaria», una ley federal, necesitada del acuerdo del Bundesrat, determinará: 1. La supervisión continua

del régimen presupuestario de la Federación y los *länder* a través de un organismo de nueva creación: el Consejo de Estabilidad; 2. Los supuestos y el procedimiento de declaración del «estado de emergencia presupuestaria», y 3. Los requisitos de elaboración y aprobación de programas de saneamiento para prevenir situaciones de índole presupuestaria.

Dicho Consejo de Estabilidad Presupuestaria ha sido creado por el artículo 1 de la Ley de creación de un Consejo de Estabilidad y para evitar problemas financieros, de 10 de agosto de 2009 (Gesetz zur Errichtung eines Stabilitätsrates und zur Vermeidung von Haushaltsnotlagen, Bundesgesetzblatt, Teil I, S,2702).

Los acuerdos y los textos de las deliberaciones en los que se haya basado Consejo de Estabilidad Presupuestaria serán públicos (artículo 109a, apartado 3 *in fine*, GG), y estará compuesto por los Ministros de Finanzas de la Federación y los *länder*, y por los Ministros federales de Economía y Tecnología, ocupándose, en primer término —siguiendo las indicaciones del Tribunal Constitucional en la Sentencia «Berlín», antes citada—, de la unificación de la estadística financiera y de la selección y determinación de los indicadores apropiados, como condiciones previas necesarias para la articulación del «sistema de advertencia temprana» a través del cual se tratarán de evitar situaciones de emergencia presupuestaria (Sudhof, 2009).

3. LA AUTONOMÍA FINANCIERA DE LAS CCAA EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA OBJETO DE REFORMA

La reciente reforma de los Estatutos de Autonomía de Andalucía, Aragón, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Foral de Navarra, Comunitat Valenciana, Extremadura e Illes Balears, ha puesto de manifiesto diferentes modos de entender la autonomía financiera de las CCAA, en un contexto constitucional que reconoce la competencia exclusiva del Estado sobre la «Hacienda general» (art. 149.1.14 CE), así como la competencia originaria del mismo para establecer tributos mediante ley (art. 133.1 CE), atribuyendo al legislador orgánico la regulación del ejercicio de las competencias financieras de las CCAA (art. 157.3 CE), lo que significa que al Estado le corresponde ex artículo 149.1.14 CE, en conexión con los artículos 138.1 y 157.3 CE, regular el ejercicio de las competencias financieras de las CCAA y fijar los niveles de su contribución a la nivelación y solidaridad entre ellas.

En todo caso, debemos precisar que las anteriores reformas estatutarias se han llevado a cabo en CCAA pertenecientes al denominado régimen común, dejando al margen las especificidades de la Hacienda en el sistema Foral, cuya autonomía fiscal rebasa los caracteres propios de un Estado federal (Monasterio, 2010).

Dichas competencias estatales han venido siendo desarrolladas a través de la aprobación de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autó-

nomas (en adelante, LOFCA) que, a través de la reforma llevada a cabo mediante la LO 3/2009, de 18 de diciembre, y la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, ofrece un nuevo ajuste del modelo de financiación atendiendo a las competencias asumidas por las CCAA, al ampliar su capacidad tributaria y su responsabilidad fiscal y perfeccionar el sistema de nivelación entre ellas. De este modo, a través de la descentralización de ingresos tributarios, se corrige, en gran medida, el desequilibrio que existía en relación con la descentralización del gasto, estimándose que, tras esta nueva cesión, el 90% de la financiación autonómica provendrá de recursos tributarios propios y el restante 10% de transferencias estatales (Herrero; Ruiz-Huerta y Vizán, 2010).

En todo caso, como el propio Tribunal Constitucional ha venido a reconocer, la regulación constitucional no excluye que las CCAA sujetas al régimen común de financiación puedan regular legítimamente la Hacienda autonómica «como elemento indispensable para la consecución de la autonomía política» (STC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 3), siempre que dicha regulación tome en consideración que la autonomía financiera de las CCAA debe ejercerse «con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles» (art. 156.1 CE) y que se ajuste al «marco de posibilidades reales del sistema financiero del Estado en su conjunto» (STC 13/2007, de 18 de enero, FJ 5).

En concreto, por lo que se refiere al Presupuesto de las CCAA, como ha recordado recientemente el Tribunal Constitucional en la Sentencia 134/2011, de 20 de julio de 2011 [BOE n.º 197, de 17 de agosto. FJ. 8a)], la libertad para establecer el plan de ingresos y gastos que, en definitiva, constituye el Presupuesto, no se reconoce constitucionalmente con «carácter absoluto» (STC 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6), por lo que la imposición de criterios de estabilidad presupuestaria para el sector público no comercial y las entidades del sistema de Seguridad Social, a través de la Ley de Presupuestos —y en virtud del artículo 3.2 de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria—, encuentra su fundamento, entre otros aspectos constitucionalmente relevantes, en el límite a la autonomía financiera derivado del principio de coordinación con la Hacienda estatal del artículo 156.1 CE, con el alcance previsto en el art. 2.1b) de la LOFCA.

En este contexto, todas las reformas estatutarias antes mencionadas incluyen un Título dedicado a la regulación de la Hacienda de la respectiva Comunidad autónoma, si bien de entre ellas ha resultado especialmente controvertida la contenida en el Estatuto de Autonomía de Cataluña, considerado —con anterioridad al pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el mismo—, el «techo de la autonomía definida estatutariamente» (Corcuera Atienza, 2009), cuyo Título VI «De la financiación de la Generalitat», consagraba un régimen de naturaleza semejante al Concierto y al Convenio, concretado en la Disposición adicional octava en un plazo de quince años para equiparar la capacidad de financiación por habitante de Cataluña a las del País Vasco y Navarra, precepto que fue suprimido durante la tramita-

ción del proyecto de Ley Orgánica del EAC en las Cortes Generales (Medina Guerrero, 2011).

Como resulta por todos conocido, la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante, EAC), aprobada por la LO 6/2006, de 19 de julio, fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad resuelto mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio donde, entre otros aspectos, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre diversos contenidos relativos a la Hacienda de la Generalitat.

Concretamente, el Título VI del Estatuto de Autonomía de Cataluña fue impugnado en relación a diversos preceptos incluidos con el Capítulo I (La hacienda de la Generalitat), así como la Disposición adicional séptima, las Disposiciones adicionales octava, novena y décima, y la Disposición adicional tercera. A efectos expositivos, los preceptos impugnados podrían sistematizarse del siguiente modo:

3.1 Principios financieros rectores de la Hacienda de la Generalitat

En relación a la impugnación de los apartados 3 y 4 del artículo 201 EAC, el Tribunal Constitucional considera que, en tanto que el primero de ellos forma parte del precepto de cabecera que contiene los «principios» (y que no fue impugnado), debe integrarse en dicho contexto, de tal modo que la referencia en éste a la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales en relación al «desarrollo del presente Título», debe entenderse conectada al marco de coordinación y cooperación previsto por la Constitución, siendo dicha Comisión «un instrumento para propiciar la integración de las posiciones del Estado y de la Comunidad Autónoma correspondiente» que no desplaza ni excluye la competencia de coordinación del Estado.

Respecto al apartado 4 del artículo 201 EAC, el Tribunal entiende que «no es ilegítimo» que el primer inciso del art. 201.4 EAC enuncie el principio de que la financiación de la Generalitat no suponga efectos discriminatorios para Cataluña, puesto que el mismo «responde directamente, a contrario, a lo establecido en el art. 138.2 CE» que, precisamente, rechaza los privilegios económicos o sociales entre CCAA (FJ 131).

3.2 Órganos de gestión tributaria y económico-administrativa de la Generalitat

Por su parte, el artículo 204 EAC —«La Agencia Tributaria de Cataluña»— fue impugnado en sus apartados 1 y 4. Respecto al primero de ellos, el Tribunal Constitucional entiende que la ausencia de una referencia a la «reciprocidad» que determinaría el reconocimiento al Estado de la posibilidad de intervenir en la actividad de la Agencia Tributaria de Cataluña, «no plantea dudas de cons-

titucionalidad» en tanto que el propio Tribunal ha venido rechazando expresamente que las relaciones entre el Estado y las CCAA «puedan sustentarse en el principio de reciprocidad» (STC 132/1998, de 18 de junio, FJ 10 y las allí citadas), dada la «posición de superioridad del Estado» (STC 4/1981, FJ 3) y que a éste le corresponde la «coordinación» en materia financiera, «que lleva implícita la idea de jerarquía».

Del mismo modo, el Tribunal entiende que tampoco suscitan problemas de constitucionalidad las «potestades autonómicas de gestión tributaria» enunciadas en el artículo 204.1 EAC (gestión, recaudación, liquidación e inspección) «cuando se proyectan sobre los tributos propios de la Generalitat» —aquellos que ya hayan sido cedidos o lo sean con posterioridad por el Estado—, sino que, por el contrario, se trata de potestades contempladas por el artículo 156.2 CE y el artículo 19 de la LOFCA.

En última instancia, desestima la impugnación del apartado 4 del artículo 204 EAC, por referirse al ámbito organizativo y funcional de la Agencia Tributaria de Cataluña, resultando instrumental respecto del apartado 1 del mismo precepto estatutario (FJ 132).

En este contexto, también fue objeto de impugnación el artículo 205.1 EAC —«Órganos económico-administrativos»— que prevé la revisión por vía administrativa de las reclamaciones de los contribuyentes contra actos de gestión tributaria dictados por la Agencia Tributaria de Cataluña.

A este respecto, el parecer del Tribunal no aprecia reparo alguno de constitucionalidad, entendiendo que «la potestad revisora se inscribe en la competencia correspondiente al establecimiento de dichos tributos» cuando se trata de tributos propios de la Comunidad Autónoma o respecto de los tributos cedidos por el Estado, «pues no pone en cuestión el régimen jurídico de la cesión de tributos» del Estado a las CCAA. En última instancia, la referencia a «sus propios órganos económico-administrativos» tiene, a juicio del Tribunal, «una dimensión exclusivamente autoorganizadora, sin que el *nomen* atraiga hacia la Generalitat cualquier competencia revisora en la vía económico-administrativa», competencia que sólo puede establecerse por ley estatal, de acuerdo con lo establecido en los arts. 156 y 157 CE (SSTC 192/2000, FJ 10; y 156/2004, FJ 6) (FJ 133).

3.3 Participación de la Generalitat en los mecanismos de nivelación entre las CCAA para la prestación de servicios públicos fundamentales

Bajo este epígrafe se incluye la impugnación de los apartados 3 y 5 del artículo 206 EAC, recayendo en el primero de ellos la única declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional que afecta al Título VI —«De la financiación de la Generalitat»—.

Aun cuando dicho apartado 3 del artículo 206 EAC no cuestiona la competencia del Estado para definir los servicios públicos fundamentales y su nivel de prestación en las CCAA, tal y como prevé el artículo 158.1 CE, el inciso pri-

mero del apartado 3 del artículo 206 establecía que la aportación de la Generalitat a la solidaridad y a la nivelación de tales servicios se realizará «siempre y cuando [las Comunidades Autónomas] lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar», enunciado que, en opinión del Tribunal Constitucional, «incurre en inconstitucionalidad», en tanto que establece una «exigencia» para que Cataluña contribuya a los mecanismos de nivelación de servicios fundamentales y de solidaridad, correspondiendo al Estado ex arts. 149.1.14 en conexión con los arts. 138.1 y 157.3 CE, «regular el ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas y fijar los niveles de su contribución a la nivelación y a la solidaridad». En este contexto, la determinación del «esfuerzo fiscal» que deban realizar las CCAA «es cuestión que sólo corresponde regular al propio Estado, tras las actuaciones correspondientes en el seno del sistema multilateral de cooperación y coordinación constitucionalmente previsto».

Un concepto, el de «esfuerzo fiscal similar» que, según se ha entendido, podría equipararse a la expresión «en términos normativos», contenido en el actual artículo 15 de la LOFCA, según la redacción dada por la LO 3/2009, de 18 de diciembre, considerando, desde esta perspectiva, que su declaración de inconstitucionalidad viene a suponer «la pérdida de la garantía estatutaria que se pretendía mediante la introducción de este principio en el EAC» (Grup d'experts per encàrrec MHP, 2010). Además, esta declaración de inconstitucionalidad se ha estimado fundamentada en una interpretación «no exclusivamente literal» del precepto, en la que, más allá de los «términos más o menos imperativos con los que aparezcan señalados», se otorga más relevancia a la competencia estatal, «que nadie discute» (Arias Abellán, 2010).

Por su parte, la previsión contenida en el apartado 5 del artículo 206 EAC, también impugnado, al disponer que «el Estado garantizará que la aplicación de los mecanismos de nivelación no altere en ningún caso la posición de Cataluña en la ordenación de rentas *per capita* entre las Comunidades Autónomas antes de la nivelación», no constituye, propiamente, según estima el Tribunal, «una condición impuesta al Estado» por el Estatuto de Autonomía de Cataluña, sino «sólo la expresión reiterada» de un deber que para el Estado trae causa inmediata y directa del art. 138.1 CE (FJ 134).

3.4 Mecanismos de colaboración Generalitat-Estado en materia de financiación

El artículo 210 EAC, por el que se crea la «Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales» fue impugnado en sus apartados 1, 2a), b) y d).

El primero de los preceptos impugnados define a la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales como el «órgano bilateral de relación» entre la administración del Estado y la Generalitat, y establece su composición paritaria por un número de representantes del Estado y de la Generalitat, considerando el Tribunal Constitucional que no resulta inconstitucional siempre que se

interprete «en el sentido de que no excluye ni limita la capacidad de los mecanismos multilaterales en materia de financiación económica ni quebranta la reserva de ley orgánica prevista en el art. 157. 3 CE y las consiguientes competencias estatales». Porque, según estima el Tribunal, las decisiones que afecten a la suficiencia financiera de las CCAA, deben ser tomadas en el seno de órganos multilaterales y, específicamente, en el Consejo de Política Fiscal y Financiera, aunque ello no impide la existencia simultánea de órganos bilaterales de cooperación, siempre que éstos últimos no excluyan ni limiten las facultades de decisión del primero. Idéntica argumentación aplica el Tribunal Constitucional al enjuiciamiento de las letras a), b) y d) del segundo inciso del artículo 210 EAC impugnadas (FJ 135).

Una interpretación que ha sido considerada el «ejemplo prístino» de la tendencia del Tribunal Constitucional en esta Sentencia, por extender ampliamente el juicio interpretativo, pudiendo incurrir en una «injerencia del legislador negativo en el terreno del legislador ordinario al que termina por reescribir sus torcidos renglones» (Alonso González, 2010) y, en concreto, por reducir la Comisión a un «órgano de mera consulta» (Pagès i Galtés, 2010).

3.5 Inversiones del Estado en infraestructuras en Cataluña

En este ámbito la disposición del EAC impugnada es la Disposición adicional tercera, apartado 1, cuyo contenido el Tribunal Constitucional estima no vinculante para las Cortes Generales en el ejercicio de sus funciones de examen, enmienda y aprobación de los Presupuestos Generales del Estado —remitiéndose a la opinión expresada por dicho Tribunal en el FJ 11 de la STC 13/2007, de 18 de enero—, y por lo tanto, conforme con la Constitución (FJ 138).

Una «interpretación» del Tribunal que, también en este caso, resulta ser la única que hace compatible la previsión estatutaria con el Texto Constitucional, pero que no proporciona «un sentido determinante» a la norma jurídica (Fernández Amor, 2010).

3.6 Participación de la Generalitat en los tributos estatales

Las Disposiciones adicionales 8.ª, 9.ª y 10.ª EAC prevén la cesión del rendimiento de determinados impuestos especiales a la Comunidad Autónoma de Cataluña, incurriendo, según la opinión del Tribunal Constitucional —remitiéndose al FJ 4 de la STC 181/1988, de 13 de octubre—, en el «fenómeno» de las «normas estatutarias que imponen la elaboración de un proyecto de Ley o de Decreto-ley sobre el alcance y condiciones de las cesiones de tributos prescritas en el correspondiente Estatuto». Dicho «fenómeno», afirma, entronca con el principio de colaboración y lealtad constitucional, por lo que sólo resulta admisible «desde el respeto a la potestad legislativa del Estado que ejercen las

Cortes Generales (art. 66.2 CE)», que únicamente puede traducirse en el compromiso de la Generalitat y el Gobierno de «acordar en Comisión Mixta» la elaboración y el contenido de un proyecto de ley ordinaria que será tramitado con plena libertad por las Cortes Generales (FJ 137).

4. CONCLUSIONES

Como se ha podido comprobar, las fórmulas de reparto de los recursos estatales entre los entes territorialmente descentralizados en Alemania y España mantienen una sustancial diferencia proveniente del mecanismo, respectivamente, descendente o ascendente de su formulación. Ciertamente, la reforma del federalismo fiscal alemán se inserta en el contexto de una reforma constitucional, mientras que la reformulación de la autonomía financiera de las CCAA españolas se incluye en las reformas de ciertos los Estatutos de Autonomía, de tal modo que, al menos en apariencia, la visualización de los efectos derivados de ambas reformas del federalismo fiscal resultan claramente contrapuestos.

En efecto, la singularización de los caracteres propios de la autonomía financiera en el respectivo Estatuto de Autonomía obliga a las instancias estatales (Cortes Generales y Tribunal Constitucional), a redefinir una y otra vez los límites a la autonomía financiera de las CCAA en un proceso nunca totalmente concluido, toda vez que, al existir regímenes financieros específicos como el Concierto y el Convenio, que proporcionan a dichas CCAA unos ingresos per cápita superiores a los de las CCAA del régimen común, producen un efecto emulador en éstas últimas.

Sin embargo, la aparente «deconstrucción» del federalismo fiscal en España —en el sentido en que el término ha sido utilizado con referencia al Estado (Balaguer Callejón, 2001)—, no proviene tanto de la ausencia de una regulación contenida en el Texto Constitucional, como de la percepción de apertura de un momento constituyente que se aprecia en la reforma de los últimos Estatutos de Autonomía, circunstancia que diferencia a estas últimas reformas estatutarias de otras anteriores.

Porque —al margen de lo adecuado o no de la procedencia de configurar constitucionalmente un Estado federal—, lo cierto es que, en la actualidad, el Estado de las Autonomías ha alcanzado un grado de desarrollo normativo y jurisprudencial lo suficientemente amplio y consolidado para posibilitar la fundamentación jurídica de un «federalismo fiscal» tendente a la integración del Estado, sobre todo porque en la actualidad no hay duda de que el sistema de transferencias interregionales tiene una gran importancia, tanto en los procesos de integración en Europa o Alemania, como en los procesos de desintegración en Bélgica, Canadá, Italia y la antigua Unión Soviética (Persson & Tabellini, 1996).

En todo caso, la admisión a trámite por el Pleno del Congreso de los Diputados de la Proposición de reforma del artículo 135 de la Constitución es-

pañola (BOCG de 26 de agosto de 2011, Serie B, n. 329-1) —tramitada por el procedimiento de urgencia, y claramente inspirada en el espíritu que ha propiciado la reforma del federalismo fiscal alemán—, viene a suponer la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria con carácter vinculante para todas las Administraciones Públicas, elevando a rango constitucional el principio conductor de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, y de la LO 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, sobre cuya aplicación respecto de las Haciendas de las CCAA se ha pronunciado favorablemente el Tribunal Constitucional en la reciente Sentencia 134/2011, de 20 de julio.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTÍ ROVIRA, E., «Las reformas territoriales en Alemania y en España y la sostenibilidad del paradigma autonómico español», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 78, 2006, pp. 9-42.
- ALONDO GONZÁLEZ, I.J.M., «La financiación de la Generalitat (Sentencia 31/2010) de 28 de junio», en *Revista Catalana de Dret Públic*, especial Sentencia sobre el Estatuto, 2010, pp. 423-428.
- ARIAS ABELLÁN, M.ºD., «Sobre la constitucionalidad de determinados preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña relativos a la financiación autonómica y local», en *Revista Catalana de Dret Públic*, especial Sentencia sobre el Estatuto, 2010, pp. 429-434.
- ARROYO GIL, A., «La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en la República Federal de Alemania», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 10, 2010, pp. 40-71.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., «La financiación de las Comunidades Autónomas», en LÓPEZ GUERRA, L. (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Prof. Dr. D. Joaquín García Morillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 477-491.
- CORCUERA ATIENZA, J., «Las reformas del modelo territorial en Alemania y en España: dos lógicas diferentes», en TUDELA ARANDA, J. & KÖLLINGS, M. (eds.), *La reforma del Estado autonómico español y del Estado federal alemán*, 2009, pp. 43-70.
- CRUZ VILLALÓN, P., «La reforma del Estado de las Autonomías», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 2, 2006, pp. 77-99.
- ELÍAS MÉNDEZ, C., «La reforma de la Constitución financiera en Alemania: una reforma pendiente», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 6, 2006, pp. 223-252.
- FERNÁNDEZ AMOR, J.A., «Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los compromisos de gasto previstos en la Disposición adicional tercera del Estatuto a raíz de la STC 31/2010, de 28 de junio», en *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentencia sobre el Estatuto*, 2010, pp. 438-441.
- Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (2009). Deutscher Bundestag. 16 Wahlperiode. Drucksache 16/12410, en: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/124/1612410.pdf>

- GUNLICKS, A., «German Federalism Reform: Part One», en *German Law Journal*, n.º 8, 2007, pp. 111-131.
- GRUP D'EXPERTS PER ENCÀRREC, MHP Informe sobre la Sentència del Tribunal Constitucional sobre l'EAC, 2010, en www.3cat24.cat/multimedia/pdf/2/6/1279183979262.pdf
- HERRERO ALCALDE, A.; RUIZ-HUERTA CARBONELL, J. y VIZÁN RODRÍGUEZ, C., «La reforma de la financiación autonómica de 2009», en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, n.º 11, 2010, pp. 169-205.
- HRBEK, R., «La reforma del Federalismo en Alemania», en TUDELA ARANDA, J. & KÖLLING, M. (eds.), *La reforma del Estado autonómico español y del Estado federal alemán*, 2009, pp. 19-30.
- Ley de reforma de la Ley Fundamental (Bundesgesetzblatt 2006, Teil I, Nr. 41, 31.08.2006).
- Ley de reforma de la Ley Fundamental (Bundesgesetzblatt 2009, Teil I, Nr. 48, 29.07.2009).
- MEDINA GUERRERO, M.M., «Las haciendas autonómica y local en la STC 31/2010», en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, n.º 12, pp. 471-501.
- MELICA, I., «Ripensare le autonomie nell'ottica del federalismo fiscale: la meritocrazia degli amministratori locali e la dimensione territoriale ottimale», en *Forum dei quaderni costituzionali*, 2011. http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0275_melica.pdf
- MONASTERIO ESCUDERO, C., *El laberinto de la Hacienda Autonómica*, Thomson-Civitas, 2010, pp. 257-306.
- PAGÈS I GALTÉS, J., «La financiación autonómica en la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto catalán de 2006», en *Revista Catalana de Dret Públic*, especial Sentencia sobre el Estatuto, 2010, pp. 442-448.
- OATES, W., «Toward a Second-Generation Theory of Fiscal Federalism», en *International Tax and Public Finance*, n.º 12, 2005, pp. 349-373.
- OETER, S. and WOLFF, J., «La posición del Bundesrat tras la reforma del federalismo», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 6, 2006. pp. 99-123.
- PERSSON, T. & TABELLINI, G., «Federal Fiscal Constitutions: Risk Sharing and Redistribution», en *Journal Political Economy*, n.º 5, 1996, pp. 979-1005.
- SCHNEIDER, J.P., «La reforma del Federalismo en Alemania. Fines, negociaciones, resultados», en *Revista d'Estudis autònoms i Federals*, n.º 8, 2009, pp. 11-36.
- Sentencia TCF alemán de 19 de octubre de 2006. BVerG, 2 BvF 3/03 de 19.10.2006 http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20061019_2bvfo00303.html
- STURM, R., «Informe y resultados de las dos reformas del Federalismo de Alemania, 2006 y 2009», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 1, pp. 15-32.
- SUDHOF, M., «Los puntos clave en la discusión de la Reforma del Federalismo II y tendencias futuras», en TUDELA ARANDA, J. & KÖLLING, M. (eds.), *La reforma del Estado autonómico español y del Estado federal alemán*, 2009, pp. 173-185.

El Senado: cámara de representación territorial. Razones que justifican su existencia

M. Marta Cerro
Universidad Autónoma de México

SUMARIO: 1. ¿Es el Senado expresión de la manifestación de los Estados miembros en la formación de la voluntad federal? 2. Problemas estructurales y funcionales. 3. El Senado en Argentina. 4. La búsqueda de la *representatividad*. 5. Reflexión final. Bibliografía.

El sistema bicameral es necesario para el funcionamiento de un sistema genuinamente federal. La Cámara territorial es la que tiene en cuenta los intereses de los Estados miembros y asegura que en la Federación se lleven a cabo las funciones que le han sido asignadas. También proporciona un medio efectivo de mediación en los conflictos de intereses y en la formulación de una política básica dentro del área de la competencia federal. Se trata, por las mismas necesidades del federalismo, de una Cámara canalizadora de una cierta participación de los estados miembros en las decisiones federales, y particularmente en la formación de leyes de la Federación, y no, de una Cámara de segunda lectura ni de reflexión o ponderación. La Cámara territorial «es el instrumento adecuado para la realización de una de las categorías fundamentales del Estado federal, la cooperación, tanto entre el Estado central y las unidades de descentralización como de estas entre sí», dice Santolaya, de allí la necesidad y la importancia de la Cámara territorial para permitir y estructurar el funcionamiento del Estado federal.

La idea de que el lugar donde deban expresarse los intereses de los Estados miembros de una Federación es el Senado se basan en dos razones: una histórica, y la otra sistemática.

El fundamento histórico nos lleva al modelo de los estados federales, cuyo arquetipo es el Senado de los Estados Unidos, cuya intención cuando se implementó fue establecer una «más perfecta unión» entre los estados. Este órgano se estructuró sobre criterios distintos a los utilizados para la representación parlamentaria clásica,¹ que se fundaban sobre el sufragio universal y la

¹ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LETRADOS DE PARLAMENTOS, «El Senado, Cámara de representación territorial», en *III Jornadas*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 75.

representación democrática proporcional. Desde siempre, el modelo americano ejerció una innegable influencia sobre otros ordenamientos, de manera que el tipo de representación que ellos adoptaron se repitió en muchos estados federales. En virtud de este esquema el órgano de representación territorial se encuentra siempre en el nivel parlamentario, al punto tal que llegó a considerarse hasta no hace mucho tiempo atrás el impedimento a ideas alternativas a este sistema.

Las razones de orden sistemático se encuentran ligadas a la construcción institucional de los estados modernos, que se apoya —al menos idealmente— en considerar al Parlamento como centro del sistema democrático. Esto lleva en consecuencia a afirmar, que la participación de los territorios en la vida nacional implica necesariamente que estén presentes en el Parlamento, como lugar de expresión de la soberanía popular. La presencia de las entidades territoriales les permite participar en las decisiones centrales, lo cual no sólo beneficia sus propios intereses, sino también los de la democracia y otorga unidad política al Estado.

La afirmación de esta razón institucional es la más correcta; lo cual no quiere decir que sea la más funcional.

1. ¿ES EL SENADO EXPRESIÓN DE LA MANIFESTACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD FEDERAL?

El Senado debería ser una Cámara de representación de las entidades territoriales en un Estado federal o de descentralización, y el Senado no debería ser una duplicación del Congreso de los Diputados. No se ha establecido la Cámara para proporcionar representación a los «hombres que se distinguen por su nacimiento, riqueza y posición» (Montesquieu). Y, sin embargo, es cierto que la mayoría quiso una Cámara de reflexión, de enfriamiento, de contrapeso y de perfeccionamiento técnico, funciones que desarrollan la vieja idea del consevadurismo liberal de la necesidad de frenar o equilibrar a la Cámara que, surgida del sufragio, representa la «tornadiza opinión pública»², con la Cámara que representa la calidad y garantiza la continuidad (Constant). Si semejante fundamentación hubiere ido de la mano de la quiebra del principio democrático en el momento de la selección de los senadores, estaríamos, sin paliativos, ante una Cámara aristocrática sin encaje posible en cualquier Constitución de impronta liberal y democrática y, por tanto, igualitaria. Pero no siendo así, hay que proclamar como elemento esencial a su naturaleza el de ser una Cámara democrática y no aristocrática.

² HAMILTON, A.; MADISON, J. y JAY, J., *El Federalista*, FCE, 1987, p. 35.

El Senado no es indispensable desde la lógica democrática, pero no es contradictorio con ella, y, en consecuencia, será la eficacia de su actividad la que puede proporcionar los criterios ajustados para emitir sobre su existencia pronunciamientos definitivos.

La segunda característica esencial de la naturaleza del Senado es la distribución territorial del poder de acuerdo con el modelo de Estado federal. Según esto, el Senado es la Cámara de representación territorial y gracias a la cual, en palabras de García Pelayo, se puede decir que el Estado federal «no es un simple equilibrio entre un poder central y una pluralidad de poderes, sino una síntesis dialéctica entre ambos»³.

La representación de las entidades territoriales en el Senado, se «configura como una representación especial»⁴. Concretamente, es especial, porque a través de ella se busca defender los intereses de los Estados miembros, y es territorial, porque son los entes territoriales, los que reciben de la Constitución federal, la facultad de nombrar a los componentes de esta Cámara.

Si bien lo dicho es el pensamiento doctrinal de muchos, el desenvolvimiento del Senado estuvo muchas veces alejado de convertirse en el lugar y en el instrumento necesario para expresar la voluntad de los estados miembros de una Federación en la formación de la voluntad federal.

Tres son los asuntos, dice Durand⁵, respecto a la Cámara de los Estados a examinar, para saber si a través de ella, se produce efectivamente la llamada participación indirecta de los estados miembros en la formación de la voluntad del Estado federal.

En primer lugar, el modo de reclutamiento de los integrantes de las segundas Cámaras y la relación jurídica que mantienen con el Estado miembro le servirá para afirmar que, jurídicamente, sólo en el caso de Alemania se sostiene que el Senado es el órgano que representa a las colectividades miembros de la Federación, y eso porque sólo en ese ordenamiento los miembros del Reichsrat lo son de los gobiernos de las colectividades miembros que pueden, por eso mismo, revocarlos y porque sólo en esta Cámara deben los representantes de cada colectividad votar en el mismo sentido.

Como quiera que este modelo de Cámara de Embajadores, propio de la Confederación de Estados, es absolutamente excepcional en el panorama comparado, y debe su existencia al precedente histórico del Imperio alemán, no se puede convertir en parámetro para juzgar la naturaleza de los Senados en el resto de los sistemas federales.

En ellos, y sean los senadores designados por las legislaturas de los Estados miembros o por los electores, no hay relación de representación u orgá-

³ GARCÍA PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1959, p. 230.

⁴ PUNSET, R., *El Senado...*, *op. cit.*, p. 117.

⁵ DURAND, Ch., *Les États fédéraux elude de droit consilulionnelposilif*, Librairie du Recueil Sirey, París, 1930, pp. 185-358.

nica de mayor eficacia jurídica que la que puede existir entre los integrantes de las Cámaras Bajas y sus electores. Si no existe mandato imperativo y revocación, y si los senadores de cada Estado miembro no tienen obligación de emitir un voto igual, sino que actúan en la Cámara como representantes libres, entonces ni ellos son órganos de los Estados miembros en el sentido que la relación orgánica tiene, ni tampoco el Senado es órgano a través del cual los Estados miembros participen en la producción de la voluntad federal.

Deriva el error de atribuir a la noción de representación consecuencias que rebasan el acto de la elección o designación. La intervención de algún órgano de los Estados miembros en el modo de reclutamiento de los integrantes del Senado no convierte ni a los senadores ni a la Cámara en órgano que expresa la voluntad de los Estados miembros, necesaria para, en concurrencia con la voluntad del pueblo como un todo representado en la Cámara Baja, producir la voluntad federal.

Y tampoco desde el punto de vista político juegan sobre los senadores y sobre el Senado dinámicas o condicionamientos distintos a los que afectan a los miembros de la otra Cámara. El único sistema característico es el de Alemania y no se encuentra más que en ese Estado. Por otra parte, nada autoriza a hablar de una voluntad del Estado miembro expresada por los senadores que aquél eligió para el Congreso federal.

El segundo asunto que reclama la atención de Durand es el del criterio a seguir para la atribución de los escaños a los Estados miembros. Después de un examen prolijo de los supuestos en los que se opta por la igualdad de escaños, siguiendo el modelo de la Constitución de los Estados Unidos, o por la proporcionalidad en relación al número de habitantes, concluye el autor declarando que sea cual fuere el criterio a seguir, nunca se puede hacer depender de él la naturaleza federal o no federal de un Estado.

En tercer lugar, se ocupa Durand de la posición del Senado en relación a la Cámara popular. Y de nuevo tras un examen detenido del panorama comparado plantea la cuestión con esta doble interrogante: «Si se exige, en efecto, para que haya participación de los Estados miembros en la formación de las decisiones federales, que el Senado tenga un veto legislativo absoluto, es preciso rehusar ese carácter no sólo a Alemania y a Austria, sino también a Australia y acaso a Venezuela. Así, al mismo tiempo que se incluye en la clase de estados federales (en razón de esta participación de las colectividades no estatales en la formación de la voluntad estatal) a Bolivia, Ecuador, Uruguay, Cuba y la República Dominicana se excluiría a Australia.»

«Y si no se exige que el Senado pueda, por sí solo, impedir la confección de una ley, ¿en qué grado de poder se fijará la competencia necesaria de esta Cámara para que en ella se realice la participación de los estados miembros en la formación de las decisiones federales? ¿Se admitirá que esta participación pueda resultar de poderes tan mínimos como los del Bundesrat austríaco? Eso sería reducirla casi a un formalismo. Pero si no se admite eso, ¿dónde se encuentra el límite más allá del cual existirá esta participación?»

La supervivencia del bicameralismo en los modelos federales no se pone en cuestión ciertamente, pero su significado ha variado notablemente.

Por los resultados demostrados en los diversos países en donde funcionan las Cámaras territoriales, la experiencia demuestra la insuficiencia de muchos ordenamientos en cuanto a la implementación del Senado como cámara de representación de los intereses territoriales, porque jugaron un papel muy débil en la defensa de esos intereses territoriales; al punto tal que en muchos Estados el surgimiento de otros cauces institucionales de representación funcionaron de manera mucho más efectiva.⁶

2. PROBLEMAS ESTRUCTURALES Y FUNCIONALES

La doctrina constitucional, por tanto, ha llamado la atención sobre la existencia de dos tipos de problemas, —estructurales y funcionales—, en las Cámaras territoriales, y cuya superación traería una mejora de la capacidad representativa del Senado.

Como problemas estructurales, se encuentran la ausencia de mandato imperativo, la elección por sufragio directo o la designación de los representantes por los órganos legislativos territoriales, que impiden un correcto ejercicio de la representación territorial⁷, favoreciendo la lógica político-partidista al momento de tomar las decisiones.

Los problemas funcionales aparecieron por la ausencia de un efectivo poder decisorio del Senado, ya sea por no tener poder de veto en el procedimiento legislativo, ya sea por una reducción de su papel frente a la otra Cámara.⁸

Existen por tanto razones que hablan de una crisis que afecta a estos organismos senatoriales, que por una defectuosa articulación no pueden llevar a cabo con éxito su tarea.

Habría que preguntarse si las razones de esta disfuncionalidad son transitorias (y, por lo tanto, podrían ser superadas con una reforma constitucional), o si las razones son consecuencia de cambios del «ideal» concebido históricamente como órgano de representación territorial. La respuesta quizás la encontremos en los comportamientos del sistema federal, verificando la situación actual de las dinámicas de representación territorial en los estados federales.

⁶ GARCÍA MORALES, M.J., «Tendencias actuales de la colaboración en los federalismos europeos: una perspectiva comparada», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 2, 1997, p. 223.

⁷ PUNSET, R., *El Senado y las Comunidades autónomas*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 119.

⁸ RUGGIU, I., «Órganos y dinámicas de representación territorial en los estados compuestos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 67, enero-abril de 2003, p. 5.

Unas de las características de los estados federales actuales es la tendencia a la cooperación⁹, —sobre todo en sus relaciones de dimensión vertical—, la cual se manifiesta en estructuras cooperativas que suplen la ausencia o la inacción de las Cámaras territoriales. Estas estructuras son consideradas como modelos alternativos o complementarios al Senado, que surgieron para desempeñar un papel institucional cooperativo¹⁰, y que fueron tomando importancia política y adquiriendo una posición institucional en los distintos ordenamientos de los estados federales.

La representación territorial y la cooperación son realidades distintas, ya que la primera es requisito necesario de todo Estado federal, mientras que la segunda, responde a una manera de ser del federalismo y aparece como una característica del mismo a partir del surgimiento del estado de bienestar, frente a la necesidad de superar el esquema del federalismo dual. La finalidad es el cumplimiento en común de las tareas propias del Estado¹¹.

Hay que precisar que el encuentro y progresiva identificación entre circuitos cooperativos y representativos es un proceso que surge a partir de la situación de crisis o de falta de operatividad de los tradicionales órganos de representación territorial¹². Así lo demuestra el hecho de que en los estados federales donde éstos funcionan, tal asimilación no se ha producido. Ejemplo de clara separación entre circuitos representativos (Bundesrat) y cooperativos (Conferencias intergubernamentales) es Alemania.

Frente a la pregunta del porqué de las disfuncionalidades que tiene la representatividad de las entidades territoriales en el Senado de los estados federales, podemos concluir, que si bien hay causas comunes, lo correcto es afirmar, que no hay respuestas unánimes para todos los casos. Sólo del análisis de cada caso particular se podrán extraer conclusiones. Lo cierto es que estas disfuncionalidades aparecen, en algunos países, producto de problemas estructurales, y en otros por las necesidades de la dinámica impuesta por el federalismo de cooperación (o por ambos a la vez). Tal cooperación produjo la aparición de órganos intergubernamentales como instrumentos necesarios y adecuados para hacer efectivos los principios federales. Algunos de ellos en su funcionamiento asimilaron los circuitos representativos y cooperativos. Otros, por el contrario, surgieron y se dinamizaron solamente para ocuparse de aspectos cooperativos y de coordinación *stricto sensu*.

⁹ ALBERTI ROVIRA, E., «Las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades autónomas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 14, 1985, p. 155.

¹⁰ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., *Comunidades autónomas y política europea*, Civitas, Madrid, 2000, p. 60.

¹¹ ROIG MOLES, E., «La participación de las instancias federadas: una perspectiva comparada», en *Informe Comunidades Autónomas*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1994, p. 577.

¹² GARCÍA MORALES, M.J., «Tendencias...», *op. cit.*, p. 243.

3. EL SENADO EN ARGENTINA

De acuerdo a la Constitución argentina de 1853, el Poder Legislativo quedó dividido en dos Cámaras, la de Diputados que representa al pueblo de la Nación, y la de Senadores, que representa a las provincias. La representación de las provincias en el Senado se tornó bastante relativa, al no estar el senador sometido a las instrucciones de las provincias ni tener que rendir cuentas de su actuación ante la misma, al ser antes un «legislador nacional»¹³ que un representante provincial, amparado por los fueros constitucionales del artículo 68 de la Constitución, por lo que hasta la no aprobación de un voto o un pronunciamiento del senador por parte de sus representados se podría volver ilegítima frente a una cuestión de privilegio. Esta independencia del senador elegido frente a la provincia que lo eligió, lo desvincula en la práctica de la defensa de las necesidades y los intereses concretos de sus territorios.

Por distintos motivos, que exceden el presente trabajo, el federalismo no se comportó de acuerdo a lo previsto por los constituyentes, lo que llevó a una gran parte de la doctrina a considerar necesaria una Reforma orientada a su recuperación. La más sugestiva recae sobre el Senado, al advertir, en la opinión de Frías, que el Senado, no «había funcionado como Cámara de las autonomías»¹⁴, ya que nunca cumplió eficazmente su función institucional de defensa de los intereses locales, constituyendo tal circunstancia, dice Quiroga Lavié «un factor notable en el desgaste del federalismo»¹⁵. Tal constatación se puso en evidencia ante la falta de una doctrina senatorial sobre intervención federal, sobre dominio de los recursos naturales y sobre coparticipación federal tanto en lo que respecta a la distribución entre la Nación y las provincias como a las provincias entre sí. El resultado de la misma modificó el artículo 54 relativo al Senado. ¿Ayudó esta Reforma a mejorar el funcionamiento del Senado Federal?

4. LA BÚSQUEDA DE LA REPRESENTATIVIDAD

Entendida como capacidad para reproducir fielmente el conjunto de las voluntades de los ciudadanos representados, supone evidentemente transformar de modo sustancial la naturaleza y función del órgano parlamentario. Creo que un camino que nos llevaría a buen puerto sería indagar en profundidad —a través de un exhaustivo análisis— los intereses que los representantes dicen defender y defienden durante su labor parlamentaria y los factores que contribuyen a definirlos, o sea insertarnos en el campo de los estudios sobre representación política. En este caso sólo interesa aquella que, por su carácter sustantivo indaga en la actuación de los representantes, en sus actitudes y comportamien-

¹³ BARRERA BUTELER, G., *Provincias y...*, *op. cit.*, p. 403.

¹⁴ FRIAS, P.J., *El proceso federal argentino*, Ed. del autor, Córdoba, 1988, p. 34.

¹⁵ QUIROGA LAVIE, H., *Derecho Constitucional Latinoamericano*, Unam, México, 1991, p. 724.

tos, como forma de determinar el criterio que guía su accionar y en los factores que han sido esgrimidos, desde diferentes perspectivas, para explicarla.

Hay dos dimensiones que han recorrido la teoría política normativa desde tiempos remotos expresando dos grandes controversias sobre las que descansaba la discusión acerca del vínculo representativo: el estilo y el focus de la representación.

La primera controversia la planteaba el estilo, y se refiere a cómo actúa o debe actuar un representante para hacerlo en el mejor interés de los ciudadanos —siguiendo las instrucciones de sus representados, el mandato, o siguiendo su propio juicio de lo que cree que es mejor para ellos, la independencia—.

El *focus*, que se hizo más compleja en los últimos tiempos con la centralidad de nuevos actores en el escenario de la política —fundamentalmente los partidos políticos— fue ganando importancia y control sobre los procesos, ya que los representantes guían su acción atendiendo a criterios previos mediante los cuales establecen *quiénes* son sus representados y por lo tanto *cuáles* son sus intereses.

Los dilemas de la democracia representativa son muchos y son variados. En los sistemas políticos actuales «los legisladores son elegidos por un sector geográficamente definido de la población para representar sus intereses, a pesar de que su misión como representantes es gobernar la Nación en su conjunto»¹⁶. Este es, en palabras de Pitkin¹⁷, el dilema clásico de la representación. Podría argumentarse entonces que existe una evidente contradicción entre los comportamientos esperados por los textos constitucionales y los arreglos institucionales diseñados para conseguirlos ¿Puede decirse que la forma en la que se selecciona a los representantes influye directamente en los objetivos que estos persiguen y en la manera en la que se comportan? (específicamente en el peso que tienen los territorios —los distritos electorales en los que han sido elegidos los senadores— en la forma de entender y llevar a cabo la representación). Para explicar el *focus* de la representación territorial, es necesario abordarlo en dos dimensiones: una *actitudinal* que mide el grado de importancia que otorgan los senadores a los territorios en sus concepciones representativas y una de *comportamiento*, que mide el caudal de proyectos de ley que estos inician y que afectan solo a sus territorios, es decir, que tienen beneficios geográficamente concentrados.

5. REFLEXIÓN FINAL

Me inclino a pensar, que toda mejora en el sistema argentino, pasará necesariamente por una seria reflexión y análisis de las dos dimensiones que explican el comportamiento representativo: el estilo y el focus de la representación.

¹⁶ CRISP, B. e INGALL, R., «Institutional Engineering and the Nature of Representation: Mapping the Effects of Electoral Reform in Colombia», en *American Journal of Political Science*, n.º 46 (4), 2002, pp. 733-748.

¹⁷ PITKIN, H.F., *El concepto de representación*, CEC, Madrid, 1968, pp. 65-100.

En este análisis que sugiero debe tenerse en cuenta tres factores principales: 1) el grado de federalismo 2) características del sistema electoral 3) nivel de centralización de los partidos.

Los factores secundarios a tener en cuenta son: 1) grado de nacionalización de las organizaciones partidistas 2) características de las entidades territoriales de las que proviene el legislador.

A ambos factores deben agregarse otras variables: la reelección, la experiencia política regional, actitud hacia la disciplina partidista, y la forma en que trabajan en el Congreso.

Solamente detectando la realidad y sus verdaderos problemas nos podremos aproximar a posibles soluciones. Claro está que esto nos enfrenta a las técnicas del cambio cuando un antiguo formalismo acaso, nos ata aún a esquemas que respondían más que a valores ideales a intereses concretos. De allí que esto nos debe llevar a no mirar tanto a la restauración cuanto a la prospectiva, lo cual significa mayor imaginación y mas audacia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTI ROVIRA, E., «Las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades autónomas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 14, 1985, p. 155.
- CRISP, B. e INGALL, R., «Institutional Engineering and the Nature of Representation: Mapping the Effects of Electoral Reform in Colombia», en *American Journal of Political Science*, n.º 46, 2002, pp. 733-748.
- ROIG MOLES, E., «La participación de las instancias federadas: una perspectiva comparada», en el *Informe de las Comunidades Autónomas*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1994, p. 577.
- RUGGIU, I., «Órganos y dinámicas de representación territorial en los estados compuestos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 67, 2003, p. 5.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LETRADOS DE PARLAMENTOS, «El Senado, Cámara de representación territorial²», *III Jornadas*, Madrid, 1996, p. 75.
- BARRERA BUTELER, G., *Provincias y nación*, Ed. Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 403.
- DURAND, Ch., *Les États fédéraux, elude de droit constitutionnel positif*, Librairie du Recueil Sirey, París, 1930, pp. 185-358.
- FRIAS, P.J., *El proceso federal argentino*, Ed. de Autor, Córdoba, 1988, p. 34.
- GARCÍA MORALES, M.J., «Tendencias actuales de la colaboración en los federalismos europeos: una perspectiva comparada», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 2, 1997, p. 223.
- GARCÍA Pelayo, M., *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza editorial, Madrid, 1959, p. 230.
- HAMILTON, A.; MADISON, J. y JAY, J., *El Federalista*, FCE, 1987, p. 35.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., *Comunidades autónomas y política europea*, Civitas, Madrid, 2000, p. 60.

- PITKIN, H.F., *El concepto de representación*, CEC, Madrid, 1968, pp. 65-100.
- PUNSET, R., *El Senado y las Comunidades autónomas*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 119.
- QUIROGA LAVIE, H., *Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, México, 1991, p. 724.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., *Descentralización y cooperación*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, p. 57.

Reinventando la Unión Europea: la crisis financiera, una oportunidad para el modelo federal

José Chofre Sirvent
Universidad de Alicante

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La insuficiente articulación democrática de la Unión Europea y sus efectos sobre el euro. 3. La deficiente estructura institucional del euro: el origen de la crisis. El «pecado original del euro». 4. El modelo federal y la crisis financiera: una oportunidad para profundizar en el federalismo en la Unión Europea. 4.1. La crisis del euro y el federalismo fiscal. Hacia un Fondo Europeo de Estabilidad Financiera: la emisión de euro-bonos. 4.2. Los desafíos del Banco Central Europeo ante la crisis financiera: reformas de instrumentos y reglas de funcionamiento. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La crisis financiera demuestra el error cometido en el nacimiento de la UE al no configurarse una verdadera unión política, que permitiera coordinar efectivamente las políticas económicas de los estados miembros. No obstante, la crisis financiera puede suponer una oportunidad para el fortalecimiento político, económico e institucional de la Unión Europea, o su propia desintegración si no se adoptan las medidas necesarias y con la urgencia que las mismas exigirían. Asimismo, puede constituir un reto para fortalecer el propio liderazgo internacional de la UE. Para lograr dichos objetivos es imprescindible que se establezcan las bases de un verdadero gobierno económico, así como profundizar en la coordinación de la política fiscal, realizando además todas las reformas estructurales necesarias para tales fines. Todo ello inspirado en el modelo federal.

2. LA INSUFICIENTE ARTICULACIÓN DEMOCRÁTICA DE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS EFECTOS SOBRE EL EURO

La crisis financiera y económica que tiene atenazado el futuro de la Unión Europea realmente es una profunda crisis política. No solamente por-

que no existe una estructura política que sustente a la Unión Económica y Monetaria para hacer frente a los desafíos que continuamente se ceban con esta, sino porque en el fondo de esta situación lo que se esconde es una verdadera mutación de las relaciones de fuerza. Donde hasta hace poco tiempo, la política desplegaba todos sus medios para regular la economía y someter a los poderes financieros a una cierta disciplina, en la actualidad los poderes políticos (Gobierno y Parlamento) se encuentran sometidos al cumplimiento de las recomendaciones que provienen, ya no de las instituciones comunitarias —no planteando ningún problema en este supuesto, porque estaríamos dentro de la dinámica del normal funcionamiento institucional—, sino de poderes financieros, sin rostro, y carentes de cualquier legitimación. Esta es la terrible situación en la que nos encontramos. Y todo ello sin ignorar que lo que se debate en el fondo, bajo el predominio casi absoluto del neoliberalismo, es el replanteamiento de las concepciones socioeconómicas de la Europa continental, estando en juego los principios y valores que han definido a la UE.

El choque entre la economía y la política se ha saldado con el desolador balance de que la economía es política y el conjunto de la política es economía, poniéndose claramente de manifiesto la articulación capitalista entre el Estado y el mercado, hasta el punto de que los fondos especulativos se han convertido en «actores políticos», en el sentido de que dictan a los Estados, e incluso a los Bancos centrales, las condiciones de su política económica y monetaria. La consecuencia inmediata es el profundo deterioro de la democracia en el ámbito de los Estados y en las propias estructuras comunitarias. Los poderes legislativos quedarán sujetos a los dictados de los «nuevos actores políticos», con una capacidad de maniobra cada vez más limitada. La política ha quedado, ya sin tapujos, sometida a los dictados de los poderes económicos, y la democracia, en una fase de deterioro creciente.

La crisis financiera griega es sólo el comienzo de un proceso cuyo fin es poco esperanzador. Las agencias de calificación de deuda y los especuladores apuntan ahora a las monedas y a las deudas públicas. Y ante este panorama, el euro es el eslabón más débil de la cadena, y con él la Unión Europea, como consecuencia de la inexistente estructura política que la pudiera sustentar en casos de tan extraordinaria urgencia como este. Parece que la crisis no será fácil que se detenga y no es exagerado pensar que puede llegar a afectar las relaciones entre los propios Estados de la Unión, teniendo en cuenta que unas economías nacionales dominan a otras (por ejemplo, el caso de las concentraciones bancarias), favoreciéndose más que la solidaridad, la intensificación de la competencia, aunque indicios existen de que la gravedad de la crisis puede influir en un cambio de perspectiva que se concrete en el fortalecimiento de mecanismos de solidaridad, como veremos más adelante. Solidaridad que en algún sentido puede ser discutible, como consecuencia de las condiciones leoninas que el FMI impone, cuyo objetivo es proteger a los bancos por encima de cualquier otro interés.

En cualquier caso, pues, y atendiendo a las consideraciones anteriores, las profundas carencias democráticas de la estructura institucional comunitaria, así como la provocadora falta de transparencia (durante la crisis financiera, no ha funcionado la estructura institucional comunitaria, sino un directorio integrado por Alemania y Francia) son un lastre para la credibilidad de la Unión Europea, afectando no solo a su propia legitimidad y a los principios del Estado de Derecho, sino también a su liderazgo internacional, y —es lo que interesa en este momento destacar— a la supervivencia del euro, que ha sido, además, la culminación de una etapa clave en el proceso de integración europeo.

3. LA DEFICIENTE ARQUITECTURA INSTITUCIONAL DEL EURO: EL ORIGEN DE LA CRISIS. EL «PECADO ORIGINAL DEL EURO»

Aunque en sus orígenes mismos la integración europea fue alentada por estrictas motivaciones políticas (la finalización de la II Guerra Mundial estaba muy reciente, y existía la imperiosa necesidad de establecer todas las medidas necesarias con el fin de que no se estallase un nuevo conflicto de semejantes atrocidades), la articulación y desarrollo posterior responde a razones económicas. Si examinamos las competencias soberanas atribuidas a la UE por parte de los estados miembros observaremos que la gran mayoría de ellas corresponden al ámbito de la economía. Por el contrario, en el ámbito de lo político el desarrollo ha sido bastante limitado. La brecha existente entre ambas dimensiones, la económica y la política, se ha ido engrandeciendo a partir de la entrada en vigor del euro. A partir del Tratado de Maastricht, la atención se centró en preparar las condiciones para la creación de una moneda común, mientras que los aspectos políticos recibían un trato secundario e irrelevante.

Así pues, el factor determinante que impulsó a la UE a un estadio de mayor integración fue la creación del euro. Sin embargo, este avance tan importante de cara a la integración, careció de dos elementos claves para su viabilidad futura: por una parte, que a esta integración monetaria no le siguiese, paralelamente, una profundización de la integración política que hubiese supuesto haber incorporado los necesarios mecanismos político-institucionales para el gobierno económico y financiero de la UE¹, esto es, con una Unión política fuertemente vertebrada el impacto de la crisis hubiera sido bastante menor que el que ahora tenemos; y, por otra parte, la existencia de una política monetaria, sin una política económica y fiscal única (que continuarían siendo una prerrogativa nacional y quedaría en manos de los estados miembros), y un BCE,

¹ Las principales razones de esa omisión son conocidas: en particular, la reticencia alemana a la puesta en común de decisiones sobre una moneda que sustituía a su poderoso y emblemático Marco y en la que su economía es claramente dominante; también, la posición por parte del Reino Unido, que ni se incorporó al Euro, ni quería un gobierno económico de la zona Euro.

limitado en sus competencias, han sido el caldo de cultivo ideal para que, dadas ciertas condiciones especiales, como la profunda crisis financiera y económica actual provocara una profunda desestabilización de la eurozona, con los consiguientes peligros que la misma puede conllevar.

Como señalaba Pedro Montes² en 2001 con acertado criterio, hemos llegado al punto en el que «el retraso de una unión política europea puede afectar a la economía de la Unión y particularmente al euro». El incumplimiento de las condiciones que garantizan la estabilidad del euro lo pondrían en cuestión, siendo necesario que los consensos políticos entre los estados miembros sean claros y homogéneos. El panorama que ya apuntaba Montes es el que se está manifestando en el ámbito europeo desde 2008, en el que se inicia la crisis financiera en EE.UU. y luego se desata la crisis en la UE como consecuencia de la situación crítica de la economía de Grecia.

Esa «no-Europa» en lo económico y financiero, carente de mecanismos de gobernanza para la decisión y respuesta ante las crisis, genera, por su debilidad, efectos casi tan devastadores o más que los ataques de las agencias calificadoras de riesgo; en la práctica, esa situación es en sí uno de los mayores factores de riesgo para la Unión Europea³.

La deficiente estructura del euro desde su propio nacimiento solo mereció la atención en algunos círculos académicos críticos con el modo de configurar una nueva moneda carente de todo el andamiaje (política fiscal, política económica, etc.) necesario y esencial en cualquier otra moneda circulante; cuando se produjo la desaparición de las monedas nacionales, como consecuencia de la solemne aparición del euro, los Estados, hasta entonces titulares del atributo de la soberanía, sufrieron un cambio de trascendencia histórica al perder un resorte esencial para implementar sus políticas económicas (p.ej. la devaluación de la moneda). Un ejemplo palmario de lo que afirmamos es la transferencia de soberanía en política monetaria de los Estados al Banco Central Europeo. Un Banco Central Europeo, además, cuyas competencias no son asimilables a lo que es realmente un Banco Central y, en concreto, la Reserva Federal de los EE.UU., como examinaremos más adelante.

En el resto de la comunidad académica se manifestaba un entusiasmo desahogado con el surgimiento de la nueva moneda (que ciertamente era un indiscutible símbolo político de la integración europea) hasta que una crisis financiera profunda y dramática de consecuencias imprevisibles constituyese un punto de inflexión para empezar a cuestionarse las carencias y debilidades sobre las que se asienta el euro, que ahora empieza peligrosamente a tambalearse. Es en este momento cuando, según afirma Montes, «se pone en solfa todo el sistema financiero y aparecen unos niveles de endeudamiento que no hay manera de resolver».

² MONTES, P., *La historia inacabada del euro*, Ed. Trotta, Madrid, 2001, pp. 89-94.

³ <http://estrella.lamatrix.org/el-coste-de-la-europa-sin-gobierno-economico>

Como señala este mismo autor, la clave del problema por el que el euro se encuentra en el epicentro del terremoto, radica en el déficit exterior (deudas de unos países frente a otros)⁴. Pero los gobiernos (y la gran mayoría de la oposición) han trasladado a la opinión pública que la fuente de los males es únicamente el déficit público interno, «cuando este es sólo una parte, y ni mucho menos la más importante, de los desequilibrios actuales» y ante la que sólo queda proponer el ajuste como única salida. Un ajuste que en España recaerá en aquéllos que no han causado la crisis pero que la van a pagar, es decir, la clase trabajadora.

Si existe una evidencia cierta es que la salida a la crisis está suponiendo una indiscutible vuelta de tuerca neoliberal. Por eso Montes expresa sin vacilaciones su pesimismo: «La burguesía está aprovechando la crisis para apretar todo lo que pueda y emprender reformas como la del sistema laboral o el sistema de pensiones», que en España tendrán efectos particularmente graves. E incluso esta vuelta de tuerca se manifiesta en la aprobación precipitada de una reforma de la Constitución española (la primera reforma importante después de treinta años) que consagra con toda la solemnidad el pensamiento neoliberal, como pensamiento único.

Ante este panorama profundamente desolador, Paul Krugman ya señaló las dos vías que se les ofrece a los países europeos, entre ellos España, para resolver su déficit exterior y, en definitiva, superar la crisis. La primera, de carácter neoliberal: un ajuste interno de enorme dureza que implique reducir costes y salarios y, de este modo, ganar competitividad. Y, como segunda opción, una devaluación monetaria, que ahora es imposible por la existencia del euro⁵.

Ante semejante escenario, el Consejo Europeo se reunió en mayo de 2010 y de las conclusiones adoptadas se deduce que las claves para lograr la estabilidad de la Eurozona pasan prioritariamente por una mayor coordinación económica más allá de la esfera fiscal y un reforzamiento de la vigilancia y disciplina para el cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

No obstante, la crisis del euro ha reavivado las voces de los que consideran que una mayor coordinación macroeconómica no es suficiente, y que lo que se requiere es una verdadera política fiscal europea, que complemente y reequilibre la política monetaria única del BCE. Muchos ven en esta asimetría entre política monetaria europea y políticas fiscales nacionales el «pecado original» del euro y siguen demandando mayores avances en el llamado federalismo fiscal⁶.

⁴ MONTES P., en www.rebellion.org: «La recuperación de la crisis económica pasa por romper con el euro»: «se da el caso de economías con grandes excedentes en la balanza exterior y otras que acumulan un enorme déficit, como Portugal, Grecia o España». «Este déficit exterior es el gran problema».

⁵ MONTES, P., en www.rebellion.org: «La recuperación de la crisis económica pasa por romper con el euro».

⁶ DE LA ROCHA VÁZQUEZ, M., «El futuro de la Unión Económica y Monetaria Europea: ¿qué ha fallado y qué reformas se requieren?», en *Fundación Alternativas*, Documento de Trabajo, n.º 54, 2010, p. 36.

Por tanto, atendiendo a estos elementos establecidos en la UEM⁷ se definía una unión monetaria sin la existencia de una unión fiscal que pudiera fortalecer aquella. La constitución de una unión monetaria sin el sostén de una unión fiscal implicaba un conjunto de riesgos de consecuencias impredecibles. Entre estos riesgos cabría señalar los siguientes: a) que los gobiernos se vieran tentados a acumular volúmenes insostenibles de deuda pública forzando al BCE a cancelarla a base de inflación; b) que los altos endeudamientos acabaran contagiando negativamente a otros países, obligando a rescates para salvaguardar el conjunto de la eurozona; y c) el problema de la pérdida de la política cambiaria: en una unión monetaria, los países pierden la capacidad de devaluar sus monedas como estrategia para ganar competitividad y estimular la economía vía exportaciones. Así, sin una política presupuestaria común que permitiera reequilibrar las diferencias en el ciclo económico de los países, aquéllos que entraran en recesión tendrían limitados instrumentos para salir de ésta por sí mismos.

A pesar de estos riesgos, la política fiscal se dejó en manos de los gobiernos nacionales, pero sujeta a tres limitaciones clave: a) la primera limitación fueron las condiciones del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, impuesto por Alemania, que obligan a mantener los déficits públicos por debajo del 3% del PIB en tiempos normales y los niveles de endeudamiento público por debajo del 60%; b) la segunda defensa fue otorgar total independencia al BCE de los gobiernos nacionales, que en principio le blindaba frente a posibles externas tendientes a eliminar la deuda vía inflación (al BCE se le prohibió también expresamente financiar directamente los déficits de ningún Estado); y c) finalmente, la cláusula de no asistencia entre países se convirtió en la tercera salvaguarda que se autoimpuso la zona euro⁸.

En la UE el presupuesto comunitario se encuentra en torno al 1% del PIB de la Unión o alrededor del 3% del total de gasto comunitario. Con un presupuesto tan limitado es difícil hacer verdaderas políticas anticíclicas europeas que puedan reequilibrar la rigidez que supone la política monetaria única del BCE. Por ello es esencial que la UE incremente de una forma notable los recursos comunitarios.

Como no es previsible pensar que a medio plazo aumenten de manera importante los recursos gestionados por Bruselas para acercarse a un verdadero federalismo fiscal, al estilo norteamericano o alemán, entre tanto es esencial asegurar los avances claros y firmes en la coordinación económica y en reformas clave que apunten a la arquitectura institucional del euro, que es el mayor logro de la integración europea. Al mismo tiempo, la falta de un mayor federalismo fiscal europeo no significa que en la UE no haya mecanismos de solidaridad económica. Por ejemplo, los fondos de cohesión o los fondos estructurales

⁷ http://europa.eu/abc/12lessons/lesson_7/index_es.htm

⁸ DE LA ROCHA VÁZQUEZ, M., «El futuro de la Unión...», *op. cit.*, pp. 7 y 8.

representan volúmenes financieros importantes hacia países o las regiones menos avanzadas. El problema de la UE, y, en especial, de la Eurozona es no tener una estructura federal como tiene EE.UU. Cuando en EE.UU., un Estado de la Unión pudiera experimentar dificultades en el pago de la deuda pública, el Estado federal transferiría automáticamente fondos a dicho Estado. En la Eurozona, ello supondría que el Gobierno económico (que no existe) transferiría a los Estados con problemas de deuda (por ejemplo, Grecia) fondos que les permitieran resolver el problema, y todo ello sin la intervención del FMI, o cualquier otro tipo de intervenciones⁹.

Por tanto, el problema de la Eurozona no es que Grecia u otro país tenga una deuda pública acentuada, sino que no existe una estructura federal y un Gobierno económico que permita resolver el problema. De manera, que el problema, como ya hemos señalado anteriormente, no es financiero, sino político.

4. EL MODELO FEDERAL Y LA CRISIS FINANCIERA: UNA OPORTUNIDAD PARA PROFUNDIZAR EN EL FEDERALISMO

En el Consejo Europeo de 10 de mayo de 2010 se adoptaron algunos acuerdos que suponían avances importantes a gran escala hacia la creación de una Federación política europea, más audaces, incluso, que la propia creación del euro, lanzado en 1999. Se trataba de la creación de un Fondo de 750.000 millones de euros, garantizado colectivamente por todos los contribuyentes europeos para proteger a los estados europeos del dilema al que se enfrentaba Grecia: abandonar el euro o declararse en bancarota por no pagar sus deudas.

Al convertir a Grecia, Irlanda y Portugal en deudores permanentes del BCE y los diferentes fondos de rescate de la UE, la Comisión y el BCE están aumentando enormemente el poder de las instituciones europeas a costa de los Estados. Aunque el control sin precedentes en la política fiscal, el gasto y las políticas sociales nacionales que ejercen el BCE y la Comisión hasta ahora se limita a Grecia e Irlanda, el ejercicio del rescate ha sentado precedentes y ha creado capacidades institucionales que pueden extenderse poco a poco a toda la Unión Europea, configurándose dentro de los parámetros del federalismo y fortaleciendo progresivamente este.

La progresión inevitable de la unión monetaria al federalismo fiscal y, en última instancia, a la unión política a gran escala, la predijeron los euroescépticos y los eurofederalistas en 1989, cuando Jacques Delors planteó por primera vez la moneda única y de nuevo en 1999, cuando se creó el euro.

Es bien cierto que el germen del elemento federal ya se encuentra en los mismos orígenes de las Comunidades Europeas. Desde el mismo momento de la

⁹ NAVARRO, V., «Si la Unión Europea tuviera un sistema federal como EE.UU.», en *Temas para el Debate*, abril de 2011.

existencia de las instituciones comunitarias, la atribución de competencias por parte de los estados miembros y la capacidad de la UE para imponerlas a todos los Estados, responde a un claro esquema federal. Este esquema federal se ve incrementado con la constitución del Banco Central Europeo, la existencia del propio presupuesto de la UE (aunque muy limitado) y un propio sistema judicial. En definitiva, pues, en el ámbito comunitario existen elementos de clara inspiración federal, tanto en los sistemas institucionales y jurídicos como en el competencial y monetario, independientemente de la amplitud que cada cual le otorgue en función de la posición doctrinal que defienda. No obstante, parece existir un cierto consenso en torno a la utilización del concepto de federalismo¹⁰.

Considerando que la realidad europea es nueva, diferente, compleja y peculiar respecto a experiencias anteriores, su modelo organizativo también lo será. Así, pues, los Tratados constitutivos no establecen ningún modelo, sino que estructuran las CCEE de forma que éstas puedan responder a las necesidades de la realidad que organizan¹¹, dando lugar pues a la inexistencia de un modelo federal unívoco. Sin entrar en los debates en torno a la ideas federales y su relación con el fenómeno de la integración comunitaria, que se produce ya desde los mismos orígenes de las propias Comunidades¹², sí que interesa señalar que el concepto de federalismo únicamente puede ser analizado dentro de la experiencia de un ordenamiento jurídico concreto y del contexto político determinado en que se desarrolla. No obstante estos elementos singulares que aporta cada ordenamiento, existen elementos comunes a todos los sistemas calificados como federales.

Si antes de la crisis financiera, ya se apuntaban graves riesgos políticos de que se disolviese el incipiente federalismo, como consecuencia del creciente predominio de la idea fuerza de lo intergubernamental, y la renacionalización de ciertas políticas comunitarias, ahora, paradójicamente, en un momento tan crítico como el actual, la defensa de un fomento de la integración a través de la profundización de lo federal¹³ en la UE es una señal que permite marcar el

¹⁰ Existen problemas conceptuales para delimitar el federalismo. González Encinar, describía el federalismo como «un enemigo del unitarismo, pero al mismo tiempo un defensor de la unidad en la diversidad», en definitiva, como «una forma de conseguir la unidad respetando el pluralismo». Véase GONZÁLEZ ENCINAR, J.J., *El Estado unitario federal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, p. 81.

¹¹ MARTÍN y PÉREZ DE NANCIARES, J., *El federalismo supranacional: ¿un nuevo modelo para la Unión Europea?*, EMEK/CVME, Bilbao, 2003, http://eurobask.org/ficherosFTP/LIBROS/10_Universitas_2002.pdf

¹² Véase, como ejemplo, la Declaración Schuman, que se refería a una «Federación de Estados». Otros políticos que utilizaron el ideario federalista, con unos contornos más o menos difusos, son Adenauer, Gasperi, Monnet, Spinelli, etc.

¹³ Sin ignorar las fuertes resistencias para avanzar en la adopción de acuerdos a través de procedimientos comunitarios en detrimento de métodos intergubernamentales. Una muestra de estas resistencias la encontramos en la aplicación de la estrategia de directorio franco alemán, con un fuerte peso de Alemania y no de las instituciones europeas. La dialéctica entre las dos ideas fuerza de la integración y la cooperación intergubernamental, que tiene su origen con la existencia de las mismas Comunidades, se encuentra en plena puganza.

territorio de defensa de los intereses comunitarios frente a los de EE.UU. No puede ignorarse, que un colapso de la zona euro eliminaría a la UE como actor en la política internacional y se produciría un fortalecimiento del dólar con las negativas consecuencias que dicha medida produciría.

Ante semejante panorama, los países de la zona euro se están enfrentando a una radical alternativa que lleva dentro el veneno de la propia disolución de la UE: o una más profunda integración europea o la renuncia al euro, teniendo en cuenta que la salida del euro supondría la liquidación de la propia UE. En palabras del gobernador del BCE, no se trata de la «vigilancia recíproca de las políticas económicas», sino de una actuación común, de desarrollar una política común a través de las instituciones europeas. Si se da el paso adelante en una mayor integración, y se aplican dichas reformas con verdadero sentido federalista europeo, implicará un cambio de paradigma en la construcción europea hacia un modelo de integración más estrecho y solidario. Pero existe, sin embargo, el paradójico riesgo de que una ligera mejoría de la situación económica internacional y de Grecia en particular diluya el ímpetu reformador que desde mayo de 2010 han mostrado los gobiernos de la Eurozona y volvamos a una nueva renacionalización de la política. En el euro se decide el futuro de Europa¹⁴. La gran paradoja: aprovechemos la profunda crisis para realizar profundos cambios; así es como Europa ha ido avanzado en el proceso de integración.

Dos elementos centrarán a continuación nuestro análisis para definir algunos rasgos importantes del nuevo paradigma que pretende emerger con grandes dificultades y profundo escepticismo: el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera y el Banco Central Europeo, cuyas reformas se hacen cada vez más urgentes y necesarias.

4.1. La crisis del euro y el federalismo fiscal. Hacia un fondo europeo de estabilidad financiera: la emisión de eurobonos

En este sentido, se plantea a continuación un nuevo instrumento que sin incumplir la letra y el espíritu del Tratado de la UE permitiría reforzar la solidaridad e integración fiscal entre los países del euro: el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FEEF)¹⁵.

La puesta en marcha del Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FEEF) fue un paso necesario para calmar a los mercados y establecer un mecanismo potente de asistencia financiera. Se ha creado con un horizonte temporal de tres años y un mandato restrictivo de intervención en circunstancias excepcionales. Una alternativa a medio plazo sería la transformación del FEEF, al expirar

¹⁴ DE LA ROCHA VÁZQUEZ, M., «El futuro de la Unión...», *op. cit.*, p. 40.

¹⁵ DE LA ROCHA VÁZQUEZ, M., «El futuro de la Unión...», *op. cit.*, p. 37.

el mandato, en un fondo financiero permanente de financiación de los países de la Eurozona, un Fondo de Eurobonos. Dicho mecanismo actuaría como una suerte de fondo monetario europeo, y permitiría a los países obtener financiación regular garantizada por los países del euro a un precio inferior al de mercado. De esta manera, el nuevo Fondo de Eurobonos sería un potente incentivo de disciplina fiscal basado en el mercado, pues los países tratarían de no superar sus necesidades de endeudamiento por encima de los recursos facilitados por el Fondo de Eurobonos, pues conllevaría una penalización importante. Así, el Fondo tendría un doble papel: a) serviría de mecanismo de rescate para tiempos de crisis; y b) al mismo tiempo se transformaría en una entidad de la UE de financiación pública que reforzaría los mecanismos de solidaridad entre países que comparten una misma moneda, compensando parcialmente el actual desequilibrio existente en la Unión Monetaria entre política monetaria y política fiscal¹⁶.

Reconociendo las evidentes ventajas que supondría la creación de ese Fondo de Eurobonos, no ignoramos asimismo algunos de los inconvenientes que se pueden plantear como, por ejemplo, sobre el origen de los recursos para financiar dicho Tesoro único, en cómo se articularía un tesoro de la zona euro con el presupuesto del resto de la Unión y, como mínimo, en la cuestión de la legitimidad de dicho tesoro en un contexto de desigual «euro-entusiasmo» entre los votantes de los estados miembros¹⁷.

4.2. Los desafíos del banco central europeo ante la crisis financiera: reformas de instrumentos y reglas de funcionamiento

El BCE es una institución perteneciente a la UEM y a la que le corresponde en exclusiva la política monetaria dentro de la UE, con las importantes consecuencias que de la misma deriva.

La posición de Alemania fue determinante en la configuración del Banco Central Europeo, tanto en cuanto a los objetivos a cumplir como en las reglas de funcionamiento interno. La garantía de su total autonomía respecto a los gobiernos nacionales, de los que no podía recibir ninguna instrucción, quedó plenamente establecida en el Tratado de la UE, así como el mandato al BCE para que se centrara en la lucha contra la inflación. Esta ortodoxia antiinflacionaria contrasta notablemente con los mandatos de otros bancos centrales. Por ejemplo, la Reserva Federal americana mantiene más de un objetivo principal al mismo nivel que la estabilidad de precios, como son el pleno empleo y el mantenimiento de los tipos de interés moderados en el largo plazo. Otros como el

¹⁶ DE LA ROCHA VÁZQUEZ, M., «El futuro de la Unión...», *op. cit.*, pp. 38 y 39.

¹⁷ CRESPO RUIZ DE ELVIRA, C. y STEINBERG WECHLER, F., «La crisis financiera global como oportunidad para el fortalecimiento de la Unión Europea», en *Crisis económica y financiera: el papel de la Unión Europea*, EMEK/CVME, Eurobask, 2009, p. 43.

Banco de Inglaterra, comparten dos propósitos fundamentales, la estabilidad de precios y la estabilidad financiera.

En los primeros años de la UEM, el BCE fue bastante exitoso, pero con la llegada de la crisis financiera internacional y, más reciente, con la crisis de la deuda en Europa, el BCE ha estado sometido a fuertes críticas por mantener en plena crisis una actitud mucho más ortodoxa y conservadora en su objetivo de mantener baja la inflación a toda costa. En esto también se ha diferenciado notablemente de la Reserva Federal o del Banco de Inglaterra, que han sido más rápidos en bajar los tipos de interés y más innovadores a la hora de utilizar instrumentos creativos de política monetaria para animar la demanda y evitar la deflación¹⁸.

Efectivamente, se ha desvelado con la situación creada por la crisis financiera, aunque antes ya se apuntaba ideas en este sentido, que la posición del BCE en la estructura institucional de la UEM es una falla insuperable para la constitución de una Europa democrática¹⁹, desde el momento en que sus órganos ejecutivos pueden decidir la política monetaria sin tener en cuenta a ninguna otra institución europea y sin tener que responder posteriormente de los resultados de su gestión ante los ciudadanos en los procesos electorales. Como bien afirma Montes²⁰, es una situación ventajosa no tener que preocuparse de las consecuencias de sus decisiones considerando que nadie está por encima de ellos. Y esta situación es claramente favorable «para imponer una política monetaria de corte neoliberal, pero puede llegar a producirse un desajuste contraproducente entre lo que conviene políticamente en razón de la situación económica y social en los países y lo que aconseja la ortodoxia monetarista seguida por la burocracia del BCE».

El Consejo de Gobierno del BCE, que formalmente actúa con total independencia de las otras instituciones comunitarias, no podrá escapar al poder indirecto que cada Estado miembro ejerce según los mecanismos de presión económicos y políticos de que disponga. Y, por supuesto, sin ignorar que la política monetaria europea estará influida por el poder económico (y político) que tenga cada Estado que integra la Unión Europea. Por eso en el Tratado de Maastricht (y ahora, en el 2011), el BCE responde a los criterios de Alemania, considerándose que el funcionamiento, instrumentos y objetivos del BCE pueden considerarse un traspaso de las atribuciones del *Bundesbank*, como corresponde al predominio económico de Alemania. En plena coherencia con estas afirmaciones, la Europa que se traza en el Tratado de Maastricht responde plenamente a las concepciones neoliberales, garantizándose sus promotores que la política monetaria no puede ser otra que la conservadora liberal. El objetivo del BCE definido en Maastricht es preservar la estabilidad interna del euro. Por eso, las pretensiones que pudiera haber de utilizar la política monetaria con

¹⁸ DE LA ROCHA VÁZQUEZ, M., «El futuro de la Unión...», *op. cit.*, p. 33.

¹⁹ MONTES, P., *La Historia inacabada del euro*, ed. Trotta, Madrid, 2001, p. 90.

²⁰ MONTES, P., *La Historia inacabada...*, *op. cit.*, pp. 90 y 91.

otros fines, como podría ser estimular el crecimiento, encontrarán siempre la oposición del Tratado de la UE.

Como afirma Montes, con el euro y el BCE, no sólo se ha traspasado su soberanía admitiendo una política monetaria única, sino que ésta será la con venga a los países dominantes dentro de la zona euro²¹. Esta profunda falta de democracia en el funcionamiento de la UEM, se manifiesta en cuanto que la influencia en las decisiones no la determinan los votos y las deliberaciones en torno a las opciones políticas, sino el tamaño y el desarrollo económico de los países, lo cual acabará afectando a la existencia del propio euro. «El impacto (sobre el euro) se calibrará mejor cuando transcurra algún tiempo y las tensiones se acumulen o cuando sucedan hechos que conmocionen al conjunto de la Unión Europea. Será entonces cuando levantarán la voz los países agraviados y cuando será más hiriente y peligroso no llevar a cabo la política monetaria que demanden las necesidades o aspiraciones de los ciudadanos sino la que convenga a la clase dominante de los países hegemónicos. El euro acabará sufriendo ataques muy diversos, que por supuesto no tienen porqué conducir a ningún acontecimiento fatal, pero será un dato más del clima enrarecido que su existencia puede provocar en la sociedades europeas»²². No queda si no resaltar la fuerte carga premonitoria de este párrafo escrito hace once años, pero que parece haberse redactado en plena crisis económica del 2011.

En este mismo sentido, y a pesar de las enormes reticencias iniciales, la gravedad de la crisis griega ha obligado al BCE a tomar medidas extraordinarias sin precedentes, bastante alejadas de la ortodoxia seguida hasta ahora. La actuación más notoria en esta línea ha sido la decisión de asistir a Grecia a través de la adquisición masiva de bonos de ese país en el mercado secundario, algo que se había negado sistemáticamente.

En palabras del antiguo gobernador del *Bundesbank*, «al subsidiar a unos gobiernos a expensas de otros, el Banco Central Europeo está peligrosamente cerca de convertirse en una entidad fiscal supranacional»²³. Efectivamente, y en contra de la opinión del exgobernador del *Bundesbank*, ese es el gran paso a realizar ahora: la creación de una entidad fiscal supranacional, que permitiría superar antiguas visiones nacionalistas en un mundo globalizado, lo cual supondría además la demostración del incipiente surgimiento de un paradigma nuevo en el proceso de integración europea al producirse una profundización en las relaciones entre los estados miembros en el marco de los principios del modelo federal dando lugar a la constitución de un «gobierno económico europeo», lo que llevaría consigo, entre otras cuestiones, a que los contribuyentes de la zona

²¹ MONTES, P., *La Historia inacabada...*, op. cit., p. 92.

²² MONTES, P., *La Historia inacabada...*, op. cit., p. 92.

²³ MAYER, T., op. cit., 2010, en DE LA ROCHA VÁZQUEZ, M., «El futuro de la Unión Económica y Monetaria Europea: ¿qué ha fallado y qué reformas se requieren?», Documento de Trabajo n.º 54, Fundación Alternativas, 2010, p. 34.

euro avalen solidariamente los riesgos presupuestarios del resto de los estados miembros.

Desde la misma creación, y a través de la experiencia acumulada en los años transcurridos, el BCE ha revelado la necesidad de realizar ciertas mejoras en aspectos relacionados con los objetivos y con los instrumentos de funcionamiento, destacamos en este sentido las tres principales: a) en la fijación de sus objetivos de inflación, el BCE tiene que prestar mayor atención al crecimiento económico y el pleno empleo; b) el BCE debe tomar una responsabilidad mayor y desarrollar los instrumentos necesarios para asegurar la estabilidad de los mercados financieros. En este sentido, en el futuro se espera que tenga un papel más importante y activo en la vigilancia y prevención de burbujas y otros riesgos financieros; y c) el BCE debe mejorar en la rendición de cuentas y transparencia: debe dejar de ser percibido como una entidad oscura y que no responde ante los ciudadanos.

El Tratado concede independencia y autonomía, pero la independencia debe ir acompañada de una verdadera y completa rendición de cuentas y de la máxima transparencia. El Tratado establece que el BCE está únicamente obligado a presentar un informe anual sobre sus actividades al Consejo y al Parlamento (art.284), y podrá comparecer en otras ocasiones a petición propia ante los comités competentes de este último. En la práctica, el presidente del BCE ha comparecido de forma trimestral ante el Comité de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento, en lo que se ha venido en llamar el Diálogo Monetario. No obstante, dichas audiencias se han mostrado poco adecuadas y requieren cambios sustanciales de formato para convertir el Diálogo Monetario en un verdadero foro de supervisión y escrutinio del Banco Central al estilo del Comité de Asuntos Financieros del Congreso de los EE.UU. A su vez, sería recomendable, para mejorar la legitimidad de los gestores del BCE, establecer la práctica de una ratificación formal del presidente y los miembros del Consejo de Gobierno del BCE por el Parlamento Europeo (el Tratado de la UE sólo obliga a consultar con el Parlamento Europeo en estos nombramientos). Además, el BCE tiene que hacer mayores esfuerzos para mejorar su transparencia publicando las actas completas y transcritas de sus reuniones, incluidas las votaciones, como hace la Reserva Federal.

5. CONCLUSIONES

La profundización de los mecanismos federales que conduzcan a una verdadera integración política de la UE es en realidad la única salida viable que se nos ofrece. O eso o la debacle definitiva. La UE tiene un Banco Central común -que despliega su actividad a medio gas, porque carece de las competencias que tienen otros bancos centrales-, pero no tiene un Ministerio de Finanzas común. La salida de la crisis se busca, exclusivamente, en los marcos de una regulación nacional de los mercados, y no de una regulación europea de los mercados. Ante esta situación de profunda crisis institucional, una amenaza

bastante seria empieza a adquirir forma, y es el creciente distanciamiento de la opinión pública de los países europeos respecto a la UE, llegándose a manifestar un cierto sentimiento contra la UE, como causa originaria de todos los males. Existe, pues, un nivel bastante elevado de los que están porque se destruya la UE.

Cuando se constituyó la Unión Europea en el siglo pasado sobrevaloraron la capacidad de autocontrol de algunos Estados. Y la presente crisis mostró que había Estados dispuestos a endeudarse sin pensarlo mucho y sin fijarse en las posibilidades reales de su economía. En cambio, las deudas tiene que pagarlas toda Europa, lo que naturalmente desata protestas sociales. Son cada vez más las personas que se pronuncian contra la integración europea y la salvación de los vecinos. Si esta peligrosa tendencia no se revierte, a la UE le espera el colapso definitivo.

La lección útil que podemos extraer es que, aprovechando la desdicha, pueda convertirse en una estructura fuerte y unificada políticamente.

En consideración a la importante posición geopolítica de la UE, la única alternativa que pudiera establecer las bases para iniciar un fortalecimiento de las estructuras comunitarias sería la consolidación de un Federalismo europeo, que respondiese a la originalidad del proceso de integración, no llegando a ser ni un Estado²⁴, ni un esquema basado en una simple «gobernanza» de políticos y expertos, sino una estructura²⁵ penetrada por una verdadera renovación democrática y por hacer efectivo el principio de igualdad entre las naciones europeas, poniendo freno a la pura competencia y sofocando el peligro que la misma conlleva.

²⁴ BALAGUER, F.: «Presentación», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 13, enero-junio de 2010, afirma que «un Estado federal habría podido hacer frente a estas tensiones sin capitular ante los grandes intereses económicos».

²⁵ BALIBAR, E., habla de una «potencia pública comunitaria».

Estado español de las autonomías y libertad económica: los desafíos del paradigma de la constitución económica europea

Ainhoa Lasa López
Universidad de Deusto

SUMARIO: 1. Unidad de Mercado, unidad económica y constitución económica europea. 2. Libertad económica y descentralización. 3. Modelo social autonómico y estabilidad presupuestaria. Referencias bibliográficas.

1. UNIDAD DE MERCADO, UNIDAD ECONÓMICA Y CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EUROPEA

En los últimos años ha cobrado fuerza un discurso que sitúa, en el centro del sempiterno debate sobre el Estado de las autonomías, el problema de la fragmentación de la unidad de mercado como consecuencia de la proliferación de regulaciones autonómicas que segmentan los mercados, elevan los costes de transacción y dificultan la movilidad de los operadores económicos. Esta observación sitúa al mantenimiento de la unidad de mercado como factor clave en el proceso de descentralización de la política económica. De ahí que sea necesaria una aproximación preliminar a este concepto.

Existe un amplio consenso doctrinal en destacar el reconocimiento implícito de la unidad de mercado en el texto fundamental español a pesar de la ausencia de una formulación explícita. En este sentido, la unidad de mercado se infiere como la consecuencia lógica y necesaria de la unidad del Estado, reconocida por el artículo 2 de la Constitución española (CE), y el fundamento legitimador de la libre circulación de los factores de producción en el territorio español, garantizada por el artículo 139.2 CE.

Una interpretación de la unidad de mercado paralela a la realizada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) que de forma muy temprana ha derivado la existencia de un mercado único de la unicidad del orden económico nacional (STC 88/1986, FJ 6). A mayor abundamiento, para el TC la unidad de mercado «supone, cuando menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, servicios, capitales y mano de obra, y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de las actividades

económicas (STC 88/1986, FJ 6). De acuerdo con esta concepción jurisprudencial, el contenido del principio de unidad de mercado se subsume en el de unidad económica. Si bien puede considerarse como la especificación de una parte del mismo que incluiría de forma singular la libre circulación de los factores de producción y la igualdad de las reglas básicas que regulan la actividad económica en el territorio español.

Esta perspectiva de equiparación del contenido de unidad de mercado con el de unidad económica, conduce al análisis de este segundo elemento. La unidad económica tiene en la Constitución a su máximo fundamento, siendo doctrina consolidada la procedencia constitucional de la unicidad del orden económico nacional. Admitida esta premisa, la cuestión que surge a continuación es si la propia Constitución determina un modelo económico concreto. A este extremo se reconduce el pronunciamiento del Alto Tribunal español expresado en los siguientes términos: «la Constitución económica en la Constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona, permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con los mismos. Por ello, nos parece que la referencia del artículo 38 a la libre empresa en el marco de la economía social de mercado permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa» (voto formulado por el magistrado Luis Díez-Picazo a la STC 36/1981).

Manifestación respaldada en posteriores pronunciamientos como la conocida sentencia del TC 1/1982, de 28 de enero. «En la Constitución española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las construcciones liberales del siglo XIX, y de forma semejante a lo que sucede en las más recientes Constituciones europeas, existen ya varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, el conjunto de todos ellos componen lo que suele denominarse la Constitución económica formal. Este marco implica la existencia de unos principios básicos de orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad ésta reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo preámbulo garantiza la existencia de «un orden económico y social justo».

Dos importantes consecuencias se deducen de estos pronunciamientos. En primer lugar, la interrelación entre los preceptos constitucionales que disciplinan las relaciones económicas y los «principios básicos de ordenación del sistema económico», impiden la consideración autónoma de la constitución económica en el marco del texto fundamental. En segundo lugar, el reconocimiento explícito de unas líneas básicas que señalan los límites del sistema económico. Por lo tanto, el reconocimiento del carácter abierto o flexible del texto constitucional en materia económica como consecuencia del pluralismo político, no significa que no existan unos fundamentos comunes constitucionalmente predeterminados respecto al funcionamiento de la economía, y que sólo se admitan soluciones exclusivas o excluyentes.

No obstante, estas manifestaciones requieren de ulteriores matizaciones de acuerdo con los principios básicos que la doctrina mayoritaria identifica como determinantes de la estructura de las cláusulas económicas constitucionalizadas. Desde una perspectiva administrativista se ha destacado la centralidad de los poderes privados en el sistema económico constitucionalizado. Los elementos privatistas se presentan como conformadores del modelo, estableciéndose una subordinación finalista de la intervención pública, constitucionalmente normativizada, a la acumulación privada.

Estos referentes primarios del modelo económico constitucionalizado se concretan en: la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, la posible concurrencia de la intervención pública, y la pluralidad de poderes públicos en la intervención del sector económico en el marco de unidad de mercado, organizados en torno al mercado y la competencia. Se sanciona de este modo como valoración global y sistemática del sistema económico constitucionalizado, un sistema de libertad económica. La inicial indefinición constitucional del modelo de constitución económica habría dado lugar con el paso del tiempo a la afirmación inequívoca de la propiedad y de la libertad de empresa como ejes centrales del sistema.

Tampoco la doctrina constitucionalista se ha sustraído a estas consideraciones. La inversión en las relaciones económicas propias del constitucionalismo social, caracterizan la forma de Estado constitucionalizada conformándola como Constitución de la transición de la forma de Estado. El elemento determinante del alcance real del artículo 1.1 CE, a pesar del tenor literal del precepto, resulta ser la nueva constitución económica que comienza a fraguarse. Los efectos de ésta se manifiestan también en la ductilidad con la que aparecen formulados los principios rectores de la política social y económica, entre los que se incluyen la gran mayoría de las disposiciones sociales. La interdependencia establecida entre la efectividad de la cláusula Estado social y la coyuntura económica, dota a la Constitución de una gran elasticidad que hace que sus contenidos sean especialmente idóneos para adecuarse a los cambios que están en curso.

En esta perspectiva encuentra su reconocimiento la estructura conceptual y semántica del modelo económico definido por la Constitución española, que no sería el de la economía mixta como una vía alternativa al colectivismo y al liberalismo, sino el de la economía social de mercado. Esta se define como sistema económico con las limitaciones derivadas de las exigencias del Estado social que integra un sistema de competencia económica —como unidad de pensamiento, de actuación y de comportamiento, que vincula la libertad de la competencia con la garantía de la propiedad privada y de la libre iniciativa empresarial— con el progreso social. De tal manera que la economía social de mercado actuaría como límite a las modalidades económicas en las que la iniciativa económica pública puede expresarse.

En nuestra opinión, en estas reflexiones el elemento determinante resulta ser la centralidad o primacía de la nueva constitución económica que va con-

formándose y su determinación del texto constitucional. Precisamente, el modelo económico que se entiende establecido por el propio texto constitucional de entre la pluralidad de opciones admitidas, como es la economía social de mercado, se confronta con la forma de Estado Social, o lo que es lo mismo, se trata de un modelo incompatible con los contenidos propios de la constitución económica del constitucionalismo social. Sobre todo, porque la primacía de los elementos privados del sistema confinan al vínculo social y a sus mecanismos de realización a posiciones de subordinación, actuando una racionalización económica de la política social. Esta relación dialéctica entre las referencias que caracterizan al Estado social y las propuestas de flexibilidad del sistema económico, tienen en la nueva constitución económica su punto de encuentro.

La contradicción entre los principios de la nueva constitución económica y el proyecto constitucional unitario que sanciona el Estado social, desaparece desde las valoraciones efectuadas. La desvinculación de la forma de Estado en el análisis de la constitución económica atenúa los efectos jurídicos del principio constitucional, lo que sitúa el discurso en términos de continuidad impidiendo que el análisis se traslade a un plano de confrontación entre modelos. El paradigma es la noción de economía social de mercado, que comienza a cobrar fuerza a raíz de su inclusión en el nonato Tratado Constitucional (artículo I-3.3). Completada con la apostilla «altamente competitiva», y en la que la inclusión de una regulación social en un orden conjunto bajo los principios de la preeminencia del mercado, terminaba por reconducir a esta formulación al modelo puro de la economía de mercado, reafirmando el modelo de constitución económica vigente en los Tratados fundadores de las Comunidades Europeas. Una expresión que se reproduce íntegramente en el artículo 3.4 del TUE.

Desde estas coordenadas, la propuesta doctrinal comentada desnaturaliza la formulación constitucional del Estado social a través de una flexibilidad interpretativa casi ilimitada que posibilita a su vez, la caracterización de la nueva constitución económica como una consecuencia natural de la evolución del sistema que no se confronta con la regulación económica del constitucionalismo social.

Por el contrario, desde nuestro punto de vista el fin de la relativa independencia entre los espacios social y económico, consecuencia del carácter sectorial de las competencias comunitarias en la construcción del mercado común, tuvo como efecto la armonización de las nuevas constituciones económicas de los estados miembros con la constitución económica europea. Contexto en el que se inserta nuestra Carta Magna, cuya interpretación aparece así vinculada al referente europeo. De acuerdo con esta reflexión, el contenido de la unidad de mercado se equipara al de la unidad económica, que está a su vez condicionado por los postulados de la constitución económica europea que se integran en la axiología constitucional de los derechos nacionales alterando las bases materiales del Estado social. Los nuevos principios organizativos se definen

en torno a la unión monetaria y las políticas económicas disciplinantes, que actúan al mismo tiempo como principios de legitimación de las nuevas políticas públicas condicionadas por la centralidad del mercado. Establecidas estas observaciones es el momento de ver cuál es su impacto en el Estado de las Autonomías.

2. LIBERTAD ECONÓMICA Y DESCENTRALIZACIÓN

En el mes de mayo del 2011 vio la luz el informe «Libertad Económica en España 2011», donde se estudian dos aspectos de intervención pública en el ámbito de las Comunidades Autónomas: la regulación de las actividades económicas, y la dimensión de las administraciones públicas de las Comunidades autónomas, su papel en el suministro de bienes públicos y bienes preferentes y su financiación. En este informe, los criterios empleados para medir la libertad económica se adscriben a un modelo económico alineado en torno a los parámetros del Estado mercado, en detrimento de la constitución económica del Estado social. De tal forma que la libertad económica de las Autonomías se identifica con los requerimientos de una política económica vinculada a las exigencias de una mayor liberalización de los mercados y reducción del papel del sector público en la vida económica. Sólo una política de este calado puede garantizar el principio de unidad económica en el que se subsume el mercado unitario.

El Estado mercado representa una confrontación entre modelos oponiendo al Estado social el Estado mercado. El análisis sobre los cambios estructurales que se han producido a escala mundial sugiere la adaptación de los Estados a los procesos en curso, acentuando la posición subalterna del Estado derivada de la ruptura del gobierno público de la economía. Así, la aproximación al Estado mercado parte de la reacción por parte del Estado al déficit de legitimación por el que atraviesa, y más concretamente, implica una reacción frente a las tradicionales formas de intervención en la economía que impone el constitucionalismo social. El Estado mercado se confronta con la formas de intervención que se materializan en Europa durante las décadas de oro del Estado social. El Estado mercado y el Estado social son simplemente incompatibles. La búsqueda del bienestar de la comunidad se sustituye por la maximización de las oportunidades para el progreso individual, circunscrita a su vez, a la libertad de los mercados. Esta nueva diferenciación de los ámbitos político y económico conduce a la centralidad del mercado que postula una nueva intervención pública cuya característica fundamental es la de confrontarse con el modelo gestado con la instauración del Estado social.

Paralelamente, el Estado regulador se presenta como la forma de actuación económica del Estado mercado. El paradigma de la nueva intervención invierte la primacía política que se torna ahora en la del mercado. En el entorno europeo las propuestas que emplean este nuevo paradigma regulador

han encontrado confirmación en los procesos liberalizadores iniciados con el Acta Única y el Tratado de Maastricht, y se han consolidado con el Tratado de Lisboa, a través de su materialización en el modelo asumido por el constitucionalismo económico de la Unión Europea. Al mismo tiempo, la teoría del Estado regulador rescata las propuestas de la Escuela de Friburgo presentes en los preámbulos del constitucionalismo de la segunda posguerra. De acuerdo con el ordoliberalismo, el modelo económico se vincula a un orden económico determinado, la economía de mercado como modelo normativo de ordenación de la vida económica. En este modelo económico, la garantía de los principios constitutivos del orden económico (estabilidad de las políticas monetarias, centralidad para el libre mercado, responsabilidad privada, apertura de los mercados) por el poder público es esencial. La propuesta se completa con la «economía social de mercado» en la que la intervención social tiene sus límites en la garantía de funcionamiento del mercado libre, presentando al elemento social como subalterno e incapaz de condicionar al mercado. El objetivo es una economía de mercado con protección social de acuerdo con las reglas del mercado, porque el mercado libre es capaz de generar una mayor índice de productividad que una economía intervencionista.

Estas formulaciones teóricas de Estado mercado y su modelo económico, el Estado regulador, representan el trasfondo jurídico-económico en el que parece inspirarse el informe para valorar el grado de libertad económica en el Estado español de las autonomías. Fundamentalmente, porque la libertad económica se vincula a la tutela-garantía de la libre competencia en el mercado. Tanto los indicadores empleados para valorar el peso del sector público autonómico (gasto público, iniciativa fiscal, deuda pública, funcionarios públicos, impuestos, transferencias y subsidios), como los sectores elegidos para evaluar el grado de actividad económica del sector público en cada región (comercio, educación, medio ambiente, movilidad laboral, salud y vivienda), conducen a un análisis ya condicionado por los parámetros de más mercado, menos intervención. De hecho, se destaca el círculo virtuoso existente entre libertad económica y prosperidad, estableciéndose un relación de reciprocidad que recuerda a la ya reconocida en su momento por el informe Spaak a propósito de la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de la mano de obra como una consecuencia natural de la evolución del funcionamiento del mercado común.

Los resultados del trabajo no dejan lugar para la duda. La Comunidad de Madrid se sitúa en primera posición en el Índice de libertad económica 2011, porque tiene la presencia más baja del sector público tanto en forma de regulación (poca interferencia de la Administración en la actividad económica), como en la intervención directa en la provisión de bienes o servicios o en la fiscalidad, entre todas las CCAA.

Para corregir la falta de libertad económica, el informe apela a una articulación de la descentralización en términos de competencia entre regulaciones. Es decir, la ruptura de la unidad de mercado como consecuencia de la segmentación de los mercados autonómicos por el exceso celo regulador de los le-

gisladores regionales, supone una afectación directa a la libre competencia de los agentes económicos. Sin embargo, esta existencia de regulaciones distintas si se modula desde los parámetros de la competencia institucional entre CCAA. Un diseño normativo e institucional autonómico que fomente la competencia genera una mayor movilidad de personas, empresas y capitales en búsqueda de la mayor eficiencia.

Esta solución interpretativa sobre la competencia entre regulaciones en el marco de la descentralización autonómica reproduce los contenidos de la teoría del modelo puro. De acuerdo con esta teoría, la competencia entre regulaciones puede ser definida como el proceso en el que los reguladores disponen de un ambiente regulador más favorable en aras a la promoción de la competitividad entre las industrias regionales y la atracción de mayor tejido industrial extranjero. Las políticas económicas y la estructura institucional se consideran factores de producción que ofrecen las regiones a través de sus legislaciones en respuesta a las demandas de los operadores económicos. Si la oferta y la demanda pueden ser puestas en equilibrio, entonces el bienestar económico de la sociedad será potenciado al máximo.

Esta teoría tiene en las formulaciones de Tiebout aplicables al contexto de la competencia entre proveedores de servicios públicos, la más destacable elaboración de sus presupuestos. Su propuesta parte de un modelo de regímenes locales en el que diferentes niveles de servicios e impuestos coexisten con los residentes-consumidores de tales servicios, que tienen la capacidad de trasladarse de un territorio a otro para elegir el servicio que mejor se adecua a sus necesidades. A su vez, esto requiere una movilidad efectiva por parte de los consumidores y una autonomía plena para los legisladores regionales a fin de estar dotados de capacidad de respuesta a los posibles cambios en la demanda. Este último aspecto requiere de una ulterior concreción. La autonomía sólo se extiende a lo estrictamente necesario para estimular este tipo de competencia entre gobiernos. Sin esta limitación, los entes subestatales podrían desembocar en una competencia unilateral, bien mediante el establecimiento de obstáculos a la libre circulación de los factores de producción más allá de su propio territorio, bien denegando el acceso a las entradas de capital, servicios, o una combinación de ambos. De ahí que la autoridad central o federal asuma un papel determinante en la garantía de la efectiva realización de la libre circulación. No obstante, esto no significa que el gobierno central pueda promover una integración negativa o buscar la armonización de los niveles de las cargas fiscales y los gastos, reemplazando la competencia entre los gobiernos por un monopolio centralizado de la legislación de la oferta.

Partiendo de estas premisas, la aproximación al concepto de la competencia entre regulaciones desarrollado por Tiebout parece sugerir que es deseable y beneficioso que los países tengan reglas y estándares diversos, de manera que las fuerzas del mercado puedan ayudar, en cierto modo, en la selección de los mejores modelos. En la traslación de estos presupuestos al contexto de la descentralización autonómica, nos encontramos con que la función priorita-

ria es garantizar la unidad jurídica del mercado a través de la eliminación de todos aquellos obstáculos normativos que se interponen a la libre circulación de los factores de producción y a la libre competencia. En el cumplimiento de este objetivo, la realización de las funciones de regulación incorpora una orientación mixta que funciona como una presunción a favor de los niveles descentralizados cuando la competencia interregional sea efectiva. Pero, en todo caso, se trata de una regulación de mínimos muy diferente a la desarrollada por el Estado social a través de su intervención en el proceso redistributivo.

En este informe sobre libertad económica y CCAA, que acentúa el aspecto positivo del proceso de descentralización económica desde la perspectiva de la teoría del modelo puro de la competencia entre regulaciones, destaca su propuesta normativa de ruptura del Estado social. Sobre todo, porque la crítica al derecho material interventor se fundamenta en el exceso de regulación como consecuencia de la destrucción de la racionalidad normativa liberal que sustentaba el funcionamiento del mercado, con la consiguiente eliminación de su autonomía. La forma jurídica que adopta la intervención del Estado social fomenta la coordinación de actividades dirigidas a la extracción de rentas a través de la redistribución. Esta influencia política en el mercado, a través de la regulación del contenido de las relaciones sociales, lleva implícita la sujeción del legislador a presiones de grupos de interés y su acomodación a los mismos, de tal manera que se desvía de la integración social y la creación de bienestar hacia la extracción de renta.

Por el contrario, la introducción de espacios de competición en el ámbito de las políticas de intervención pública entre los propios entes subestatales con el objetivo de captar capitales y optimizar el tejido económico local, se traduce en una desregulación sostenible que tiene su razón de ser en el mercado como el centro de definición de la competencia reguladora. El nivel óptimo de regulación está determinado por el mercado que premiará entre las regulaciones autonómicas en competencia a aquellas que considera más convenientes o que demuestran una mayor eficiencia. De este modo, la competencia entre regulaciones atribuye al mercado el poder de decidir el nivel de regulación y los estándares comunes, es el instituto del mercado el que decide el orden de la regulación.

Dentro este enfoque de las ventajas de la competencia regulatoria para restaurar la unidad de mercado, se enmarcaría la iniciativa de que voluntariamente las CCAA pudiesen reconocer unilateralmente y con carácter general la validez en sus territorios de las normativas emanadas de otras autonomías, en ámbitos tales como el acceso al mercado de los bienes y los servicios, el establecimiento y ejercicio de actividades económicas sujetas a licencias o permisos administrativos, el ejercicio de las actividades profesionales. De tal forma que los agentes económicos puedan decidir la regulación a la que se someten en el ejercicio de su actividad económica con independencia del lugar donde ésta se desarrolle. En definitiva, se trata de adaptar el modelo de distribución territorial del poder al modelo económico del Estado mercado. Si hemos señalado que la constitución económica del Estado mercado se cons-

truye desde coordenadas opuestas a las del Estado social, lógicamente, el establecimiento de la unidad de mercado estará condicionado por sus principios fundamentales, el mercado y la competencia. Esto no significa la retirada del Estado de la economía, sino la participación y subordinación del Estado y los niveles descentralizados a las mismas reglas del mercado que rigen para los sujetos privados.

Sin embargo, lo que el informe omite es que las medidas del Estado mercado destinadas a garantizar la unidad de mercado y la competencia, tienen un efecto directo sobre las políticas sociales regionales. A pesar de que la dimensión social autonómica haya interiorizado contenidos reconducibles a la protección social vinculada a técnicas de cobertura no relacionadas directamente con el mercado, no es menos cierto que el carácter transversal del planteamiento termina por afectar a estos contenidos quedando también funcionalizados a la consecución del modelo descrito, como veremos a continuación.

3. MODELO SOCIAL AUTONÓMICO Y ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

El artículo 1 CE, positiviza la forma de Estado social cuyo cumplimiento encomienda a los poderes públicos (artículo 9.2 y las disposiciones del Capítulo III). Por lo tanto, la realización del principio Estado social (de la igualdad sustancial, de la solidaridad) no es privativa del Estado, sino que de ella participan también como poderes públicos los parlamentos de las distintas CCAA. Régimen participativo que se modula en el Título VIII. No obstante, la «orientación unitaria» que acompaña al Estado social está presente en el enunciado constitucional, donde de una lectura más atenta se infiere que las garantías para el cumplimiento de tales metas, fundamentalmente las que guardan relación con el funcionamiento del mercado, implican un reforzamiento del poder estatal. Así, para la realización efectiva del principio de solidaridad estarían habilitados tanto el poder central (artículo 1138.1 CE), como el regional (artículo 156.1 CE), pero no para su garantía que la Constitución atribuye de manera expresa al Estado.

Esto es así porque los presupuestos del Estado social incorporan una determinada relación entre economía y distribución territorial de la competencia: a nivel de la economía nacional en términos de publicación del conflicto distributivo, a través de la actividad prestacional e interventora que se incorporan de esta manera al conjunto de postulados básicos para el funcionamiento del mercado que el Estado debe garantizar a través de su homogeneización normativa. Desde esta perspectiva quedan excluidos del radio de acción competencial autonómico, al menos normativamente, los sistemas de protección social de naturaleza contributiva. A nivel del diseño del reparto competencial, el ámbito de actuación preferente de las CCAA se circunscribe a las técnicas de cobertura desconectadas del mercado que permiten un tratamiento diversificado. De ahí que la viabilidad de las iniciativas autonómicas en la recepción estatutaria de derechos

sociales se restringe sólo a los relacionados con el espacio de marginalidad y exclusión social que tanto el amparo de la Constitución, como el estatus especial del Estatuto de Autonomía en el sistema de fuentes constitucional, habilitan.

En cualquier caso, las CCAA son protagonistas en la escena de representación de la dimensión social del Estado. Los Estatutos de Autonomía no se han limitado a establecer la organización de su entramado institucional, o a hacerse cargo de las competencias disponibles en el artículo 148.1 CE. También han incluido normas en las que se fijan los objetivos de la política socio-económica a perseguir por las respectivas regiones. Una participación autonómica en el desarrollo de los contenidos del constitucionalismo social que se ha visto acrecentada en los últimos años al hilo de la oleada de reformas estatutarias que incorporan Títulos sobre derechos y libertades, con especial atención a los derechos sociales.

Pero lo cierto es que a pesar de los notables esfuerzos de los poderes públicos regionales por dar cumplimiento al principio jurídico-político Estado social, estos también se ven afectados por la constitución económica del Estado mercado y sus condicionantes. Tal y como apuntábamos al inicio, los presupuestos de la constitución económica europea son interiorizados por las constituciones económicas nacionales socavando la autonomía constitucional en el ámbito económico de los Estados. Esta circunstancia tiene como principal detonante al Tratado de la Unión. La prioridad a la libre circulación de capitales y la estabilidad de los tipos de cambio requerían una política monetaria coordinada con la consiguiente pérdida significativa de soberanía de los estados miembros y su cesión al espacio europeo. Al mismo tiempo, las condiciones de convergencia nominal exigían un esfuerzo deflacionista considerable. Su posterior consolidación con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC), posibilitaron una europeización de funciones nacionales cuya singularidad se materializaba en una moderación de los Estados para perseguir políticas fiscales expansivas a través de los límites establecidos para el déficit y la deuda pública.

La influencia en los ordenamientos nacionales del vínculo de la prohibición del déficit excesivo afecta a los mecanismos de intervención social nacionales y autonómicos, en la medida en que introduce elementos adicionales de complejidad vinculados a la lógica disciplinante europea, interiorizando un nuevo modelo. Concretamente, la intervención presupuestaria europea en el ámbito interno estatal se perfila como instrumento técnico de determinación no sólo de la política social sino del sistema de Derechos sociales, siendo especialmente incisivo en el nivel subconstitucional de protección. Fundamentalmente, porque son mecanismos más sensibles a las limitaciones presupuestarias. El gasto social aparece como el eslabón más débil de la cadena al ser su reducción el objetivo preferente de las políticas fiscales restrictivas demandadas por el vínculo presupuestario europeo.

Naturalmente, esta afectación a la determinación política del poder autonómico no ha estado exenta de una alta conflictividad jurídica a la que ha dado respuesta recientemente el TC al pronunciarse, desestimándolo, sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña con-

tra la Ley 18/2001, de 12 de noviembre, General de Estabilidad Presupuestaria y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria. Ambas leyes interiorizan en el ordenamiento jurídico español la disciplina presupuestaria europea. En particular, abordan la disciplina presupuestaria del Estado y de las CCAA de acuerdo con las exigencias del PEC. A los efectos que aquí interesan, resulta de utilidad destacar algunos de los argumentos esgrimidos por el TC para fundamentar su decisión: en primer lugar, se tiene en cuenta el «nuevo escenario constitucional» que ha supuesto el desarrollo de la Unión Europea. Este nuevo escenario constitucional estaría representado por unos principios fundamentales distintos y opuestos a los del Estado social, tal y como hemos señalado.

En segundo lugar, en el modelo económico del Estado mercado la estabilidad presupuestaria se configura como un fundamento básico para la unidad del mercado interior. Del mismo modo que en el principio de unidad de mercado del Estado social la protección social era un elemento fundamental, la unidad del mercado interior del Estado mercado convierte a los estados miembros en destinatarios preferentes de la constitución económica europea, que se reafirma a través de la funcionalización de la política económica de los Estados a un modelo de economía abierta y de libre competencia (artículo 120 TFUE), reflejando la compatibilidad de una intervención pública basada en una política monetaria de contención de la inflación y la centralidad de la protección del mercado. Es la prosecución del paradigma de política fiscal típico de la economía de mercado de inspiración ordoliberal. El PEC como instrumento de control y de extensión de los contenidos de la constitución económica a los estados miembros, a través de los vínculos presupuestarios que afectan fundamentalmente a los mecanismos de intervención característicos del Estado social, desempeña funciones adicionales de consolidación del modelo.

Desde esta óptica, el contexto del debate entre modelos de distribución territorial del poder es el de la constitución económica europea. La unidad de mercado nacional es absorbida por la unidad del mercado interior europeo que profundiza la primacía del mercado frente a la marginalidad y funcionalidad de la intervención social. Este es el nuevo marco en el que deben operar los poderes públicos estatales y autonómicos. Un nuevo marco que endurece especialmente las condiciones para el desarrollo de la dimensión social regional al trasladar directamente al sistema protector el principio de equilibrio presupuestario, penalizando la solidaridad social.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIÑO, G., *Principios constitucionales de la libertad de empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- BOBBIT, P.C., *The Shield of Achilles: War, Peace and the Course of History*, Red Classic Penguin, Londres, 2003, p. 922.

- CABRILLO, F.: BIAZZI, R.: ALBERT, R., *Libertad económica en España 2011*, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 176.
- GARCÍA HERRERA, M.A., «El Estado, Comunidades autónomas y Derechos sociales: relaciones y tendencias», en *El Estado autonómico: cooperación y conflicto*, *Anuario Jurídico de la Rioja*, n.º 8, 2002, pp. 107-130.
- GARCÍA HERRERA, M.A. y MAESTRO, G., *Marginación, Estado social y prestaciones autonómicas*, CEDECS, Barcelona, 1999, pp. 65-68.
- LA SPINA, A. y MAJONE, G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Boloña, 2000, pp. 20-35.
- MAESTRO, G., «El vínculo presupuestario comunitario y los derechos sociales», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 64, 2002, pp. 196-201.
- MARTÍN RETORTILLO, A., *Derecho administrativo económico*, La Ley, vol. I, Madrid, 1988.
- MÜLLER ARMACK, A., *Las ordenaciones económicas desde el punto de vista social. La economía de mercado*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1963, pp. 83-126.
- SAMUELSON, P., «The pure theory of public expenditures», en *Review of Economics and Statistics*, vol. 36, n.º 4, 1954, pp. 387-389.
- SINN, S., «The taming of leviathan. Competition among governments», en *Constitutional Political Economy*, vol. 3, n.º 2, 1992, pp. 178-180.
- TIEBOUT, C.M., «A pure theory of local expenditures», en *The Journal of Political Economy*, vol. 64, n.º 5, 1956, pp. 416-424.

II

Los caminos del federalismo en los países occidentales y la distribución de competencias

Ponencias

Los retos del pasado y del futuro del federalismo americano: el tira y afloja interno

Erin Ryan

Facultad de Derecho Lewis & Clark, Portland, Oregón, EE.UU.

Profesora Fulbright de Derecho.

Zhongguo Haiyang Daxue (Universidad del Océano), Qingdao, China

SUMARIO: 1. Introducción: Los desafíos del pasado y del futuro para el federalismo americano. 2. Superposición competencial, bilateralismo y el debate de las salvaguardas del Gran Federalismo. 3. El Federalismo negociado: una introducción a la Negociación Intergubernamental en los EE.UU. 3.1. Las negociaciones de laboratorio de diseño de políticas: La Ley de Gestión de las Zonas Costeras. 3.2. Negociación Federal Iterativa: La Ley sobre Aire Limpio. 4. El potencial interpretativo de negociación federal. 4.1. Los principios de la negociación del consentimiento mutuo. 4.2. Fidelidad procedimental a los valores del Federalismo. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN: LOS DESAFÍOS DEL PASADO Y DEL FUTURO PARA EL FEDERALISMO AMERICANO

Este ensayo examina los retos a los que se enfrenta el sistema federal de los EE.UU. a través de la lente teórica desarrollada en un libro de próxima aparición, *Federalism and The Tug Of War Within*¹. También considera las oportunidades que ofrece el federalismo, con especial atención a la evolución receptiva en la negociación intergubernamental estados-federación. La parte I enmarca el debate en términos de las propias tensiones del federalismo norteamericano, el perpetuo tira y afloja interno.

Los dilemas del federalismo estadounidense se han vuelto especialmente palpables en los últimos años, lo que refleja las demandas progresivas en todos los niveles de gobierno para responder a los desafíos inexorablemente más

¹ RYAN, E., *Federalism and The Tug of War Within*, Oxford, 2012.

complicados de la gobernanza en un mundo cada vez más interconectado². Algunos reflejan dilemas similares en otras sociedades federalistas, mientras que otros son exclusivos de nuestra propia constelación particular de gobierno nacional, estatal y municipal³. Algunos dilemas del federalismo son de genuina importancia constitucional, otros más racionales y virulentos —teniendo un significado poco más allá de la agenda política sustantiva de un grupo de interés u otro⁴—. Cada uno anuncia la potencialidad de las consecuencias reales en la arena política —y, de hecho, estas consecuencias son las que reciben la atención más sostenida del público—.

Las consecuencias políticas de los dilemas del federalismo son evidentes en todo el espectro político. Son visibles en el pleito sobre los esfuerzos de reforma de la sanidad que ahora ha llegado al Tribunal Supremo⁵ y en batallas similares sobre la gobernanza ambiental y la política climática⁶, regulación bancaria y de servicios financieros⁷, la política de inmigración⁸ y el matrimonio gay⁹. Las consecuencias son también visibles en el surgimiento de los movimientos populares políticos constitucionales, como el «Tea Party»¹⁰ y hasta los «Tenther»¹¹. Estos últimos reciben ese nombre por la Enmienda X^a a la Constitución de los

² RYAN, E., *op. cit.*, pp. 146-159.

³ Cf. JACKSON, V.C., «Comparative Constitutional Federalism and Transnational Judicial Discourse», en 2 *Int'l J. Const. L.* 91, vol. 2, n.º 1, 2004, pp. 93-96.

⁴ Véase, p.ej., RUBIN, E.L. & MALCOLM, F., *Federalism: Some Notes on a National Neurosis*, 41 *UCLA L. REV* 910-14, 1994 (revisando la oportuna invocación de los ideales del federalismo en los debates políticos a lo largo de la historia); DEVINS, N., «The Judicial Safeguards of Federalism», en 99, *NW. U.L. rev.* 131, 2004, pp. 133-135.

⁵ Demanda declarativa y de tutela cautelar, *Virginia v. Sebelius*, No. 3:10-CV-188 [E.D. Va. Mar. 23, 2010] (discutiendo que la Ley de Protección al Paciente y de Atención Médica Asequible, H.R. 3590 of March 2010, exceda de la competencia federal bajo las cláusula de Comercio y Bienestar general y conflictos con el Derecho estatal); Demanda, *Florida v. Dep't of Health & Human Servs.*, No. 3:10-cv-91 [N.D. Fla. Mar. 23, 2010] (cuestionamiento similar en un escrito conjunto por parte de más de una docena de Estados); Demanda, *Shreeve v. Obama*, No. 1:10-cv-71 [E.D. Tenn. Apr. 8, 2010] (en términos similares).

⁶ Véase, p.ej., ROBERTS, B., *Welcome to the Constitutional Crisis*, Tenth Amendment Center, abril 27, 2010, <http://www.tenthamentendmentcenter.com/2010/04/27/welcome-to-the-constitutional-crisis/> (informando de los desafíos de los derechos de los Estados a la autoridad federal para proponer legislación sobre clima y reforma financiera, entre otros proyectos legislativos).

⁷ *Id.*

⁸ *United States v. Arizona*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 75558 [D. Ariz. July 28, 2010].

⁹ *P.ej.*, *Massachusetts v. U.S. Department of Health and Human Services*, No. 1:09-cv-11156-JLT, 21-36 [D. Mass. July 7, 2010] (manteniéndose que la Ley Federal de Defensa del Matrimonio vulnera la Enmienda X^a).

¹⁰ Véase JOHNSON, K., «State's Rights is Rallying Cry for Lawmakers», en *N.Y. Times*, marzo de 16, 2010, <http://www.nytimes.com/2010/03/17/us/17states.html> (informando del apoyo del Tea Party sobre las iniciativas sobre los derechos de los Estados).

¹¹ Véase MONTES, R., *What is a Tenther?*, New York Amendment Center, 2010, <http://www.tenthamentendmentcenter.com/2010/05/06/what-is-a-tenther/> (definiendo el movimiento); BALKO, R., «The "Tenther" Smear», en *Reason.com*, Sept. 21, 2009, <http://reason.com/blog/2009/09/21/the-tenther-smear> (que define el movimiento).

EE.UU. que afirma nuestro sistema de soberanía dual, que divide la autoridad soberana entre el gobierno local y nacional, a nivel estatal y federal¹². Después de décadas de jugar un papel meramente secundario en la teoría del federalismo de EE.UU.¹³, la Enmienda Xª se ha convertido en un lugar apasionado para la rivalidad política, uniendo a los defensores de la legislación estatal del derecho a morir¹⁴, de la educación en casa¹⁵, y de la educación sectaria¹⁶, y entre los opositores de Medicaid y Medicare¹⁷, de las leyes federales sobre armas de fuego¹⁸, de la recaudación de impuestos¹⁹, de los requisitos del carnet de conducir²⁰, y del despliegue de tropas de la Guardia Nacional en el exterior²¹.

Los principios del Federalismo constitucional se invocan en cada uno de estos debates sustantivos sobre política, pero el desafío subyacente para el federalismo norteamericano —la razón por la que estamos tan enfangados en estos

¹² U.S. Const. Enmienda X («Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por ella a los estados, están reservados a los estados o al pueblo»).

¹³ RYAN, E., *op. cit.*, en nota 1, en la Introducción pp. XVII-XXXII y en Capítulo IV, pp. 109-132.

¹⁴ Véase GAUMER, C.P. y GRIFFITH, P.R., *Whose Life Is It Anyway?: An Analysis and Commentary on the Emerging Law of Physician-Assisted Suicide*, 42 S.D.L. REV. 357, 372. 1997 (afirmando que si la Enmienda Xª requiere de una mayor deferencia federal a los derechos de los Estados, debería también requerir de una mayor deferencia federal a algunos derechos individuales); SOVELL, E.J., «Elderly, be Alert: The Battle Continues over Deathbed Rights», 45 S.D.L. REV. 670, 675, 2000 (abordando como los defensores del derecho a morir se basan en la Enmienda Xª). Cf. *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006) (ratificando la Ley de Oregón sobre Muerte digna sin invocar directamente la Enmienda Xª pero abordando de manera amplia la relación entre el poder estatal y federal).

¹⁵ Véase STUTER, L.M., *Are Public Schools Constitutional?*, Enero 20, 2003, <http://www.newswithviews.com/Stuter/stuter9.htm> (afirmando que la Enmienda Xª evita que el Gobierno federal interfiera en la educación).

¹⁶ Ver KEYNES, E. y MILLER, R.K., *The Court vs Congress: Prayer, Busing and Abortion* 176, 1989 (arguing that the Tenth Amendment reserves state authority to assist sectarian schools and encourage religious activities in public schools).

¹⁷ Véase *op. cit. supra* nota 5.

¹⁸ Ley de Montana sobre Libertad de Armas de Fuego, MONT. CODE ANN. § 30-20-101 (2009).

¹⁹ *P. ej.*, State Authority and Tax Fund Act, H.B. 877, 2010 Sess. (Ga. 2010), State Sovereignty Act, H.B. 2810, 2010 Sess. (Okla. 2010); Washington State Sovereignty and Federal Tax Escrow Account of 2010, H.B. 2712, 2010 Sess. (Wash. 2010).

²⁰ ACLU, *Anti-REAL ID Legislation in the States*, <http://www.realcongress.org/news/105/> (que advierte de que ningún estado cumplió con la fecha límite de Diciembre de 2009 contemplada en la ley, y que en torno a la mitad promulgaron o consideraron adoptar legislación que prohibía el cumplimiento de la Ley, dejar sin fondos su implementación, o pedir su anulación). Véase, también, ROMERO, A.D., *Editorial, Opposing View: Repeal Real ID*, USA Today, Mar. 5, 2007, http://www.usatoday.com/news/opinion/2007-03-05-opposing-view_N.htm (que plantea que el DNI real vulnera la Enmienda Xª, destruye la soberanía dual, y hace a los americanos más vulnerables a un robo de identidad).

²¹ Véase, JOHNSON, K., *State's Rights is...*, *op. cit.*, <http://www.nytimes.com/2010/03/17/us/17states.html> (que informa sobre un proyecto de ley de Utah).

debates de política— es mucho más profundo. De hecho, el gran reto fundamental para el federalismo norteamericano es el mismo que ha preocupado a los juristas americanos durante más de doscientos años²². Ese problema de fondo es que la Constitución de EE.UU. manda, pero *describe de forma incompleta*, nuestro sistema de soberanía dual²³. Esto requiere a los intérpretes constitucionales que recurran a alguna teoría normativa del federalismo exógena, —una filosofía sobre lo que el federalismo es y cómo debería funcionar— con el fin de llenar los espacios en blanco que inevitablemente surgen cuando se aplican vagas directrices constitucionales a casos y controversias reales.

¿Debería la relación correcta entre el Estado y el poder federal aproximarse al modelo de federalismo dual —caracterizado por esferas mutuamente excluyentes de competencias sobre materias concretas separadas— o se entendería mejor en términos del modelo de federalismo cooperativo y su énfasis en la concurrencia de competencias?²⁴ Cuando surgen conflictos, ¿debería triunfar la toma de decisiones a nivel local o nacional? Y, ¿qué rama del gobierno está mejor preparada para resolver el asunto: el poder judicial o los poderes políticos? Siempre, la pregunta es: «¿quién decide?» ¿El gobierno estatal o federal? ¿El Congreso o el Tribunal? Y en ese caso, ¿qué pasa con las agencias ejecutivas estatales y federales?²⁵

Sin una orientación constitucional más clara sobre los detalles de la teoría del federalismo, el resultado ha sido décadas (si no siglos) de jurisprudencia vacilante sobre el federalismo porque la nación experimenta con diferentes modelos teóricos —cada uno con sus propias ventajas y desventajas, el último modelo por lo general corrigiendo los errores de su predecesor mientras introduce sus propios nuevos problemas²⁶—. Muchos de estos enfoques continuaron siendo planteados en los diferentes márgenes de los debates actuales de política sustantiva sobre sanidad, medio ambiente, inmigración, etc. Mientras tanto, las innovaciones en materia de gobernanza multicompetencial han sobrepasado el vernáculo de la teoría actual del federalismo. Las relaciones entre los actores locales, estatales y federales en todas las ramas del gobierno se han

²² RYAN, E., *op. cit.*, en nota 1, en el capítulo 1, pp. 7-17 (que describe el desafío interpretativo del federalismo americano); Capítulo Tres, pp. 68 a 104. (que lo traza a través de la historia constitucional americana)

²³ *Id.*; cf. PURCELL, E.A., *Originalism, Federalism and the American Constitutional Enterprise: A Historical Inquiry*, 2007; LACROIX, A.L., *The Ideological Origins of American Federalism*, 2010.

²⁴ RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en el Capítulo Tres (que revisa el federalismo dual y cooperativo entre las diversas teorías sobre el federalismo en juego a lo largo del desarrollo de la historia norteamericana).

²⁵ Para un análisis de la ambigüedad textual que conduce a la indeterminación de la teoría del federalismo en los EE.UU., Véase *id.* en el Capítulo Uno.

²⁶ *Id.* en Capítulo Tres (donde se revisan las vacilaciones a lo largo del curso de la historia norteamericana) y el Capítulo Cuatro (analizándolas específicamente en el contexto de la jurisprudencia del Nuevo Federalismo del Tribunal Rehnquist).

vuelto más complicadas, más enredadas, y en muchos aspectos, otorgando más poder²⁷.

Para ello, lo que más necesita el federalismo norteamericano en el futuro es el desarrollo de un enfoque teórico más coherente, que pueda hacer frente mejor a las tres tensiones fundamentales en el federalismo norteamericano: la tensión entre los valores subyacentes del federalismo, aquella entre las funciones de las tres ramas del gobierno en la interpretación de las directrices constitucionales del federalismo, y la existente entre el saber local y nacional y la experiencia en la aplicación de los ideales del federalismo²⁸. Estas tensiones fundamentales —las tres batallas individuales del «tira y afloja» que están en la base del conjunto— siguen siendo los grandes desafíos no resueltos del sistema federal de los EE.UU. Ellas son la fuente última de los muchos debates políticos de fondo que regularmente quedan enmarcados en términos de federalismo. Y para responder a estos retos, el federalismo estadounidense debe realizar tres tareas críticas.

En primer lugar, el federalismo americano requiere un equilibrio mejor y más transparente entre los valores en competencia del buen gobierno en el corazón del federalismo estadounidense. De hecho, esta es la idea central del libro: que la mejor manera de entender el federalismo estadounidense es en términos de los valores fundamentales que dan sentido al federalismo, o de los principios de buen gobierno a los que los estadounidenses recurren para ayudar a actualizar la administración pública. Los cuatro de mayor importancia son: (1) los pesos y contrapesos entre los poderes locales y nacionales que protegen a las personas frente a la extralimitación o renuncia por parte de cualquiera de los soberanos, (2) la rendición de cuentas y la transparencia en el gobierno que permite la participación democrática consistente en todo el espectro competencial, (3) la protección de la autonomía local, la innovación y la rivalidad interjurisdiccional que esa especie de «gran laboratorio de ideas» del federalismo permite²⁹ y, finalmente (y, es la más ignorada) (4) la sinergia interjurisdiccional que el federalismo nos permite para aprovechar entre la capacidad de gobierno única que se desarrolla a nivel local y nacional, necesaria para hacer frente a los diferen-

²⁷ *Id.* en Partes III y IV (describiendo las oportunidades para una gobernanza colaborativa estado-federación). Véase, también, CHEMERINSKY, E., *Enhancing Government: Federalism for the 21st Century*, 2008 (que considera el federalismo como un instrumento que facilita la gobernanza a todos los niveles del espectro jurisdiccional); SCHAPIRO, R.A., *Polyphonic Federalism*, 2009 (quien recalca la importancia del solapamiento competencial y el dinamismo del federalismo norteamericano).

²⁸ Véase, en general, RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1.

²⁹ Véase *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932) (Brandeis, J., voto particular discrepante) (que elogia el «laboratorio de ideas» habilitado por el federalismo al observar como «un único Estado valiente puede, si sus ciudadanos lo eligen, servir como un laboratorio; e intentar experimentos novedosos sociales y económicos sin riesgo para el resto del país»).

tes aspectos de los problemas interjurisdiccionales que requieren respuesta por parte de ambos³⁰.

Los valores centrales del federalismo son sin duda todas cosas buenas, y hemos aspirado a cada uno de ellos a lo largo de la historia americana. El problema, por supuesto, es que cada valor se encuentra suspendido en una red de tensiones con los otros —alimentando un perpetuo «tira y afloja» para el privilegio cuando entran en conflicto—. No siempre en cualquier contexto normativo podemos satisfacerlos a todos al mismo tiempo. Por ejemplo, el sistema de soberanía dual que crea controles y equilibrios frustra la transparencia gubernamental, ya que sin duda sería más fácil seguir las líneas de la asunción de responsabilidades en un sistema completamente unitario, centralizado. Y, sin embargo, estamos dispuestos a aceptar el compromiso de aprovecharnos de los beneficios de la autonomía local y la sinergia interjurisdiccional asociados con el federalismo, creando oportunidades más profundas para la participación democrática y para la respuesta regulatoria efectiva³¹. Hasta ahora, el discurso ha hecho poco ni tan siquiera reconociendo estas tensiones, y mucho menos proporcionando una orientación significativa para hacerlas frente, lo que lleva a los famosos enfoques fluctuantes de la gobernanza federal a lo largo de la historia americana³².

El segundo desafío en curso es que el federalismo americano requiere un mejor equilibrio entre las capacidades funcionales de las diferentes ramas del gobierno a la hora de interpretar las directrices constitucionales del federalismo, tanto en circunstancias abstractas como concretas³³. Esto comienza como un punto bastante intuitivo: todos entendemos que los tribunales resultan mejores para responder a ciertas cuestiones jurídicas y que los legislativos son mejores para otras (y aunque el discurso del federalismo norteamericano haya tardado en reconocerlo, incluso el poder ejecutivo también aporta algo de talento). Sin embargo, el anterior discurso en torno al federalismo estadounidense ha sido en gran medida un «tira y afloja» entre los partidarios de la supremacía judicial en la interpretación del federalismo por un lado³⁴ y los defensores de la supremacía legislativa por el

³⁰ *Id.* en el Capítulo Dos (donde se revisa la historia intelectual de estos valores en la teoría federal).

³¹ *Id.* (donde se exponen las tensiones varias y los compromisos entre los valores fundamentales del federalismo).

³² *Id.* en Capítulo Tres (que revisa la historia general del federalismo norteamericano) y el Capítulo Cuatro (que revisa la jurisprudencia del Nuevo Federalismo de la era del Tribunal Rehnquist).

³³ *Id.* en Partes III y IV (que revisa la asignación de la autoridad interpretativa en el federalismo entre las tres ramas de poder).

³⁴ P. ej. BAKER, L.A. & YOUNG, E.A., *Federalism and the Double Standard of Judicial Review*, 51 *Duke L.J.* 75, 128, 2001; VAN ALSTYNE, W., *Federalism, Congress, the States and the Tenth Amendment: Adrift in the Cellophane Sea*, 1987 *Duke L.J.*, 769, 782-83, 797-98, 1987.

otro³⁵. Para prosperar más saludablemente, el federalismo norteamericano debe ofrecer espacio para las tres ramas para que aporten lo que mejor saben hacer dando sentido al conjunto. De hecho, —ya lo hace, permitiendo de forma muy diversa la asignación de la autoridad cuestionada a través de la revisión judicial, de la formulación de medidas legislativas, y de la implementación ejecutiva en diferentes contextos de federalismo sensibles³⁶—. La teoría del federalismo ha sido simplemente lenta para entender cómo funciona todo en conjunto.

Por último, el federalismo americano debe maximizar la contribución de los actores locales así como los nacionales en la asignación de la autoridad cuestionada, que, por supuesto, es el proyecto último del federalismo. Este es el más fundamental de todos los «tira y afloja» —la razón para empezar de nuestra lucha con el federalismo—. Después de todo, si la adopción local de decisiones siempre fue mejor, no habría en primer lugar necesidad de una federación fuerte (aunque los artículos fallidos de la Confederación que precedían a nuestra Constitución sugerían lo contrario)³⁷. Del mismo modo, si la adopción nacional de decisiones fuera siempre lo mejor, tampoco habría ninguna necesidad de que existiese la federación —podríamos tener un gobierno totalmente centralizado, al igual que en China o Francia³⁸—. Sin embargo, por razones tanto históricas como filosóficas, el federalismo estadounidense ha demostrado su solidez a pesar de las alternativas. La cuestión clave es cómo equilibrar mejor el saber y los intereses de los gobiernos locales y nacionales que se han mantenido tan fuertes dentro de nuestro sistema federal.

Una visión de diagnóstico de la gobernanza actual norteamericana revela que ésta es un área donde la práctica del federalismo ha superado en especial a la teoría del federalismo³⁹. Hoy en día, la participación local en la toma de decisiones del federalismo se extiende mucho más allá del recurso canónico de proporcionar a los representantes en las elecciones para los órganos nacionales como el Congreso. En cambio, hay pruebas convincentes de estado robusto y participación local sobre la asignación de la toma de decisiones cuestionada y la autoridad para su implementación en las negociaciones directas con los actores federales, a través de una variedad de marcos constitucionales y legales que permiten que dicha negociación tenga lugar⁴⁰. El papel de la negociación intergubernamental en la interpretación federal es un desarrollo fascinante e importante en la teoría del federalismo, que apenas está empezando a atraer

³⁵ P. ej. WECHSLER, H., *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, 54 Colum. L. REV. 543, 588, 1954; CHOPER, J., *Judicial Review and the National Political Process 175-76*, 1980.

³⁶ RYAN, E., *op. cit.*, supra nota 1, en Partes III y IV (explorando los papeles de los poderes a la hora de interpretar el federalismo).

³⁷ *Id.* at Capítulo Tres (donde se exponen los artículos de la Confederación).

³⁸ *Id.* at Capítulo Dos.

³⁹ *Id.* en Parte IV (donde se explora la empresa de la negociación estado-federación).

⁴⁰ *Id.*

la atención de los estudiosos que se merece. Éste de ninguna de las maneras es el único tema digno de estudio del federalismo americano, pero a la luz de su debut académico y para fomentar aún más esa investigación, es donde voy a situar el peso de este trabajo.

El federalismo negociado, que se presenta en un *continuum* que va desde lo obvio a lo opaco, juega un papel sorprendentemente fundamental en el sistema estadounidense de soberanía dual. *Federalism and The Tug Of War Within* ayuda a catalogar este paisaje ampliamente inexplorado en una clasificación de oportunidades para la negociación del estado-federación disponible dentro de varios marcos constitucionales y estatutarios⁴¹. La clasificación total los agrupa en categorías de ejemplos convencionales, negociaciones para reasignar autoridad y negociaciones conjuntas para la formulación de políticas. Pasa revista a las formas familiares de negociación utilizadas en la actividad legislativa, a través del cumplimiento del Derecho, según el poder de gasto federal, y las excepciones según las leyes de otro modo aplicables. A continuación, se consideran las más interesantes (y cada vez menos evidentes) formas de hacer política negociada, incluyendo la reglamentación federal negociada con los actores estatales, las leyes federales que comparten el diseño de la política con los estados, los programas iterativos de formulación conjunta de políticas que con el tiempo hacen tambalear el liderazgo, e incluso las negociaciones de señalización intersistémicas, por medio de las cuales el estado que opera independientemente y los actores federales intercambian influencia sobre la dirección de de las políticas interjurisdiccionales en desarrollo⁴².

Esta visión que ha surgido del federalismo negociado intergubernamental —o «negociación federal», como podemos llamarla, para abreviar— habla de cada uno de los retos fundamentales del federalismo estadounidense⁴³. Cuando la negociación federal está muy bien diseñada, se crea un foro legítimo para los valores de equilibrio, la capacidad de gobernanza funcional y la participación local y nacional —todo a través de una dinámica bilateral de gobernanza que sigue la finalidad misma del federalismo como un equilibrio dinámico entre la toma de decisiones local y nacional—. En efecto, mediante la incorporación de los intereses de los actores locales, estatales y federales en un equilibrio negociado, las asociaciones intergubernamentales pueden ga-

⁴¹ *Id.* en Capítulo Ocho (presentando la clasificación); véase, también, RYAN, E., *Negotiating Federalism*, 52 B.C.L. REV. 1, 2011 (que presentaba una versión previa).

⁴² *Id.*

⁴³ Mi exposición sobre la negociación federal se centra en la relación federal vertical dentro de cada conjunto dado de participantes estatales y federales. Por cuestiones de simplicidad, trato a los participantes municipales en la negociación intergubernamental como actores estatales, en coherencia con la inclusión de la actividad municipal por parte del Tribunal Supremo en su jurisprudencia sobre la Enmienda X^a. Para un debate sobre cómo la actividad municipal independiente complica más este análisis, véase *id.* en Parte IV Introducción y notas que se acompañan; *infra* nota 132 (con referencia al texto relevante).

rantizar los objetivos del federalismo a nivel estructural que la formulación unilateral de políticas por parte de actores estatales o federales por sí solos nunca puede lograr⁴⁴.

En mi próximo libro y en varios artículos anteriores, he explorado cómo los actores estatales y federales utilizan diversas formas de negociación para navegar por los retos del federalismo que invariablemente surgen en contextos de competencia reguladora concurrente⁴⁵. Este ensayo resume esa literatura, mostrando dos ejemplos de negociación federal que demuestran los modelos de gobernanza bien adaptados a los retos de la negociación política entre los distintos niveles de gobierno⁴⁶. La Ley de Gestión de la Zona Costera permite ampliamente la iniciativa local negociada dentro de un marco de Derecho federal que alterna a lo largo del tiempo el liderazgo entre las autoridades nacionales y locales que toman las decisiones. Se proporciona un buen modelo para la gobernanza el cual combina los objetivos nacionales generales con las políticas que mejor se implementan a nivel local. Por el contrario, las negociaciones en torno a la formulación de políticas iterativas en el mecanismo de la Ley de Aire Limpio para regular las emisiones de los vehículos de motor ofrece un espacio limitado para la rivalidad interjurisdiccional dentro de un marco federal más estricto⁴⁷. Este enfoque sirve a la gobernanza que depende de un mercado nacional mientras se preservan espacios para la innovación regulatoria, evitando los problemas de estancamiento y captura asociados con el monopolio regulador.

Por último, el ensayo demuestra cómo la negociación federal permite instrumentos estructurales y de procedimiento que pueden ayudar a resolver los desafíos centrales del federalismo en un modo exclusivamente ejemplar. Sobre la base de estos y de otros ejemplos, el apartado final del ensayo proporciona una justificación teórica para el papel que la negociación intergubernamental puede jugar en complementar los esfuerzos interpretativos unilaterales de los tribunales, Congreso y el Ejecutivo para dar sentido a nuestros dilemas en torno al federalismo en curso. En resumen, cuanto más (o menos) la negociación federal incorpore procedimientos de legitimación basados en el consentimiento mutuo y en los valores del federalismo, más (o menos) deferencia interpretativa debería concederse a su resultado material⁴⁸.

⁴⁴ *Id.* at Capítulo Diez (donde se contrastan las garantías estructurales de la interpretación bilateral y unilateral).

⁴⁵ *Id.*; véase también, RYAN, E., *Negotiating Federalism*, 52 B.C.L. REV. 1, 2011 (la base para los Capítulos Ocho, Nueve y Diez); RYAN, E., *Federalism at the Cathedral: Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules in Tenth Amendment Infrastructure*, 81 U. Colorado, L. REV. 2010 (el fundamento para el Capítulo Siete); RYAN, E., *Federalism and the Tug of War Within: Seeking Checks and Balance in the Interjurisdictional Gray Area*, 66 Maryland L. REV. 503, 2007 (la base para varias partes de los Capítulos en las Partes I y II).

⁴⁶ Ley de Gestión de la Zona Costera, *codificada en* 16 U.S.C. §§ 1451–66 (2006).

⁴⁷ Ley sobre el Aire Limpio, 42 U.S.C. §7410(a)(1).

⁴⁸ RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en Capítulo Diez (detallándose este análisis).

La discusión siguiente proporciona una introducción digerible a un análisis más meticuloso en trabajos anteriores. La parte II de este ensayo explora el dilema del solapamiento jurisdiccional en el federalismo norteamericano y sitúa el significado del federalismo negociado en el discurso existente en EE.UU sobre el federalismo, especialmente el actual debate sobre las garantías del federalismo. La Parte III presenta la empresa de la negociación federal, ofreciendo aspectos destacados de la clasificación completa y ejemplos de las leyes norteamericanas de Gestión de la Zona Costera y de Aire limpio. La Parte IV explora el potencial interpretativo de la negociación federal que cumple con los criterios procedimentales especificados asociados con la negociación ecuaníme y los principales valores del federalismo. Esto demuestra lo bien construida que la negociación federal, sometida al control judicial limitado pero importante de los abusos, aprovecha la capacidad adecuada de todas las ramas en todos los niveles de gobierno a la hora de capear conjuntamente las tensiones entre los valores del federalismo hacia el buen gobierno.

2. SUPERPOSICIÓN COMPETENCIAL, BILATERALISMO Y EL DEBATE DE LAS SALVAGUARDAS DEL GRAN FEDERALISMO

En esta sección se explora la zona de competencia regulatoria concurrente del estado-federación que complica el federalismo norteamericano. También se examina la importancia de la gobernanza negociada dentro de esta zona para el debate de antiguo sobre qué rama del gobierno debería resolver los problemas regulatorios competenciales. Este análisis precede a la más amplia exégesis de la negociación intergubernamental en la Parte III con el fin de demostrar desde el principio por qué vale la pena perseguir la exégesis.

Una exposición de los retos del federalismo norteamericano se inicia necesariamente con el problema del solapamiento competencial que el federalismo norteamericano inevitablemente crea. Esta es la «zona interjurisdiccional gris» que abarca los campos más claros de la competencia estatal y federal exclusiva tal y como delega la Constitución⁴⁹. Es desde dentro de este área gris de donde se generan la mayoría de las controversias del federalismo, y desde luego todo lo que es actualmente noticia en las primeras planas. En pocas palabras, las zonas de solapamiento competencial son aquellos contextos normativos en los que tanto los gobiernos locales y nacionales tendrían algún interés legítimo de regulación o al mismo tiempo obligaciones. Los intereses y obligaciones soberanos surgen de las delegaciones constitucionales de responsabilidad federal y del restante acumulo de poder de policía constitucionalmente reservado a los estados, pero muchos están provocados por las áreas

⁴⁹ *Id.* en Capítulo Uno (donde se revisan los fundamentos constitucionales para el solapamiento constitucional) y el Capítulo Cinco (que explora el área gris del solapamiento). Como ejemplos de delegaciones exclusivas construidas en esta área gris, véase *infra* nota 54.

de la ley relacionadas con las materias⁵⁰. Por ejemplo, la Constitución expresamente delega la responsabilidad de leyes nacionales uniformes sobre quiebra al gobierno federal, pero la administración de la quiebra federal se basa sin embargo en las definiciones del Derecho estatal sobre propiedad⁵¹. En los Estados Unidos, hay muchas áreas de superposición, de la ley penal a la regulación de los servicios financieros, desde la seguridad nacional al Derecho de salud pública⁵².

Por ejemplo, en el contexto del derecho ambiental, el solapamiento competencial se plantea a menudo a causa de la forma en que muchos de los problemas ambientales acompañan una necesidad de una autoridad territorial de implantación local (para vigilar las fuentes individuales de un daño ambiental) con la autoridad de una cláusula como la de comercio de fundamento nacional (para controlar los efectos transfronterizos o los efectos colaterales de estos perjuicios). El problema de la regulación de la contaminación del agua es un ejemplo clásico. La sedimentación nociva de torrentes por un proyecto de construcción local puede estar mejor regulado a través de un proceso de permisos municipales de construcción —pero, si eso no funciona, puede causar problemas para las comunidades aguas abajo en otros estados, sin control directo sobre lo que se permite fuera del estado⁵³—. Para otras regulaciones de salud y seguridad, juega la misma relación que entre el poder tradicional de los estados de policía para proteger la salud y la seguridad de sus ciudadanos y la necesidad de que la ley federal proteja al público de otros estados.

A la luz de estos intereses soberanos superpuestos, la controversia surge a menudo en estas circunstancias en torno a que soberano debe ser capaz de hacer las opciones reguladoras. Esto, después de todo, es la investigación última del federalismo: «¿quién decide?» —¿el gobierno estatal o el federal?—. Para estar seguros, la Constitución establece una valiosa orientación sobre el tema, enumerando claramente algunos poderes para el gobierno federal (tales como el poder de declarar la guerra) y reservando otros a los estados (como la gestión de las elecciones)⁵⁴. Aun así, el federalismo norteamericano da lugar

⁵⁰ U.S. Const. Enmienda X^a.; Ryan, *supra* nota 1, at Capítulo Uno (que expone la indeterminación entre los detalles de las delegaciones constitucionales) y el Capítulo Cinco (donde se explica el solapamiento competencial en detalle).

⁵¹ U.S. Const. art. I, § 8 (que delega la administración de las quiebras al gobierno federal); NADBORNY, F.A., *Nota «Leap of Faith» into Bankruptcy; An Examination of the Issues Surrounding the Valuation of a Catholic Diocese's Bankruptcy Estate*, 13 Am. Bankr. Inst. L. REV. 839, 889, 2005) (explicando el papel del Derecho estatal).

⁵² RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en el Capítulo Cinco (donde se demuestra el solapamiento en muchas áreas del Derecho regulador).

⁵³ *Id.* (revisando el problema interjurisdiccional del control de la polución de las cuencas)

⁵⁴ U.S. Const. art. I, sec. 8 (autorizando al Congreso para declarar la guerra); art. I, sec. 4 (donde se delega la responsabilidad por los mecanismos de las elecciones al congreso en los parlamentos estatales). Véase, también, RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en Capítulo Uno.

a dos tipos principales de incertidumbre, lo que lleva a muchos de los debates sustantivos a las noticias.

A veces, hay incertidumbre sobre la línea divisoria real entre los ámbitos de la competencia estatal y federal, en contextos en los que parece que en realidad puede haber una línea luminosa que los separa. Por ejemplo, una polémica de esta variedad se ha desatado sobre la frontera entre el alcance estatal y federal en los asuntos relacionados con la inmigración. La Constitución requiere al gobierno federal que establezca reglas uniformes de naturalización, pero varios estados han promulgado nuevas leyes que, si bien no administran directamente la inmigración, gobiernan la actividad relacionada con la inmigración de las empresas estatales y de las agencias de aplicación de la ley⁵⁵. La polémica legislación de Arizona es actualmente objeto de una demanda presentada por el Departamento de Justicia de los EE.UU., que busca invalidar las medidas estatales por no tener prevalencia sobre la ley federal⁵⁶. Un conflicto relacionado ha estado jugando más de una década de litigios sobre la línea divisoria adecuada entre el estado y la autoridad federal en torno a la regulación de humedales⁵⁷. A partir de un caso de 2001 en que un organismo municipal de Illinois planteó una demanda con éxito para invalidar la autoridad federal sobre ciertos humedales dentro del estado⁵⁸, el problema de establecer los límites continuó al embrollar al Tribunal Supremo de los EE.UU. en uno de sus fallos más divididos, *Rapanos vs. Estados Unidos*, que no logró producir una opinión mayoritaria a pesar de los cuatro votos particulares⁵⁹.

En otros contextos, nos sentimos más cómodos con la idea de competencias concurrentes y menos interesados en trazar luminosas líneas divisorias entre el alcance estatal y federal, como lo demuestra la complacencia general con

⁵⁵ U.S. Const. art. I, § 8; *United States v. Arizona*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 75558 (D. Ariz. July 28, 2010) (donde se describe la controvertida ley de Arizona sobre inmigración).

⁵⁶ *Id.*; DEPARTMENT OF JUSTICE OFFICE OF PUBLIC AFFAIRS, *Citing Conflict with Federal Law, Department of Justice Challenges Arizona Immigration Law, en Press Release*, 6 de julio de 2010, <http://www.justice.gov/opa/pr/2010/July/10-opa-776.html> (que afirma que la ley de Arizona excede de la función estatal con respecto a los extranjeros, e interfiere con la administración federal de las leyes de inmigración y socava de manera crítica los objetivos de la política exterior norteamericana).

⁵⁷ RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota, en el Capítulo Cinco (donde se abordan los problemas interjurisdiccionales de la regulación de humedales).

⁵⁸ *Solid Waste Agency of Northern Cook County v. U.S. Army Corp of Engineers*, 531 U.S. 159, 173-74 (2001) (que limita la autoridad federal sobre humedales «hidrológicamente aislados»).

⁵⁹ *Rapanos v. United States*, 126 S. Ct. 2208 (2006) (sembrando más dudas sobre el alcance de la autoridad federal reguladora sobre los humedales sin conexiones directas en superficie con aguas navegables). En sentido estricto, *Solid Waste Agency* y *Rapanos* fueron decisiones legislativas que interpretaban la Ley sobre Aire Limpio. Sin embargo, los jueces y sus observadores claramente entendieron que su función de interpretación legislativa tenía lugar en la sombra que se dibuja del debate presente sobre el alcance de la autoridad según la cláusula federal de Comercio.

la superposición de las leyes estatales y federales penales⁶⁰ o la gestión cooperativa estatal-federal de las autopistas nacionales⁶¹. Sin embargo, la incertidumbre emerge de todas maneras cuando surgen los conflictos entre las opciones estatales y federales en esta zona gris —y, entonces, la pregunta pasa a ser la de «¿quién debe prevalecer?»—. Con respecto a la aplicación de la ley penal o del medio ambiente, por ejemplo, ¿deberían prevalecer los objetivos nacionales, o deberían prevalecer las prioridades locales?⁶² Una vez más, la Constitución prevé una importante guía por medio de la Cláusula de Supremacía, que aclara que el ejercicio legítimo de la autoridad federal siempre puede prevalecer sobre las leyes estatales en conflicto⁶³. Aún así, el gobierno federal a menudo deja a propósito espacio útil para la participación local incluso cuando en teoría podría prevalecer sobre el ámbito normativo de arriba abajo conforme a uno de los poderes enumerados, por lo general por el bien de alguna habilidad especial o capacidad regulatoria que el gobierno local posee pero que no realiza⁶⁴. En estos días, las más de las veces, la pregunta más difícil sobre la prevalencia no es si el gobierno federal podría prevalecer, sino si (y en qué grado) debiera⁶⁵.

Los dilemas en curso sobre el alcance y la limitación en contextos de superposición competencial demuestran la fuerza con la que el federalismo y las controversias sobre el derecho de prevalencia se mantienen vivos y en condiciones en los Estados Unidos. También indican la considerable incertidumbre que afrontan las personas que de hecho gobiernan en estos contextos de solapa-

⁶⁰ LOGAN, W.A., *Creating a «Hydra in Government»: Federal Recourse to State Law in Crime Fighting*, 86 B.U. L. REV. 65, 104-106, 2006; KLEIN, S.R., *Independent Norm Federalism in Criminal Law*, 90 Cal. L. REV. 1541, 1553, 2002.

⁶¹ El Sistema Nacional de Autopistas está conjuntamente administrado por los estados y el gobierno federal. Federal-Aid Highway Act of 1956, Pub. L. 84-627, 70 Stat. 374 (29 Junio, 1956).

⁶² P.ej., LOGAN, W.A., *op. cit.*, *supra* nota (donde se cuestiona la creciente federalización del Derecho penal); ADLER, J.A., *Jurisdictional Mismatch in Environmental Federalism*, 14 N.Y.U. Envtl. L. J. 130, 172-73, 2005 (quien cuestiona la prevalencia federal en áreas del Derecho medioambiental anteriormente estatales).

⁶³ U.S. Const. art. VI, cl. 2 («Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.»).

⁶⁴ RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, Capítulos Cinco y Ocho (donde se revisan los ámbitos reguladores en los que el gobierno federal invita a la implicación de los estados aunque legítimamente podría prevalecer en ese campo).

⁶⁵ *Id.*; cf. BUZBEE, W., *Asymmetrical Regulation: Risk, Preemption, and the Floor/Ceiling Distinction*, 82 NYU L. REV. 1547, 2007 (que discute las ventajas de una «prevalencia de base» estrictamente limitada, que permite la discreción estatal para superar un estándar federal, sobre la «opción unitaria federal» o «prevalencia de techo», que no lo hace); CARLSON, A., *Iterative Federalism and Climate Change*, 103 Nw. U.L. REV. 1097, 2009 (donde se discuten las ventajas de declinar la prevalencia total sobre la discreción estatal dentro de un programa nacional de prevención de la contaminación aérea).

miento a la hora de determinar cómo, exactamente, deberían hacer su trabajo. Se enfrentan a la incertidumbre sobre quién debería «llegar a decidir» cuando debe tomarse una decisión cargada de elementos federales, y cómo compartir o dividir de lo contrario la autoridad regulatoria en el desempeño de sus obligaciones. Pero incluso mientras los académicos luchan por dar sentido a lo que el Tribunal y la Constitución dicen sobre quién debe decidir, los que en realidad gobiernan en las áreas de superposición no suelen pelear con cuestiones académicas. Por lo común, afrontan la incertidumbre del federalismo que se encuentran en su trabajo simplemente *mediante la negociación a través de él*. Trabajando conjuntamente con sus homólogos en ambos lados de la frontera del estado-federación, ellos determinan de consuno la mejor manera de asignar la autoridad cuestionada según sea necesario para abordar los problemas confiados a su cuidado⁶⁶.

En consecuencia, gran parte de mi propia investigación en los últimos años ha sido un viaje de descubrimiento a lo muy sensible al federalismo que es la gobernanza, en realidad, el producto de la negociación intergubernamental. Ha sido instructivo —incluso sorprendente— descubrir cómo de a menudo la respuesta a la pregunta «¿quién ha de decidir?» se logra a través de un proceso de negociación, a través de una variedad de marcos constitucionales y legales que permiten que estas negociaciones tengan lugar. La Negociación federal incluye ejemplos de regateo político convencional, métodos formalizados de formulación colaborativa de políticas y procesos de señalización aún más remotos mediante los cuales los actores estatales y federales comparten la responsabilidad de adoptar decisiones públicas a través del tiempo⁶⁷. En la siguiente parte del trabajo, esbozaré algunos aspectos básicos que los actores estatales y federales negocian entre sí en contextos de federalismo sensible. Pero en primer lugar, en esta sección se destacan dos consecuencias normativas importantes de esta investigación en la gobernanza negociada.

La primera se relaciona con la creciente brecha entre el énfasis retórico del discurso dominante del federalismo y la realidad de las relaciones intergubernamentales en los Estados Unidos. El gran volumen de la gobernanza negociada demostrada en la clasificación completa sugiere una historia muy diferente de la presunción de antagonismo estado-federación que adorna tantos debates académicos sobre el federalismo norteamericano⁶⁸. En realidad, oculta una mitología dominante que podría decirse que se cierne sobre gran parte del discurso, que podríamos llamar «el mito del federalismo de suma cero»⁶⁹. Esta es la idea de que los gobiernos estatales y federal están enfrascados en una amarga, competición

⁶⁶ RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en Capítulos Ocho y Nueve (que revisan las variedades y mecanismos de tal negociación).

⁶⁷ *Id.* en Capítulo Ocho.

⁶⁸ *Id.* en Capítulo Ocho (presentando la clasificación) y Parte IV Introducción (donde se discute su importancia).

⁶⁹ *Id.* Parte IV Introducción.

de todo o nada por la competencia, en la que cada victoria constituye por un lado una pérdida para el otro. Ciertamente, hay casos en los que esto es cierto, como la demanda Departamento de Justicia contra la ley de inmigración de Arizona es probable que demuestre⁷⁰. Pero como la Parte III de este ensayo pone de manifiesto, la línea entre el poder estatal y federal es tan a menudo un proyecto en curso de negociación, en los planos grandes y pequeños, y a menudo en modos que frecuentemente se acumulan en beneficio de ambas partes. Esta simple observación justifica el énfasis porque dice algo importante sobre a lo que en realidad el federalismo norteamericano se parece en la práctica, y sobre cómo el federalismo en la práctica a menudo se aparta del federalismo retórico⁷¹.

El punto normativo segundo se refiere a la importancia del potencial interpretativo de la negociación del federalismo, el tema al que se dedica la Parte IV de este ensayo. Ahí sostengo que este recurso sólido a la negociación intergubernamental no es sólo *de facto* una respuesta a la incertidumbre en la interpretación por parte del Tribunal o del Congreso en torno a quién exactamente debería decidir en cada caso. Al contrario, se muestra que —al menos cuando se hace bien— tal negociación puede ser *en sí misma* un modo constitucionalmente legítimo de decidir. Es decir, puede ser en sí misma una forma legítima de interpretar el federalismo —cuando entendemos la interpretación del federalismo como la forma en que efectivamente se limita a la administración pública para ser coherentes con las directrices constitucionales que rigen⁷²—. Como se explica en la Parte IV, la negociación federal debidamente diseñada puede incorporar no sólo los principios de consentimiento que legitiman la negociación en general, sino también los valores fundamentales del federalismo que deberían guiar la interpretación del federalismo en cualquier foro —como un asunto de procedimiento de buena gobernanza—⁷³.

Pero antes de presentar ese argumento, quisiera hacer hincapié en el sentido que este segundo punto tiene para un importante problema normativo de la teoría del federalismo, con la que los juristas norteamericanos han luchado durante mucho tiempo. Si la investigación más básica del federalismo estadounidense es «¿quién decide? —el gobierno estatal o el federal—, entonces el corolario necesario —la meta-investigación, si se quiere— es «¿quién decide eso?» ¿Es el Tribunal a través de restricciones del federalismo judicialmente exigibles? ¿Es el Congreso, a través de garantías políticas? ¿El Poder Ejecutivo, a través del proceso administrativo? Los estudiosos del federalismo norteamericano reconocerán esto como el debate de las «Salvaguardas del Federalismo» al que los teóricos se han dedicado durante más de cientos de años, el cual busca identificar qué rama del gobierno debería tener la autoridad interpretativa final sobre

⁷⁰ Véase *op.cit.*, *supra* nota 56 y el texto que se acompaña.

⁷¹ RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en Parte IV Introducción.

⁷² *Id.* en el Capítulo Ocho (donde se define la interpretación federal).

⁷³ *Id.* en el Capítulo Diez (que evalúa la coherencia procedimental de la negociación con ecuanimidad y de acuerdo a los principios del federalismo).

la atribución de la autoridad estatal y federal de regulación en contextos de solapamiento competencial⁷⁴. En efecto, se trata de un debate que abarca cientos de años precisamente porque es algo difícil de resolver —los tres poderes poseen herramientas útiles para poner en uso el proyecto.

Sin embargo —y aquí está el punto crítico— durante todo el tiempo que se ha estado llevando a cabo este debate, se ha centrado exclusivamente en la forma en que cada una de estas ramas actúa para interpretar el federalismo *unilateralmente* —en un lado de la frontera del estado-federación o del otro— solos en sus cámaras a medida para averiguar si promulgar una ley en un contexto de solapamiento, si defenderla en caso de impugnación, y cómo implementarla si sobrevive al desafío. Sin embargo, todo este tiempo, el debate se ha estado perdiendo como las tres ramas también están haciendo una interpretación del federalismo *bilateral* —a ambos lados de la línea estatal-federación— a través de los procesos de negociación intergubernamental que son el foco de este ensayo⁷⁵.

Esta visión de la naturaleza bilateral de mucha de la gobernanza sensible al federalismo en Estados Unidos altera poderosamente el debate de las Salvaguardas sobre la interpretación del federalismo. La comprensión de las herramientas interpretativas bilaterales ofrece una nueva perspectiva sobre los medios disponibles para la interpretación del federalismo, proporcionando una justificación teórica nueva a las prácticas existentes que justifican la deferencia y mejores medios para evaluar si lo hacen. Asimismo, plantea nuevas cuestiones sobre la mejor manera de atribuir los roles interpretativos entre los tres poderes y los diversos niveles de nuestro sistema de gobierno. Para poner en práctica estas provocativas afirmaciones, ahora exploraremos la empresa de la negociación federal en sí misma.

3. EL FEDERALISMO NEGOCIADO: UNA INTRODUCCIÓN A LA NEGOCIACIÓN INTERGUBERNAMENTAL EN LOS EE.UU.

En esta sección se explora la variedad de mecanismos disponibles para los actores estatales y federales para la negociación sobre la interpretación y aplicación del federalismo en los Estados Unidos. Mi análisis de la gobernanza negociada adopta la definición amplia de la negociación que los teóricos prefieren: «un proceso interactivo de comunicación por el cual múltiples partes tratan de influirse entre sí en un proyecto de toma de decisiones conjunta»⁷⁶ Enmarcar

⁷⁴ *Id.* en el Capítulo Ocho (al revisar las posiciones rivales dentro del debate de las salvaguardias del federalismo); *supra* notas 34 y 35 y el texto que las acompaña.

⁷⁵ *Id.* en Parte IV.

⁷⁶ *Id.* Véase, también, FISHER, R. & URY, W.L., *Getting to yes: Negotiating Agreement Without Giving in xvii*, 100, 1991 (que lo describe como una comunicación «de doble sentido diseñada para alcanzar el acuerdo» siempre que las partes tengan tanto intereses com-

la negociación como un proceso iterativo de toma de decisiones conjuntas cubre muchos ejemplos que se ajustan a la noción convencional de negociación —tal vez el cabildeo legislativo en el fondo de algún cuarto lleno de humo—, donde la negociación está claramente delimitada en el tiempo y en el espacio, las partes son fáciles de identificar, y los participantes ven su objetivo como un negocio. Pero también incluye ejemplos más allá de la convencional, tales como la formulación de políticas y negociaciones iterativo intersistémica señalización ejemplos, que pueden tener lugar durante un período de tiempo más largo, con una gama más amplia de participantes, que ni siquiera puede pensar en lo que están haciendo en el tiempo de negociación⁷⁷.

Como se ha mencionado, mi trabajo anterior presenta una clasificación detallada de diez tipos básicos de negociación federal, identificando las diferentes oportunidades de los actores estatales y federales para negociar sobre la atribución de la formulación de políticas y de la autoridad para la ejecución en contextos del federalismo sensibles⁷⁸. La clasificación los agrupa en tres categorías generales: ejemplos convencionales, las negociaciones para reasignar la autoridad y negociaciones conjuntas de formulación de políticas (aunque algunos ejemplos entran en más de una categoría).

La primera categoría requiere poca explicación en una discusión abreviada, porque la mayoría de los lectores ya los entenderá a un nivel intuitivo. Las negociaciones convencionales son de la variedad de la «habitación llena de humo», lo que refleja las formas más comunes en que los actores estatales y federales negocian con todas las características de la tradicional construcción de acuerdos. Implican un simple intercambio de valor o una deliberación colectiva decidida entre los bien identificados participantes, con un principio y un final claro. La negociación federal convencional es común en los procedimientos administrativos, en la resolución de litigios u otras controversias específicas, y sobre cuestiones de aplicación en las que ambos actores estatales y federales tienen interés. Las agencias estatales y municipales también participan en las negociaciones convencionales con los legisladores federales en torno a asuntos de interés común a través del modelo de elaboración legislativa de representación de los grupos de interés que caracteriza a nuestra democracia representativa⁷⁹.

Los ejemplos más conocidos de negociación federal son también los que se utilizan la mayor parte de las veces, abordando de forma muy diversa los asun-

partidos como divergentes); SHELL, R., *Bargaining for Advantage: Negotiation Strategies for Reasonable People* 6, 1999 (describiéndolo como el «proceso de comunicación interactiva» que tiene lugar cuando las partes quieren algo de las otras).

⁷⁷ Véase *op. cit.*, *supra* el texto que acompaña a la nota 42;; Ryan, *supra* nota 1, en el Capítulo Ocho (que habla de estos ejemplos en detalle).

⁷⁸ *Id.*; véase, también, RYAN, E., *Negotiating Federalism*, *op. cit.*, *supra* nota 41 (donde se ofrece una clasificación más detallada en comparación con la versión editada que aparece en *Federalism and the Tug of War Within*).

⁷⁹ RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en Capítulo Ocho (revisando las negociaciones convencionales).

tos de diseño de políticas, implementación y ejecución. Los resultados suelen formar parte de la documentación pública, pero el proceso en sí mismo puede quedar en su mayor parte oculto a la vista (una consecuencia de la habitación llena de humo), de manera que se dispone de los detalles sólo a través de relatos de primera mano. Por esta razón, a pesar de que los ejemplos convencionales parezcan ser en su mayoría más familiares, son también los más vulnerables a las preocupaciones tradicionales de la negociación sobre la transparencia, la inclusión, los impactos sobre terceros, y las tensiones de las relaciones jefe-subordinado⁸⁰. Cuando se manifiestan, tal y como se analiza en la Parte IV, tales cuestiones de procedimiento pueden comprometer el potencial interpretativo del federalismo de dicha negociación, incluso si no se complica la legitimidad del resultado para otros fines⁸¹.

La segunda categoría, negociaciones estados-federación para reasignar la autoridad (o para desviarse por el contrario de un orden jurídico establecido) incluye ejemplos un poco más interesantes. Estos se producen cuando realmente hay alguna línea constitucional o legal en la arena competencial que pretende responder a la pregunta de «¿quién decide?» —pero luego las partes negocian en torno a esa línea—. Los ejemplos más conocidos son aquellos que tienen lugar en virtud de la Cláusula de Gasto de la Constitución⁸², la cual permite al gobierno federal negociar con los estados para su acceso a las áreas de formulación de políticas inicialmente reservadas por la Constitución a los estados, tales como la educación o la política sobre sanidad pública. En un ejemplo específicamente ratificado como constitucional por el Tribunal Supremo, el Congreso persuadió a los estados a adoptar una edad mínima legal de 21 años para beber alcohol a cambio de la financiación federal de carreteras (en la teoría la elevación de la edad legal para consumir alcohol podría reducir las muertes por conducción bajo los efectos del alcohol en las autopistas mantenidas federalmente)⁸³. Las negociaciones sobre el poder de gasto son con frecuencia la base de los programas reglamentarios de federalismo cooperativo, en el que los gobiernos estatal y federal asumen la responsabilidad de las partes separadas de los programas de regulación interconectados, tales como el mencionado anteriormente sistema nacional de autopistas, el programa de Gestión de la Zona Costera analizado más adelante, o los programas de protección social como Medicaid⁸⁴.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ En otras palabras, la negociación de la habitación llena de humo que conduce a la promulgación de legislación puede producir legislación perfectamente legítima, pero el proceso negociador utilizado para crear esa legislación puede o no conferir tal tipo de legitimidad interpretativa descrita en la Parte IV que requería de la deferencia de un tribunal que la revisara.

⁸² U.S. CONST. art. I, § 8.

⁸³ *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987).

⁸⁴ RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en el Capítulo Ocho (donde se revisan las exenciones de pruebas de Medicaid).

Negociar el poder de gasto permite el acceso federal a los ámbitos de diseño de políticas reservados a los estados, pero la negociación federal para reasignar la autoridad puede trabajar en el otro sentido también. Los estados a veces negocian directamente con el Congreso para invadir ámbitos de formulación de políticas específicamente atribuidas al gobierno federal por la Constitución⁸⁵. Este tipo de negociación federal tiene lugar siempre que los estados buscan (por mandato constitucional) la aprobación del Congreso para pactos interestatales que aumentan la autoridad estatal a expensas de la autoridad federal⁸⁶. Los estados a menudo lo hacen cuando negocian pactos interestatales que de otro modo usurparían la competencia federal del comercio⁸⁷. Por ejemplo, el Pacto de los Grandes Lagos y de la cuenca del Río San Lorenzo negociado entre 2001 y 2005, cuando ocho estados de la región temían que las propuestas federales para desviar las aguas del lago al altiplano podría dar lugar a transferencias de agua obligadas federalmente a los estados occidentales áridos⁸⁸. El pacto hace que sea difícil ulteriores opciones federales de desviar el agua de la cuenca de los Grandes Lagos⁸⁹, fortaleciendo la toma de decisiones estatal a expensas de la prerrogativa federal a pesar de clara supremacía federal en la distribución de las aguas interestatales⁹⁰.

Sin embargo, este ensayo centra su atención en la tercera y más intrigante categoría de la negociación federal, las negociaciones conjuntas de diseño de políticas, que se valen de elementos de las dos anteriores. Estas se producen en aquellas zonas de superposición competencial en las que el gobierno federal podría prevalecer plenamente sobre la participación del Estado en virtud de uno de sus poderes enumerados —pero que declina hacerlo, por lo general a la luz de alguna experiencia crítica de fondo, autoridad legal, o la capacidad de aplicación sobre el terreno que el gobierno local posee y del que carece el gobierno nacional⁹¹—. La regulación federal negociada con los actores estatales constituye un ejemplo en el que los actores estatales asisten a las agencias federales en la redacción de normas que van desde asuntos como el medio ambiente a las cuestiones de seguridad nacional⁹². Los reglamentos federales que explícitamente comparten el diseño de políticas con los estados participantes proporcionan otro ejemplo, como la Ley de Gestión de la Zona Costera

⁸⁵ *Id.* (que discute la intrusión negociada).

⁸⁶ *P.ej., id.* en el Capítulo Siete (al discutir los pactos que limitan los envíos de residuos radiactivos de bajo nivel).

⁸⁷ *Id.* en el Capítulo Ocho (donde se discuten los pactos interestatales de asignación de aguas).

⁸⁸ TARLOCK, D., *Law of Water Rights and Resources*, § 10:24, 2009.

⁸⁹ *Id.* en § 10:32.

⁹⁰ *Sporhase v. Nebraska ex rel. Douglas*, 458 U.S. 941, 953-54, 959-60 (1982).

⁹¹ RYAN, E., *op. cit., supra* nota 1, en Capítulo Ocho (donde se discute la negociación conjunta de diseño de políticas).

⁹² *Id.* (donde se revisa la elaboración normativa negociada, incluyendo ejemplos que regulan las aguas pluviales y los documentos estatales de identificación).

que se trata a continuación⁹³. El diseño conjunto de políticas también se lleva a cabo a través de procesos iterativos menos formales que escalonan a lo largo del tiempo el liderazgo estatal y federal, como el ejemplo de la Ley de Aire Limpio que sigue⁹⁴. Las sutiles negociaciones políticas se llevan a cabo incluso de manera informal a través del mecanismo remoto de señalización intersistémica, por el cual los actores estatales y federales que actúan independientemente intercambian influencia a lo largo de la dirección de la política interjurisdiccional evolutiva, como los actuales progresos en la política estatal y nacional sobre la marihuana medicinal⁹⁵.

En contraste con la negociación convencional, donde sólo los resultados se hacen públicos, el proceso de negociaciones conjuntas para la formulación de políticas es a menudo tan disponible para el examen como sus resultados, moderando las preocupaciones sobre la gobernanza negociada que dependen de la transparencia (y reforzando la elegibilidad del potencial interpretativo según el test de la Parte IV). Además, la negociación conjunta de formulación de políticas suele ser el resultado de un diseño legislativo, ofreciendo oportunidades para construir un apoyo a las consideraciones federales en el proceso de negociación, incluso cuando los participantes pueden estar distraídos por objetivos sustantivos más inmediatos⁹⁶. La siguiente exposición analiza dos ejemplos de negociación federal conjunta de diseño de políticas para demostrar dos modelos diferentes de gobernanza negociada en contextos de federalismo sensible. El primero toma la Ley norteamericana de Gestión de Zonas Costeras como ejemplo de una negociación de un «laboratorio de diseño de políticas» y, el segundo, se basa en el mecanismo de la Ley de EE.UU. de Aire Limpio para regular las emisiones de los automóviles con el objeto de demostrar el modelo contrastado de «negociación federal iterativa».

3.1. Las negociaciones de laboratorio de diseño de políticas: La Ley de Gestión de las Zonas Costeras

Las «negociaciones de laboratorio de diseño de políticas» son una variedad especialmente fructífera de la negociación conjunta de políticas que aprovechan la promesa del federalismo como un laboratorio nacional ideas basadas en los estados y la experimentación⁹⁷. En estas negociaciones, el gobierno

⁹³ Pub. L. No. 92-583, 86 Stat. 1280 (1972) (codified as amended at 16 U.S.C. §§ 1451-1466 (2006)).

⁹⁴ 42 U.S.C. §7410(a)(1).

⁹⁵ Véase RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en el Capítulo Ocho (hablando del ejemplo de la política médica sobre la marihuana).

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ *Id.* (donde se habla de las negociaciones de laboratorio de diseño de políticas). Véase, también, *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932) (Brandeis, J., voto particular discrepante); *supra* nota 29 y el texto que se acompaña.

federal invita a los estados a proponer innovaciones y variaciones en las leyes federales que afectan a ámbitos de competencia concurrente.

Algunas leyes federales invitan a los estados a experimentar con mejoras locales en el enfoque general federal proponiendo exenciones o excepciones específicas, como se hace en Medicaid y otros programas de la Ley de Seguridad Social⁹⁸. Asimismo, el Congreso autoriza la negociación en las leyes que invitan a los Estados a llevar a través de la formulación de políticas locales en apoyo de los objetivos nacionales, o para el diseño de los planes de implementación en apoyo de los estándares federales. Las agencias federales utilizan ocasionalmente procesos similares en la articulación de reglas para implementar leyes del Congreso, como la Agencia de Protección Ambiental de los EE.UU. (EPA) hizo en la elaboración de los reglamentos de aguas pluviales en virtud de la Ley de Agua Limpia⁹⁹. Las negociaciones del laboratorio de diseño de políticas a menudo (aunque no siempre) tendrán lugar en el contexto programa basado en el poder de gasto de federalismo cooperativo.

La Ley de Gestión de la Zona Costera¹⁰⁰(LGZC) presenta un modelo en el que el gobierno federal encuadra los objetivos generales de la política de regulación e invita a los estados a tomar la iniciativa de proponer la mejor manera de alcanzarlos al nivel local, sobre la base de sus factores singulares económicos, medioambientales o demográficos. El LGZC crea un foro complejo para la negociación en curso intergubernamental, diseñado para proteger los recursos costeros de los impactos acumulativos de las presiones del desarrollo en una escala más allá de la que es abordada por la ordenación tradicional local del uso del suelo¹⁰¹.

El LGZC aborda un problema clásico de solapamiento, uno irremediablemente sumido en la zona gris del interés regulador estatal y federal concurrente¹⁰². El más claro factor interjurisdiccional reside en la costa hacia el mar, dada la notoria falta de voluntad del agua para cumplir con los límites políticos. No importa lo duro que una comunidad costera trabaje para proteger los recursos de la parte húmeda de la costa, que tendrá poco éxito sin la cooperación de sus vecinos. El flujo de las aguas costeras a través de las fronteras esta-

⁹⁸ Véase RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en el Capítulo Ocho (que trata de los programas de exención de la Ley de la Seguridad Social).

⁹⁹ 33 U.S.C. § 1342(p)(4) (2000) (autorizando la regulación de las aguas pluviales); EPA OFFICE OF WATER, *Overview of the Storm Water Program* 8, 1996, <http://www.epa.gov/npdes/pubs/owm0195.pdf>. Véase, también, RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en los Capítulos Cinco y Ocho (donde se habla de la «Fase II» de la norma sobre aguas pluviales desarrollada a través de la elaboración normativa negociada).

¹⁰⁰ Pub. L. No. 92-583, 86 Stat. 1280 (1972) (codificado como modificado en 16 U.S.C. §§ 1451-1466 (2006)).

¹⁰¹ *Id.* at § 1451(i) (2006); 136 Cong. Rec. 26030, 26030-67 (1990) (declaración del Rep. Walter B. Jones); S. Rep. No. 92-753 (1972), *reimprimido* en 1972 U.S.C.A.N. 4776, 4778.

¹⁰² RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en el Capítulo Ocho (que trata de la Ley de Gestión de la Zona Costera en detalle).

tales, los recursos suspendidos en el agua harán lo mismo, y los contaminantes que amenazan la calidad de todos estos recursos también migrarán libremente a través de estas fronteras. Pesca, calidad del agua y otros recursos costeros transfronterizos simplemente no se pueden gestionar a un nivel puramente local; la naturaleza del recurso que cruza las fronteras requiere de un enfoque más coordinado.

Sin embargo, tampoco el gobierno federal puede gestionar eficazmente estos recursos por su cuenta. Como desde hace tiempo científicos marinos han advertido, una de las mayores amenazas a estos recursos compartidos es la contaminación marina procedente de actividades terrestres reguladas a nivel estatal y local. Incluso las decisiones de ordenación del uso del suelo tradicionales que afectan los patrones de desarrollo industrial, la expansión suburbana, y las opciones de transporte privado pueden afectar los niveles de contaminación marina, al alentar o desalentar el transporte a las aguas costeras de los contaminantes industriales, pesticidas y fertilizantes, césped y residuos de vehículos. Reconociendo la necesidad de una cooperación intergubernamental por este y otros motivos, el Congreso embarcó a los estados en un elaborado programa de tres niveles de negociación intergubernamental a través de la LGZC¹⁰³.

En la primera etapa de las negociaciones, el Congreso inicia la negociación en virtud de su poder de gasto, ofreciendo asistencia financiera y técnica para programas estatales voluntarios de gestión para proteger los recursos en las aguas costeras, los terrenos sumergidos y suelo ribereño adyacente¹⁰⁴. A diferencia de otras leyes que prometen el control federal si los Estados optan por no participar, la LGZC no establece estándares de obligado cumplimiento y no autoriza la implementación federal para los estados que opten por no participar¹⁰⁵. Sin embargo, los estados han respondido con entusiasmo, con la participación formal de los treinta y cinco estados elegibles por su costa y grandes lagos, así como una amplia participación de los gobiernos municipales¹⁰⁶.

En la segunda etapa de la negociación, el estado y las agencias estatales y federales pertinentes regatean sobre los términos del plan propuesto por un estado, regateando sobre las disposiciones que una u otra parte preferirían ver en el plan final. En este foro de negociación convencional, el gobierno federal parece tener la mayor influencia negociadora, ya que mantiene la autoridad de la aprobación definitiva y mantiene la última zanahoria de los fondos federales. Sin embargo, toda la negociación está dirigida por circunstancias en las

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ 16 U.S.C. § 1453(1).

¹⁰⁵ *Summary of Coastal Zone Management Act and Amendments*, EPA, <http://epa.gov/oelALgct/lzma.html#Summary%20of%20Coastal%20Zone%20Management%20Act%20and%20Amendments>.

¹⁰⁶ Office of Ocean & Coastal Res. Mgmt., *Coastal Zone Management Act Performance System 2* (2006), <http://coastalmanagement.noaa.gov/resources/docs/npmsupdate.pdf>; Jeffrey H. Wood, *Protecting Native Coastal Ecosystems: CZMA and Alaska's Coastal Plan*, 19 Nat. Resources & Env't 57 (2004) (donde se habla de la participación local).

que ambas partes necesitan algo de la otra. En este caso, sólo el estado posee el poder de ordenación local del uso del suelo y la capacidad de gestión necesaria para crear y poner en práctica estos planes de gestión. En este sentido, y como sucede en tantos campos de la negociación del poder de gasto, la influencia fiscal federal queda igualada por la ventaja de la capacidad de gestión del estado¹⁰⁷.

En la etapa final y más fascinante de la negociación, las aparentes ventajas cambian. Una vez que el gobierno federal aprueba el plan estatal, se compromete *él mismo* de manera efectiva a seguir adelante con el plan estatal, o a garantizar que todas las actividades federales directa o indirectamente que afecten a la zona costera sean coherentes con el plan aprobado por el estado¹⁰⁸. En virtud de una exención limitada de la supremacía federal conocida como la «disposición de la coherencia» de la LGZC, los actores federales deben solicitar permiso del estado para cualquier acción que pueda afectar a los recursos costeros protegidos. Los estados pueden revisar no sólo las actividades realizadas por o en nombre de una agencia federal, sino también las actividades que requieran una licencia o permiso federal, las actividades realizadas de conformidad con el plan de exploración de la Ley de tierras de la plataforma continental exterior, y cualquier otra actividad financiada federalmente que pueda afectar la zona costera¹⁰⁹. Los Estados pueden desaprobar actividades que «afecten a cualquier terreno o el uso del agua o de los recursos naturales de la zona costera», a menos que sean «compatibles en la medida de lo posible» con los programas de gestión estatales aceptados¹¹⁰.

De este modo, la Ley crea un raro caso en que el gobierno federal debe negociar el permiso del estado antes de actuar, abriendo la puerta para la comunicación continua, el intercambio y la innovación a través de la toma de decisiones regulatorias que afecten a los recursos protegidos. La Ley también prevé un mecanismo obligatorio pero flexible para la resolución de los posibles conflictos entre las prioridades estatales y federales, fomentando la consulta temprana y la coordinación negociada¹¹¹. Las tres etapas de la negociación de la LGZC así pues efectivamente involucran a los actores estatales y federales en un diálogo permanente *ad infinitum* sobre la gestión costera, informado por

¹⁰⁷ Para una discusión detallada de las dinámicas de influencia dentro de la negociación federal, Véase RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1,, en el Capítulo Nueve.

¹⁰⁸ Coastal Zone Management Act Federal Consistency Regulations, 71 Fed. Reg. 787 (Jan. 5, 2006) (codified at 15 C.F.R. pt. 930).

¹⁰⁹ 16 U.S.C. § 1456(c); NOAA, *Basic Statutory Tenets of Federal consistency*, 71 Fed. Reg. 789-90.

¹¹⁰ 16 U.S.C. § 1456(c)(1)(A). Una agencia federal puede superar la objeción solo si demuestra que su actividad es coherente en la máxima extensión practicable con el plan aprobado. CZMA §307(c)(1)(2).

¹¹¹ CZMA section 307 (16 U.S.C. §1456(h)(2)). Véase, también, Florida Department of Environmental Protection, *Coastal Zone Management Act*, <http://www.dep.state.fl.us/secretary/oip/czma.htm>.

tanto una visión local y nacional, exactamente de la manera que pretende el federalismo.

En circunstancias extraordinarias, y sólo si la acción federal propuesta es «en el interés superior de los Estados Unidos», la Ley faculta al Presidente para anular la desaprobación del estado después de que la mediación administrativa y judicial no hayan logrado producir consenso¹¹². De todas maneras, la amplia mayoría de las resoluciones de coherencia federal se negocian y administran sin controversia¹¹³. La Administración Nacional Oceánica y Atmosférica informa que, «[s]i bien los Estados han negociado cambios en miles de acciones federales a lo largo de los años, los Estados han coincidido con aproximadamente el 93%–95% de todas las acciones federales revisadas»¹¹⁴. La exención presidencial es muy rara, y puede haber sido utilizada una sola vez, para autorizar el uso de sonares militares en ejercicios de entrenamiento¹¹⁵.

La LGZC permite la iniciativa local ampliamente negociada dentro de un marco del Derecho federal que asegura la fidelidad tanto a los intereses locales como nacionales. Proporciona un modelo útil para la gobernanza interjurisdiccional emparejando los amplios objetivos nacionales con las políticas mejor implementadas a nivel local, sobre todo cuando la autoridad sobre el uso del suelo local o «sitio» es una característica necesariamente destacada del problema de la regulación.

3.2. Negociación Federal Iterativa: La Ley sobre Aire Limpio

La Ley sobre Aire Limpio incluye un ejemplo muy diferente de la negociación federal, uno que proporciona un buen modelo para la gobernanza cuando una característica especialmente destacada del problema regulador es su relación

¹¹² CZMA §307 (16 U.S.C. §1456(c)(1)(B), §1456 (h)(2)); *California v. Norton*, 311 F.3d 1162, 1167 (9th Cir. 2002).

¹¹³ 136 Cong. Rec. H8068-01, 8072 (daily Ed. Sept. 26, 1990) (declaración del Rep. Jones).

¹¹⁴ NOAA, Department of Commerce, *Coastal Zone Management Act Federal Consistency Regulations*, 71 Fed. Reg. 787, 789 (Jan. 5, 2006) (codified at 15 C.F.R. pt. 930). Véase, también, Ryan, *supra* nota 1, en el Capítulo Ocho (donde se advierte de que tales niveles de consenso «[pueden] reflejar la habilidad federal para superar la protesta estatal a través de la exención presidencial, que podría reducir el incentivo estatal a consumir recursos luchando por una batalla que prevé perder. De todas maneras, dado que la prevalencia presidencial se ha utilizado tan moderadamente (...) una explicación más plausible es que el proceso de coherencia modera en sí mismo lo que las agencias federales buscan. Entender que la acción federal requerirá la aprobación estatal puede promover una mayor deferencia federal a los intereses estatales en el propio espíritu pretendido por la Ley. Después de todo, el proceso que ha de seguirse cuando un estado objeta es costoso también para las agencias federales pobres en recursos».

¹¹⁵ Véase ROMERO, J., *Uncharted Waters: The Expansion of State Regulatory Authority over Federal Activities and Migratory Resources Under the Coastal Zone Management Act*, 56 Naval L. Rev, 137, 146, 2008.

con un mercado nacional. Exhibe «la negociación federal iterativa»¹¹⁶, en la que los gobiernos federal y estatales comparten la influencia en la formulación de políticas en pasos precisos, discretos a lo largo del tiempo. También proporciona un buen ejemplo del tipo de negociación intergubernamental que al principio ni tan siquiera puede registrarse como negociación. A diferencia de la formalidad del federalismo de laboratorio de formulación de políticas, la negociación federal iterativa acontece tan lentamente que uno puede dejar de notar el proceso conjunto de toma de decisiones que se desarrolla dentro de su estructura. En este escenario, el gobierno federal crea una reglamentación nacional uniforme permitiendo al mismo tiempo a un solo estado perfeccionarla —y luego permite que otros estados seleccionen su opción preferida en el tiempo—. Al permitir la elección actual entre el estándar federal y una alternativa de un solo estado, los programas federales iterativos crean una dinámica limitada de innovación y competencia reguladora mediante la cual las opciones estatales presionan los estándares federales.

Por ejemplo, la Ley sobre Aire Limpio (LAL) regula la emisión de contaminantes atmosféricos, como los de los automóviles y otras fuentes móviles¹¹⁷. El Congreso delegó la tarea primordial de establecer estándares nacionales de emisiones a la EPA, ahorrando a la industria del automóvil la multiplicidad agobiante de normas de fabricación que temía si los estados podían regularlo de forma independiente. Sin embargo, permitió al estado de California establecer un estándar a nivel estatal en competencia que podría ser más (pero no menos) severo que el de la EPA¹¹⁸. La excepción «California» se creó inicialmente por respeto al liderazgo de California en el campo, y también porque la calidad del aire en algunas partes del estado superaba los promedios nacionales que las regulaciones más estrictas para vehículos de motor era necesario cumplir según las otras obligaciones de la LAL¹¹⁹.

Entonces, en un golpe de gran sabiduría legislativa, el Congreso permitió más tarde a otros estados optar entre seguir o bien los estándares de la EPA o los de California¹²⁰. Esta crítica modificación estructural creó un foro de gran alcance para la negociación del diseño de políticas en torno a la dirección nacional de la gestión de la calidad del aire, a través de un proceso iterativo de

¹¹⁶ CARLSON, A., *op. cit.*, *supra* nota 65 en 1099 (quien acuña el término para describir «los esfuerzos de elaboración normativa repetidos, sostenidos y dinámicos que implican a ambos niveles de gobierno»).

¹¹⁷ 42 U.S.C. § 7543.

¹¹⁸ 42 U.S.C. § 7543(b)(1) (autorizando así a todos los estados con un programa de emisiones anterior a 1966 —es decir, a California—).

¹¹⁹ David Wooley & Elizabeth Morss, *Clean Air Handbook* § 5:11 (2009).

¹²⁰ 42 U.S.C. § 7507; National Research Council Committee on State Practices in Setting Mobile Source Emissions Standards, *State and Federal Standards for Mobile-Source Emissions 70-71* (2006) (donde se explican que los Congresos de los estados lo hicieron en respuesta a las peticiones estatales de más instrumentos para cumplir con los estándares ambientales sobre el aire).

toma sutil pero conjunta de decisiones estado-federación. Con el tiempo, más y más estados que inicialmente siguieron los estándares de la EPA han emigrado a la alternativa de California. A partir de 2009, catorce estados seguían las normas más estrictas ¹²¹ de California y una docena más estaban explorando la posibilidad¹²². La fuerza de las preferencias estatales ha ejercido una presión al alza sobre los estándares de la EPA para que coincida con la alternativa, incluso cuando el estándar de California continúa evolucionando¹²³. El efecto general, ya que los estados actúan con sus regulaciones, es que los estándares sobre emisiones de vehículos de la nación están en un constante estado de evolución hacia objetivos más ambiciosos, específicos y racionales.

El poder de la formulación iterativa de políticas está en el modo en que excepcionalmente equilibra las necesidades de innovación del federalismo y la uniformidad económica en un mercado nacional¹²⁴. En el caso de la LAL, los fabricantes de automóviles pueden preferir un único conjunto de estándares de emisiones, pero hacer frente a dos es ciertamente preferible a cincuenta objetivos en movimiento. Del mismo modo, los estados prefieren idealmente establecer sus propios estándares, pero una elección entre por lo menos dos niveles de rigor es preferible a ninguna opción en absoluto. Mientras tanto, el intercambio administrado permite un nivel limitado de innovación y competencia reguladora creando un dinamismo normativo que responda mejor a los nuevos datos y preferencias —y menos vulnerables a la captura reguladora— que un monopolio regulador puro¹²⁵. En efecto, ofrece un laboratorio de ideas en miniatura precisamente constreñido.

El federalismo iterativo logra un sabio compromiso en los mercados reguladores donde las legítimas preocupaciones por el monopolio regulador anquilosante compiten con legítimas necesidades económicas de uniformidad reguladora. El enfoque sirve a la gobernanza que depende de un mercado nacional centralizado mientras se preserva espacio para la innovación reguladora. La

¹²¹ MCCARTHY, J. & MELTZ, R., *CRS Report: California's Waiver Under the Clean Air Act to Control Greenhouse Gases from Motor Vehicles 4*, n13, 2009, <http://ncseonline.org/NLE/CRSreports/09Mar/RL34099.pdf>.

¹²² CHEN, E., *State Adoption Status on California Vehicle Emissions Control Requirements*, febrero de 2008, <http://www.westar.org/Docs/Business%20Meetings/Spring08/ParkCity/03.2.2%20LAL%20177%20states.xls> (que enumera los estados que consideran la adopción de los estándares de California).

¹²³ ADELMAN, D.E. & ENGEL, H., *Adaptive Federalism: The Case Against Reallocation Environmental Regulatory Authority*, 92, *Minn. L.REV.* 1796, 1840, 2008 (donde se explica la diseminación de los estándares de California a lo largo del tiempo a otros estados, a la Agencia de Protección Medioambiental y a los fabricantes de automóviles que gradualmente los adoptan).

¹²⁴ RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 65, en Capítulo Ocho (hablando sobre la negociación federal iterativa en detalle)

¹²⁵ *Id.*; cf. BUZBEE, W., *op. cit.*, *supra* nota 65 (quien muestra como la opción federal unitaria de la prevalencia «techo» conduce a una regulación pobremente ajustada y a distorsiones públicas de opción del proceso político en comparación a la prevalencia «de base»).

estructura de la formulación iterativa de políticas también protege a los estados innovadores que invierten esfuerzos en resolver su cuota de problema interjurisdiccional antes de que el resto les sigan —como hizo California con la regulación de las emisiones de automóviles, y como muchos están haciendo ahora intentando regular la producción de otros gases de efecto invernadero¹²⁶—. Los estados innovadores sufrirían desproporcionadamente si se les forzara a abandonar su pionera infraestructura de reglamentación para ajustarse a un estándar federal prevalente¹²⁷. Por estas razones, algunos estudiosos han propuesto que el modelo de la LAL de formulación de políticas federales iterativo puede ser un medio útil para navegar por las preocupaciones del federalismo en el diseño de políticas climáticas en EE.UU.¹²⁸. Dado el problema de la acción colectiva implícita en cuestión¹²⁹ y el papel que muchos estados ya han jugado en las primeras rondas de negociaciones de políticas climáticas¹³⁰, esta sugerencia puede tener mérito.

4. EL POTENCIAL INTERPRETATIVO DE NEGOCIACIÓN FEDERAL

A partir de los ejemplos en el apartado anterior de negociación federal y de la clasificación total, esta parte final del ensayo demuestra cómo parte de esta negociación representa algo más que una respuesta a la incertidumbre *de facto* del federalismo (aunque, sin duda, algo claramente también representa eso). Pero, además, algo de la negociación intergubernamental *en sí misma* puede producir respuestas constitucionalmente legítimas a las preguntas nucleares del federalismo —ayudando a salvar los retos del pasado y del futuro del federalismo—. Explora cómo la incorporación procedimental de una negociación justa y de principios del federalismo en la negociación estado-federación contribuye al proyecto interpretativo general del federalismo. El análisis establece una sólida base teórica para las formas en que las alianzas negociadas bilate-

¹²⁶ Véase BETSILL, M. & RABE, B.G., «Climate Change and Multilevel Governance: The Evolving State and Local Roles», in *Toward Sustainable Communities: Transitions and Transformations in Environmental Policy 201-26* (MAZMANIAN, D.A. & KRAFT, M.E., eds.), 2nd ed. 2009; véase ENGEL, K.H., *Whither Subnational Climate Change Initiatives in the Wake of Federal Climate Legislation?*, 39 *Publius* 432, 2009 (que revisa las iniciativas estatales y regionales que existen).

¹²⁷ RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en el Capítulo Ocho (tratando más a fondo los efectos problemáticos de la política nacional de prevalencia, la amenaza de la cual desincentivaría a los estados de una acción temprana que podría permitir abordar más eficientemente el problema).

¹²⁸ CARLSON, A., *op. cit.*, *supra* nota 65, en 1099.

¹²⁹ P.ej., GLICKSMAN, R.L. & LEVY, R.E. *A Collective Action Perspective on Ceiling Preemption by Federal Environmental Regulation: The Case of Global Climate Change*, 102 *Nw. U.L. REV.* 579, 579-80, 2008 (quien propone un marco para la acción colectiva para determinar cuando el Derecho estatal debería ser superado por el Derecho federal).

¹³⁰ Véase *supra* nota 126.

ralmente complementan legítimamente los esfuerzos unilaterales del Tribunal, del Congreso y del Ejecutivo para proteger los valores constitucionales en la estructura de gobierno estadounidense¹³¹.

Para aclarar los términos del debate, utilizo la palabra «sustantivo» para referirme a la esencia de una regla jurídica o un resultado negociado, y «procedimental» para referirme al proceso mediante el cual se llegó a esa regla o resultado. Aunque el discurso federalista a veces utiliza el término «unilateral» para distinguir los actos independientes de las distintas ramas de gobierno (por ejemplo, la acción unilateral judicial o legislativa), lo usaré para distinguir los actos independientes de un nivel de gobierno de otro (en otras palabras, la actividad exclusivamente estatal o federal)¹³². Por el contrario, «bilateral» se refiere a la gobernanza, que incorpora tanto la toma de decisiones estatal como federal. Por último, al hablar de «interpretación federalista», hago hincapié en la variedad de medios que empleamos para garantizar que la práctica gubernamental se lleva a cabo de acuerdo con las directrices constitucionales pertinentes. Además de los métodos convencionales conocidos de la interpretación unilateral, como la declaración legislativa y la revisión judicial, esta Parte muestra que cierta negociación bilateral realiza un trabajo similar, especialmente en los espacios de indeterminación jurídica en que los métodos unilaterales tienen un bajo rendimiento¹³³.

Para resumir mi propuesta fundamental, ésta sería que cuanto la negociación intergubernamental bilateral incorpore más procedimientos de legitimación fundados en los valores de mutuo consentimiento y del federalismo, más se merecerá el respeto como medio para interpretar el federalismo¹³⁴. La negociación confiere menos legitimidad interpretativa ya que las circunstancias de hecho se apartan de los supuestos de mutuo acuerdo que subyacen en una negociación justa —es decir, cuando los negociadores no pueden libremente optar por excluirse, no se puede confiar en que comprendan sus propios intereses, o no se

¹³¹ Para una presentación más completa de este análisis, Véase RYAN, E., *supra* nota 1, en el Capítulo Diez.

¹³² Véase *supra* nota 43, advirtiendo de que esta exposición trata a la actividad estatal como acción estatal, en coherencia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la Enmienda X^o. No obstante, véase Ryan, *supra* nota 1, en el Capítulo Dos («Por una cuestión de simplificación, mi explicación a menudo agrupa a la gobernanza municipal, estatal y regional (todo más localizado que el gobierno nacional) bajo la denominación de «local» para contrastar mejor la autoridad federal con la autoridad de base estatal que la mayor parte de la doctrina sobre federalismo distingue. Ahora bien, relevante doctrina ha mostrado la importancia de la gobernanza intra e interjurisdiccional que tiene lugar entre las localidades independientemente de sus estados (y ocasionalmente sus estados nación) y entre los colaboradores municipales y federales —exponiendo no sólo las dimensiones horizontales sino también las diagonales de la gobernanza interjurisdiccional» (citas omitidas).

¹³³ Ryan, *supra* nota 1, en Capítulo Uno (donde se trata la indeterminación de las directrices del Federalismo constitucional) y el Capítulo Diez (que expone las circunstancias en las que la interpretación bilateral supera a la interpretación unilateral).

¹³⁴ *Id.* en Capítulo Diez.

puede confiar en que representen fielmente sus principios— y cuando los procedimientos de negociación contravienen la ética del buen gobierno, la ética de los controles, la rendición de cuentas, la autonomía, y la sinergia que están en la base del federalismo. Los tribunales que resuelven cuestionamientos sobre la base federalista de resultados negociados deberían considerar estos factores al decidir el nivel apropiado de deferencia que habría que extender. Los poderes políticos que participan en la negociación federal deberían considerar cómo diseñar mejor la relación procesal para estos valores en sus diversos procesos de administración pública.

Lo que resta recibe una puñalada superficial al desentrañar esta afirmación provocativa sobre el potencial interpretativo de la negociación federal. La pretensión es que la negociación intergubernamental puede ser una manera constitucionalmente legítima de resolver la incertidumbre del federalismo, cuando es procesalmente consistente con dos conjuntos de principios. El primer grupo pone a prueba la ecuanimidad fundamental del proceso de negociación, y el segundo prueba la coherencia del proceso de negociación con los valores del federalismo.

4.1. Los principios de la negociación del consentimiento mutuo

El primer requisito para la negociación federal de calidad interpretativa es que debe ser coherente con los principios genéricos de consentimiento mutuo que sirven para legitimar la negociación en general. Estos son los principios basados en la equidad, que nos disponen a ceder ante los resultados del acuerdo negociado, como las culturas humanas han hecho durante miles de años en los que nos hemos basado en la negociación como un medio racional de perseguir el bien a falta de consenso sobre el ideal¹³⁵. Esto lo hacemos, de hecho, mediante la sustitución del consenso procedimental por el consenso sustantivo —el consenso sobre el proceso para alcanzar un resultado sobre el que se esté de acuerdo, incluso cuando no podemos estar de acuerdo con un fundamento objetivo de por qué este resultado es el resultado objetivamente correcto—. Aunque es cierto que es poco atractivo cuando se representa en las partes que lo componen, el mecanismo para la legitimación de un acuerdo negociado, básicamente, es algo como esto:

Considérese un grupo que comienza en desacuerdo sobre la manera de resolver una controversia, asignar un recurso escaso, o de lo contrario dividir un excedente de valor dado. Al principio, carecen de consenso sobre un resultado sustantivo objetivamente correcto; no tienen fundamento razonado para dividir ese excedente de valor de acuerdo con los principios compartidos. Pero si, después de un proceso significativo de comunicación, estas partes que rivalizan sin

¹³⁵ *Id.* (donde se explican los principios de consentimiento mutuo).

embargo alcanzan un acuerdo sobre algún resultado específico —porque cada uno ha determinado que este resultado específico es mejor para sus propios intereses individuales que que no se acuerde ningún resultado en absoluto— entonces, um, bien —así pues el resultado debe ser, al menos en algunos aspectos, una buena idea(!)— Merece un cierto grado de deferencia más allá de que pudiéramos acordar una distribución al azar de oportunidades.

Este razonamiento puede parecer demasiado poco refinado para soportar el peso de la legitimidad al que nos aferramos para los resultados negociados, pero realmente se reduce a este saber vivido extremadamente simple. Si, a través de un proceso justo de intercambio, cada uno determina que está realmente mejor con este resultado que sin ningún acuerdo, entonces ese resultado debe tener algún mérito inherente. Siempre y cuando creamos que el acuerdo se logró justamente, merece el respeto más allá del obtenido por la fuerza, el engaño o el azar —incluso si las partes tienen diferentes razones por las cuales prefieren esta alternativa—. Es en este sentido que sustituimos *consenso procedimental* por *consenso sustantivo*¹³⁶. Y la sustitución funciona, siempre y cuando se cumplan los tres supuestos subyacentes de la negociación ecuaníme: (1) autonomía para asegurar el desmarque, (2) conocimiento del interés, y (3) la representación fidedigna¹³⁷.

En primer lugar, debe ser cierto que el desmarque real esté disponible para todos los negociadores, lo que garantiza la autonomía¹³⁸ de los participantes. Cada uno debe ser capaz de «retirarse» de la mesa de negociación si así lo desea, o bien el acuerdo no podrá soportar el peso de la legitimidad para la que se negocia. Si una de las partes carece de una alternativa de desmarque significativa, entonces el resultado no es necesariamente mejor para sus intereses que el azar o el no acuerdo y, en consecuencia, no justifica tal deferencia. Un resultado procurado en ausencia de una verdadera autonomía puede reflejar el resultado de la fuerza más que el de un juicio independiente. Como reconoce el Derecho contractual, un acuerdo bajo coacción verdadera (y no sólo las dificultades relativas) no debería ser exigible¹³⁹. Sin embargo, tanto el Derecho contractual y teoría de la negociación hacen responsables a las partes de sus opciones cuando está disponible un desmarque real, diferenciando entre fuerte influencia y coerción real¹⁴⁰.

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Cf.* 17A C.J.S. Contracts § 176 (2010).

¹⁴⁰ *Id.* («[U]no no puede sustraerse a un contrato por razón de coacción simplemente porque él o ella lo celebró a regañadientes, el contrato le es muy desventajoso, el poder de negociación de las partes era desigual, o había alguna arbitrariedad en las negociaciones (...»). Véase, también, RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en el Capítulo Diez («Incluso cuando la parte más fuerte establece términos sin la participación de la parte más débil, esta última puede aún decidir si sus intereses se satisfacen mejor tomando o abandonando el acuerdo propuesto»).

En segundo lugar, para conferir al proceso legitimidad negociada, tenemos que creer que las partes poseen el nivel requerido de conocimiento de interés¹⁴¹. En otras palabras, tenemos que estar seguros de que cada una de las partes comprende sus propios intereses lo suficientemente bien como para su aceptación para ser un indicador significativo del mérito del resultado negociado —o, una vez más, no hay ninguna razón para presumir su superioridad sobre el azar o la ausencia de trato—. Los negociadores no deben estar operando en virtud de una discapacidad contractual-legal (por ejemplo, la incompetencia o la lactancia) o cualquier otra circunstancia que pueda poner en duda su independencia de criterio en cuanto a por qué este resultado es mucho mejor que los alternativos.

Por último, debemos estar seguros de que los agentes negociadores que participan en el proceso de negociación están representando fielmente sus principios¹⁴². En el caso de la negociación intergubernamental, esto significa que los funcionarios encargados de la negociación federal deben promover de manera fiel los intereses de los ciudadanos a los que sirven. Las preocupaciones jefe-subordinado son endémicas en toda negociación¹⁴³, y pueden ser especialmente tensas en las negociaciones públicas de este tipo¹⁴⁴. La evidencia de negociación en función de intereses propios por parte de los negociadores del gobierno, negaría sin duda su legitimidad¹⁴⁵.

Investigar los ejemplos de la negociación federal en mi clasificación da ejemplos que ponen presión sobre cada uno de estos supuestos. Por ejemplo, algunos han argumentado que las negociaciones del poder de gasto son coercitivas para los estados que se han hecho dependientes de los fondos federales, hasta el punto de que algunos han perdido el elemento de la libre voluntad necesaria para satisfacer el criterio de la autonomía de negociación¹⁴⁶. Algu-

¹⁴¹ RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en el Capítulo Diez.

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ Véase, p.ej., MNOOKIN, R. *et al.*, *Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes* 69, 2000 (describiendo la tensión jefe-subordinado en las negociaciones).

¹⁴⁴ Véase, p.ej., SCHUMPETER, J., *Capitalism, Socialism and Democracy*, 287, 1987 (que describe cómo las elecciones pueden distorsionar los incentivos a los representantes en el gobierno).

¹⁴⁵ RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en el Capítulo Siete (al discutir la tensión jefe-subordinado en la negociación estatal-federal sobre los derechos jurisdiccionales), Capítulo Nueve (que trata de la moneda del «crédito» en la negociación estatal-federal) y el Capítulo Diez (que debate el problema de la autocontratación al evaluar la legitimidad del federalismo).

¹⁴⁶ BAKER, L.A. & BERMAN, M.N., *Getting Off the Dole: Why the Court Should Abandon Its Spending Doctrine, and How a Too-Clever Congress Could Provoke It To Do So*, 78 *Ind. L.J.* 459, 499-500, 2003 (discute que las negociaciones del poder de gasto sean coercitivas por esta razón); BERMAN, M.N., *Guillen and Gullibility: Piercing the Surface of Commerce Clause Doctrine*, 89 *Iowa L.Rev.* 1487, 1523-26, 1531-32, 2004 (igual). Véase, también, RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en el Capítulo Diez (donde se analiza estas reclamaciones y contrasta los ejemplos de la LGZC y la Ley para que ningún niño se quede atrás, que condicionaban las subvenciones educativas federales en razón de la adopción de los estados de varias prioridades).

nos han expresado su preocupación por la tensión del jefe-subordinado en la negociación intergubernamental que puede anticipar los intereses profesionales de los negociadores sobre los de sus constituyentes¹⁴⁷. De hecho, cuanto más presión ponen los hechos de fondo en cualquiera de estos supuestos, más duda se genera acerca de la legitimidad del resultado negociado¹⁴⁸. A la inversa, sin embargo, cuanto más se *alinean* los hechos en un ejemplo de negociación dado, más legitimidad se confiere entonces en el resultado que se obtenga. Muchos de los ejemplos en la clasificación proceden de sólidos fundamentos sobre los tres supuestos, y éstos se convierten en los candidatos para un potencial interpretativo constitucionalmente significativo¹⁴⁹.

4.2. Fidelidad procedimental a los valores del Federalismo

Los principios de consentimiento mutuo que legitiman la negociación en general son los criterios mínimos de procedimiento que se deben cumplir antes de pasar a la segunda etapa. El análisis final pone a prueba los criterios que hacen que dicha negociación no sólo sea justo, sino constitucionalmente significativa. Y, hasta cierto punto, el análisis comienza con una historia similar.

De hecho, podemos introducir la aplicación procedimental de los valores del federalismo en términos no muy diferentes de los que se utilizan para explicar los principios del consentimiento mutuo. Así como los individuos recurren a la negociación como un proceso de legitimación de la asignación, también lo hacen los actores estatales y federales para asignar la competencia en las áreas de solapamiento. Y, muy a menudo, es por la misma razón básica —la ausencia de la misma falta de cualquier consenso evidente sustantivo sobre el resultado objetivamente correcto—. Como la historia es nuestro testigo, los estadounidenses parecen tener un montón de problemas en acordar desde el principio sobre si un determinado resultado normativo en un contexto de superposición jurisdiccional satisface o no los requisitos del Federalismo constitucional. Basado en la evidencia abrumadora en los ámbitos académico, judicial y político, podemos ver que no siempre está claro de manera inmediata cómo interpretar los contornos del federalismo de una política

¹⁴⁷ MCGINNIS, O. & SOMIN, I., *Federalism vs States' Rights: A Defense of Judicial Review in a Federal System*, 99, NW. U.L. REV. 89, 90, 2004 (avisando de que los estados pueden confabular con los actos federales menoscabando las restricciones del federalismo). Véase, también, RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en el Capítulo Siete (que analiza esta reclamación y las evalúa en el contexto de la Ley Sobre la Política de Residuos Radiactivos de bajo nivel).

¹⁴⁸ RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en el Capítulo Diez.

¹⁴⁹ *Id.* (al discutir la lealtad procedimental a los valores del federalismo en la negociación).

reguladora fondo¹⁵⁰. (Por lo menos, lo que parece claro a algunos intérpretes no demuestra nada a otros).

Quizás la evidencia más convincente de esta afirmación es la riqueza de las decisiones sobre federalismo que regularmente dividen al Tribunal Supremo de los EE.UU., en el que aproximadamente la mitad de los jueces determinan que la política impugnada es perfectamente compatible con el federalismo, mientras que la otra mitad la considera una violación constitucional. Por ejemplo, compárese la mayoría y los votos particulares discrepantes en *Nueva York contra los Estados Unidos*¹⁵¹, un caso famoso sobre la Enmienda Xª que sostiene que una ley del Congreso obligando a los estados a interiorizar sus propios residuos tóxicos se habría apropiado inconstitucionalmente de la autoridad estatal —a pesar de que la ley había sido redactada por la estados y el demandante había presionado activamente al Congreso para que fuera promulgada¹⁵²—. Redactando el fallo mayoritario, la juez O'Connor solemnemente recordó a la nación que «[c]ualquiera que sea el límite exterior de la soberanía [estatal], una cosa está clara: el Gobierno Federal no puede obligar a los Estados a que promulguen o administren un programa federal regulador»¹⁵³. En un voto discrepante casi incrédulo, el Juez White argumentaba que «al leer la versión de los hechos del Tribunal (...) uno pensaría que el Congreso era el autor único de una solución para la nación sobre los residuos radiactivos de bajo nivel [cuando la Ley] resultaba de los esfuerzos de los líderes estatales para lograr un sistema estatal de remedios al problema de los residuos. No buscaban la prevalencia o intervención federal, sino más bien la sanción del Congreso a los compromisos interestatales a los que habían llegado»¹⁵⁴. En esta revisión fas-

¹⁵⁰ Véase, p.ej., *id.* en el Capítulo Uno (que expone la controversia sobre la respuesta de la Administración Bush al huracán Katrina, incluyendo las invocaciones por parte de algunos funcionarios del federalismo como fundamento para detener la implicación federal), Capítulo Tres (que revisa la marcada inestabilidad en la jurisprudencia sobre el federalismo del Tribunal Supremo a lo largo de la historia norteamericana), y el Capítulo Cuatro (donde se revisa la controversia académica sobre el resurgimiento del Nuevo Federalismo en los años noventa).

¹⁵¹ *New York v. United States*, 505 U.S. 144, 174-75 (1992) (que invalida en base a la Enmienda Xª una ley federal que requería a los estados a establecer espacios para la eliminación de residuos o a asumir la responsabilidad por los daños). A diferencia de muchas ajustadísimas decisiones en torno al federalismo del Tribunal Supremo, desde entonces —incluyendo *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 551 (1995) (que anula la Ley de Zonas escolares libres de armas de 1990 por sobrepasar la autoridad federal de comercio); *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 935 (1997) (que invalida partes de la Ley Brady sobre control de revólveres de 1993 en virtud de la Enmienda Xª por forzar la aplicación de la ley estatal); y *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 613 (2000) (que invalida partes de la Ley sobre la violencia contra las mujeres de 1994(LVCM) por sobrepasar el poder de comercio del Congreso)— *New York* fue decidida por una mayoría de seis a tres.

¹⁵² *New York*, 505 U.S. at 174-75, 180-83; RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en el Capítulo Siete (que analiza el caso en detalle).

¹⁵³ 505 U.S. at 188.

¹⁵⁴ 505 en 189-90 (J. White, voto particular discrepante) (citas omitidas).

cinante de invasión negociada, las dos opiniones divergen de manera tan dramática que casi parece que interpretan diferentes patrones de hechos. Cuando se trata de la interpretación del federalismo, las mentes razonables pueden (y muy a menudo lo hacen) no estar de acuerdo —incluso los juristas más altamente calificados de la época—.

Por supuesto, parte de la razón de tantas decisiones sobre el federalismo con un Tribunal dividido es que los jueces individuales a menudo aplican diferentes teorías del federalismo para llegar a sus conclusiones divergentes (de hecho, este es uno de los temas centrales de mi libro). Pero otro factor importante, que a menudo se pierde, tiene que ver con la dificultad especial para aplicar las directrices estructurales del federalismo en contextos específicos de superposición competencial, al menos en comparación con el análisis individual más sencillo de los derechos¹⁵⁵. En pocas palabras, el problema es que puede ser muy difícil separar *sólo las consideraciones de federalismo* que entran en un resultado regulado del conjunto de otras consideraciones de fondo que también deben entrar en ese resultado —por ejemplo, separar las preocupaciones acerca de quién debería estar haciendo política sanitaria de los elementos sustantivos complicados de la política sanitaria en sí misma—. Por el contrario, es mucho más fácil de averiguar si el *proceso* por el que las partes llegan a un acuerdo sobre política sustantiva es consistente con el Federalismo constitucional. Y la razón crítica importante de esto, tal como se anunció anteriormente, es que los valores fundamentales del federalismo *son en sí mismos* de naturaleza procesal¹⁵⁶.

Recordemos los valores del federalismo que presenté al principio del ensayo: pesos y contrapesos, transparencia y rendición de cuentas, autonomía local e innovación, sinergia interjurisdiccional. De hecho, estos valores no tie-

¹⁵⁵ RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en el Capítulo Diez. Como explico ahí:

«A diferencia de lo que es fallar sobre derechos, un ámbito sustantivo en el que las directrices constitucionales son relativamente claras, el decidir sobre el federalismo se vale de las implicaciones en la penumbra en el texto que dan mucho espacio para la interpretación. El linde entre la autoridad estatal y federal se ve insinuado por directrices estructurales tales como el listado de las competencias federales del artículo I y la retención del poder estatal en la Enmienda X^a, pero ninguna posee la claridad de compromiso que la Constitución hace con los derechos individuales identificables. Dejando de lado la marginal incerteza sobre la extensión de la «prohibición de legislar» de lo que realmente significa en el contexto de la Enmienda X^a, la Constitución es comparativamente clara en su compromiso sustantivo con la libertad de expresión y libertad de culto. Es igualmente clara en la asignación de algunas competencias estatales y federales, tales como la que es responsable de hacer la guerra (gobierno federal) y la que es responsable de ubicar las elecciones federales (los estados). Pero el documento da menos orientación sobre las respuestas correctas a las cuestiones en torno al federalismo que se han convertido en objeto de negociación intergubernamental, tales como equilibrar los intereses locales y nacionales en la gestión de la zona costera, o como asignar los recursos estatales y federales en la aplicación del Derecho penal. Por estas razones, el federalismo negociado es no solo inevitable sino apropiado, y puede que lo pida la propia Constitución (...).»

Id. (citas omitidas).

¹⁵⁶ *Id.* en el Capítulo Diez.

nen en particular mucho significado sustantivo. Al final del día, en realidad, no nos dicen mucho acerca de lo que el contenido fundamental de la política de buen gobierno debiera ser. En su lugar, tienen un significado mucho más como valores de *procedimiento*. Describen a lo que se parecen los procesos de buen gobierno —la gobernanza que opera con pesos y contrapesos, de una manera responsable, con espacio para la innovación local y la sinergia interjurisdiccional¹⁵⁷—. En efecto, cada uno de los valores fundamentales del federalismo son los más directamente reivindicados a través del procedimiento del buen gobierno: (1) el mantenimiento de frenos y contrapesos que procesalmente protege a las personas frente al exceso de gobierno o abdicación, (2) la protección de la rendición de cuentas gubernamental que garantiza procedimentalmente una democracia participativa significativa, (3) la preferencia por los procesos normativos que fomentan la innovación y la competencia local y (4) el refinamiento procedimental del espacio regulador en el que se aprovecha la sinergia entre la capacidad de gestión local y nacional¹⁵⁸. La incorporación de estos valores en el proceso de negociación procedimentalmente permite a los negociadores avanzar directrices del federalismo cuando el consenso sobre el contenido no es posible —cubriendo las inevitables lagunas interpretativas que dejan los mandatos judiciales y legislativos que conducen a tanta controversia de fondo¹⁵⁹—.

En consecuencia, si se revisa el proceso para llegar a algún resultado negociado entre los actores estatales y federales, y descubrimos que, en realidad, es coherente con estos valores —que protege los derechos, permite la participación democrática significativa, y permite la innovación, la competencia y sinergia—, entonces, podemos concluir que el ejemplo dado de negociación federal es consistente con el Federalismo constitucional, y que sus resultados justifican la deferencia interpretativa. El proceso en sí mismo se convierte en el centro de gravedad para el análisis constitucional. Después de todo, facilitar el funcionamiento activo de estos valores en la gobernanza es para lo que resulta más esencial el federalismo norteamericano. Garantizar que la gobernanza sea consistente con estos valores es lo que el federalismo tiene la intención de llevar a cabo en primer lugar y lo que la interpretación del federalismo de cualquier tipo está diseñada para presentar. En este sentido, los procesos de ingeniería de gobierno para operar de esta manera nos llevan al mismo punto que cualquier otra forma de interpretación del federalismo, tales como las formas unilaterales entendidas más convencionalmente de legislación del Congreso, reglamentación ejecutiva, o adjudicación judicial.¹⁶⁰

¹⁵⁷ *Id.*

¹⁵⁸ *Id.* en el Capítulo Dos (donde se tratan los valores en detalle) y el Capítulo Diez (tratándolos como valores procedimentales).

¹⁵⁹ *Id.* en el Capítulo Diez.

¹⁶⁰ *Id.* Cabe destacar que esta evaluación del procedimiento de negociación opera desde una perspectiva *ex ante*, proponiendo el control judicial y la construcción intencional

Además, la negociación federal tiene la ventaja añadida de lograr estos fines *bilateralmente*, proporcionando un apoyo estructural para el equilibrio local-nacional que el federalismo se esfuerza por lograr, de un modo que va más allá de lo que los mecanismos interpretativos unilaterales pueden ofrecer. La negociación federal que cumpla los criterios exigidos necesariamente incorpora tanto los intereses, perspectivas como saber locales y nacionales en la manera que el federalismo pretende —con independencia las consideraciones subjetivas de los negociadores—. En virtud de su funcionamiento bilateral, la calificación de la negociación estado-federación logra objetivos del federalismo de equilibrio estado-federación, incluso si nunca los participantes pensaron en el federalismo mientras negociaban. La negociación federal que cumpla con los criterios de procedimiento por lo tanto ofrece garantías estructurales superiores a las consideraciones del anterior debate sobre las salvaguardias del federalismo¹⁶¹.

Según este análisis, al revisar los retos basados en el federalismo en dicha negociación, la función judicial debe desplazarse de un examen *de novo* a

de fóruns de negociación de calidad interpretativa. Reforzar mi planteamiento, no obstante, es una literatura empírica hábil que va más allá de correlacionar procesos de gobernanza negociada y resultados en términos estrechamente alineados con los valores fundacionales del federalismo. Como describo en el libro,

«[C]uando el proceso negociador está diseñado para garantizar derechos, participación, innovación y sinergia, la propuesta asume que la negociación federal se armonizará con el federalismo como un asunto procedimental sin referencia a los resultados sustantivos. Son dignos de mención, no obstante, los resultados negociados que promueven los valores del federalismo en un nivel sustantivo más cuestionado que son más prueba del buen proceso del federalismo. Por ejemplo, el catedrático Lawrence Suskind ha evaluado de manera empírica el volumen de resultados de gobernanza frente a los criterios de equanimidad, eficiencia, estabilidad y saber, y ha encontrado que la gobernanza negociada sistemáticamente supera a las alternativas. Él plantea de manera convincente que estos criterios se alinean estrechamente con los valores del federalismo, advirtiendo que las cualidades para resolver problemas de la negociación promueven de modo natural valores locales y de sinergia, mientras la representación es la clave para una responsabilidad y transparencia exitosas»

Id. para ejemplo de esta literatura, véase Ver SUSSKIND, L. & CRUIKSHANK, J., *Breaking the Impasse: Consensual Approaches to Resolving Public Disputes* 14, 1987 (discutiendo esto en detalle); EMERSON, K. *et al.*, *Environmental Conflict Resolution: Evaluating Performance Outcomes and Contributing Factors*, 27, *Conflict Resol.* Q. 27, 2009 (que analiza los resultados de sesenta acuerdos alcanzados entre los gobiernos local, estatal y federal); SUSSKIND, L. & AMUNDSON, O., *Using Assisted Negotiation to Settle Land Use Disputes: A Guidebook for Public Officials*, 1999 (analyzing the results in 105 cases); FREEMAN, J. & LANGBEIN, L., *Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefits*, 9 *N.Y.U. Envtl. L.J.* 60, 60-64, 2000 (que informa de datos empíricos en estudios de gobernanza colaborativa).

¹⁶¹ RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en el Capítulo Diez («[incluso la gobernanza unilateral que procedimentalmente honra los valores del federalismo puede garantizar en algún menor grado de deferencia judicial cuando sea cuestionada por razones de federalismo. Aún así, aunque la formulación unilateral de políticas puede anunciar un potencial interpretativo en proporción a su satisfacción de criterios similares, la gobernanza negociada ofrece un apoyo estructural a los valores del federalismo que la regulación unilateral nunca puede en verdad replicar»]

una supervisión deferente de estos criterios. Si un caso de negociación federal es cuestionado bajo cualquiera de las doctrinas judicialmente exigibles de negociación federal, el tribunal debería embarcarse en este análisis procedimental como cuestión previa antes de revisar los resultados sustantivos de la negociación. Si la negociación se llevó a cabo en una zona de solapamiento competencial legítimo y los criterios de procedimiento de negociación ecuaníme y los valores del federalismo se cumplen, entonces el tribunal debe ser deferente con los resultados sustantivos de ese proceso de negociación¹⁶². Es muy probable que el resultado sustantivo implique un complejo equilibrio entre las muchas consideraciones de la gobernanza interjurisdiccional en la que los actores políticos en general superan a los actores judiciales —una de las razones de por qué los tribunales tantas veces han postergado tales resultados—.

Sin embargo, si revisáramos el proceso y descubriéramos que no pasa la segunda serie de criterios —si el proceso de negociación amenaza los derechos, dificulta la participación, amortigua la innovación, o subvierte la sinergia interjurisdiccional—, entonces esta negociación no sería coherente con los valores del federalismo, y sus resultados no justificarían deferencia alguna como con una cuestión de interpretación constitucional. Como se anunció anteriormente, la negociación de «cuarto lleno de humo» que tiene lugar más allá del ámbito de la responsabilidad pública podría ser vulnerable a este análisis, al igual que la negociación con escaso compromiso de procedimiento a los otros valores¹⁶³. Si dicha negociación fuera cuestionada judicialmente por razón del federalismo, el tribunal debería revisar *de novo* sin deferencia las decisiones de los actores políticos involucrados. Y, por supuesto, cuando un tribunal revisa incluso un caso que se califica de negociación federal que es cuestionado por motivos no relacionados con el federalismo —tal vez por violar los términos de la ley de fondo o alguna otra garantía constitucional— entonces, también debería proceder sin deferencia hacia el resultado negociado¹⁶⁴.

¹⁶² *Id.* en el Capítulo Seis (estableciendo una investigación sobre control de acceso para evaluar las afirmaciones legítimas de solapamiento competencial) y Capítulo Diez (que explora la aplicación de estos criterios procedimentales en el control judicial).

¹⁶³ Véase *supra* nota 81 y el texto que la acompaña (diferenciando entre resultados legítimos y procedimiento legitimador).

¹⁶⁴ Véase RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 21, en el Capítulo Diez. Como aquí explico, el control judicial de la negociación debería limitarse en tres circunstancias:

«Primera, si la negociación intergubernamental cuestionada tiene lugar más allá del ámbito defendible del solapamiento jurisdiccional, no recibe deferencia interpretativa. Segunda, si la negociación cuestionada fracasa en el umbral del control procedimental del tribunal, entonces el tribunal revisa el fondo del resultado *ex novo*, aplicando su propio juicio interpretativo sobre la impugnación referida al federalismo. Tercera, los cuestionamientos referidos a aspectos no relacionados con el federalismo de los productos de negociación federal interpretativa válida garantizan el examen judicial ordinario —limitando la deferencia judicial solo a las impugnaciones sobre federalismo y no a otros planteamientos de violación constitucional o legislativa—. De lo contrario, sin embargo, el control judicial debería limitarse al examen del proceso negociador frente a la negociación justa y a

El análisis anterior cumple dos objetivos normativos. En primer lugar, propone un cambio sustancial en la mecánica de la revisión judicial de las impugnaciones a la negociación intergubernamental basadas en el federalismo. Cuando los resultados de la negociación cualificada son cuestionados en virtud de doctrinas sobre el federalismo judicialmente exigibles, los tribunales deberían aplicar el examen procedimental antes de la revisión sustantiva, lo que refleja los estándares de deferencia utilizados en la revisión judicial de los actos administrativos en virtud de la Ley de Procedimientos Administrativos¹⁶⁵ y la interpretación legal de una agencia conforme a *Chevron v NRDC*¹⁶⁶. Si el tribunal determina que el proceso de negociación reúne los dos conjuntos de criterios necesarios, entonces debería deferir los resultados sustantivos de la negociación. Si no, puede revisar los resultados sustantivos *de novo*. El efecto general es el de limitar la interferencia judicial en la calificación de la negociación federal, manteniendo la supervisión judicial sobre los abusos de negociación.

En segundo lugar, se ofrece una justificación teórica necesaria para el trabajo constitucional válido que la negociación federal cualificada ha proporcionado durante mucho tiempo. Al aclarar la conexión entre los valores del federalismo y el procedimiento de gobernanza, proporciona la base constitucional que falta para argumentos de los proponentes de garantías políticas de que el poder judicial debe abstenerse de poner en entredicho las asignaciones políticas de la autoridad impugnada en contextos de superposición¹⁶⁷. Sin embargo, al diferenciar procedimentalmente entre la gobernanza negociada que merece deferencia y la que no, conserva al menos algún papel para la revisión judicial promovida por los defensores de las garantías judiciales¹⁶⁸. En este sentido, se adopta una pose de equilibrio medido en el debate de las garantías del federalismo, hecho posible mediante el reconocimiento de formas más

los principios del federalismo, defiriendo los resultados a un análogo procedimental para un control básico racional. Esto permite una asociación interpretativa entre las ramas políticas y judicial que aprovecha lo que mejor cada uno aporta a la implementación del federalismo mientras honra la premisa de *Marbury v. Madison*.

Id. (citas omitidas).

¹⁶⁵ 5 U.S.C. §§ 551–559 (2006).

¹⁶⁶ 467 U.S. 837, 842–43 (1984). Véase, también, RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en el Capítulo Diez («La doctrina del la Nueva gobernanza ha propuesto también teorías de control judicial que sitúan a los tribunales en posición de monitorizar e incentivar procesos de resolución de problemas, más que fallar sobre disputas sustantivas. El control de la autonomía negociadora, el conocimiento de los intereses, y la representación fidedigna recaería en instrumentos judiciales familiares del Derecho contractual, Derecho de las Agencias, y la interpretación del procedimiento debido, y los tribunales podrían extraer de la jurisprudencia y doctrina establecida sobre federalismo a la hora de articular los tests de coherencia procedimental con los valores del federalismo») (citas omitidas).

¹⁶⁷ RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1, en el Capítulo Diez. Véase, también, Capítulo Ocho (donde se aborda el debate de las garantías del federalismo). Como ejemplos de la literatura de la escuela de las salvaguardas políticas, véase *supra* nota 35.

¹⁶⁸ *Id.* at Capítulos Diez y Ocho (como arriba.). Como ejemplos de la literatura de la escuela de las salvaguardas judiciales, véase *op. cit.*, *supra* nota 34.

amplias en las que los intérpretes judiciales, legislativos y ejecutivos de ambos lados de la línea divisoria estatal y federal aportan.

A partir de la aplicación procedimental de los valores de la negociación y del federalismo, la gobernanza negociada abrió así posibilidades para llenar las lagunas de interpretación doctrinal en los ámbitos de indeterminación. De hecho, ha estado haciéndolo todo el tiempo. Pero, por primera vez, este análisis proporciona una base teórica para la práctica del federalismo estadounidense en términos constitucionales más claros. Ofrece la justificación que falta para las garantías políticas operativas, mientras se preserva un papel para la revisión judicial limitada. Se crea un espacio normativo legítimo para las asignaciones bilaterales y responsables de autoridad de las zonas de solapamiento, equilibrio de los valores, capacidad gubernamental y participación local-nacional tal y como el federalismo requiere.

CONCLUSIÓN

Termino aclarando lo que he tratado de lograr en esta exposición simplificada. Mi primer objetivo fue identificar las tensiones fundamentales en el federalismo norteamericano que llevan a tanta controversia en el ámbito político. En virtud de su diseño flexible, pero indeterminado, el federalismo norteamericano siempre tendrá que luchar con la rivalidad intrínseca entre sus valores subyacentes de pesos y contrapesos, rendición de cuentas y transparencia, innovación local y competencia interjurisdiccional, y sinergia interjurisdiccional para la resolución de problemas. Siempre tendrá que luchar para equilibrar las funciones de los tres poderes del estado en la interpretación de las directrices federales de la Constitución. Y, por supuesto, el federalismo es, por definición, una lucha por el equilibrio entre el saber local y nacional en la aplicación de los ideales de la buena gobernanza.

Como se indica en la Parte I, estas luchas en curso son los retos actuales y futuros del federalismo estadounidense. El sistema federal de los EE.UU. ha estado lidiando con estos problemas desde sus años de formación, como se evidencia en los debates del siglo XVIII de la Convención Constituyente y los artículos precursores de la Confederación. Estaban en el centro de las preocupaciones en el momento de crisis más grande de la nación, la Guerra Civil del siglo XIX. Nuestro sistema federal soltó y volvió a cambiar para ajustarse a estas tensiones en los momentos críticos del siglo XX, incluyendo la Gran Depresión y los ataques del 11/9. A comienzos del nuevo siglo, los Estados Unidos están otra vez envueltos en polémicas sobre el alcance de la autoridad federal y la capacidad de recuperación de las alternativas del estado. Durante este período, los académicos y juristas han recurrido a teorías sucesivas y rivales del federalismo para dar sentido a estos desafíos. Con el mismo fin *Federalism and The Tug Of War Within*, propone una teoría del federalismo equilibrado que tenga en cuenta estas tensiones internas y vuelve a conectar la teoría normativa

del federalismo con una mayor comprensión teórica de la práctica del federalismo real, fusionando elementos de sus antecesores con nuevas ideas¹⁶⁹.

Basándose en el análisis del federalismo equilibrado, luego presenté la empresa creciente de la negociación intergubernamental estado-federación como una respuesta a los retos actuales del federalismo en una era de interconexión cada vez mayor. En la Parte II, expuse las zonas de superposición competencial que complican la teoría del federalismo, y destacué la importancia de la gobernanza bilateral negociada para el discurso general y el debate sobre las salvaguardias del federalismo que durante mucho tiempo se centró sólo en la actividad unilateral. La parte III describe las categorías básicas del federalismo negociado y muestra sus mecanismos con dos ejemplos de leyes reguladoras que crean espacios para una auténtica negociación conjunta de formulación de políticas estado-federación. La prevalencia del federalismo negociado socava una suposición rancia, tácitamente antagonista sobre la que el discurso del federalismo norteamericano ha predicado mucho. También se destacan las oportunidades para el desarrollo de formas adaptadas de negociación intergubernamental para abordar los desafíos reguladores que surgen en contextos interjurisdiccionales.

Por último, en la Parte IV, esboqué una afirmación audaz sobre el potencial interpretativo de la negociación que es procesalmente coherente con los principios de la negociación ecuaníme y el federalismo. Cuando los actores estatales y federales resuelven dilemas del federalismo a través de procesos coherentes con estos criterios, se argumenta que se está negociando la respuesta a la pregunta fundamental del federalismo —¿quién decide?— de una manera que reivindica objetivos constitucionales. Los resultados negociados que sean impugnados por razones de federalismo tienen asegurado la deferencia judicial en la medida en que cumplan los criterios establecidos. Mientras tanto, los actores ejecutivo y legislativo pueden utilizar los criterios identificados aquí para construir mejor el respeto para los valores del federalismo en los procesos de negociación que ellos emplean, mejorando la gobernanza en general.

Esta concepción del federalismo negociado presenta una aplicación de la teoría más total explicada en el libro sobre el federalismo equilibrado. Cuando se cumplen los criterios exigidos, la negociación intergubernamental puede facilitar el equilibrio racional entre los valores en competencia de la buena gobernanza en el seno del federalismo estadounidense. Efectivamente, aprovecha las distintas capacidades funcionales de los tres poderes en la interpretación de las directrices sobre el federalismo, aprovechando lo mejor del ingenio legislativo, de la experiencia ejecutiva, y de la neutralidad judicial. Y que maximiza la participación equilibrada de los actores locales y nacionales más allá de las garantías políticas convencionales de la gobernanza unilateral. La propuesta de deferencia judicial a medida para la negociación federal cualificada se basa

¹⁶⁹ Véase, en general, RYAN, E., *op. cit.*, *supra* nota 1.

en las ideas de la doctrina de las garantías políticas al respetar las determinaciones políticas del federalismo que incorporen las perspectivas locales y estatales. Al mismo tiempo, se basa en los instintos de la doctrina de las garantías judiciales en la preservación de un papel limitado para los tribunales para vigilar abusos. La dialéctica a medida entre las garantías judiciales y políticas se basa en la adopción de decisiones legislativas y ejecutivas donde los poderes políticos son más capaces, respaldados por la revisión judicial de las cuestiones pertinentes.

La gobernanza negociada es prácticamente el único punto de interés en el federalismo americano moderno, que continúa lidiando con los retos fundamentales del federalismo en todas las dimensiones, unilateral y bilateral, sustantiva como procesal. Sin embargo, la negociación intergubernamental eficaz se utiliza cada vez más para cortar a través de los ardientes debates sobre el federalismo que amenazan con paralizar la iniciativa reguladora y castigar colaboración interjurisdiccional. Una mejor comprensión de este ámbito de la gobernanza federalista es un crítico nuevo desarrollo en la teoría del federalismo, garantizando la atención y estudio en el futuro.

Los desafíos históricos y contemporáneos de la división de poderes de Canadá

Gerald Baier
Universidad de la Columbia Británica

SUMARIO: 1. Introducción y antecedentes. 2. La división de poderes y el federalismo contemporáneo canadiense. 3. Evaluando los hechos actuales.

1. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

Como cualquier federación, Canadá es una federación dinámica y con frecuencia poco estable. El abanico de diversidades y diferencias que la federación ha de acomodar conlleva un presente siempre interesante. Canadá es una federación multinacional, pero su diversidad geográfica y económica son tan desafiantes como las diferencias culturales que figuran en la mayoría de los debates del federalismo canadiense. Advierto desde el principio estas múltiples diversidades porque a menudo interactúan con las instituciones del sistema federal en modos que son más diferentes que las diferencias culturales y nacionales que buscan el acomodo de la federación. Desde su fundación, la división de competencias o poderes se consideró la clave para el éxito de la federación canadiense. Los fundadores de Canadá eran en gran parte federalistas reticentes, más inclinados a la forma estatal unitaria de la Gran Bretaña que lo que veían como el federalismo displicente y fracasado de los Estados Unidos. Los redactores de la Constitución canadiense de 1867 buscaron por lo tanto definir las competencias en un modo que estuviera de acuerdo con sus objetivos centralistas. No por sorpresa intentaron inclinar la balanza a favor del gobierno central otorgando al parlamento federal la soberanía legislativa sobre los asuntos gubernamentales preeminentes del momento.

La evolución del federalismo canadiense ha sido en torno a acomodar una trayectoria más descentralizada y la realidad dentro del marco de una constitución relativamente centralista. Los matices centralistas más draconianos de la constitución original, incluyendo el veto federal sobre la legislación provincial, se han quedado por el camino en buena parte más por el desuso que por la reforma. En paralelo, algunas de las competencias originales de las provincias

han crecido de manera tremenda en importancia con el surgimiento de un moderno estado del bienestar en Canadá. Esos desarrollos son en buena medida responsables de la relativa descentralización de Canadá de hoy en día. Esa descentralización que se ha visto acompañada de un laberinto de sensaciones, acomoda la práctica del día a día del federalismo y una constitución que proyecta el poder y las relaciones muy diferentemente.

La división de competencias o poderes ha sido central en el desarrollo del federalismo canadiense, pero no de un modo obvio. El compromiso constitucional original no estableció un curso predecible para la evolución de los poderes del gobierno central y de las regiones. La evolución del federalismo canadiense ha sido por el contrario el producto de una tensión con la división formal de competencias de la constitución. Esto ha significado que las instituciones para la evolución informal y el acomodo dentro del sistema federal han sido en el federalismo canadiense la zona crítica. La influencia principal de la división constitucional de competencias ha sido como una restricción para que los gobiernos legislaran despreocupadamente. La división de competencias no ha parado a los gobiernos de ser activos donde querían serlo, pero les ha forzado a trabajar cooperativamente más que independientemente para alcanzar sus objetivos.

K.C. Wheare, cuyo principio federal fue en los inicios una referencia para el rigor en el sistema federal, no creía que el federalismo canadiense cumpliera su estándar porque percibía que la autonomía de las provincias estaba restringida por la constitución, en particular los poderes del gobierno nacional para anular. Desde la valoración de Wheare, Canadá continúa desviándose desde un federalismo estricto o de lo que es denominado modelo federal clásico donde los gobiernos permanecen autónomos dentro de sus esferas constitucionalmente asignadas. No obstante, no son las disposiciones para anular las que son responsables de esta desviación de la forma clásica. Más bien, es el desprecio a la división formal de poderes que tienen los gobiernos cuando están determinados a ser legislativamente creativos, especialmente cuando tienen socios dispuestos en su iniciativa.

Pero la cooperación y las instituciones que conlleva se imponen sobre los gobiernos de Canadá y las estructuras de la división de poderes y la relativa falta de espacio que dan los poderes formales a una experimentación legislativa amplia. A diferencia de los Estados Unidos, donde el Congreso ha sido capaz de expandir el objeto de las actividades gubernamentales federales en un modo virtualmente ilimitado bajo los auspicios del poder comercial, el Tribunal Supremo de Canadá ha estado menos dispuesto a interpretar la división de poderes en un modo que podría dar tal amplio objeto al legislador federal. La división de las competencias ha planteado la preeminencia de las instituciones acomodaticias y hecho su funcionamiento absolutamente crítico para el éxito y la resistencia de la federación canadiense. Canadá es por resultado una federación intergubernamental, incluso aunque tenga poderes institucionales formales para promover y gestionar su intergubernamentalismo.

Como un subconjunto de la división de poderes legislativos, los poderes sobre los ingresos de los dos niveles de gobierno también se encuentran en

un punto crítico de rivalidad para las relaciones intergubernamentales. Un artefacto de la original, centralista constitución es la dominación del gobierno federal sobre la mayoría de los campos de recaudación de ingresos. Mientras ambos niveles de gobierno recaudan impuestos sobre la renta y sociedades, el gobierno federal ha recolectado históricamente la mayor parte de tales ingresos. Los impuestos por ventas son recolectados por ambos niveles de gobierno (con una excepción provincial) y las provincias tienen acceso a los ingresos por los recursos naturales. Los beneficios de las últimas varían completamente dados las diferentes dotaciones naturales de aquellos bienes. Esta desigualdad en la generación de ingresos entre el gobierno federal y las provincias y entre las propias provincias ha dado resultado en una serie de transferencias y relaciones designadas para repartir algo de esta variación. Bajo el paraguas del «federalismo fiscal», el gobierno federal transfiere fondos *per capita* a las provincias para ayudarles a asumir sus responsabilidades legislativas, y redistribuye a las provincias los dólares de los impuestos federales en base a las necesidades a través de su programa de nivelación para limar las diferencias de esta desigualdad en la capacidad de las provincias para recaudar ingresos.

Como resultado, los destinos presupuestarios de las provincias y del gobierno federal se encuentran profundamente entrelazados. En las federaciones, la autonomía legislativa en general se presume que sólo exista si un gobierno es capaz de recaudar los necesarios ingresos para asumir sus responsabilidades. La relación fiscal entre el Canadá central y los gobiernos provinciales ciertamente infringe este espíritu clásico del federalismo y en el pasado ha sido usado como influencia por parte del gobierno federal para dar alguna dirección a la política provincial. Sellos del Estado del bienestar canadiense tales como la prestación pública de la sanidad (una responsabilidad legislativa provincial) fueron llevados a cabo en parte con los incentivos financieros que el gobierno federal ofrecía a las provincias para expandir sus servicios. Estas relaciones han creado una especie de dependencia para las provincias, pero han asegurado también que los gobiernos federal y provincial compartan un destino mutuo a la hora de determinar sus presupuestos. A causa de la tremenda confianza que las provincias tienen en el presente en el dinero federal, retirar ese dinero sin remplazar la capacidad de ingresar independientemente esos fondos es casi imposible, incluso para un gobierno federal que pudiera estar más comprometido con una noción clásica de federalismo. Igualmente, un gobierno federal determinado a llevar las riendas en el gasto debe lidiar con el hecho de que una gran porción de su presupuesto esta pre comprometido a las provincias.

La interacción de los poderes legislativos con los poderes de tributación e ingresos necesarios para ejecutarlos es un testamento más de la centralidad de la división de poderes en la operatividad del sistema federal canadiense. El sistema fiscal, incluso sus caracteres más permanentes tales como la nivelación o la financiación a largo plazo en áreas de responsabilidad provincial es todavía en gran medida informal y está sometida a cambios de opinión por parte del gobierno federal. Hay rutinas en gran medida permanentes y fóruns para la

discusión y negociación de acuerdos fiscales provinciales federales, pero hay poco o nada de estructuras institucionales formales o de requisitos constitucionales para la adopción de decisiones¹.

La falta de instituciones formales para la colaboración y representación intergubernamental en la adopción de políticas ha significado que la salud del federalismo canadiense haya permanecido a menudo cautiva del humor y de la «química» de los ejecutivos en los niveles federal y provincial. En tanto que principales actores en el sistema intergubernamental, la capacidad y la voluntad de estas personalidades electas para trabajar conjuntamente y compartir visiones e incentivos determinan en gran medida la calidad de los resultados del sistema. Cuando los ejecutivos están inclinados a cooperar o tienen grandes diseños que requieren cooperación, la informalidad del sistema intergubernamental puede ser extraordinariamente efectiva y eficiente. Incluso un cambio constitucional importante es posible por la vía de estos mecanismos informales. Más rutinas o incluso desacuerdos intensos entre las provincias y el gobierno federal pueden también beneficiarse de la flexibilidad e informalidad del sistema intergubernamental. La falta de institucionalización formal de la representación provincial en el gobierno nacional por ejemplo evita que las provincias hagan rehén al legislador nacional por intereses provinciales. La informalidad y el secreto también permiten a los líderes provinciales protestar contra la política del gobierno federal en público pero comprometerse a puertas cerradas salvando la cara frente a su electorado.

Al mismo tiempo, la falta de oportunidades estructuradas para la interacción y la toma de decisiones conjunta puede dejar al sistema moribundo o estancado si las personalidades o las agendas no se alinean. En resumen, la flexibilidad y la informalidad son tanto puntos fuertes como debilidades del sistema intergubernamental, pero es un sistema que requiere algún compromiso y alimentación para ser un cuerpo efectivo para comprometer la miriada de contradicciones y tendencias rivales de la vida federal canadiense. Filosofías firmes del federalismo sostenidas por gobiernos o por sus líderes a cualquier nivel en el sistema federal pueden minar la estabilidad de un sistema informal.

2. LA DIVISIÓN DE PODERES Y EL FEDERALISMO CONTEMPORÁNEO CANADIENSE

Hoy en día el estado de los asuntos intergubernamentales en Canadá es relativamente pacífico, pero tiene el potencial de verse amenazado por el conflicto con los que sostienen una idea firme del federalismo. Las condiciones

¹ Una importante excepción a esta caracterización del sistema fiscal es el requisito del artículo 36.2 de la Ley Constitucional, 1982 para alguna forma de redistribución federal de subvenciones para asegurar que las provincias puedan ofrecer servicios públicos de nivel comparable a los niveles de imposición.

económicas globales han tomado las riendas sobre las ambiciones de los gobiernos de ambos niveles. Los planes modestos quieren decir que hay menos probabilidad de conflicto en torno a una programación gubernamental expansiva a cualquier nivel. El afianzamiento gubernamental ha significado también que tiendan a buscar en unos y en otros el ahorro y las inversiones en aquello que cada uno cree que le ayudará a capear la recuperación económica. La paz, empero, tiene más el carácter de una calma antes de la tormenta que una entente permanente. En el federalismo canadiense existe un conflicto eterno. Y las batallas futuras, tal y como las veo, se encuadrarán en no menor medida en la división constitucional de poderes.

Parte de la paz presente ha venido de inversiones federales a largo plazo en áreas de interés de las provincias. Si el federalismo fiscal es un escollo perenne en las relaciones intergubernamentales, el dinero puede arreglar el problema en el corto y casi en el largo plazo. Hablaré más específicamente en un momento, pero esos compromisos han hecho el trabajo de prestar servicios al nivel provincial un poco más fácil y han asegurado algo de su paz intergubernamental. Además, Canadá hace solo un año que ha salido de un relativamente extendido período de gobierno al nivel federal en minoría, lo cual además de ser infrecuente, atenuó considerablemente la creatividad política del gobierno federal —no quiso luchar por su pervivencia en un parlamento en minoría y con las provincias al mismo tiempo.

La división de competencias, o como más comúnmente la hemos etiquetado, la división de poderes ha jugado un papel preeminente en los conflictos entre los gobiernos federal y provinciales desde los albores del federalismo canadiense. Espero que ello sea no menos cierto en el futuro próximo. Los fundadores de la Constitución canadiense —a pesar de algunas protestas en sentido contrario— presumían que la división de poderes sería cuestionada, en particular por las provincias puesto que buscarían ser más activas que lo que les permitiría ser los poderes limitados que les había asignado la constitución. Para mantener a las provincias de poca confianza disciplinadas en el objeto de sus poderes, se otorgó al parlamento federal el poder para rechazar (en esencia vetar) la legislación provincial, presumiblemente no solo por razones de desacuerdo o desacuerdo con la política provincial, sino para mantener a las provincias dentro de los límites de la división constitucional de poderes. La anulación por parte del legislativo federal pronto fue difícil de manejar. Había demasiadas muchas provincias y demasiada actividad legislativa como para que el parlamento federal patrullase tanto con eficiencia como con legitimidad política. Hacer caso omiso de los legislativos provinciales debidamente elegidos era políticamente inaceptable para los políticos federales que habían de competir a nivel local por escaños en el parlamento nacional².

² SMITH, J. «The Origins of Judicial Review in Canada», en *Canadian Journal of Political Science*, XVI, n.º 2, 1983, pp. 115-134.

Así pues, se propuso a la autoridad judicial como un mejor modo de vigilar la división de poderes. El Tribunal Supremo de Canadá fue creado en cierta medida para abordar las cuestiones de constitucionalidad entre los gobiernos provinciales y federal. Siendo formalmente independiente de la esfera política, sus fundadores esperaban que el tribunal estuviera aún imbuido con algo del sentido de la superioridad del gobierno nacional y de la dominación e imperio en su favor. Desgraciadamente eso no había de ser así. Sin recitar la manida historia del control judicial del federalismo en Canadá, por cerca de un siglo desde el establecimiento del Tribunal Supremo de Canadá, y con la ayuda de la Comisión Judicial del Consejo Privado en Londres, la constitución canadiense fue interpretada en un sentido más favorable a las provincias que al gobierno federal³.

Lo que podríamos describir como los poderes plenarios rivales del gobierno federal y provincial fueron interpretados en una manera que restringía la audacia federal. Además, algunos de los aparentemente más marginales poderes asignados a las provincias entraron en su apogeo a mediados del siglo XX y la rápida expansión del estado canadiense que tuvo lugar tras la Segunda Guerra Mundial fue más dramática en las provincias y no al nivel federal.

Para aquellos enamorados de una visión centralista del federalismo, el equilibrio en el caso canadiense llegó a través de una larga era de liderazgo federal, en particular en esa misma expansión del estado del bienestar en Canadá. Esta era de federalismo cooperativo se vio marcada por el liderazgo federal y por la implementación provincial y se apoyó fuertemente en los mecanismos de las relaciones intergubernamentales. Sanidad y programas sociales, si bien nominalmente asuntos de la autoridad constitucional provincial, los sucesivos gobiernos federales se habían involucrado profundamente en ellos, quienes subvencionaban a las provincias en esas actividades con estándares o condiciones a veces nominales, y otras relativamente estrictos⁴.

La condicionalidad de esa financiación fue desapareciendo cada vez más. Mientras los esfuerzos iniciales en el federalismo cooperativo estuvieron marcados por unos acuerdos relativamente detallados con términos específicos y condiciones para la recepción de subvenciones federales, en los años recientes mucha de esa condicionalidad se retiró a cambio de menos implicación financiera. El presupuesto federal de 1995 renovó radicalmente las transferencias a las provincias, dando más flexibilidad al gobierno federal para ajustar sus responsabilidades totales a las de las provincias y dándole la libertad para ser más estratégico a la hora de hacer en el futuro inversiones intergubernamentales⁵.

³ GERALD, B., *Courts and Federalism: Judicial Doctrine in the United States, Australia and Canada*, UBC Press, Vancouver, 2006, capítulos 2 y 5.

⁴ BANTING, K., *The Welfare State and Canadian Federalism*, 2.ª ed. McGill-Queen's University Press, Montreal y Kingston, 1987.

⁵ Para una más detallada descripción de esta historia, véanse capítulos 8 y 9 de BAKVIS, H.; BAIER, G.; BROWN, M., *Contested Federalism: Certainty and Ambiguity in the Canadian Federation*, Oxford University Press Canadá, Toronto, 2009.

Si buscamos por las causas de la presente paz, esta podría ser una. Canadá ha capeado el temporal de la crisis económica mundial mejor que la mayoría, incluyendo los Estados Unidos y desde luego Europa. Esto ha significado que los gobiernos de Canadá están una situación mucho menos desesperada que de la que han estado en otros anteriores momentos duros económicos. Pero el conflicto también se ha reducido por el hecho de que los cambios brutales en la estructura de las transferencias federales que tuvieron lugar a mediados de los noventa han hecho a los gobiernos más austeros y ágiles. En contraprestación por condiciones menores, las provincias fueron obligadas a hacer cambios estructurales por sí mismas que implicaban achicar sus programas para hacer frente a las menores transferencias globales federales. La consecuencia más importante de esos cambios ha sido que los gobiernos federal y provincial ya no son vulnerables a los desafíos del otro en una recesión. El gobierno federal tiene obligaciones más predecibles que las provincias y las provincias son menos dependientes cuando llegan los malos tiempos.

La única área donde es probable que haya alguna disputa sobre el dinero y donde la paz se vería perturbada es en sanidad pública. Las provincias son los principales pagadoras y prestadoras del sistema público de salud de Canadá, pero lo son en varios grados dependientes del gobierno federal para transferencias en gran medida incondicionales para cumplir aquellos programas que crecen exponencialmente. La tasa de crecimiento de los costes es asombrosa. Ahora mismo, el actual gobierno federal ha elegido permanecer vinculado a un acuerdo de diez años (negociado por el gobierno anterior) que incrementa las transferencias federales un seis por ciento al año. A lo largo de los diez años de las transferencias el acuerdo federal para sanidad se habrá incrementado de los dieciséis billones a los cuarenta billones de dólares por año en 2013-14. El crecimiento continuará al seis por ciento hasta 2016-17, punto en el cual el gobierno federal reducirá unilateralmente la tasa de crecimiento y la ligará al crecimiento del PIB nominal. Esta acción se ha tomado con hostilidad por parte de las provincias, pero el largo tiempo de elaboración del cambio ha puesto en gran medida el conflicto público en segundo plano, eso y el efecto diferencial de futuros cambios ha evitado que las provincias montaran un desafío contundente a la política federal⁶.

El acuerdo original era una respuesta a las necesidades de las provincias y al desequilibrio en la capacidad de ingresos que las provincias han de soportar, así como a los esfuerzos federales para demostrar liderazgo y relevancia. Algunos de los desequilibrios fiscales han sido tratados más a fondo por el presente gobierno —lo cual está en línea con su enfoque más formal de la división de poderes. Esto es la filosofía firme del federalismo a la que aludía en la introducción. Las marcas registradas del sistema intergubernamental canadiense han

⁶ BAILEY, I. y CURRY, B., «Flaherty's 10-year health-care plan divides provinces», en *The Globe and Mail*, 19 de diciembre de 2011.

sido la flexibilidad y el acomodo. La falta de flexibilidad en la división de poderes ha requerido del gobierno de las provincias y del federal que fueran flexibles e incluso ambiguos en torno a quien debería hacer que en la federación. Históricamente, esto ha significado que sean necesarios mucha negociación y compromiso para seguir prestando servicios públicos en una manera coordinada que confíen los canadienses. Ir a una interpretación más formal de la división de poderes y retirarse de los planes fiscales que habían sido el pegamento del sistema federal corre el riesgo de inflamar el conflicto entre gobiernos.

Además de buscar alguna redefinición de las transferencias fiscales federales, la respuesta del presente gobierno conservador a las presiones económicas globales ha sido disminuir las actividades del gobierno federal dentro de sus propias responsabilidades legislativas. Mientras el gobierno ha sido un activo actor a la hora de estimular la economía, también ha buscado reducir la dimensión del sector público a nivel nacional, haciendo recortes modestos a programas y servicios y ciertamente recortes profundos a la dimensión del servicio público federal. Estas acciones pueden endurecer la determinación del gobierno federal en sus relaciones fiscales con las provincias. Algo así como la dinámica que actualmente está teniendo lugar entre los socios en la Eurozona, se espera la frugalidad y el sacrificio de aquellos que están siendo rescatados. Habiendo hecho él mismo sacrificios, el gobierno federal es probable que no esté dispuesto a rescatar provincias que no han acometido un auto examen y disciplina similar. El gobierno federal presente por lo tanto parece haber abandonado el tradicional papel del gobierno nacional cuando se enfrentaba al desequilibrio estructural en la generación de recursos del que disfruta. Más que buscar continuar el papel auto asignado, ciertamente paternalista, de liderazgo nacional, el presente gobierno se ve mucho más capaz de retirarse a argumentos jurisdiccionales y reclamar que no está obligado a subvencionar áreas de la jurisdicción provincial, especialmente si las provincias no han hecho sus propias racionalizaciones y reducciones tal y como el gobierno federal está haciendo hoy en día.

Un vestigio de una preocupación de un gobierno central más activo en torno a cómo las provincias estaban gastando el dinero en sanidad es la Ley de Salud de Canadá. Esa legislación está pensada para ofrecer los medios para aplicar los principios que rigen la recepción provincial de la financiación sanitaria. Si bien hay historial escaso de que cualquier gobierno federal hubiera aplicado con vigor esos estándares, las provincias siempre han apuntado a la Ley como una restricción sobre la política de experimentación en la prestación de la asistencia sanitaria. Los principios generales en la Ley asignan a los gobiernos provinciales la prestación pública de servicios y dejan espacio limitado para la prestación en términos de libre mercado o competencia. El alejamiento del presente gobierno de asumir un rol de liderazgo o de supervisión, aunque sea malo para el balance provincial, parece reducir las restricciones incluso más que previas rondas de recortes de costes federales. Otorgar a las provincias más espacio para maniobrar no resuelve el problema de la bestia

hambrienta que es la asistencia sanitaria pública, pero sugiere que el gobierno federal no es el único que quiere el mérito o la culpa a la hora de resolver el problema. El repliegue del peculiar tipo de federalismo cooperativo de Canadá es llamativo.

Esto se ilustra incluso más claramente por otras prioridades que el partido conservador ha elegido ahora que tiene la mayoría en el Parlamento. Sus políticas de marca se han centrado en áreas de clara jurisdicción federal con aparentemente poca preocupación por las ramificaciones intergubernamentales de los proyectos.

El gobierno federal ha hecho reinversiones sustanciales en adquisiciones militares y relacionadas, anunciando proyectos multibillonarios de dólares para construcción de buques y aviones de guerra. Aunque estos tipos de proyectos están totalmente dentro del ámbito del parlamento federal, tienen impactos económicos regionales. Con la concesión de contratos de construcción de buques, el gobierno parece haber sido muy sensible a esos impactos y ha estructurado la oferta y el procedimiento de licitación en modos que los ha aislado mucho de la crítica⁷.

Más controvertida ha sido la agenda de la ley y el orden que ha visto al parlamento federal hacer las mayores alteraciones al código penal federal e invertir en la construcción de nuevas prisiones. De nuevo ambas se encuentran dentro de la jurisdicción legislativa federal. Pero dado que la aplicación del derecho penal (y mucho del sistema de tribunales) es asumida por las provincias, establecer sanciones más duras y condenas obligatorias es probable que cueste a las provincias sustanciales sumas. Las provincias han dejado claro que están descontentas con la probabilidad de tener que asumir incrementados costes de ejecución de procedimientos. El derecho penal ilustra la necesidad de colaboración y negociación que no encaja con el más clásico modelo de federalismo que el gobierno conservador quiere implementar.

Un ejemplo más de la estrategia clásica federalista puede ilustrar los desafíos de superar el *status quo* de un sistema federal intensamente cooperativo. Desde la toma de poder como una minoría, el gobierno ha perseguido la creación de un regulador nacional del mercado de valores contra las arduas objeciones de las provincias. A diferencia de la mayoría de otras federaciones, las provincias han sido los reguladores del mercado de valores bajo el título legislativo de derechos de propiedad y civiles. A la luz de la creciente movilidad del capital y de los problemas de coordinación que derivan de trece jurisdicciones regulando el comercio de acciones en las corporaciones públicas y en otras transacciones financieras, el gobierno federal ha buscado centralizar esta función en un regulador nacional para promover la eficiencia y la uniformidad de las regulaciones. Para este fin, el gobierno federal buscó inicialmente

⁷ TABER, J., «Harper's "refreshing" approach to shipbuilding contracts gets thumbs up from lobbyists», en *Globe and Mail*, 21 de octubre de 2011.

la cooperación provincial, pero a causa de la hostilidad de algunas de las más grandes provincias (aunque debería advertirse que no de Ontario, el regulador provincial más grande en el país), el gobierno federal optó por seguir una estrategia unilateral. El gobierno federal solicitó al Tribunal Supremo de Canadá una cuestión prejudicial sobre si tal regulación es posible conforme a su poder federal para los negocios y el comercio. Muchos pensaban que la jurisprudencia sobre la materia resultaría en una victoria en la corte del gobierno federal. No obstante, el Tribunal Supremo falló a favor de las provincias y preservó el poder fundamental provincial para regular los mercados de valores bursátiles con algunas excepciones menores otorgadas al gobierno federal y una advertencia a ambas partes para buscar una solución cooperativa para cualquier tipo de problemas de coordinación que persistieran como producto de dejar en las provincias la jurisdicción fundamental. Más que crear las líneas luminosas entre las responsabilidades federal y provincial que el gobierno federal buscaba, el Tribunal mantuvo modesta la jurisdicción federal y estimuló la colaboración y negociación en vez de la revisión del sistema de mercado de valores.

Hay otros ejemplos de cómo las cuestiones jurisdiccionales han caracterizado las relaciones intergubernamentales en Canadá, y parece haber tensiones en el horizonte. Las provincias se encontrarán con un gobierno federal cuya estrategia no es como primer instinto sufrir y contemporar o contentar a las provincias —sino echar mano de la santidad jurisdiccional y animar a las provincias a hacer lo mismo.

3. EVALUANDO LOS HECHOS ACTUALES

En general creo que echar mano a la puridad jurisdiccional no es en sí un enfoque malo. El federalismo cooperativo de la última mitad de siglo permitió a los gobiernos ser dirigidos a la solución y circunvalar la división formal de poderes. El problema democrático del federalismo canadiense desde los años sesenta ha sido la falta de claridad sobre quien es realmente responsable de que cuando la división de poder es desechada. Los votantes están legítimamente confundidos en cuanto a quien culpar cuando no sabes quien hace que —especialmente en cuanto que los gobiernos se embarcan en la búsqueda del mérito y en la evitación de la culpa con celo. Ir atrás a un modelo de independencia de esferas de inspiración Wheare clarifica esos roles y responsabilidades. También ignora en cierto grado el impacto que los gobiernos inevitablemente tienen los unos sobre los otros cuando permanecen vinculados a las responsabilidades constitucionales.

Parte de la no reconocida genialidad del federalismo canadiense ha sido la capacidad para comprometerse a través de la ambigüedad o la ambivalencia en torno a los roles estructurales —para incluso ser ambiguo sobre lo que significa nuestra ambigüedad. Usamos palabras «equivocas» como asimetría sin siquiera clarificar que queremos decir con ello. En cierto grado eso es un don

no intencionado. Nos la apañamos no afrontando los problemas fundamentales que dividen las comunidades en Canadá. La política constitucional en los años ochenta y noventa, que caracterizó una buena dosis de la discusión sobre los cambios en la división de poderes, amenazó la estabilidad de la federación subrayando las cuestiones fundamentales sobre el modo en que el sistema estaba organizado. Intentar afrontar y resolver las divisiones en la ley máxima es muy desafiante y peligroso para el consenso a largo plazo.

Un gobierno más inclinado a ser formal sobre la división de poderes, tan activista como puede verse a sí mismo en sus propias áreas prioritarias es una nueva dinámica para el federalismo canadiense y una que nos podría tener re-pensando la capacidad informal para comprometerse frente a una relación formal disfuncional. Las elecciones en Quebec, la única provincia en la que la mayoría de los conservadores no lo hicieron bien, puede traer una nueva dinámica a las relaciones futuras también. Quebec esta retóricamente más feliz con líneas más formales y luminosas entre la jurisdicción federal y provincial, pero es también el principal beneficiario de los acomodos y compromisos asimétricos. El estado de las finanzas federales y provinciales y el desacuerdo entre las provincias en sus reacciones a las iniciativas federales y las preferencias serán las características claves de la dinámica futura del intergubernamentalismo en Canadá.

Contrariamente a las convicciones de los fundadores, la división de poderes no ha constreñido o refrenado a los gobiernos del federalismo canadiense, excepto en la medida que les ha forzado mucho a comprometerse los unos con los otros. Un esfuerzo para ser menos comprometido informalmente o para minimizar la importancia del acomodo a favor de una jurisdicción «de compartimentos estancos» puede demostrarse hasta imposible incluso para aquellos más comprometidos con esos ideales.

En busca de un adecuado equilibrio federal entre los dos órdenes de gobierno: el caso del federalismo alemán

Rudolf Hrbek
Universidad de Tubinga

SUMARIO: 1. Raíces históricas, la aparición y el desarrollo del federalismo alemán hasta la Segunda Guerra Mundial. 2. El diseño constitucional y político del sistema federal alemán, establecido en 1948/49. 3. El sistema federal en funcionamiento: de desarrollo, las tendencias y los problemas. 4. Medidas para la reforma del federalismo alemán desde 2003 y sus resultados. 5. Perspectivas para el futuro desarrollo del sistema federal alemán.

Existen, en la actualidad, en todo el mundo un número relativamente grande de sistemas federales, y el número va en aumento. Los sistemas federales tienen una característica general común: representan sistemas políticos no centralizados y no unitarios. Sin embargo, no siguen un patrón uniforme, sino que por el contrario difieren considerablemente en cuanto a su forma específica de organización política¹.

Todos estos diferentes sistemas federales tienen en común que están comprometidos con el «federalismo», entendido en primer lugar, «como un término normativo», que «se refiere a la defensa del gobierno de varios niveles combinando el gobierno compartido y el autogobierno provincial»². En segundo lugar, el federalismo tiene que ser entendido como un principio organizativo y estructural, que deberá cumplir dos funciones principales: (1) lograr la unidad en la diversidad (y así, el principio puede ser y ha sido aplicado en casos de las sociedades fragmentadas); (2) contribuir a la separación de poderes, evitando la centralización del poder y establecer y mantener un sistema de controles y equilibrios.

¹ Esta ha sido obviamente la premisa del proyecto «Los Caminos del Federalismo».

² WATTS, R.L., *Comparing Federal Systems*, 3.ª ed., Montreal & Kingston, 2008, p. 8.

Los sistemas políticos federales se refieren a una particular —no unitaria— forma de organización política que posee en general las características estructurales siguientes:

- «Al menos dos órdenes de gobierno, uno para toda la federación y el otro para las unidades regionales, cada uno actuando directamente sobre sus ciudadanos.
- Una distribución constitucional formal de la autoridad legislativa y ejecutiva y la asignación de recursos fiscales entre los dos órdenes de gobierno que garanticen ciertas áreas de verdadera autonomía para cada orden.
- Revisión para la representación designada de los distintos puntos de vista regionales dentro de las instituciones federales de toma de decisiones, por lo general establecida a través de la forma particular de la segunda cámara federal.
- Una constitución escrita suprema no unilateralmente modificable y que requiera el consentimiento para las reformas de una proporción importante de las unidades constituyentes.
- Un árbitro (en la forma de los tribunales, previsión de referéndums, o una cámara alta con poderes especiales).
- Procesos e instituciones para facilitar la colaboración intergubernamental en aquellas áreas donde se comparten las responsabilidades gubernamentales o inevitablemente se superponen»³.

Alemania (con el nombre oficial de «República Federal de Alemania», acuñó en 1949, cuando la constitución —«Ley Fundamental» («*Grundgesetz*»)— del nuevo, entonces solo Estado de la Alemania Occidental había entrado en vigor) pertenece al grupo de los sistemas políticos federales. Este capítulo describirá y centrará en un conjunto de sus características: la distribución de la autoridad legislativa y ejecutiva. Será, sin embargo, necesario, observar y tener en cuenta otros aspectos importantes del sistema federal alemán. Todos ellos juntos forman el conjunto integral de este sistema. La estructura del capítulo es el siguiente: (1) las raíces históricas y fundamentos de la organización política federal, (2) el diseño básico constitucional y político de la organización política de la República Federal de Alemania como un sistema político federal, (3) las tendencias y la evolución de la ejecución (funcionamiento y aplicación) de este diseño que muestra un dinamismo y una gran oscilación pendular entre los dos órdenes de gobierno (Federación y los *länder*), (4) los recientes esfuerzos para lograr una reforma integral del sistema político federal

³ Esta lista que identifica de un modo general los caracteres principales institucionales y procedimentales de los sistemas políticos federales ha sido ofrecida por WATTS, R., *Comparing Federal Systems*, 3.ª ed. Montreal & Kingston 2008, p. 9. DUCHACEK, I.D., *Comparative Federalism. The Territorial Dimension of Politics*, Nueva York, 1970; ha propuesto otra lista que ha denominado "«en Yardsicks of Federalism», pp. 2007/8; ayudan a distinguir una confederación abierta de un sistema político federal genuino.

y sus resultados, (5) los problemas y perspectivas actuales para el desarrollo futuro del federalismo alemán.

1. RAÍCES HISTÓRICAS, LA APARICIÓN Y EL DESARROLLO DEL FEDERALISMO ALEMÁN HASTA LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL⁴

El federalismo es una de las características fundamentales del sistema político de Alemania. Éste está basado en fundamentos históricos y fue restablecido en la situación posterior a la Segunda Guerra Mundial. Antes de la unificación política en 1871 (momento en el que el Imperio alemán bajo la hegemonía de Prusia fue establecido) «Alemania» consistía de un mosaico de estados. Estos estados formaban el «Antiguo Imperio» (*Altes Reich*) con una institución común, el llamado *Immerwährender Reichstag*⁵ en Ratisbona (1663-1806), compuesto por representantes de los respectivos territorios. Sus caracteres principales eran el reparto del poder, la negociación y la búsqueda de compromiso.

Tras la disolución del Imperio en 1806, 39 territorios formaron, bajo el protectorado de Napoleón, la *Rheinbund* (la Confederación del Rin), que fue difícil de manejar e ineficaz. El Congreso de Viena en 1815 estableció la *Deutscher Bund*, como sucesor del Imperio Antiguo y con el *Bundesrat* (Consejo Federal) en Frankfurt como institución suprema pero débil, compuesto por representantes de los estados miembros como en los tiempos antiguos. A raíz de una revolución en 1848, una asamblea constituyente (*Frankfurter Paulskirche*) estableció una estructura alternativa (una federación democrática similar al modelo americano, pero de nuevo dando mucho peso a los ejecutivos que formaban las entidades participantes). Debido a la resistencia de Austria y Prusia —los dos estados dominantes, rivales al mismo tiempo— este modelo no pudo ser realizado. La unificación política se logró entonces en dos etapas sucesivas: en 1867 Otto von Bismarck formó la *Norddeutscher Bund* (Confederación Alemana del Norte), que luego se desarrollaría bajo el liderazgo de Prusia⁶ en 1870/71 en el Imperio alemán, con los estados más grandes en el sur de Alemania como miembros adicionales, pero sin el Imperio Austríaco.

El Imperio era una federación de 25 estados de los cuales Prusia era la entidad dominante. Los estados continuaron poseyendo una autonomía interna considerable y configuraron el *Bundesrat* (Consejo Federal) como la institución suprema soberana que representaba a los gobiernos de los estados, formando un contrapeso al Parlamento (*Reichstag*) directamente elegido y que actuaba

⁴ La siguiente parte del capítulo está extraída en gran parte literalmente de un capítulo sobre Alemania, HRBEK, R., «Germany (Federal Republic of Germany)», en *Handbook of Federal Countries*, Forum de las Federaciones, 2.ª ed., Ithaca, Montreal & Kingston, Londres, 2005, pp. 150-164, aquí, pp. 150-151.

⁵ Dieta Imperial Perpetua de Regensburg.

⁶ El Rey de Prusia era al mismo tiempo el Emperador germano.

como una barrera contra las tendencias hacia la introducción de un verdadero sistema parlamentario de gobierno. El federalismo se caracterizó por el predominio de los ejecutivos y de las administraciones públicas, por la preservación de las características especiales de los estados participantes, y por la falta de un único centro nacional. En cuanto al sistema financiero, el Imperio dependía de las contribuciones de las entidades participantes.

Después de la Primera Guerra Mundial, en 1918/19, Alemania se convirtió en una República. En virtud de la nueva Constitución de la República de Weimar⁷, los elementos federales se vieron debilitados por el fortalecimiento de las autoridades del Reich (un presidente elegido por sufragio directo, un gobierno responsable ante el Presidente y el Parlamento —*Reichstag*—, en el marco de un sistema parlamentario de gobierno con un presidente fuerte), a expensas de los estados, que entonces fueron llamados *länder*. Estaban representados al nivel del Reich por el *Reichsrat*, la segunda cámara, compuesta por miembros de los gobiernos de los *länder* (formados por los partidos políticos), en línea con la tradición pro ejecutivo del federalismo alemán. Aunque el *Reichsrat* era débil, la negociación entre las administraciones de gobierno del Reich y los gobiernos de los *länder* siguió siendo la característica predominante de la toma de decisiones. Con respecto a este hecho, se puede entender el argumento de que «Estado unitario descentralizado» no es la etiqueta adecuada para la caracterización de la República de Weimar⁸.

2. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL Y POLÍTICO DEL SISTEMA FEDERAL ALEMÁN, ESTABLECIDO EN 1948/49⁹

El régimen totalitario nazi que siguió después (1933-1945) abolió todos los elementos federales que quedaban y estableció un sistema altamente centralizado. En este contexto, es fácil entender que el péndulo debiera —y de hecho: lo hizo— oscilar después de la Segunda Guerra Mundial en la dirección opuesta: el establecimiento de un sistema federal fortaleciendo de nuevo a las entidades constituyentes fue la respuesta directa y la reacción al régimen nazi centralizado. Esta tendencia se vio respaldada por los efectos y consecuencias del régimen de ocupación de las Potencias Aliadas. Después de la rendición incondicional de Alemania, no había autoridades alemanas; las Potencias Aliadas se hicieron cargo de todos los poderes y responsabilidades en el país. Estuvieron de acuerdo en dividir el territorio de Alemania en cuatro zonas de ocupación y disolver Prusia. A partir de 1946, se establecieron los *länder* —muchos de ellos:

⁷ La Asamblea Constituyente se reunió y trabajó en Weimar.

⁸ HOLSTE, H., *Der Deutsche Bundesstaat im Wandel 1867-1933*, Berlín 2002; aboga en favor de una mayor continuidad del sistema federal alemán.

⁹ Esta parte del capítulo, de nuevo, está tomada en gran medida literalmente del capítulo contenido en mi trabajo en nota 4, pp 152 y 154-156.

nuevos *länder* (por ejemplo, en el territorio de la antigua Prusia)— bajo la supervisión del respectivo poder de ocupación. Estas decisiones, aunque no estaban diseñadas para prescribir la futura estructura territorial de la Alemania de posguerra en todos los detalles, tendría un gran impacto en su desarrollo futuro.

La Guerra Fría profundizó la brecha entre la Unión Soviética y las tres zonas occidentales (americana, británica y francesa) y llegar a un acuerdo entre las cuatro potencias sobre el futuro de Alemania resultó imposible. Los tres aliados occidentales, después de haber fusionado sus zonas de ocupación, a efectos prácticos, decidieron en el verano de 1948 estabilizar la situación mediante el establecimiento de un estado alemán en el área de las tres zonas que administraban. El 1 de julio 1948 se pidió a las autoridades alemanas (a los jefes de los gobiernos de los *länder* ya existentes) que prepararan una constitución y les exigió que sus disposiciones debían proteger los derechos humanos básicos, que estuviera basada en los principios democráticos e introdujera una estructura federal. Estos requisitos, una reacción al altamente centralizado y no democrático régimen nazi, fueron aceptados plenamente por los representantes alemanes. De la estructura federal se esperaba principalmente que proporcionara un sistema de pesos y contrapesos y, con ello, contribuir al principio de separación de poderes y al fortalecimiento de la democracia.

El órgano para formular la nueva Constitución, designado el Consejo Parlamentario (*Parlamentarischer Rat*), con sede en Bonn, no era una asamblea constituyente elegida directamente, sino que más bien estaba compuesta por representantes de los parlamentos de los *länder* en las tres zonas occidentales, lo que reflejaba la fortaleza de los partidos políticos en estos parlamentos. Aunque los alemanes acordaron el establecimiento de una estructura federal, los diputados del Consejo Parlamentario estuvieron en desacuerdo con el diseño concreto de esa estructura, en especial con la forma de definir las relaciones entre el gobierno federal y los *länder* en términos de distribución de competencias y asignación de poderes. La solución prevista en la nueva Constitución —dado el nombre de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*)— puede ser considerada como un compromiso, según el cual la fuerza de la autoridad central fue modificada por el establecimiento del *Bundesrat* como Segunda Cámara. Estaría compuesto por representantes de los gobiernos de los *länder* —lo que está en consonancia con la tradición histórica de su «predecesor» en el Imperio de 1871— con, como se explicará con más detalle más adelante, importantes competencias en el proceso legislativo a nivel federal y, por supuesto, en las decisiones sobre las enmiendas a la Constitución.

Los *länder* como unidades constituyentes de la República Federal —que, como suelen subrayar, han existido antes de que la Alemania Occidental fuera establecida— tienen la condición de estados, con sus propias instituciones. El orden constitucional de los *länder* ha de ajustarse a los principios básicos, como los derechos humanos fundamentales, la democracia, el imperio de la ley, y tiene que prever la representación parlamentaria directamente elegida de los ciudadanos (artículo 28, Ley Fundamental). Cada uno de los *länder* tiene un

sistema parlamentario de gobierno, con un parlamento elegido por sufragio directo (con un plazo de legislatura de cuatro o cinco años) y un gobierno que debe rendirle cuentas. Las constituciones de los *länder* difieren, sin embargo, en términos de disposiciones en los aspectos particulares del sistema de gobierno, tales como referéndums, procedimientos de formación del gobierno, disposiciones sobre mociones de censura o cuestiones de confianza, la responsabilidad individual de los ministros, etc.

De acuerdo con la «cláusula de eternidad» en el artículo 79, párr. 3 de la Ley Fundamental, el sistema federal, como tal, no puede ser abolido. La reforma territorial es, no obstante, posible lo que significa que no hay ninguna garantía de la existencia de integridad territorial de los *länder*. La Ley Fundamental prevé dos vías procesales para la reforma territorial: un procedimiento muy complicado (artículo 29) y una cláusula que permite la reforma territorial en los casos exactamente definidos (artículos 118 y 118a¹⁰). Tras el establecimiento del *Land* de Baden-Württemberg, en 1952, la República Federal consistía de diez *länder*. En enero de 1957 el Sarre¹¹ —sobre la base del artículo 23 de la Ley Fundamental que autorizaba a «otras partes de Alemania» a unirse a la República Federal— se convirtió en el *land* undécimo. Después de la reunificación en 1990 —cinco *länder* de la antigua República Democrática de Alemania sobre la base del artículo 23 de Ley Fundamental¹² se unieron a la República Federal— había dieciséis *länder*.

La Constitución establece el reparto de competencias legislativas entre la Federación y los *länder*, como los dos niveles territoriales del federalismo alemán. El esquema original era el siguiente: hay materias que son competencia exclusiva de la federación (artículo 73), materias que son de competencia concurrente (artículo 74) y materias en las que la Federación tiene el derecho a dictar legislación marco (artículo 75); una ley marco sólo proporciona un esquema general y requiere una legislación posterior de los *länder*, permitiendo por consiguiente a los *länder* decidir en los detalles. El artículo 72 establece las condiciones bajo las cuales la federación puede legislar en materias que estén incluidas dentro de las competencias concurrentes, es decir, «si y en la medida que

¹⁰ La primera cláusula se aplicó al Suroeste alemán, y fue el fundamento jurídico para el establecimiento del *Land* de Baden-Württemberg en 1952 a través de la fusión de tres *länder* más pequeños que habían sido formados por las potencias aliadas en sus respectivas zonas de ocupación (americana y francesa) sin referencia a su tradición histórica. La segunda cláusula se aplica al caso de Berlín y Brandenburgo; el primer esfuerzo hacia la fusión, que no obstante, fracasó a mitad de los años noventa.

¹¹ Este territorio había quedado bajo el control de Francia. Los esfuerzos para darle al Sarre un estatus «europeo» especial habían fracasado; en un referéndum popular celebrado en 1955, los ciudadanos votaron (con una mayoría de dos tercios contra tal estatus) a favor de «retornar» a Alemania. El Gobierno francés inmediatamente aceptó el resultado.

¹² Con la reunificación, el artículo quedó obsoleto. En conexión con la ratificación del Tratado de Maastricht en 1992, se incluyó un nuevo artículo 23 en la Ley Fundamental (el denominado «artículo Europa»)

sea necesaria una regulación legislativa federal en interés de la totalidad del Estado para la creación de condiciones de vida equivalentes¹³ en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica». El artículo 70 estipula que «los *länder* poseen el derecho de legislar en la medida en que la presente Ley Fundamental no lo confiera a la federación». Sus competencias exclusivas, sin embargo, están limitadas a las cuestiones vinculadas con sus propias constituciones y en relación con el nivel local, con la organización de su propia administración y para los asuntos relacionados con la policía y el orden público, la cultura, los medios de comunicación y la educación.

Es una característica del federalismo alemán que los *länder* sean los responsables de la aplicación de la legislación federal por derecho propio (artículo 83). Hay muy pocos ejemplos de administración federal directa (cuestiones como la diplomacia, el ejército, el control de fronteras, el tráfico aéreo, la navegación, la navegación interior y las finanzas federales, incluyendo aduanas, están bajo administración federal directa).

Los *länder* participan en la legislación federal a través del *Bundesrat*. Está compuesto por miembros de los gobiernos del *land*, y el número de votos varía de la siguiente manera: cada *land* tiene al menos tres votos; los *länder* con más de dos millones de habitantes tienen cuatro; los *länder*, con más de seis millones de habitantes, cinco, y los *länder* con más de siete millones, seis votos (artículo 51, aptdo. 2¹⁴). Los votos de cada *land* tienen que ser emitidos de manera uniforme (en la práctica como un voto en bloque por un miembro del gobierno) y no se pueden dividir¹⁵. La participación en la legislación federal es aplicable, en primer lugar, al derecho del *Bundesrat* a proponer legislación federal y presentar una proposición de ley, al igual que el *Bundestag* y el Gobierno Federal. En segundo lugar, cada proposición de ley, después de haber sido aprobada por el *Bundestag*, tiene entonces que someterse al *Bundesrat*. Hay dos categorías de leyes: aquellas que requieren el consentimiento explícito del *Bundesrat*, con la mayoría de sus votos¹⁶, y las que no lo hacen. Esta categoría segunda otorga al *Bundesrat* sólo un veto suspensivo que, después de un período de tiempo limitado, puede ser revocado por el *Bundestag* por mayoría absoluta (o dos tercios

¹³ La versión original explícitamente decía «condiciones de vida uniformes»; la nueva formulación en una traducción «oficial» incorrectamente dice «igual» en vez de «equivalente» (*gleichwertig* en alemán original).

¹⁴ Esta es la situación actual. Antes de la reunificación, había solo tres categorías de *länder*; con tres, cuatro o cinco votos.

¹⁵ Cada gobierno del *land*, por lo tanto, tiene que decidir antes de la reunión en el *Bundesrat* cómo votar. Esto puede conducir a un problema en el caso de gobiernos de coalición, si un partido del gobierno estuviera en consonancia con el color político del gobierno federal, mientras el otro partido de gobierno (u otros partidos) están en la línea de la oposición a nivel federal. En caso de que los socios de coalición en un *land* no puedan alcanzar un acuerdo, ha surgido y se practica la siguiente «regla»: el *land* se abstendrá en el *Bundesrat*. Cuando una mayoría positiva es requerida, las abstenciones tienen el efecto de un voto negativo.

¹⁶ El efecto de abstenerse es por lo tanto el de un «no».

de la mayoría, si dos tercios de los votos del *Bundesrat* han sido emitidos en contra). Los principales criterios para requerir la aprobación en el *Bundesrat* de leyes son que la ley afectaría las competencias administrativas de los *länder* (han de implementar la legislación federal) o tienen implicaciones financieras para los *länder*. Más de la mitad de toda la legislación federal hasta hace poco caía dentro esta categoría.

La Constitución establece, en este contexto, un procedimiento de mediación especial y una Comisión de Mediación especial (*Vermittlungsausschuss*), que está compuesta por un número igual de miembros del *Bundesrat* (en la actualidad 16, uno por cada gobierno del Land) y el *Bundestag* (16 también, seleccionados de acuerdo con la fuerza del partido). La función de esta Comisión, que se reúne a puerta cerrada, es encontrar un consenso que se sometería a continuación a aprobación de ambas Cámaras. Esta Comisión de Mediación puede ser llamada por el *Bundesrat*, el *Bundestag* y el Gobierno Federal. La experiencia demuestra que sólo en un número muy reducido de proyectos legislativos finalmente fracasó. Esto ha sido tomado como un indicador de que la política en la actividad y funcionamiento del federalismo alemán suele seguir una estrategia de búsqueda de consenso. Las enmiendas a la Constitución exigen una mayoría cualificada de dos tercios en ambas cámaras, lo que requiere y contribuye también a este enfoque de búsqueda de consenso de las principales fuerzas políticas y actores.

Las controversias constitucionales, entre ellas las relacionadas con el sistema federal, son resueltas por el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), después de un recurso por una de las partes contendientes. El Tribunal, que tiene su sede no en la capital (Bonn durante más de cuatro décadas, Berlín tras la reunificación en los años noventa), sino en Karlsruhe (en el sur-oeste de Alemania) se compone de 16 miembros elegidos por un cuerpo electoral, compuesto conjuntamente de los miembros del *Bundestag* y el *Bundesrat*, con mayoría de dos tercios. La Corte tiene dos Salas con ocho miembros cada una.

En sus decisiones, el Tribunal Constitucional Federal ha formulado en repetidas ocasiones y confirmado el principio de lealtad federal (*Bundestreue*), que es visto como la representación de una característica básica del sistema federal alemán, incluso si no hay una cláusula explícita en la Constitución. Este principio obliga a la Federación y a los *länder* a que, cuando lleven a cabo sus actividades, tomen en consideración las preocupaciones de la otra parte. Ha sido respetado, desde 1949 hasta ahora, por la federación y los *länder*; esto, además de otros factores, ha contribuido a mantener un adecuado equilibrio federal entre las dos partes. El sistema federal alemán nunca ha adoptado el modelo de «federalismo dual», pertenece más bien al tipo de «federalismo cooperativo», con un alto grado de interdependencia e interconexión en la dimensión vertical como en la horizontal. El sistema financiero, que se caracteriza por una ordenación de gran complejidad con ingresos fiscales compartidos y mecanismos financieros de nivelación —tanto verticalmente entre la federación y los *län-*

der como horizontalmente entre los *länder*— encaja y confirma y refuerza esta interconexión¹⁷.

3. EL SISTEMA FEDERAL EN FUNCIONAMIENTO: DE DESARROLLO, LAS TENDENCIAS Y LOS PROBLEMAS¹⁸

Hay, como ya hemos mencionado, varias disposiciones constitucionales que hicieron que el sistema federal alemán pareciera desde el principio como otro ejemplo del tipo de «federalismo cooperativo». Esta característica se ha confirmado e incluso fortalecido durante el desarrollo de la República Federal. Tan pronto como en 1962 un observador académico impuso la etiqueta al sistema federal alemán de «sistema unitario federal»¹⁹, lo que implica la oscilación pendular a favor de la federación y en detrimento de los *länder* y de su autonomía. El término «unitario» no se referiría a la aparición y existencia de un centro de poder centralizado, sino que apuntaría a las soluciones políticas uniformes a lo largo de toda la República Federal.

Las razones de esta innegable tendencia hacia la uniformidad pueden ser fácilmente identificadas:

- Los desarrollos económicos y tecnológicos generaron la necesidad de soluciones uniformes.
- Las expectativas de los ciudadanos, con respecto a la oferta de bienes y servicios públicos o a las disposiciones en materia de educación y bienestar social, se pueden entender como fuerzas impulsoras hacia la uniformidad. Los ciudadanos no habrían aceptado grandes diferencias o diferencias en absoluto. En este contexto hay que considerar la específica situación de posguerra en Alemania: con millones de refugiados (concentrados en algunas áreas y no distribuidos de manera uniforme en todo el país) para ser absorbidos e integrados; con disparidades en cuanto concierne a los daños y pérdidas (por ejemplo, en el sector industrial y en el ámbito de la vivienda), como consecuencia de la guerra; con la coexistencia de zonas densamente pobladas y zonas rurales. Más o menos todos los políticos estaban de acuerdo con estas expectativas.
- La fórmula arriba mencionada de la «uniformidad de las condiciones de vida» en la constitución coincidió con las expectativas y preferencias del

¹⁷ Esta contribución no abordará sistemáticamente la Constitución financiera, aunque la ordenación financiera siempre pertenece al núcleo de cuestiones de un sistema federal.

¹⁸ Esta parte de mi contribución sigue fundamentalmente mis trabajos: HRBEK, R., «Die föderale Ordnung – Anspruch und Wirklichkeit», en RECKER, M.L.; BURKHARD, J. y BERND, R. (eds.), *Bilanz: 50 Jahre Bundesrepublik Deutschland*, St. Ingbert, 2001, pp. 53-68; y «Föderalismus in Deutschland», en *Revue d'Allemagne*, vol. 35, n.º 3, 2003, pp. 337-355.

¹⁹ HESSE, K., *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe, 1962.

pueblo y pudo ser utilizada —y se utilizó— como base y justificación de soluciones políticas uniformes.

La uniformidad, sin embargo, no era del todo idéntica a la centralización; las decisiones políticas uniformes fueron el resultado de los esfuerzos conjuntos de todos los responsables políticos a nivel federal y al nivel de los *länder*.

- Uno de los factores, en este sentido, ha sido que la federación ha explotado ampliamente las competencias concurrentes (y marco) legislativas; esto fue idéntico a una pérdida sustancial del poder legislativo autónomo de los *länder*. Estos, sin embargo, han sido compensados por esta pérdida con el aumento en su derecho a participar en la legislación federal a través del *Bundesrat* (con el poder de veto de toda la legislación federal que afecte financieramente a los *länder* y con respeto a la organización de su administración, que tiene que implementar actos legislativos federales). El gobierno federal, con su mayoría parlamentaria en el *Bundestag*, tuvo que llegar a un acuerdo con (la mayoría de) los *länder* en el *Bundesrat*²⁰.
- Otro factor ha sido, más allá del campo de la legislación (federal), los esfuerzos hacia una mayor cooperación y coordinación entre la federación y los *länder*. En este contexto, hay que tener en cuenta aspectos del sistema financiero con los ingresos fiscales compartidos y, sobre todo, el instrumento de concesión de ayuda financiera a los *länder* para inversiones de importancia especial de los *länder*, que fortalecieron la federación y cambió sustancialmente el equilibrio entre los dos órdenes de gobierno.
- Además, la cooperación horizontal entre los *länder* se ha practicado desde el principio; equivale a la existencia de varios cientos de organismos mixtos, en los que principalmente funcionarios civiles de los ejecutivos de los *länder* están involucrados. Los Parlamentos de los *länder* se han quedado marginados.

La etiqueta de «federalismo cooperativo», que ha sido aplicada en la caracterización del sistema federal alemán en las dos primeras décadas, no se ajustaba al patrón de las mucho más densas y más profundas relaciones entrelazadas en curso entre los dos órdenes de gobierno que se ha desarrollado y fortalecido por una serie de enmiendas constitucionales en 1969, entre ellas la introducción de las denominadas Tareas Conjuntas (*Gemeinschaftsaufgaben*) en dos nuevos artículos (91 bis y 91 ter Ley Fundamental). Las Tareas Conjuntas («la mejora de la estructura económica regional», «mejora de las estructuras agrarias y de conservación costera» y «ampliación y construcción de centros de

²⁰ El término «federalismo participativo» (*Beteiligungsföderalismus*) —como una etiqueta de una característica básica del sistema federal germano— busca caracterizar esta constelación y estos mecanismos.

enseñanza superior, incluyendo clínicas universitarias») significaron que en los respectivos ámbitos de actuación, la federación y los *länder* —en ambos casos: los ejecutivos— tienen que trabajar juntos en la identificación, planificación y financiación de proyectos. La regla de la cofinanciación (responsabilidad financiera compartida) —con la federación responsable de al menos el 50% de los gastos— reduce aún más la capacidad de un *land* para la acción autónoma; la perspectiva de recibir recursos federales ha sido una tentación, sobre todo para *länder* financieramente más débiles. El nuevo modelo, conectado con la institución de las Tareas Conjuntas y dada la etiqueta *Politikverflechtung* («decisiones conjuntas»), ha sido muy criticado²¹; el argumento es que la interconexión necesariamente daría lugar a un bloqueo mutuo (la «trampa») y formaría una barrera contra la reforma de los intentos con el objetivo de cambiar las reglas del juego.

Se han hecho intentos para reformar el federalismo alemán. A partir de 1973-76 una comisión especial (*Enquete-Kommission Verfassungsreform*), establecida por el parlamento, debatió acerca de una reforma integral de la Constitución y la mitad de las consideraciones se dedicaron al federalismo. Ninguna de las propuestas, sin embargo, fue elevada e introducida en la Ley Fundamental²². En los años ochenta se iniciaron los esfuerzos para fortalecer los *länder* mediante la reducción de los ámbitos para las tareas conjuntas, mediante la autocontención por parte de la federación en su actividad legislativa, así como mejorando la base financiera de los *länder*, de nuevo sin éxito. Las razones de este fracaso: la situación económica general («decadencia» y «crisis») en los años ochenta y, desde 1990, el reto de la reunificación (alta carga económica derivada de los esfuerzos para reducir las disparidades entre los cinco nuevos *länder* y la «antigua» República Federal), han tenido efectos negativos en lo que concierne a la libertad financiera de maniobra de todas las entidades del sistema federal. De 1992 a 1994, una comisión conjunta del *Bundestag* y el *Bundesrat* discutió las reformas de la Constitución que podrían ser necesarias como consecuencia de la reunificación. Con la excepción de algunas modificaciones menores, sin embargo, el sistema federal se mantuvo sin cambios, puesto que el acuerdo entre los dos grandes partidos sobre los puntos importantes —necesarios para reformar la Constitución— no se podían lograr.

²¹ El término ha sido acuñado por Fritz W. Scharpf (véase SCHARPF, F.W. *et al.*, *Politikverflechtung: Theorie and Empirie des Kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik, Kronberg*, 1976). Más tarde, Scharpf ha hablado de la llamada «Trampa de las Decisiones Conjuntas» (véase su artículo, SCHARPF, F.W., «Die Politikverflechtungsfalle. Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich», en *Politische Vierteljahresschrift (PVS)*, vol. 26, n.º 4, 1985, pp. 326-356.).

²² La mayoría cualificada requerida (dos tercios) para reformar la constitución no pudo ser alcanzada.

4. MEDIDAS PARA LA REFORMA DEL FEDERALISMO ALEMÁN DESDE 2003 Y SUS RESULTADOS²³

Desde la crítica de mediados de los años noventa, el sistema federal alemán se hizo más fuerte y dio lugar a un debate a gran escala sobre una reforma integral²⁴. Los representantes de las empresas y del sector privado participaron en este debate; culparon al formato actual del sistema federal y a su realización de impedir los necesarios pasos hacia la modernización de Alemania, percibido como una condición vital para recuperar la eficiencia en las esferas económica y social y hacer a Alemania apta para el siglo XXI²⁵. La intención general fue la de sustituir el modelo de relaciones entrelazadas entre los gobiernos federal y de los *länder* por una estructura con mayor autonomía y menores dependencias mutuas de las dos partes. En un período relativamente corto de tiempo, varias propuestas concretas de diversos autores e instituciones fueron presentadas, entre ellas las directrices para las negociaciones con el gobierno federal sobre las que los *länder* alemanes se habían puesto de acuerdo, y —como una respuesta— un documento de posición del gobierno federal, ambos en la primavera de 2003²⁶. Estos dos documentos, que coincidían en la necesidad de reformar el sistema federal a través de aflojar la relación entrelazada entre los dos órdenes de gobierno, competencias así como responsabilidades financieras y la eliminación —por lo menos: reducir sustancialmente— del modelo de las «Decisiones Conjuntas» (*Politikverflechtung*), marcó el punto de partida para las nego-

²³ Esta parte de mi contribución sigue, en parte literalmente, mi trabajo: HRBEK, R., «The Reform of German Federalism: Part I», en *European Constitutional Law Review*, vol. 3, n.º 2, 2007, pp. 225-243.

²⁴ Véanse como ejemplos: MÄNNLE, U. (ed.), *Föderalismus zwischen Konsens und Konkurrenz. Tagungs- und Materialienband zur Fortentwicklung des deutschen Föderalismus*, Baden-Baden, 1998; BENZ, A., «Der deutsche Föderalismus», en ELLWEIN, T. y EVERDHART, H. (eds.), *50 Jahre Bundesrepublik Deutschland*, Opladen, 1999, pp. 135-153; MÜNCH, U., «Konkurrenzföderalismus für die Bundesrepublik: eine Reformdebatte zwischen Wunschenken und politischer Machbarkeit», en *Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen*, Ed. Jahrbuch des Föderalismus 2001, Baden-Baden, 2001, pp. 115-127; FISCHER, T. y GROSSE HÜTTMANN, M., «Aktuelle Diskussionsbeiträge zur Reform des deutschen Föderalismus. Modelle, Leitbilder und die Chancen ihrer Übertragbarkeit», *Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen*, Ed. Jahrbuch des Föderalismus 2001, Baden-Baden, 2001, pp. 128-142.

²⁵ Eso ha sido descrito por LUTHARD, W., «Abschied vom deutschen Konsensmodell? Zur Reform des Föderalismus», en *Aus Politik und Zeitgeschichte B* n.º 13, 1999, pp. 12-23; y por GROSSE HÜTTMANN, M., «Die föderale Staatsform in der Krise?, Cheques and Balances' im deutschen Föderalismus oder Die öffentliche Debatte um den Föderalismus in Deutschland», en WEHLING, H.G. (ed.), *Die deutschen Länder. Geschichte, Politik, Wirtschaft*, Opladen, 2000, pp. 277-297.

²⁶ Estos dos documentos, junto con otras propuestas pueden encontrarse en: HRBEK, R. y EPPLER, A. (eds.), «Deutschland vor der Föderalismus-Reform. Eine Dokumentation», en *Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen*, Ed. Occasional Papers n.º 28, Tübingen, noviembre de 2003.

ciaciones formales que se iniciaron en noviembre de 2003 en el marco de una Comisión, que fue establecida conjuntamente por el *Bundestag* y el *Bundesrat* y que debía elaborar propuestas para la modernización del federalismo alemán. El mandato de la Comisión, sin embargo, excluía explícitamente dos aspectos del sistema federal que siempre han sido parte de la discusión: las relaciones financieras y una nueva delimitación (una reducción del número) de los *länder* (*Neugliederung*). Se podría, por lo tanto, esperar sólo una reforma parcial, o un primer paso, centrándose en el reparto de competencias.

La Comisión estuvo integrada por 16 miembros del *Bundestag* y el *Bundesrat* respectivamente; por otro lado —pero con sólo funciones consultivas— cuatro miembros del gobierno federal, seis miembros de los parlamentos de los *länder* y tres miembros en representación de las entidades locales. Participaron en las consideraciones doce expertos (académicos, designados por la Comisión sobre las propuestas presentadas por los grupos parlamentarios del *Bundestag*).

Durante el trabajo de la Comisión que se había iniciado en noviembre de 2003, se habían alcanzado una aproximación a una serie de cuestiones, y los resultados parciales —a pesar de que aún no se habían ratificado formalmente— se habían acordado. Había, en el otro lado, aún opiniones discrepantes en algunas cuestiones substanciales. Después de un año de intensos debates y consideraciones, los dos copresidentes (primer ministro bávaro Stoiber, CSU, por los *länder*, y el presidente del grupo parlamentario del SPD en el *Bundestag*) anunciaron en diciembre de 2004 que la Comisión era incapaz de presentar una propuesta acordada, es decir: una que fuera a ganar el apoyo de las necesarias dos terceras partes en ambos *Bundestag* y *Bundesrat*. En una serie de cuestiones importantes no fue posible superar el disenso; esto sucedió con las competencias en los ámbitos del Derecho al medio ambiente, la seguridad interior y —sobre todo— la educación; además del grado de participación de los *länder* en los asuntos de la Unión Europea.

El fracaso de la Comisión, que desde su establecimiento se había acompañado de grandes expectativas, fue una decepción. Los intentos de explicar el fracaso se refirieron a las disparidades entre y, por lo tanto, a las diferencias entre los intereses de los *länder*²⁷, a las diferencias de los partidos políticos, a los propios intereses institucionales de los Primeros Ministros de los *länder* (que siempre han tratado de utilizar el *Bundesrat* como marco y base para jugar un papel importante a nivel federal) y el gobierno federal (que empujó a poner freno a la participación de los *länder* en asuntos de la UE), a la necesidad de contar con una solución como un paquete que sólo podría ser aceptable por todos o por la gran mayoría de los actores involucrados y, por último, no me-

²⁷ La brecha principal ha sido siempre la división entre los *länder* más «fuertes» —que abogan por una mayor autonomía— y los *länder* más «débiles» —que confían más en el apoyo del nivel federal y en la solidaridad financiera de los *länder* más ricos a través de los mecanismos de nivelación—.

nos importante, a la falta de un concepto acordado conjuntamente y a la comprensión de aspectos básicos del sistema federal, entre ellos el alcance de las diferencias que serían reconocidas como aceptables en una entidad federal²⁸. Hubo, sin embargo, muchas voces que exigieron nuevos esfuerzos para lograr una reforma.

El paso decisivo hacia una reforma constitucional del federalismo alemán se hizo en relación con la formación de una gran coalición, después de las elecciones nacionales en el otoño de 2005. Los líderes de los partidos de la CDU, CSU y SPD (Merkel, Stoiber, Müntefering) acordaron que la reforma fuera una de las prioridades de su programa de gobierno. Le dieron a un grupo de trabajo creado recientemente el mandato de promover e impulsar el proyecto en el marco de las negociaciones para formar la coalición. El documento elaborado en este grupo de trabajo se incluyó en el acuerdo de coalición de noviembre de 2005 como un anexo. Los Primeros Ministros de los *länder* aprobaron este paquete de compromiso en diciembre de 2005 y se estableció un grupo de trabajo de los *länder*, que debería lidiar con los detalles para finalmente coordinarlos con el gobierno federal.

Todos estos tres pasos se adoptaron sin la participación del *Bundestag*, con el resultado de que —cuando en marzo de 2006 el proyecto de ley de reforma integral fue presentado formalmente en el proceso legislativo, los grupos de los miembros del *Bundestag* que no estaban del todo satisfechos con los componentes del acuerdo de compromiso, protestaron e insistieron en el derecho del *Bundestag* a involucrarse en el proceso de toma de decisiones—. Pero con solo unos pocos detalles, se convirtió en definitivo.

Con 25 artículos de la Ley Fundamental afectados, el paquete de reformas fue muy amplio; además, y como consecuencia de las enmiendas a la Constitución, hay nuevas disposiciones legales por debajo del nivel del Derecho constitucional. Pero, como ya se ha indicado, esta reforma era sólo la primera parte del ambicioso proyecto de modernización del federalismo alemán. Se centró en las competencias de los dos órdenes de gobierno con el objetivo principal de hacerlos más independientes el uno del otro en sus actividades legislativas. Además, el paquete de reformas contenía pocas (y más bien marginales) disposiciones en los

²⁸ Véanse las contribuciones de RENZSCH, W.; FISCHER, Th.; KEMMLER, I.; CHARDON, M.; MÜNCH, U.; GROSSE HÜTMANN, M.; DIETSCHKE, H.J. y HINTERSEH, S., *Europäische Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen*, Ed. Jahrbuch des Föderalismus 2005, Baden-Baden, 2005; las contribuciones en HRBEK, R. y EPPLER, A. (eds.), «Die unvollendete Föderalismus-Reform. Eine Zwischenbilanz nach dem Scheitern der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung im Dezember 2004», en *Europäische Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen*, Ed. Occasional Papers n.º 31, Tübingen, 2005; además: STURM, R., «Föderalismus-Reform: kein Erkenntnisproblem, warum aber ein Gestaltungs- und Entscheidungsproblem?», en *PVS*, 2005, pp. 195-203; BENZ, A., «Kein Ausweg aus der Politikverflechtung? Warum die Bundesstaats-Kommission scheiterte, aber nicht scheitern musste», en *PVS*, 2005, pp. 204-214; SCHARPF, F.W., «Nicht genutzte Chancen der Föderalismus-Reform», en *MPIfG Working Paper*, n.º 2, abril de 2006.

asuntos financieros, una cláusula sobre la capital (Berlín) y sus funciones, y reglas más precisas para la participación de los *länder* en asuntos de la UE. Parte del paquete de reformas tenía la intención de continuar con los esfuerzos de reforma y empezar inmediatamente con medidas preparatorias para la segunda parte de la reforma, que debería ocuparse de las relaciones financieras.

El paquete de reformas, concentrándose en la distribución de competencias legislativas, contiene las siguientes disposiciones:

- La legislación marco federal será abolida; las respectivas competencias deberán ser redistribuidas de la siguiente manera: algunas serán de competencia exclusiva de la Federación (por ejemplo, medidas para evitar la expatriación de los bienes culturales alemanes) y otras de legislación concurrente. En cuanto se refiere al controvertido campo de la educación superior, la Federación sólo será responsable (como competencias legislativas concurrentes) en dos cuestiones: la admisión a la Universidad y los diplomas universitarios.
- Una innovación es la nueva disposición en el artículo 72, párr. 3 de la Ley Fundamental de competencias legislativas concurrentes inversas de los *länder* (*Abweichungsgesetzgebung der Länder*): una vez que una ley federal en áreas específicas que caen dentro de la legislación concurrente de la Federación ha sido establecida, los *länder* están autorizados a regular por ley que se desvíe de la ley federal. Sin embargo, esto no impide que la Federación reaccione promulgando una ley federal que se desvíe de la desviación. Los observadores advierten del escenario que ellos llaman de efecto ping-pong que, sin embargo, parece ser muy poco probable, ya que un gobierno del *land*, dispuesto a desviarse, debe tener argumentos muy buenos, sólidos y convincentes, puesto que es responsable ante su electorado. Lo mismo es aplicable a la Federación. La disposición innovadora abre el camino hacia soluciones diferentes y parece estar en línea con el concepto de «prácticas adecuadas». No se puede excluir la aparición de un modelo de «federalismo asimétrico». Las competencias concurrentes inversas se refieren a aspectos del Derecho medioambiental y a los asuntos de los títulos universitarios y de la admisión a la universidad. Hasta hace poco, las nuevas normas no habían sido aún utilizadas; obviamente, todos los participantes saben que es necesario tener precaución.
- Los *länder* tendrán la competencia exclusiva en materia de remuneraciones, pensiones y beneficios relacionados y promoción de los miembros de la función pública de los *länder*, de los municipios y de los jueces los *länder*. Este fue un tema muy debatido, los *länder* financieramente más débiles primero se opusieron ya que temían que los funcionarios públicos cualificados pudieran tener la tentación de ir a los *länder* que ofrecían salarios más altos. Pero el peligro de mayores asimetrías parece, de nuevo, que es poco probable, ya que la situación presupues-

taria de todos los *länder* no permite generosidad. Y con respecto a las diferencias en el coste de la vida en Alemania, se puede argumentar (y se ha dicho) que los salarios uniformes son problemáticos e injustos también. Hasta ahora, no se ha dado una migración de funcionarios públicos.

- Existen otros campos que pasan de la competencia legislativa concurrente federal a la competencia exclusiva de los *länder*, entre ellos áreas altamente polémicas como las correcciones y los aspectos legales de hogares específicos (por ejemplo, para los niños, para las personas física o mentalmente discapacitadas); por otro lado, áreas menos prominentes, tales como los horarios de cierre de tiendas, o asuntos relacionados con bares, restaurantes, locales de juego, ferias, exposiciones y mercados.
- Habrá, por otro lado, una ampliación del catálogo de competencias exclusivas de la Federación, como por ejemplo (anteriormente competencias concurrentes), la legislación relativa a armas y explosivos, o la producción y utilización de la energía nuclear con fines pacíficos, incluyendo la construcción de las respectivas plantas e instalaciones. Un campo nuevo, en este contexto, es la defensa contra los peligros del terrorismo internacional en los casos en que el peligro va más allá de lo que las autoridades de los *länder* pueden hacer frente. Tal ley federal requerirá la aprobación del *Bundesrat*.
- Fue un objetivo importante del proyecto de reforma general reducir el número de «proyectos de ley de aprobación» que equivalía a un 60% aprox. de todos los proyectos de ley federales. Esto se debía principalmente a la disposición del artículo 84, párr.1 de la Ley Fundamental («Cuando los *länder* ejecuten leyes federales por derecho propio, se regulará la organización de las autoridades y su procedimiento administrativo en la medida que las leyes federales promulgadas con la aprobación del *Bundesrat* no dispongan lo contrario»), que fue modificada de la siguiente manera: En el futuro, la Federación puede —sin la aprobación del *Bundesrat*— a través de sus leyes federales, intervenir y regular la organización de las autoridades y el procedimiento administrativo de los *länder*, sin embargo, los *länder* están autorizados a desviarse. Y si la Federación quiere evitar una desviación de los *länder* de sus normas administrativas contenidas en un proyecto de ley, debido a la necesidad especial de un procedimiento administrativo uniforme federal, tal proyecto de ley aún requerirá la aprobación del *Bundesrat*. Se esperaba que el porcentaje de proyectos de ley de aprobación como consecuencia de las nuevas disposiciones descendieran hasta aprox. un 35%²⁹.

²⁹ Un estudio elaborado por un servicio científico del Bundestag confirmaría y apoyaría estas expectativas; el estudio analizó el efecto de la nueva disposición si hubiera sido aplicada en el pasado. BUNDESTAG, D., *Wissenschaftliche Dienste*, WD 3-37/06 y 123/06, Berlín, 2006.

Este argumento cuantitativo es, como se ha subrayado en las reacciones a las cifras, no convincente; uno tiene que mirar más de cerca a la prominencia de cada proyecto de ley individual y —en el pasado— hubo entre los proyectos de ley de aprobación que fracasaron aquellos que se consideraban como proyectos políticos clave.

- En cuanto a lo que se refiere a las Tareas Conjuntas, otro blanco de amplias críticas, no fueron abolidas. Dos de ellas («mejora de la estructura económica regional» y «la mejora de las estructuras agrarias y de conservación costera») se mantuvieron. Sólo la tarea conjunta 1 («ampliación y construcción de las instituciones de educación superior, incluyendo clínicas universitarias») fue eliminada. Esta tarea en el futuro pertenecerá a los *länder* a los que, sin embargo, se les dará una compensación económica desde la Federación. El artículo 91.b de la Ley Fundamental, que hasta entonces regulaba la cooperación de la Federación y los *länder* en materia de planificación de la educación y de la promoción de instituciones de investigación y proyectos de investigación de importancia suprarregional, fue reformulado y se refiere ahora a los dos ámbitos siguientes: (1) La cooperación en la promoción de instituciones y proyectos de investigación extra-universitarios, de los proyectos de investigación universitarios (en este caso se requiere la aprobación de todos los *länder*) y de edificios de la universidad para la investigación incluyendo el equipamiento de gran escala. (2) La cooperación en proyectos de análisis y evaluación de la eficiencia del sistema educativo en las comparaciones internacionales y la elaboración de informes y dar recomendaciones.

Otro componente parte del paquete de reformas se refirió a la participación de los *länder* en asuntos de la UE. De acuerdo con el artículo 23, párr. 6 de la Ley Fundamental («Cuando en su esencia sean afectadas competencias legislativas exclusivas de los *länder* en las materias de la educación escolar, de la cultura o de la radiodifusión, el ejercicio de los derechos de que goza la República Federal de Alemania en tanto Estado miembro de la Unión Europea deberá ser transferido por la Federación a un representante de los *länder* designado por el *Bundesrat*. El ejercicio de los derechos se realizará con la participación del Gobierno Federal y de acuerdo con él; se mantendrá la responsabilidad de la Federación por el Estado en su conjunto.»), los representantes de los *länder* se sientan en los órganos de la UE (Consejo y formaciones del Consejo). El gobierno federal quería suprimir este apartado, ya que argumentó que la transferencia de la función de dirección en tales negociaciones del Consejo a los representantes de los *länder* plantea problemas. La solución encontrada específica que dicha delegación a los representantes de los *länder* se limitará a tres ámbitos de actuación: la educación escolar, la cultura y las emisiones. Los *länder* han argumentado que su calidad de estados requiere que en los casos en que los asuntos de la UE afectan centralmente a las competencias legislati-

vas exclusivas de los *länder*, deben asumir el papel de representar a Alemania en el respectivo órgano de la UE.

Sólo algunas partes del paquete de reformas caen dentro del ámbito de las relaciones financieras entre la Federación y los *länder*.

- La disposición que permite que la Federación podrá otorgar a los *länder* asistencia financiera para inversiones de importancia especial por los *länder* o los municipios en condiciones específicas (es decir, «a condición de que dichas inversiones sean necesarias para evitar una alteración del equilibrio económico general, para igualar las diferentes capacidades económicas dentro del territorio federal, o para promover el crecimiento económico»), fue objeto de preocupación entre los que se quejaron de la relación entrelazada entre los dos niveles. El paquete de reformas mantiene esta posibilidad y sólo añade algunas nuevas disposiciones destinadas a reducir la preponderancia de la Federación. La ayuda financiera puede concederse únicamente por un período limitado de tiempo, y su uso debe ser examinado con regularidad, y el volumen de las transferencias anuales deben mostrar una tendencia decreciente en el tiempo.
- Un nuevo artículo 143.c de la Ley Fundamental prevé la compensación financiera de los *länder* por la Federación: los primeros tienen derecho a percibir las cantidades específicas del presupuesto de la Federación no por más tiempo del utilizado para la anterior Tarea Conjunta «ampliación y construcción de instituciones de educación superior».
- Además, hay nuevas reglas que tratan (1) de la participación en los costes internos en caso de violación de los compromisos internacionales y europeos entre la Federación y los *länder*, (2) de las obligaciones de la disciplina fiscal y presupuestaria en el marco de la Unión Monetaria en la UE.

Las disposiciones muestran claramente la interdependencia de la Federación y los *länder*. Y en cuanto a lo que se refiere a las disposiciones relativas a la asignación de competencias, las soluciones encontradas se pueden tomar como un indicador de que alguna forma y grado de interconexión no pertenece necesariamente a una estructura federal. La autonomía genuina para los *länder* parece ser incompatible con el sistema federal alemán. El paquete de reformas, tomado en su conjunto, era sólo un pequeño paso hacia la búsqueda de un nuevo equilibrio entre los dos órdenes de gobierno.

Un segundo paso hacia la modernización del sistema federal alemán comenzó, según lo acordado en el primer paquete de reformas, antes de finales de 2006³⁰. Una vez más, el *Bundestag* y el *Bundesrat* establecieron una comi-

³⁰ HRBEK, R.. «Föderalismusreform in Deutschland: Inhalte, Verfahren, Bewertung», en BECK, J. y LARAT, F. (eds.), *Reform von Staat und Verwaltung – Jenseits von New Public Management?*, Baden-Baden/Zürich & St. Gallen 2011, pp. 191-210.

sión mixta que debía ocuparse de las relaciones financieras en el sistema federal. Los objetivos debían ser: el fortalecimiento de la propia responsabilidad financiera de los *länder* y la disponibilidad de los recursos financieros necesarios para el desempeño de sus tareas. La comisión sometió sus propuestas en marzo de 2009; en julio de 2009 el *Bundesrat* y el *Bundestag* decidieron con la mayoría de dos tercios³¹ necesaria sobre un segundo paquete de reformas.

La etiqueta de «freno a la deuda» (*Schuldenbremse*) para el segundo paquete de reformas subrayaba lo que ha sido el resultado y la medida de reforma más importante; indicaba al mismo tiempo, que el ambicioso objetivo de lograr una reforma integral de las relaciones financieras en su conjunto, no se ha alcanzado. El paquete contiene los siguientes puntos principales:

- La Federación estará obligada a observar un estricto límite superior (0,35% del PIB) para nuevas deudas públicas.
- Los *länder* tendrán la obligación —desde 2020— de planificar sus presupuestos sin nuevas deudas. Puesto que un grupo de *länder* (Berlín, Bremen, Sarre, Sajonia-Anhalt y Schleswig-Holstein) en la actualidad sufren de una deuda muy alta, habrá «asistencia de consolidación» (*Konsolidierungshilfen*) que ayudará a estos *länder* a deshacerse de esa carga antes de 2020. La Federación y los otros *länder* participarán en estas medidas de apoyo financiero.
- La introducción de un sistema de alerta temprana (con un consejo de estabilidad a nivel ministerial) supervisará la situación presupuestaria de los *länder* y en caso de riesgos presupuestarios hará recomendaciones sobre cómo evitar problemas. No habrá, sin embargo, sanciones.
- La Federación estará autorizada para dar asistencia financiera a los *länder* en los casos de desastres naturales o situaciones extraordinarias de emergencia.

Obviamente, la interconexión no ha sido abolida.

5. PERSPECTIVAS PARA EL FUTURO DESARROLLO DEL SISTEMA FEDERAL ALEMÁN

Los resultados de los dos pasos hacia la reforma del federalismo alemán entre 2003 y 2009 no representan un cambio en el sistema federal; el federalismo alemán no se ha dado una definición totalmente nueva. Ambos pasos han sido, como hemos demostrado, ofertas de paquetes; como un compromiso que no ha cambiado sustancialmente, pero que sólo modifican ligeramente el equilibrio entre la Federación y los *länder*. Incluso estos pasos modestos sólo podrían

³¹ Hasta otoño de 2009 Alemania fue gobernada por una Gran Coalición; la elección del momento para decidir sobre el segundo paquete de reformas ha tenido en cuenta esto.

lograrse bajo la constelación política de una gran coalición, que aseguraba las mayorías cualificadas necesarias para la modificación de la Constitución.

Una de las principales razones —algunos observadores dirían más bien: la principal razón— para este modelo es el hecho de que ha faltado y continúa siendo insuficiente un entendimiento común ampliamente compartido de lo que un sistema federal debe significar e implicar. El federalismo significa e implica diversidad, pero no hay un acuerdo en Alemania sobre la diferencia que se acepta o se considera aceptable. Nos encontramos, por un lado, con la demanda de (mayor) competencia, nos encontramos, por el otro lado con aquellos que insisten en la solidaridad como valor principal y punto de orientación. Una encuesta de opinión sobre las actitudes frente al federalismo en Alemania, cuyos resultados se han publicado en 2008³², parecen confirmar que este último valor (solidaridad) sin duda prevalece: sorprendentemente considerables mayorías de ciudadanos, en este sondeo de opinión, rechaza la competencia como un principio que deba regir las relaciones entre los *länder*. Incluso una clara mayoría de los ciudadanos de los *länder* que pertenecen al grupo de los contribuyentes netos entre los Estados federados, están a favor de la solidaridad dentro de la entidad federal. Estas cifras pueden explicar por qué los actores políticos no han participado más intensamente en esfuerzos de reforma más ambiciosos y más profundos.

Encontramos, en las consideraciones sobre el federalismo y de sus valores y funciones, dos criterios que difieren considerablemente. Uno de ellos es la eficiencia, el otro es la calidad democrática. En este último caso un sistema federal —con estructuras descentralizadas, que ofrece un mayor grado de autonomía y de la responsabilidad basada en la autonomía— se espera que ofrezca oportunidades especiales y posibilidades para la participación política. Observadores académicos reclaman y critican que la legitimidad democrática —atribuida a una estructura federal— haya jugado solo un papel marginal en el debate sobre la reforma y modernización del federalismo alemán³³.

En la actualidad, todos los participantes en la Federación y los *länder* están ocupados en la aplicación y experimentación de las nuevas reglas constitucionales. Aquí, descubren por ejemplo, que la nueva regla según la cual la Federación no está autorizada a cooperar con los *länder* en el ámbito de la enseñanza universitaria, obviamente resulta ser disfuncional. La Ministra de Edu-

³² BETERLSMANN, S. (ed.), *Bürger und Föderalismus. Eine Umfrage zur Rolle der Bundesländer*. Gütersloh, 2008. El director del Proyecto en la Fundación Berterlsmann que elaboró esta encuesta de opinión fue el Dr. Ole Wintermann.

³³ Véase Roland Sturm sobre lo que han sido las ganancias de la reforma de la democracia; STURM, R., «Die Föderalismus-Reform I: Erfolgreiche Verfassungspolitik?», en BAUS, T.; FISCHER, T. y HRBEK, R. (eds.), *Föderalismusreform II: Weichenstellungen für eine Neuordnung der Finanzbeziehungen im deutschen Bundesstaat*, Baden-Baden 2007, pp. 34-45. Es más detalle, STURM, R., *Bürgergesellschaft und Bundesstaat. Demokratietheoretische Begründung des Föderalismus und der Föderalismuskultur*, Gütersloh and Berlin, 2004.

cación e Investigación, Annette Schavan, ha sugerido la revisión de las nuevas normas respectivas con el objetivo de incluir una nueva norma constitucional que permitiera acuerdos de cooperación entre la Federación y los *länder* apuntando hacia el mantenimiento de la eficiencia del sistema educativo³⁴. Esto sin duda no cambia sustancialmente el equilibrio federal, sino que más bien representa una respuesta bienvenida y funcional para un desafío urgente y necesario. Otra cuestión, muy importante en la agenda política, es la pregunta relacionada con el ambicioso objetivo de lograr la estabilidad fiscal y evitar las deudas públicas.

El desarrollo dinámico, inherente a un sistema federal, continuará. Hay consideraciones en marcha hacia el inicio de un nuevo paso en los esfuerzos de reforma y modernización del federalismo alemán. Entre los posibles temas podrían, de nuevo, estar las relaciones financieras, esta vez haciendo frente a la compleja cuestión de la nivelación financiera, en la dimensión vertical como en la horizontal. La delimitación de los *länder* sigue siendo discutida, pero la mayoría de los observadores dudan de que una reducción en el número de *länder* en realidad pueda ser vista como una meta realista; la cooperación pragmática bilateral y multilateral entre los Estados federados vecinos parece ser la estrategia más adecuada. En lo que concierne al federalismo alemán en su conjunto, el péndulo dentro del sistema federal se mantendrá en algún lugar en el medio, no estático, pero permitiendo únicamente movimientos marginales entre los dos órdenes de gobierno, la Federación y los *länder*.

³⁴ SCHAVAN, A., «Bildungs- und Wissenschaftspolitik im Kontext der föderalen Ordnung», en TÜBINGEN, F. (ed.), *Europäisches Zentrum für Föderalismus, Jahrbuch des Föderalismus*, Baden-Baden, 2011, pp. 17-26.

Retos actuales que afronta el federalismo suizo

Regula Kägi-Diener
Universidad de St. Gallen

SUMARIO: Introducción. I. Características específicas del Federalismo suizo. 1. Poder y Territorio: diversidad en la unidad. 2. Raíces históricas: unidad en la diversidad. 2.1. Diversidad cultural y política —y a pesar de ello, unidad. 2.2. Federalismo ascendente. 2.3. La cooperación exige colaboración y solidaridad. 3. ¿Qué aspecto tiene el Federalismo de hoy en día? 4. La autonomía de los Cantones (estados miembros) en detalle. 4.1. Autodeterminación de los Cantones. 4.2. Gobierno compartido. 4.3. Inestabilidad. II. El sistema federal de toma de decisiones en Suiza. 1. Los fundamentos de las decisiones estatales en un contexto federal. 2. La división del poder. 3. Gobierno compartido (participación) de los Cantones en la Confederación a detalle. 3.1. Dos tipos de participación. 3.2. Participación formal. 3.3. Participación atenuada. 3.4. Un deber de consideración hacia los Cantones. 4. Desafíos al Estado federal suizo. 4.1. Tendencia a la centralización. 4.2. Cambios en el poder. 4.3. Poniendo en equilibrio autogobierno y gobierno compartido. 4.4. El Nuevo Programa de Nivelación Financiera como una reforma del federalismo. III. Conclusiones. IV. Apuntes finales.

INTRODUCCIÓN

La Suiza federal está *en ruta* al futuro. El aspecto que esta ruta tenga ahora y cómo el Derecho constitucional y el sistema político suizos habrán de cumplir con los requerimientos a los que se someterá al Estado en el futuro será el objeto de este artículo. Claramente, el artículo se limitará a solo unas pocas cuestiones de los muchos aspectos en juego.

La ruta que una comunidad jurídico-política toma y debiera tomar será siempre determinada por el lugar de donde venga, de cómo sea su actual constitución y de hacia dónde quiere ir. Así, pues, los desarrollos históricos han de ser incluidos puesto que, en gran medida, determinan que posibilidades tiene un sistema estatal. Cualesquiera ideas sobre cual dirección debiera tomar la *ruta* y su último destino son ciertamente ejemplos de la propia consideración

de Suiza dentro de su búsqueda por un Estado federal viable. Frente a este telón de fondo, los característicos principios estatales juegan un papel que no debería ser subestimado. Para empezar debemos considerar la democracia que en Suiza es muy importante, incluso en ocasiones con excesiva importancia. Además de las formas representativas de democracia también existen diversas formas directas, no solo el alzado de manos en una reunión pública a nivel municipal (que aún existe en dos cantones) sino también la posibilidad de una participación de la población de mayor alcance en asuntos fácticos y financieros. Deberíamos tomar en consideración más que el hecho de que la tradicional situación de la Suiza «de los cuatro idiomas» encuentra apoyo en un sistema federal. Ni debíamos esconder las específicas características de un sistema de gobierno que funciona diferentemente a los Estados de alrededor que tienen un periodo de mandato fijo, un sistema de gobierno que está basado en un no escrito pero no incuestionado ejecutivo con reparto de competencias y que opera de acuerdo con un sistema colegiado. Necesitan también ser tenidos en cuenta elementos de nuestra democracia consensual, la cual coexiste junto con una democracia «basada en la negociación» de la vida democrática del día a día... De manera similar las características liberales cada vez más obvias del Estado suizo junto con una cierta cantidad de conservadurismo determinarán las perspectivas futuras.

Con independencia del hecho de que en este artículo no podemos abordar todos estos factores con suficiente profundidad, todo lo mencionado tiene una influencia en las consideraciones jurídicas.

Con este escenario este artículo ofrece: (I) Una mirada al sistema federal suizo, sus condiciones históricas y características. A continuación se avanza al (II) sistema federal de adopción de decisiones en Suiza y luego (III) a abordar los retos actuales para pasar (IV) a las conclusiones. Terminará (V) con algunos apuntes finales.

I. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DEL FEDERALISMO SUIZO

1. Poder y Territorio: diversidad en la unidad

Justo como todos los estados federales Suiza está dividida en diferentes niveles. Hay dos niveles principales, concretamente el nivel del Estado miembro (o Cantón) y el nivel del Estado central o Confederación. Estos dos niveles están cubiertos por todo el Estado federal, la unidad global que se percibe desde el exterior. Hay 26 cantones al nivel de los estados miembros. La subdivisión de Suiza se considera completa en el sentido de que la totalidad de Suiza está cubierta por los territorios de los estados miembros y al mismo tiempo el poder del gobierno central se extiende sobre la totalidad de Suiza. Existe también un tercer «subnivel» por debajo de los estados miembros que comprende principalmente las municipalidades. Éstas son órganos estatutarios autónomos de Derecho pú-

blico que son partes constituyentes del Estado suizo. Otras entidades citados en la Constitución que juegan un papel en el contexto federal pero que no poseen autonomía en la misma medida, son las ciudades, las aglomeraciones y las regiones alpinas que son construcciones socio-geográficas con una personalidad jurídica difícil de determinar. Las últimas (las regiones alpinas) se definen jurídicamente pero carecen de una estructura de gobierno o autonomía. Son realmente más bien regiones divididas geográficamente con una infraestructuras y condiciones económicas específicas. La Constitución suiza ofrece el marco para todos estos tres niveles. Básicamente nos estamos refiriendo a un sistema federal de tres escenarios en el que quizás dos de los escenarios están más desarrollados. Los tres escenarios convergen y trabajan conjuntamente (de acuerdo con lo dicho por Nawiaski¹) en un Estado en su totalidad. En adelante este artículo abordará los niveles de los estados miembros y el del Estado central.

La división del territorio y del poder en un Estado federal en dos o incluso en parte tres niveles conduce a una segmentación vertical y horizontal. Este tipo de división es característica del federalismo. Pero no constituye en sí mismo un sistema federal. Más bien para que un sistema sea federal se requieren *principios vinculantes* que establezcan una cohesión entre las diferentes unidades, tanto entre unidades a diferentes niveles (esto es, verticalmente) y entre unidades al mismo nivel (esto es horizontalmente —o más específicamente entre diferentes estados miembros—). Estos principios, que son relevantes a la hora de gobernar, conducen a la interacción horizontal y vertical. A causa del gran número de estados miembros (veintiséis) y de la profundamente enraizada confianza gubernamental en sí mismos de los Cantones en Suiza existe una muy espesa red de interacciones en todas las direcciones.

Por consiguiente, el federalismo suizo ha de entenderse que está basado en los principios de estructura y cooperación. El primero de estos preserva y causa diversidad y el segundo asegura y busca congruencia. El arte es lograr un buen equilibrio entre ellos.

2. Raíces históricas: unidad en la diversidad

2.1. DIVERSIDAD CULTURAL Y POLÍTICA —Y A PESAR DE ELLO, UNIDAD

Al mirar atrás en la historia, nos damos cuenta que Suiza ha sido un territorio con mucha diversidad cultural y estructural durante largo tiempo. Esta di-

¹ Hans Nawiaski habló de un Estado federal de tres partes: el nivel del Estado miembro, el Estado central y el Estado federal en su conjunto. Estas tres partes —se omite el nivel municipal— devienen claras realidades políticas en el caso suizo y son incluso denominadas en la Constitución como Cantones (estados miembros), la federación (Estado central) y la Confederación suiza (el Estado federal en su conjunto o la entidad global), todos ellos con diferentes papeles.

versidad no está vinculada sólo a las condiciones territoriales. Los Alpes han sido y todavía lo son barreras idiomáticas. Desde la baja Edad media las condiciones topográficas suizas llevaron a la creación de comunidades jurídicas con pronunciadas voluntades políticas y con un alto grado de confianza gubernamental en sí mismas. El gran número de cantones cuyas fronteras presentes datan en esencia de la Constitución helvética de Napoleón de 1797 y del Congreso de Viena de 1815 son un indicativo de esta diversidad. Además de esta diversidad, ha habido siempre una fuerte, profundamente enraizada voluntad por la unidad que ya en la «Vieja Confederación» que existía desde el siglo XIII a 1797 condujo a asociaciones y a la creación de una comunidad muy heterogénea que no obstante tenía una organización mínima (véase apartado 2.2 abajo). Esta fuertemente enraizada voluntad ganaría un mayor peso específico desde mediados del siglo XIX en adelante y la reacción de los estados nación. Igualmente, durante siglos había existido siempre una llamada a la tolerancia y a la solidaridad y esto condujo a la *protección de las minorías* las cuales han sido por un largo tiempo un elemento esencial de la propia imagen del Estado en Suiza e incluso incluye la protección de las minorías lingüístico culturales y religiosas. Esta voluntad por la unidad se convirtió en un eslogan político «Unidad en la diversidad y diversidad en la Unidad» que siempre desde mediados del siglo XIX ha formado parte de la identidad de Suiza.

2.2. FEDERALISMO ASCENDENTE

Los acuerdos estatales diferentes de siglos bajo la «Antigua Confederación», esto es bajo la estructura cuasi-estatal de lo que ahora se llama Suiza y que existía entre el siglo XIII y 1797 (Constitución Helvética), condujo a un sistema de alianzas estatales que no está representado en ningún Estado moderno actual pero que tenía su propio órgano de gobierno (denominado *Tagsatzung*² —o audiencia pública). Tras la primera Constitución suiza de 1848 esta Confederación (Sistema de alianzas estatales) se mantuvo hasta cierto punto. Ya desde el inicio la Constitución otorgaba a los Cantones una robusta posición como estados miembros. Desde la posición de los Cantones, ésta es un signo residual de su desconfianza hacia el poder central. Por lo tanto, inicialmente sólo muy pocas competencias fueron atribuidas al poder central, principalmente en la esfera económica (un sistema monetario común, pesos y medidas, asuntos de tráfico, correos y otros asuntos similares). Sin embargo Suiza no podía por más tiempo evitar los requerimientos modernos en especial en relación con los cambios en la comunidad internacional de los Estados y el concepto de la responsabilidad estatal. Eso llevó a que más competencias fueran otorgadas a la

² N. de la T.: En alemán en el original.

Federación³. A pesar de esto, las tendencias centralizadoras tuvieron que tener en cuenta la existente diversidad lingüística, cultural, religiosa y democrática en tanto en cuanto esta diversidad tenía sustento federal, es decir hubiera sido estipulada en territorios y cantones cuyas competencias tradicionales habían sido afectadas.

2.3. LA COOPERACIÓN EXIGE COLABORACIÓN Y SOLIDARIDAD

Los estados federales son sistemas estatales complejos que han sido unidos. Sólo funcionan en realidad si están basados en la cooperación, en una verdadera cooperación. La cooperación es uno de los principios legalmente pobremente consolidado pero políticamente fuertemente efectivo del Estado suizo. En el federalismo el equilibrio debe lograrse cada día entre el poder del Estado central —la federación— y los estados miembros —los Cantones. Este equilibrio es subrayado en la Constitución y debe ser dirigido por ella. Al mismo tiempo es indispensable que un conjunto de principios insista en que la colaboración y la solidaridad hayan de ser garantizados tanto horizontal como verticalmente. De este modo el Estado central tiene que sentirse concernido con la unidad del conjunto de la Confederación por lo que debe otorgar a los estados miembros espacio suficiente de modo y manera que puedan dar cuenta de sus propias necesidades. Por su parte cada Estado miembro debe tener en consideración las necesidades de otras unidades federales. Es simplemente un sistema basado en principios reconocidos y considerados, que asegura las voluntades políticas de los estados miembros de la Federación y la voluntad política del Estado central quien, a su vez, respeta las diferencias establecidas.

3. ¿Qué aspecto tiene el Federalismo de hoy en día?

Característica del federalismo suizo es que garantiza una posición fuerte de sus Cantones. Esta posición tiene una configuración simétrica, es decir, en principio todos los estados miembros son iguales⁴.

Sin embargo, esta igualdad es muy relativa dadas las actuales desigualdades reales entre los Cantones. Estas existen por un lado a causa de las muy diferentes dimensiones de los Cantones (los cuales pueden oscilar entre 15.000 a 1.1 millones de habitantes) y, por otro, a causa de su muy diferente fuerza financiera y situación económica. Estas desigualdades justifican el apoyo y la

³ Véase abajo epígrafe II.4.

⁴ Esta afirmación necesita ser matizada puesto que seis semi-cantones también existen. En la Cámara de los Cantones tienen legalmente solo un representante (en vez de dos) y su voto, cuando se refiere a disposiciones constitucionales tiene sólo la mitad de peso. Estas son ciertamente reminiscencias históricas que afectan a pequeños cantones.

compensación financiera que se da tanto a través del Estado central o es organizado por el Estado central mediante los Cantones económicamente poderosos al nivel de los estados miembros. Éste es el único modo de garantizar que todos los estados miembros puedan funcionar de manera suficiente y que lleven a cabo sus tareas. Esta compensación es también necesaria para equiparar las condiciones de vida de la población. De hecho, este asunto final es vital para mantener agrupada a la población suiza cuya identificación con un Estado federal global se construye finalmente sobre la base de la cohesión estatal.

4. La autonomía de los Cantones (estados miembros) en detalle

Como ya se ha mencionado, los Cantones tradicionalmente ocupan una fuerte posición. Esto está basado en su *autonomía*. El artículo 47 de la Constitución (alterado en 2004 y en vigor desde 2008) dice que «la Confederación respetará la autonomía de los Cantones». La actual Constitución federal describe *autonomía* en el artículo 3 como sigue «Los Cantones son soberanos en tanto en cuanto su soberanía no sea limitada por la Constitución federal; ejercerán sus derechos que no hayan sido transferidos a la Confederación». La versión de esta disposición es una vuelta a la primera Constitución federal de 1848 y que fue adoptada palabra por palabra en las dos revisiones completas de las Constituciones de 1874 y 1999⁵.

4.1. AUTODETERMINACIÓN DE LOS CANTONES

a) La «soberanía» expresada en la Constitución federal ha de ser considerada a la luz del desarrollo histórico de la Confederación suiza. Cuando Suiza fue fundada en 1848 los Cantones eran en gran medida, de acuerdo con el Derecho internacional, entidades soberanas. Con la creación de Suiza esta soberanía devino relativa en el sentido de ser una soberanía *compartida*, dividida entre la Confederación y los Cantones, para crear un Estado federal completo. Esta estructura se ha mantenido; los Cantones tienen su propia *soberanía constitucional* interna y su propia *autonomía organizacional*. Todos ellos tienen su propia identidad política y pueden organizar sus funciones estatales por sí mismos incluyendo asuntos de naturalización o cuestiones referentes a la democracia. Eso es porque hay diferentes formas democráticas en los Cantones respecto por ejemplo de la organización del Parlamento y de los derechos políticos de la población o incluso en relación a la posición de las municipalidades

⁵ Con una pequeña y no muy significativa diferencia: en la primera Constitución de 1848 se dice «Los Cantones son soberanos en la medida que su soberanía no esté limitada por la Constitución federal, y aquellos ejercerán todos los derechos que no hayan sido transferidos a las autoridades federales»

y otras unidades territoriales. Hoy, precisamente como en el pasado, los Cantones pueden alcanzar acuerdos entre ellos⁶ y en términos limitados incluso con otros países⁷. La Confederación, como Estado central, meramente prescribe que deban tener una constitución democrática y que esto pueda ser revisada cuando una mayoría de los votantes lo requieran (artículo 51.1 de la Constitución federal). Todos los Cantones van más allá de estos requerimientos. La Confederación acepta las garantías de la estructura constitucional de los Cantones (la que han decidido cada uno de ellos) y protege las áreas de los Cantones.

b) En segundo lugar esta autonomía incluye *autonomía financiera*. Los impuestos directos sobre la renta y propiedad personal y también el impuesto sobre el beneficio de las sociedades y las ganancias por capital están establecidos y son recaudados en ambos casos por los Cantones (y las municipalidades). Los Cantones deciden el tipo y compromiso de estos impuestos aunque en lo que hace referencia a la organización desde 1990 han existido medidas de armonización para la totalidad de Suiza. Además, los Cantones pueden recaudar más impuestos directos como por ejemplo los impuestos de sucesiones y donaciones. Desde la Segunda Guerra Mundial, el Estado central ha recaudado el impuesto sobre la renta y bienes y, cuando fue necesario, sobre beneficios y capitales. Este surgió inicialmente como un impuesto especial para cubrir los costes que se originaban por la guerra pero hoy en día este impuesto directo estatal ha sido incluido en la legislación y es recaudado para cubrir las necesidades generales de ingresos. El impuesto es inferior a los impuestos de los Cantones y de los municipios y la Confederación no puede libremente decidir su tipo sino que más bien deben considerar la carga impositiva que la población soporta de los impuestos de los Cantones⁸. La Confederación recauda esencialmente impuestos indirectos. Para hacerse una idea del grado de autonomía financiera de los Cantones deberíamos decir que la Confederación dispone de un tercio de las rentas del país, los Cantones y las municipales dos tercios y los Cantones en singular alrededor de la mitad.

c) El tercer elemento de la autonomía de los Cantones es su *autoridad para regular los asuntos y tareas estatales* bajo consideración (autogobierno). Esto tiene sus orígenes en la historia y, de nuevo, de acuerdo con el Derecho constitucional, las competencias generales subsidiarias están en manos de los Cantones. El Estado central solamente puede regular sobre algo legalmente si, de acuerdo con la Constitución, el correspondiente poder en la materia ha sido transferido. Si tal competencia no es mencionada en la Constitución, entonces los Cantones son los responsables.

⁶ Hoy en día esto está expresamente regulado en el artículo 48 de la Constitución federal.

⁷ Regulado en el artículo 56 de la Constitución federal.

⁸ Artículo 128.2 de la Constitución federal. El tipo impositivo máximo para los impuestos de la Confederación está estipulado en la Constitución.

Las competencias reguladores de los Cantones incluyen:

1. Las *Competencias auténticas*: en este caso el Cantón decide con independencia de si quiere hacerse cargo de la tarea como tarea estatal, de cuales quiere hacerse cargo y de cómo lo hará —es decir, con qué instrumentos, en qué medida y en que marco temporal.
2. *Competencias delegadas (transferidas)*: el Estado central puede transferir competencias que estrictamente hablando deberían pertenecerle (por ejemplo el Estado central regula el planeamiento urbanístico y la urbanización pero en el caso del planeamiento para un especial territorio esta competencia puede ser transferida a los Cantones). Los Cantones pueden entonces libremente elegir cuanto territorio quieren dedicar a la construcción, sin que el Estado central esté autorizado a interferir). Aquí de nuevo otra vez los Cantones tienen su área propia de decisión que el Estado central ha de respetar.

Estamos convencidos de que *el meollo* de la autonomía se da a través de un número mínimo de áreas básicas de competencia, un derecho básico a organizarse (autonomía constitucional) y autonomía financiera en el sentido de que se puede acceder a fondos no comprometidos.

d) Así, pues, los Cantones están autorizados a desarrollar y ejecutar el Derecho del Estado central. Este *derecho a desarrollar y ejecutar* —que es tanto un derecho como una obligación— ha sido establecido en la Constitución federal⁹ desde 2000 aunque ya había sido desarrollado en la práctica y era una parte reconocida del federalismo suizo. Forma parte de un sistema de poderes compartidos dentro de una estructura de competencias divididas verticalmente y ofrece a los Cantones sus propias posibilidades y libertad de acción especialmente en la organización de la ejecución (nombramientos de autoridades públicas, procedimientos, transferencia de la ejecución de la tarea, mecanismos de control, esquemas de incentivos, y otros) en tanto en cuanto estas posibilidades hayan sido también acordadas en las estipulaciones sustantivas del Derecho del Estado central. Estas posibilidades independientes están hoy en día expresamente garantizadas en la Constitución aunque solo como un *principio*¹⁰, algo que importa especialmente a los Cantones con recursos limitados. Es de hecho un asunto del Estado central y de los estados miembros trabajando juntos para producir la responsabilidad directa de los Cantones lo que se posiciona en cierta medida entre la percepción autónoma de cuáles son las funciones propias (autogobierno) y la participación en la legislación de la Confederación (gobierno compartido).

e) De acuerdo con la opinión federalista suiza para garantizar el autogobierno, la autonomía fiscal y la soberanía organizativa de los Cantones el Es-

⁹ Artículo 46 de la Constitución federal.

¹⁰ Artículo 46.2 de la Constitución federal

tado central (la Confederación) no puede asumir para sí misma ninguna función ni puede dárselas a los Cantones sin tener en cuenta sus necesidades y posibilidades. La Confederación debe también verificar que los estándares mínimos de organización y procedimientos están presentes en los Cantones pero no puede establecer ningún detalle. Deben respetar la cooperación y coordinación entre los estados miembros, es decir la existencia de una red horizontal y sobre todo deben vigilar las necesidades de un número pequeño de Estados cuando los recursos financieros se están solicitando y repartiendo. Finalmente, la confederación tiene la obligación de producir y velar por un contexto de igualdad.

4.2. GOBIERNO COMPARTIDO

El segundo elemento esencial del sistema federal suizo es el derecho de los Cantones a participar en las decisiones de la Confederación. Estos derechos de participación y posibilidades son una expresión de solidaridad, de comunión de intereses y conducen al diálogo. Requieren que las entidades federales (la Confederación, los Cantones) se traten como socios y que se tomen los unos a los otros en serio y con respeto. El gobierno compartido ha llegado fundamentalmente al proceso legislativo, incluyendo el proceso constitucional como una parte central de la que es parte la división de funciones y competencias.

Retornaremos más adelante a cómo se organiza el gobierno compartido (Parte II.3).

4.3. INESTABILIDAD

Con independencia de la fuerte posición constitucional de los Cantones y de la gran tradición en la Confederación suiza de un pulso centralista centrífugo para tener poder centrípeta no deberíamos pasar por alto el hecho de que ha habido una insidiosa y continua pérdida de autonomía de los Cantones desde la Segunda Guerra Mundial. Esta pérdida presenta el desafío más grande a todas las reformas del federalismo que se han emprendido desde principio de los noventa.

II. EL SISTEMA FEDERAL DE TOMA DE DECISIONES EN SUIZA

1. Los fundamentos de las decisiones estatales en un contexto federal

A la hora de abordar el asunto del poder (competencias) en Suiza se han observado los tres siguientes elementos:

1. La división de poderes (competencias) es un aspecto tradicional y fundamental del Estado federal. Esta división de poder se refiere al poder legislativo y significa una división vertical del poder en el área de la legislación
2. La división de poderes es esencial por cuestiones de autonomía. No obstante en un mundo interrelacionado y moderno es insuficiente en sí misma y no suficientemente amplio para satisfacer muchos requisitos.
3. La participación y las diferentes formas de cooperación entre las unidades federales es esencial. Esto presupone que hay confianza entre los socios federales y exige que el Estado realice continuos esfuerzos para mejorar el procedimiento y lograr resultados consistentes. Por esta razón en una realidad moderna, el autogobierno, el gobierno compartido y la cooperación constituyen un triángulo mágico para un sistema federal.

2. La división del poder

Inicialmente, en el epígrafe primero del punto cuarto nos referíamos al artículo 3 de la Constitución federal que se refiere la autonomía y a los poderes generales de los Cantones. Este principio básico fue (gracias a un cambio en la Constitución de 2004 —que entró en vigor en 2008) ampliado de acuerdo al principio de subsidiariedad (Artículo 5.a de la Constitución federal). Tal y como se señala claramente en el artículo 43.a.1) «La Confederación sólo asumirá aquellas tareas que exceden de las posibilidades de los Cantones...». El principio de subsidiariedad es no sólo válido (aunque especialmente lo sea) para el reparto del poder. Aunque autorizadas voces ya habían aceptado bajo la antigua Constitución (la de 1874) el principio básico de subsidiariedad, su implementación en el *división de poder* no se reconoció de verdad sino que en realidad se refirió más bien al *ejercicio del poder* y a asuntos relativos a la *extensión* del poder (aceptación de los poderes implícitos). Hasta ahora la división constitucional de poder ha seguido en esencia consideraciones prácticas, en particular legislación a través de derechos democráticos (referéndums e iniciativas de los Cantones) y a través de mociones parlamentarias. Es a menudo más simple y eficiente presentar una moción a nivel federal porque al nivel de los Cantones hay una serie de pasos jurídicos obligatorios que pueden representar obstáculos a nuevas peticiones.

Sin embargo, por mucho que el principio básico de subsidiariedad fue necesario y apto, su efectividad no es ni mucho menos cierta. Ni puede probarse que beneficie a los Cantones ni tiene un efecto contrario al centralismo. Esto está vinculado al hecho de que en Suiza ha habido iniciativas de cambios constitucionales populares conducidas por consideraciones políticas y sólo en muy pocas ocasiones por el principio de subsidiariedad. Estas representan un modo común de intervencionismo político. Este tipo de iniciativas constitucionales puede transferir poderes directos sobre la Confederación sin, de acuerdo

con el principio de subsidiariedad, hacer ninguna referencia a los estados miembros¹¹. El futuro mostrará si a pesar de estos instrumentos de control democráticos todos los pensamientos en torno al principio de subsidiariedad pueden ser completamente dejados a un lado.

3. Gobierno compartido (participación) de los Cantones en la Confederación a detalle

3.1. DOS TIPOS DE PARTICIPACIÓN

El sistema federal suizo ofrece a sus estados miembros dos formas de participación en la Confederación. Una es la *participación formal* basada en los «derechos» constitucionalmente garantizados y en las tradicionales posibilidades de participación que tienen los Cantones. La otra es lo que es conocido como *participación atenuada* llevada a cabo a través de un jurídicamente débil pero efectivamente tutelado derecho a la consulta, a la consideración, y a la información.

3.2. PARTICIPACIÓN FORMAL

1. A la hora de hablar sobre la participación formal en la Confederación realmente nos estamos refiriendo a instituciones y en especial a la Cámara de los Cantones. Es equivalente a la Cámara de Representantes en que es un socio igual en la Asamblea federal, es decir el Parlamento del Estado central (Confederación). Cada Cantón envía dos representantes a la Cámara de los Cantones, con la única excepción de los seis semi-Cantones que únicamente envían a un representante. Las elecciones a la Cámara de los Cantones se llevan de conformidad con los reglamentos de cada Cantón. Hoy todos los miembros de la Cámara de los Cantones son elegidos por el pueblo y no, como solía suceder originalmente en varios Cantones, por el gobierno. Es interesante igualmente que la Constitución federal prohíbe estrictamente el voto «por representación»¹². De ahí que la Cámara de los Cantones no pueda ser considerada un cuerpo que represente los gobiernos de los Cantones. Los gobiernos de los Cantones intentan utilizar diferentes medios para inclinar la Cámara de los Cantones hacia sus puntos de vista, o al menos acercarse a ello. Pero al final del día la Cámara de los Cantones es un instrumento muy débil para defender los intereses de los Cantones dentro de la Confederación.

¹¹ Por lo menos una contrapropuesta podría disminuir el efecto.

¹² El artículo 161 de la Constitución federal: «Ningún miembro de la Asamblea Federal podrá votar conforme a las instrucciones de otro miembro».

2. En muchos aspectos hay también una participación procedimental tal y como se desprende de lo siguiente:
 - a) Una revisión o incluso una revisión parcial de la Constitución federal sólo es posible cuando, además de la mayoría de los ciudadanos hay también una mayoría de Cantones preparados para aceptar los cambios¹³. Un referéndum tiene lugar en cada Cantón para saber esa opinión. En otras palabras, se necesita la aprobación cantonal y se logra utilizando democracia básica y no necesariamente la opinión de las autoridades.
 - b) Ocho Cantones pueden solicitar un referéndum opcional y de esta manera forzar un referéndum sobre leyes federales y tratados internacionales importantes (artículo 141 de la Constitución federal). Esta posibilidad representa un débil elemento de participación. Hasta la fecha solamente se ha utilizado en una ocasión.
 - c) Cada Cantón tiene el derecho a plantear iniciativas legislativas al Parlamento Federal para casos en los que el área de competencia afectada se encuentra dentro del ámbito del Parlamento Federal. El Parlamento Federal decide por sí mismo si quiere o no aceptar la iniciativa y, si fuera necesario, en qué forma. Este mecanismo es utilizado frecuentemente aunque en la práctica del Parlamento no siga a menudo la proposición.
 - d) Los Cantones pueden reclamar la participación específica en asuntos internacionales. Esto está estipulado en una norma especial (Ley de Participación) que señala el derecho de los Cantones a ser consultados e informados de manera puntual y a trabajar conjuntamente con el Gobierno federal.

3.3. PARTICIPACIÓN ATENUADA

La participación atenuada no es una participación informal sino más bien una forma de participación jurídicamente débil pero efectiva. Hay diversos tipos:

- a) La más significativa es la posibilidad dada a los Cantones de tomar parte en las fases inicial y preparatoria de la legislación. La Confederación informa a los Cantones de sus intenciones totalmente y a su debido tiempo. *Debe* consultar a los Cantones cuando sus *intereses* se vean afectados (artículo 45.2 de la Constitución federal) lo que acontece en la mayoría de los casos. Los Cantones también han de ser específicamente oídos durante la preparación de la legislación y de otros proyectos (cuando tal legislación/proyectos tienen un efecto en las competencias que pertenecen a los Cantones) y también en la preparación de los

¹³ En esta situación los semi Cantones tendrían sólo medio voto.

tratados internacionales de importancia (artículo 147 de la Constitución federal). En esta situación se ha estipulado que la consulta ha de hacerse por parte del Gobierno y no por el Parlamento. Los Cantones no tienen un derecho real a la participación durante la fase parlamentaria de elaboración legislativa aunque la participación de los representantes de los Cantones vía Parlamento no está excluida.

- b) Los grupos de trabajo se pueden establecer para ciertos proyectos. Los Cantones no están siempre representados en estos grupos. Dependiendo del área temática puede ser que los representantes de las ciudades, como motores del desarrollo social y económico, sean llamados a participar. En ocasiones y con un creciente éxito se forman mesas redondas para redactar proyectos de ley. Tanto los representantes del Gobierno federal como de los Cantones participan en ellas.
- c) Finalmente, se celebran reuniones anuales entre los Gobiernos federal y Cantonal. Esto es lo que se conoce como «diálogo federal» y se utiliza como un mecanismo para el intercambio de opiniones.

3.4. UN DEBER DE CONSIDERACIÓN HACIA LOS CANTONES

El poder legislativo de la Confederación está finalmente limitado porque tiene que tener en consideración la carga financiera que se asocia a la implementación del Derecho federal y que se sitúa sobre los Cantones (artículo 46 de la Constitución federal, véase arriba Epígrafe II.4.d)¹⁴.

4. Desafíos al Estado federal suizo

4.1. TENDENCIA A LA CENTRALIZACIÓN

El primer desafío que afronta el Estado federal suizo es la tendencia hacia el fortalecimiento del poder central. Esta tendencia ha ocurrido por diferentes razones:

- Nuevas o mayores tareas para el Estado
- La internacionalización, especialmente, del Derecho mercantil. Más y más acuerdos internacionales que se han firmado contienen normas que afectan y reducen los campos de competencia de los Cantones.
- Disparidades entre los Cantones. Sobre todo aquí nos referimos a diferentes posiciones respecto de sus necesidades políticas. Necesitan diferentes velocidades a la hora de regular y poner en práctica sus necesidades políticas así como los diferentes niveles de implementación, sin

¹⁴ Artículo 47.2, segundo inciso de la Constitución federal.

embargo las posturas conservadoras son simplemente no compatibles con los tiempos modernos y acelerados.

Todo esto conduce a una creciente falta de verdadero entendimiento de las diferencias en un contexto que opera globalmente y en un mundo interdependiente que cambia rápidamente y que en consecuencia tiene más querencia por reglas uniformes.

4.2. CAMBIOS EN EL PODER

1. Tras la Segunda Guerra Mundial se abordaron e implementaron las nuevas necesidades emergentes que venían cada vez en mayor medida de la Confederación. El Estado social y el Estado económico son fruto de la legislación federal: el desarrollo de la infraestructura de transportes, la protección medioambiental, la unificación del mercado interno e incluso el Derecho procesal se han convertido todas en competencias de la Confederación. Y todo ello ha sido realizado sin ni siquiera una mirada al principio de subsidiariedad, es decir, sin ver si los Cantones podían abordar esos asuntos tan bien o incluso mejor que el Estado central. Así pues las necesidades modernas se consideran una seria amenaza a la estructura federal de Suiza.

2. Otro problema más es el del número creciente de transferencias financieras de la Confederación a los Cantones. Las relaciones financieras se han complicado, se han vuelto poco claras, confusas y contra productivas. Se necesitaba una reforma urgentemente.

En 1980 se hizo un intento inicial para regular de nuevo el reparto de poder entre la Confederación y sus Cantones. Poco después de que el trabajo comenzara en esta ambiciosa tarea, quedó en nada porque no era algo querido políticamente. En 1990 se estaba discutiendo la entrada en el Área Económica Europea. En 1992 tuvo lugar un referéndum sobre la materia que tuvo un resultado negativo. El proyecto hizo a los Cantones políticamente conscientes de cómo se habrían situado en el escenario internacional si el Área Económica Europea hubiera reducido fuertemente sus poderes.

Esto dio impulso a la fundación de la *Conferencia de los Gobiernos de los Cantones*, una organización política que situó la necesidad de cooperar al más alto nivel Cantonal. Esta nueva estructura permitiría a los Cantones conjuntamente con la Confederación preparar el Nuevo Programa de Nivelación financiera.

4.3. PONIENDO EN EQUILIBRIO AUTOGBIERNO Y GOBIERNO COMPARTIDO

Hasta los años noventa, la fórmula para compensar a los pequeños poderes pequeños fue un fortalecimiento de los poderes de ejecución y de gobierno

compartido. Sin embargo esto sólo resolvió en parte el problema. Una relación equilibrada entre el autogobierno y el gobierno compartido o participación es un factor decisivo a la hora de determinar la calidad de federalismo. Este hecho fue reconocido en la segunda reforma federal de 2004/2008 y se ancló constitucionalmente mejor en el Derecho¹⁵. Hay modos de encontrar un autogobierno que garantice la autonomía de los Estados miembro y al mismo tiempo no restringir demasiado la capacidad de la Confederación para actuar.

Este reconocimiento ha significado que los Cantones y la Confederación se sienten juntos no ya para desenmarañar las finanzas sino para analizar la distribución de poder.

4.4. EL NUEVO PROGRAMA DE NIVELACIÓN FINANCIERA COMO UNA REFORMA DEL FEDERALISMO

1. Tras aproximadamente diez años de trabajos preparatorios, en 2004 tuvo lugar un referéndum que allanó el camino para el Nuevo Programa de Nivelación Financiera. Las nuevas modificaciones constitucionales entraron en vigor en 2008. Son significativas en que no sólo reestructuran las relaciones financieras sino que también revisan el federalismo. Desde el inicio de los años noventa ésta ha sido la segunda reforma del federalismo suizo. Ya había habido una revisión completa de la Constitución federal en 1999 (que entró en vigor en el año 2000) para clarificar las relaciones entre la Confederación y los Cantones y que claramente había fortalecido el lugar de los Cantones (y de las municipalidades). El objetivo de estas regulaciones en el caso del Nuevo Programa de Nivelación Financiera era romper con la tendencia de evolucionar de un Estado federal a un Estado descentralizado y de este modo que se vieran fortalecidos los derechos de los Cantones.
2. Como parte del Nuevo Programa de Nivelación Financiera, el grupo de trabajo establecido por la Confederación y los Cantones sugirió la siguiente nueva distribución de competencias:
 - a) La transferencia de seis funciones que se convertirían en competencias exclusivas de la Confederación (centralización).
 - b) La transferencia de quince funciones que se convertirían en competencias exclusivas de los Cantones (federalización).
 - c) La clarificación y mejora de las relaciones Confederación-Cantón en diecisiete áreas

¹⁵ Artículo 47.2 de la Constitución federal. Mírese también al epígrafe 4.4.

- d) El establecimiento de una cooperación vinculante (tanto entre los propios Cantones como con la Confederación) en nueve áreas (por ejemplo en el campo de universidades y medicina especialista)
3. Al mismo tiempo se fortaleció la cooperación vertical y horizontal a través de varias pautas constitucionales.
 4. Esto fue seguido de una reorganización del Programa de Nivelación Financiera con el principal objetivo de reducir las disparidades económicas entre los Cantones e igualar su poder financiero. Para conseguir esto se creó un nuevo sistema de compensación con más concentración en los Cantones.
 5. Un quinto objetivo fue el de mitigar las cargas de origen geográfico, económico y social. Para conseguir esto se introdujeron dos mecanismos de *Reparto de Cargas*: uno para compensar los mayores costes que surgen de las condiciones topográficas difíciles o de una población dispersa (algo que específicamente afecta a los Cantones alpinos) y otro para mitigar los especiales altos costes sociales de las grandes ciudades que tienen proporcionalmente un mayor número de personas mayores, pobres, extranjeros y desempleados entre sus poblaciones (estas son las denominadas ciudades A).
 6. Como sexto elemento el Nuevo Programa de Nivelación Financiera establecía la posibilidad de un *complemento por condiciones de vida* dirigido a mejorar la aceptación política del programa en los Cantones financieramente débiles y limitar los efectos negativos del cambio.

III. CONCLUSIONES

El federalismo es un concepto que permite una mayor proximidad a las comunidades pequeñas y orientadas a las personas y a este respecto crea una proximidad al individuo. Así pues el federalismo permite al Estado ofrecer satisfacción individual y actual con una cara humana con independencia del contexto global de los asuntos del Estado moderno. El origen de todas las reflexiones en relación con el Estado y con el poder del Estado reside por lo tanto en el principio de que el Estado debe ser considerado como un simple continente o un buque para sus ciudadanos.

1. Un Estado federal se estructura de acuerdo a su área y a su poder estatal. Así es cómo el Estado federal reparte el poder entre sus partes. Cuanto más pequeñas son las unidades federales mayor es la influencia política del individuo por medios democráticos (incluyendo democracia directa). En este sentido la unidad federal correspondiente ofrece a la población algo con lo que se puede identificar.
2. La red federal horizontal y vertical ofrece una plataforma para cada unidad individual (el Estado central, los estados miembros, municipali-

- dades) y de este modo es posible manejar el área de tensión que existe entre diversidad y unidad.
3. Esta posibilidad de pertenecer a diferentes niveles es un factor importante en la construcción de la identidad política suiza.
 4. Un concepto procedimental se está imponiendo crecientemente sobre el concepto estructural de reparto de poder horizontal y vertical. Este concepto procedimental que tiene a la cooperación y a la participación como su criterio principal ofrece un nuevo significado a los estados miembros y complementa el concepto estructural.
 5. La cooperación tiene solamente éxito si se observan los principios, si las diferencias son toleradas, si todos los socios federales toman en serio la autonomía y muestran solidaridad. Esto requiere mayores exigencias a los socios federales. Incluso desde las reformas del federalismo suizo de principios de los años noventa que fue cuando estos principios básicos se renovaron, el federalismo todavía queda como algo que exige mucho a aquellos que participan en él. Por otro lado el federalismo puede expresar un sentimiento de mayor unión y pertenencia y en este sentido tiene un pronunciado efecto integrador.
 6. En nuestro mundo interrelacionado e interdependiente la cooperación es esencial especialmente porque nos encontramos cada vez más con un conjunto de reglas internacional o incluso supranacional que exigen la creación de legislación vinculante. Así pues el diálogo y la cooperación complementan los tradicionales derechos que constituyen la participación federal. Vinculan conjuntamente a las diferentes unidades federales (especialmente la Confederación y los Cantones) en uno, en una unidad comprensiva única, el Estado.
 7. Es igualmente claro ver que la asociación sin autonomía para todas las partes no puede ser garantizada a lo largo del tiempo. Depende por consiguiente de la Constitución federal definir y garantizar esta autonomía.
 8. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial en Suiza hemos visto como la importancia de los Cantones se ha reducido. Este fenómeno ha sido debido a varios desarrollos en la comunidad internacional que son también producto de diversos factores internos.
 9. Sin embargo los Cantones han adoptado contramedidas a este desarrollo reforzando su posición a través de la creación de una organización horizontal al mismo nivel que el Gobierno federal (las diferentes y en gran medida coordinadas organizaciones transversales han existido en diferentes áreas durante muchos años).
 10. Los Cantones han estado firmando acuerdos regionales y nacionales entre ellos desde los tiempos de antaño. Estos acuerdos eran y aún son en parte de una naturaleza administrativa y en otra legislativa, con efecto directo sobre las vidas de los ciudadanos. Desde el 2008 los receptores de este tipo de cooperación han sido fortalecidos y mejor

organizados en la Constitución federal. Si hay una necesidad de una mayor armonización o unificación los Cantones tienen ciertamente un instrumento que puede usar para ir fuera de sus estrechos márgenes y hacer leyes con sus propias competencias. Esto reduce la necesidad de realizar regulaciones desde la Confederación (Estado central) y aminora la presión sobre la centralización.

11. La distribución de poder en Suiza debía de ser repensada en su totalidad y la nueva distribución está basada en principios coherentes. En este sentido el principio de subsidiariedad ha visto fortalecido su relevancia y el principio de equivalencia fiscal (el principio de los beneficios) se ha introducido. Ambos dos, conjuntamente han construido la estructura para la distribución del poder del Estado.
12. El federalismo vive del diálogo y del flujo abierto de información tanto entre los Cantones y el Estado central (la Confederación suiza) y al nivel intercantal.

IV. APUNTES FINALES

1. Equilibrar las diferentes áreas de poder en un sistema federal y lograr un equilibrio entre el autogobierno y el gobierno compartido de los estados miembros es un proceso continuo. En realidad, nunca ha terminado. Para cada situación histórica se redefinen los objetivos específicos. Y deberíamos recordar que las competencias de los estados miembros nos ofrecen bastantes oportunidades concretas de las que podemos hacer uso: pueden servir tanto como modelo para un proceso paso a paso para encontrar una solución a los problemas modernos. En consecuencia un sistema federal puede ser considerado un «*sistema de aprendizaje*». Este tipo de enfoque sabio es la mejor manera de tratar con los problemas actuales, especialmente importante en una democracia que contiene elementos directos, puesto que este tipo de democracia tiende hacia el conservadurismo si en ciertas áreas el pueblo (es decir, los electores) son escépticos respecto al cambio y se oponen a nuevas regulaciones (por ejemplo en áreas rurales), mientras que en otras (por ejemplo en áreas urbanas), estos mismos asuntos se valoran de manera diferente y los cambios son aceptados más rápidamente. En este sentido el federalismo ofrece espacio para un Estado que contenga *diferentes pero en cualquier caso democráticamente apropiadas velocidades*.
2. La cooperación horizontal y los intercambios horizontales deben no obstante funcionar bien si las oportunidades anteriormente mencionadas han de ser utilizadas óptimamente. Esto es solamente para determinar, cuando se valora sistemáticamente, la efectividad, los pros y contras de las regulaciones y para conocer qué necesidades han sido insatisfac-

toriamente resueltas y cuales han surgido de nuevo. Esto significa que tienen que estar disponibles datos para todos los jugadores políticos. Y por jugadores políticos no solo nos referimos a las autoridades y gobiernos del Estado central y de los estados miembros sino también los miembros de los Parlamentos y representantes electos a todos los niveles e incluso otros tipos de jugadores políticos tales como los partidos políticos y las ONGs. Este tipo de base de datos resulta siempre ser un desafío en Suiza. A fecha de hoy está lejos de haberse desarrollado suficientemente.

3. Es una solución todavía relevante para mejorar los derechos de los Cantones como estados miembros, de modo que puedan plantear una efectiva lucha contra la creciente centralización. En Suiza está mal visto desde el punto de vista político que los Cantones con reclamaciones sobre leyes federales (que bien pudieran ser demandas contra otros Cantones como contra la Confederación misma) interpongan recurso ante el Tribunal Supremo Federal Suizo, la más alta corte del país. Además si el Tribunal Supremo Federal Suizo no puede emitir un fallo válido es precisamente a causa de disposiciones precisas vinculadas a leyes federales. Estas disposiciones, por una proposición realizada por el Gobierno federal, de acuerdo con los Gobiernos cantonales pueden ser abolidas en caso de disputas sobre competencias. El Tribunal Supremo Federal Suizo debería ser capaz de resolver tales disputas. La proposición sería de todos modos rechazada por el Parlamento. Así pues es inevitable que se busquen otras vías. Quizás tendrían sentido procedimientos de arbitraje especiales para las diferencias o incluso simplemente para la clarificación de las opiniones diferentes entre el Estado central y los estados miembros, especialmente en casos en los que los estados miembros sientan que su autonomía ha sido infringida. En estas relaciones también hay desafíos por resolver que Suiza habrá de abordar en el futuro.
4. Finalmente un último reto que necesita ser citado y que es en la actualidad políticamente tabú y que requeriría un cambio en la Constitución. La estructura territorial-estatal debería ser reconsiderada. Con una finalidad estadística actualmente grandes espacios son todos sumados conjuntamente y a causa de las grandes aglomeraciones que se extienden sobre las fronteras de los Cantones, ha surgido una cooperación transfronteriza. Esto podría ser utilizado para un debate político más amplio. En un futuro cercano, en cualquier caso, parece improbable que esto suceda.

¿Una vía hacia el federalismo en Italia?¹

Silvio Gambino
Universidad de Calabria, Italia

SUMARIO: 1. Algunas premisas. 2. Regionalismo vs. federalismo. Discutible validez hermenéutica de las categorías de análisis empleadas por la doctrina jurídica (pero también por la doctrina politológica). 3. Autonomía regional y unidad nacional (forma de Estado, distribución territorial de las competencias y ciudadanía unitaria/social). 4. Formas de Estado, federalismo fiscal y derechos de ciudadanía. Notas comparativas.

1. ALGUNAS PREMISAS

La experiencia italiana en materia de reforma regional y del (denominado) federalismo fiscal sugiere de inmediato reformular el título de esta ponencia, con un signo de interrogación final.

Ciertamente, el extranjero que observa los hechos de nuestro país de manera superficial, es decir, sin documentarse suficientemente, podrá/podría darle un excesivo peso teórico-político a la discutible polémica promovida por el señor Umberto Bossi, Ministro de las Reformas para el Federalismo, contra el Presidente de la República, Giorgio Napolitano, quien hace algunas semanas expresó su abierta oposición a la apertura de algunas oficinas ministeriales descentralizadas en las regiones del Norte, objetando la discutible constitucionalidad de tal medida en relación con el art. 114.3 de la Constitución.

Para decirlo de una vez y desde el principio: las opciones políticas planteadas de forma estentórea por la Liga integrada en la actual mayoría de gobierno, no parecen cuestionar seriamente la forma de Estado vigente, limitándose a ocupar el espacio fundamentalmente de lo simbólico y a evocar de manera casi ritualista «el pueblo en armas», y la secesión de la Padania de Italia. No se trata, pues, de una cuestión realmente seria. Lo único serio tal vez sea solo la cuestión de la fragilidad de las razones históricas, políticas e iden-

¹ Traducido del italiano por Mario Benvenuto, Universidad de Calabria (Italia).

titarias en que se basa la formación del Estado unitario en 1861. En el debate científico y en el político se ha tratado el tema ampliamente con ocasión del 150º Aniversario de la Unidad de Italia².

Igualmente, existe además una preocupante pérdida de las razones ideales que, hace sesenta años, constituyeron la base del «pacto constitucional» estipulado en la Asamblea Constituyente entre las mayores fuerzas políticas populares (marxistas, católicos y laicos deudores del Resurgimiento) que combatieron el fascismo en favor de los nuevos principios, unitarios y sociales, que se habrían de emplear como base del Estado republicano. El análisis del cuadro político partidista hoy presente en el debate y en la vida institucional del país, describe la desaparición completa de los partidos populares y de masa en que se fundamentó la redacción de la Constitución, orientándose hacia partidos de tipo personal y en todo caso idealmente y programáticamente alejados de la cultura constituyente y de sus valores solidarios³.

Sin embargo, el interrogante sobre el impacto de la desaparición de las culturas constituyentes en el debate institucional y político relativo a las tentativas de reforma constitucional (y de reforma del Estado), en curso por lo menos desde hace dos décadas, parece bien planteado. Asimismo, parece bien planteado el enfoque más general del cambio constitucional dirigido a la consecución de un regionalismo reforzado, que inclusive se parezca (en todo caso sin poder ser identificado) al federalismo esperado y anhelado (por varias partes, pero por cierto no por todo el País, ni por todas las fuerzas políticas).

Es más, sobre todo en los últimos veinte años, la doctrina constitucional y los estudios politológicos han observado atentamente los temas relacionados con la ordenación territorial de los poderes, tanto desde la óptica de la subsidiariedad de la función pública como desde la relativa a las relaciones entre descentralización territorial y procesos de gobierno, como —y sobre todo— desde la relacionada con la garantía de los derechos ciudadanos (nacional y social)⁴.

² Sobre este punto, cfr. véase también nuestro trabajo: «Unità d'Italia e Identità nazionale. L'esperienza italiana fra storia e attualità costituzionale», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n.º 3, 2010.

³ En la amplia bibliografía, cfr., también, GAMBINO, S., «La forma di governo in Italia fra Parteienstaat e Premierato assoluto», en *Studi in onore di Franco Modugno*, Nápoles, 2011. Sobre el tema, cfr., además, nuestro «Rappresentanza e Governo, fra riforme elettorali (partigiane), partiti politici (sregolati) e governi (deboli)», en *Politica del diritto*, n.º 2, 2008; CALISE, M., *Il partito personale*, Roma-Bari, 2000; *id.*, «Il governo di partito in prospettiva costituzionale», en CALISE, M. (ed.), *Come cambiano i partiti*, Bologna, 1992; *id.*, *La Terza Repubblica, Partiti contro Presidenti*, Roma-Bari, 2006; GIRAUDI, G. (ed.), *Crisi della politica e riforme istituzionali*, Sovera Mannelli, 2005.

⁴ Entre otros, véanse PACE, A. (coord.), *Quale dei tanti federalismi*, Padua, 1997; D'ATENA, A., *Federalismo e regionalismo in Europa*, Milán, 1994; APARICIO, M.A. *La descentralización y el federalismo. Nuevos modelos de autonomía política (España, Bélgica, Canadá, Italia y Reino Unido)*, Barcelona, 1999; GAMBINO, S., «La reforma regional italiana», en BECERA, M.J., *El Estado autonómico*, Terol (edición de), Sevilla, 2005; GAMBINO, S.,

En relación a tales tendencias —es decir, respecto a la consolidación del regionalismo como «proceso de federalización» *statu nascenti*— pueden identificarse interesantes puntos de contacto con las temáticas (y los problemas conexos) de cualificación jurídica relativas tanto al Estado federal como al regional⁵.

En ese marco, la pregunta general que se plantean tanto el jurista como (y sobre todo) el legislador de reforma constitucional concierne a la evolución actual (o al menos a la evolución tendencial) de la tradicional organización centralista y centralizada de los poderes públicos (y de las correspondientes formas de legitimación democrática), hacia formas institucionales (y políticas) que mutan, en el fondo, hasta casi confundirlos, con aquellas formas que fundamentan los ordenamientos de tipo federal⁶.

Con relación a dicha problemática, a través de la presente reflexión se intentará evaluar, primeramente, en qué medida y de qué manera, las actuales reformas legislativas/administrativas y constitucionales en Italia constituyen (o que por lo menos permiten) una superación de la tradicional organización «centralista» de los poderes públicos; en segundo lugar, si el reformado ordenamiento constitucional, con las nuevas competencias asignadas a nivel regional y la apreciada autonomía estatutaria constitucionalmente reconocida a las regiones, permite prefigurar posibles desigualdades entre los ciudadanos sobre base de los territorios/regiones de pertenencia⁷.

2. REGIONALISMO VS FEDERALISMO. DISCUTIBLE VALIDEZ HERMENÉUTICA DE LAS CATEGORÍAS DE ANÁLISIS UTILIZADAS POR LA DOCTRINA JURÍDICA (PERO TAMBIÉN POR LA DOCTRINA POLITOLÓGICA)

En relación al modelo teórico de clasificación de la forma de Estado a raíz de la reciente revisión constitucional del Título V (l. const. n. 1/99 y l. const.

«La reforma regional italiana», en BECERA, M.J., *El Estado autonómico*, Terol (edición de), Sevilla, 2005; LANG, A. y SANNA, C., *Federalismo e regionalismo*, Milán, 2005; REPOSO, A., *Profili dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, Turín, 2005; MARTINES, T.; RUGGERI, A.; SALAZAR, C., *Lineamenti di diritto regionale*, Milán, 2005; GAMBINO, S., *Diritto regionale*, Milán, 2009.

⁵ Entre otros, véanse LOMBARDI, G., *Lo Stato federale*, Turín, 1987; LUCATELLO, G., *Lo Stato federale*, Pádua, 1939.

⁶ RUGGERI, A., «La ricomposizione delle fonti in sistema, nella Repubblica delle autonomie, e le nuove frontiere della normazione», en *Le Regioni*, n° 4, 2002; ANZON, A., *I poteri delle regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, Turín, 2003; MANGIAMELLI, S., *La riforma del regionalismo italiano*, Turín, 2002; GAMBINO, S. (coord.), *Il «nuovo» ordinamento regionale. Competenze e diritti*, Milán, 2003; GAMBINO, S. (coord.), *Regionalismo, federalismo, devolution. Competenze e diritti. Confronti europeo (Spagna, Germania e regno Unito)*, Milán, 2003; GAMBINO, S., *Diritto regionale e degli enti locali*, Milán, 2009.

⁷ De la amplia bibliografía, cfr. GAMBINO, S., *Regionalismi e statuti*, Milán, 2008; CASTELLÀ ANDREU, J.M. y OLIVETTI, M. (coords.), *Nuevos Estatutos y reforma del Estado. Las experiencias de España e Italia a debate*, Barcelona, 2009.

n. 3/2001), de inicio, hay que subrayar que la misma no se autodefine, tampoco «*nomine juris*», como «federal». De forma muy sintética se puede afirmar que la reforma constitucional del regionalismo italiano constituye (nada más que) un cuadro constitucional (un «arquitrabe») necesario para asegurar la «armonía» a toda una serie de medidas legislativas, numerosas e intermitentes, que durante más de una década (a partir de 1999) han afectado al ordenamiento de las instituciones regionales y de las autonomías locales y que con los años se han sucedido en ausencia de un marco orgánico de referencia prospectiva.

El juicio comúnmente recurrente de los observadores más atentos de la materia es que tanto la ley n. 59/97⁸ como la más reciente revisión constitucional en materia regional y local no constituyen simples «correcciones» del modelo regionalista constitucional —ya ejecutado con las regionalizaciones de la primera y la segunda parte de la década de los años '70⁹— sino por el contrario un cambio general de todo el sistema regional y del autonómico, que incumbe a todos los niveles institucionales de gobierno (incluso a los estatales), proponiéndose completar la fundación de una «República de las autonomías»¹⁰. En este sentido, una parte de la doctrina regionalista del País ha podido hallar en las reformas constitucionales (sobre las que ahora reflexionamos), una forma de Estado encuadrable como «Estado regional con tendencia municipal»¹¹.

De ese modo, se puede pensar que mientras las dos primeras regionalizaciones (años 70 y 80), constituyeron meras realizaciones de las disposiciones constitucionales del anteriormente en vigor Título V Const.¹², el actual proceso de regionalización (la tercera) constituye, predominante y principalmente, la realización de los principios constitucionales relativos al autonomismo y al pluralismo institucional (ex art. 5 Const.)¹³.

La *ratio* de las «reformas administrativas» (denominadas «leyes Bassanini»), tal como confirmaron las reformas constitucionales a finales los años 90, no ha sido, por tanto, la de asignar a las regiones funciones, en el fondo, constitucionalmente diferentes de las que preveía la Constitución del 47. La *ratio*, en ese sentido, fue más bien reordenar y reorganizar «globalmente» el Estado (considerado como «Estado-ordenamiento» y no sólo como «Estado-aparato»), refor-

⁸ Con la que había comenzado una fuerte descentralización administrativa, también en ese caso considerada como «federalismo administrativo a Constitución inalterada». GAMBINO, S. y D'IGNAZIO, G., *Federalismo amministrativo e regioni*, Cosenza, 2002.

⁹ Cfr. GROPPI, T., «L'evoluzione della forma di Stato in Italia: uno Stato regionale senz'anima?», en *La Costituzione ieri e oggi*, Accademia Nazionale dei Lincei, 9/10, Gennaio, 2008. ROLLA, G., *Diritto regionale e degli enti locali*, Milán, 2009.

¹⁰ Cfr. GROPPI, T. y OLIVETTI, M., *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Turín, 2003.

¹¹ Cfr. GROPPI, T., «Le régionalisme italien aujourd'hui: un Etat régional à tendance municipale?», en *Revue française de droit constitutionnel*, n.º 43, 2000; J.-C. ESCARRAS, J.-C., «L'Italie, un Etat régional?», en BIDÉGARAY, Ch., *L'Etat autonome: forme nouvelle ou transitoire en Europe?*. París, 1994.

¹² Cfr. AA.VV., *Seicentosei dieci anni dopo*, Roma, 1988.

¹³ Cfr. ESPOSITO, C., *La Costituzione italiana*, Saggi, Padua, 1954.

zando a las regiones y a las autonomías locales, pero sin que dicha reorganización adquiriera el marco formal propio de un Estado federal.

Dicha reorganización, por otra parte, se desarrolla en base a los principios «orientativos» contenidos en el art. 5 Const., que, como ya ha sido reinterpretado por la ley n. 59/97, podría configurarse como una formulación *ante litteram* del principio de subsidiariedad, en los límites asegurados en la primera parte de la Constitución a los derechos y los principios fundamentales constitucionales. Las «reformas administrativas», y en particular los decretos de ejecución de la ley 59/97 (decretos legislativos n. 143/97, n. 112/98, n. 114/98, n. 123/97, n. 132/97, n. 422/97, n. 469/97, además de la más tardía reforma de los servicios sociales, acogida por la ley n. 328 del 2000), pueden ser, en fin, pacíficamente considerados, en ese sentido, si no como la cumbre de la descentralización institucional y administrativa posible, por lo menos como la cumbre de la devolución alcanzada en el curso de la historia del Estado italiano, antes de la reforma regional adoptada por la l. const. 3 de 2001¹⁴.

Respecto al problema de la superación de la organización centralizada de los poderes públicos, la respuesta que se puede proponer aquí, sobre todo a raíz de la reciente y muy atormentada reforma constitucional, no permite, de ninguna manera, que la nueva forma de Estado italiano pueda clasificarse como inspirada en el modelo federal (tampoco en el proto-federal o en el pre-federal). El modelo abstractamente deducible de las reformas constitucionales a principios del año 2000 sigue inspirándose en una forma de Estado regional caracterizado por una realización «extrema» de la opción autonomista, en todo caso ya presente en la Constitución del '47¹⁵. Respecto a esta última, las reformas (tanto legislativas/administrativas como constitucionales) se presentan, como se ha dicho anteriormente, más como «desarrollo» tardío de los principios constitucionales (art. 5 Const.) en materia de descentralización institucional y administrativa que como una efectiva modificación/integración de los mismos.

Sin embargo, incluso en la imposibilidad de deducir de las actuales reformas una nueva forma de Estado que pudiera calificarse como federal, las innovaciones aportadas primero por las reformas legislativas y administrativas y sucesivamente por las reformas constitucionales, son ciertamente significativas, en cuanto fueron «actualizados» extensamente los valores y los principios ya contenidos en la Constitución del 47, pero que quedaron «encerrados» en una forma excesivamente deudora del Estado liberal del siglo XIX y que tuvieron que con-

¹⁴ Cfr. FALCON, G.D., «Introducción», en AA.VV., *Lo Stato autonomista*, Boloña, 1998.

¹⁵ Cfr. LUCIANI, M., «Un regionalismo senza modello», en *Le Regioni*, n.º 5, 1994; BIN, R., «Sette anni di riforme ma i nodi rimangono irrisolti», en *Le istituzioni del federalismo*, n.º 3/4, 2003, nn. 3/4; GAMBINO, S., «Statuti, poteri e funzioni degli enti autonomi della Repubblica, fra, riforme costituzionali e sussidiarietà», en *Le Istituzioni del federalismo*, n.ºs 3-4, 2009.

frontarse con el protagonismo de las autonomías políticas (partidos políticos), que caracterizaron durante más de medio siglo la «Constitución material» del país¹⁶.

En relación a la dinámica de las «reformas territoriales» llevadas a cabo en Italia al menos desde hace una década, no se puede hablar sino de una plena, muy tardía, ejecución de la Constitución del 47, después del «congelamiento» pluridecenal a que la misma fue sometida por las fuerzas políticas mayoritarias del país¹⁷.

Por otra parte, con respecto a los modelos doctrinales, con indudables efectos al objeto de la valoración de los cambios relativos a la forma de legitimación en el ejercicio de los poderes públicos, destaca en particular la modificación del art. 114 Const., por el que el pacto constitucional expresado en la Carta Fundamental de la República ya no prevé que «la República se reparta en Regiones, Provincias y Ayuntamientos», sino que «la República está constituida por los Ayuntamientos, por las Provincias, por las Ciudades metropolitanas, por las Regiones y por el Estado» (donde parece evidente una inversión del sujeto legitimante del ejercicio de los poderes). Tal modificación, pues, junto con la del art. 118.1, Const., además del tema de la subsidiariedad horizontal, sancionado en la misma disposición, en el párrafo IV, explicita y hace totalmente efectivo lo que ya había sido introducido en el ordenamiento por las «reformas Bassanini» a principios de 1990 y antes aún en el art. 5 de la Const.

Con dichas reformas constitucionales se lleva a efecto la constitucionalización misma del «principio de subsidiariedad»¹⁸, que ya se ha convertido en uno de los *topoi* de la publicística jurídica y política, aunque dicha innovación constitucional no está exenta de problemas con relación a las complejas cuestiones planteadas por el respeto del principio de legalidad y, por consiguiente, por la tutela de los destinatarios de la acción administrativa. Con referencia a la relación entre reformas legislativas/administrativas y reformas constitucionales, debe subrayarse cómo la transformación de las estructuras y de las funciones públicas no ha constituido el desarrollo «armónico» de un modelo claramente preconstituido, sino que, por el contrario, es la resultante de intervenciones reformadoras parciales y sectoriales. Por tal motivo, probablemente, el esfuerzo

¹⁶ Cfr. GAMBINO, S., «La difficile riforma della costituzione materiale in Italia fra leggi elettorali, partiti politici e Governi», en *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Nápoles, 2010.

¹⁷ Cfr. BIN, R., «Problemi legislativi e interpretativo nella definizione delle materie di competenza regionale. Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del titolo V», en *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. I, Nápoles, 2004.

¹⁸ RESCIGNO, G.U. «Il diritti civili fra legislazione esclusiva della Stato e stelle regioni», en AA.VV. (a cura di GAMBINO, S.), *Il nuovo ordinamento...*, op. cit.; GAMBINO, S., «Ordinamento regionale e diritti fondamentali», en GAMBINO, S. (Ed. de), *Diritto regionale*, Milán, 2009; LUCIANI, M., «I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, co. 2, lettera m, Cost)», en *Politica del diritto*, 2002; D'ALESSANDRO, S., *Sussidiarietà. solidarietà e azione amministrativa*, Milán, 2004; PRINCIPLATO, L. «I diritti costituzionali e l'assetto delle fonti dopo la riforma dell'art. 117 della Costituzione», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2002; D'ALOIA, A., «Diritti e Stato autonomistico», en *Le Regioni*, n.º 6, 2003.

de individuación y calificación jurídica de un modelo abstracto, incluso abstractamente necesario para el análisis constitucional y comparativo, no parece resultar de gran utilidad.

Sin embargo, podrían plantearse algunas hipótesis respecto a las cuales es oportuno decir que, en este momento, no es posible realizar ningún proceso de «validación», ya que las variables en juego son muchas y predominantemente políticas. De hecho, con respecto a estas últimas —tanto en el caso de las reformas constitucionales como en el caso de las reformas legislativas/administrativas— no es fácil distinguir los elementos de una racionalidad sistémica¹⁹.

Por tanto, las competencias legislativas y administrativas, tal y como fueron novedosamente redistribuidas conforme a las actuales reformas, no permiten poder alcanzar con seguridad un modelo válido de relaciones entre los varios niveles de gobierno (estatales y territoriales). Así, aunque puede sostenerse que la actual forma de Estado, según las disposiciones de reforma, se inspira, preponderantemente, en un «neoregionalismo débilmente diferenciado», no faltan también análisis que tienden a subrayar la tendencia hacia fórmulas de «municipalismo garantista»... o incluso de «neocentralismo de retorno», de «autonomismo triangular con doble centro de gravedad»²⁰. Además, dicho marco analítico resulta ulteriormente complicado por la legislación²¹ y por las formas de gestión neocentralistas que, en particular en las regiones del *Mezzogiorno*, pueden derivar de actuaciones públicas relativas a las iniciativas de «programación negociada» o también de las intervenciones «administradas por el centro» (como la Ley 488/92 o como las grandes obras de infraestructuras), pero también de aquellas relativas a la coparticipación regional para la gestión de los fondos estructurales europeos, para las cuales las regiones «débiles» (Calabria, Sicilia, etc.) han demostrado hasta el momento una escasa capacidad de programación y de gasto.

Con este escenario, es posible preguntarnos si las reformas legislativas/administrativas y las reformas constitucionales (efectuadas y en *itinere*) permiten, en particular en las regiones (fiscalmente y administrativamente) «débiles»²², realizar políticas «de ruptura» con el viejo sistema regional-local basado en la ineficacia, ineficiencia y sobre la (sustancial) irresponsabilidad de las instituciones y las administraciones públicas (en el sur no se excluyen las estatales). A esa cuestión se puede responder positivamente, tal vez con algún «riesgo» en el caso de

¹⁹ Entre otros, sobre el tema, cfr., además, cfr. VNADELLI, L., *Devolution e altre storie. Paradossi, ambiguità e rischi di un progetto politico*, Boloña, 2002.

²⁰ Cfr. G. PITRUZZELLA, G., «Municipalismo versus neoregionalismo», en *Le Regioni*, n.º 4, 1995; PASTORI, G., «Riordino delle funzioni regionali e redistribuzione a livello locale», en GAMBINO, S. y FABBRINI, G. (coords.), *Regioni e governo locale. Riforme e decentramento istituzionale. Esperienze e culture a confronto*, Rimini, 1997.

²¹ Entre otros, en ese sentido, cfr., también, MERLONI, F., «Il paradosso italiano: "federalismo" ostentato e centralismo rafforzato», en *Le regioni*, 2005, pp. 469 y ss.

²² «Regioni ad obiettivo 1», según la terminología empleada ahora por la U.E.

las regiones del sur. La respuesta obedece a la consideración de que las instituciones regionales y locales ya disponen de amplias y significativas competencias, suficientes para dar origen a un abanico de reformas (incluso políticas), y sobre todo de autoreformas (ejecutivas de la ley const. n. 1 de 1999), que les permitan experimentar políticas autónomas institucionales y administrativas dirigidas a un nuevo protagonismo en el gobierno territorial²³.

Sin embargo, bajo este perfil, los datos (económicos y sociales) ponen de relieve la existencia de fuertes asimetrías entre regiones de estatuto especial y regiones ordinarias en términos de plantilla, de políticas y, más en general, en términos de ejercicio de las competencias propias («exclusivas») y de competencias «concurrentes». Esa asimetría existe en las mismas regiones ordinarias, entre regiones «bien» administradas y regiones «mal» administradas. La respuesta a una pregunta así planteada lleva, en el fondo, a subrayar que, en este momento, las principales incertidumbres se deben a la imperfección (y a las carencias) de la reforma del Título V Const., en particular sobre las relaciones entre el Estado y las regiones, para la creación de una estructura organizativo-funcional orientada hacia un regionalismo principalmente «cooperativo e integrado»²⁴. En cambio, en lo que respecta a las relaciones entre autonomías locales (relaciones verticales pero también horizontales, hasta ahora «irresponsablemente» descuidados en la *praxis*), la razón de la parcialidad y la dificultad en la actuación de las reformas parece atribuirse principalmente a las dificultades, o a la incapacidad, de las clases dirigentes regionales para poner en marcha las reformas, de renunciar a los privilegios y de «tejer redes» entre ellas y con las realidades infra-regionales, para que asuman, con leyes y reglas adecuadas, el papel de dirección y programación²⁵.

Si las causas de las dificultades para planear y llevar a cabo «reformas de ruptura» han sido bien identificadas, los elementos resolutivos que se podría plantear están constituidos esencialmente por algunos instrumentos normativos inherentes a las relaciones entre varios niveles de gobierno. En relación al primer caso (relación Estado-regiones), para que las actuales reformas constitucionales no se perciban como el «disfraz» de la conservación de ordenaciones aún fundamentalmente centralistas, sería necesario una revisión constitucional capaz de dar voz constitucional a las regiones, transformando el actual Senado

²³ Cfr. AA.VV. (I.S.R.-C.N.R.), *La potestà statutaria regionale nella riforma della Costituzione*, Milán, 2001; GAMBINO, S., «Autonomia statutaria e forma di governo regionale (fra revisione costituzionale e Giudice delle leggi)», en BENAZZO, A. (a cura di), *Federalismi e confronto*, Padua, 2010; OLIVETTI, M., *Nuovi statuti e forma di governo delle regioni. Verso le Costituzioni regionali?*, Boloña, 2003.

²⁴ Cfr. CARROZZA, P., «Principio di collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)», en *Le Regioni*, 1989.

²⁵ Cfr. CHIEFFI, L. y CLEMENTE DI SAN LUCA, G., *Regioni ed enti locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, Turín, 2004.

de la República en una Cámara de las Regiones²⁶. Pero tal orientación, desde siempre propugnada por la mejor doctrina, hasta ahora no ha obtenido el respaldo necesario en el proceso de reformas perseguido por las varias mayorías parlamentarias que se han ido alternando sucesivamente.

Si la reforma constitucional no ha previsto la Cámara de las regiones, evidentemente las consecuencias, más allá de las posibilidades de definición de los modelos utilizados en la investigación constitucional-comparatista (que seguramente no es de tipo federal, como hemos subrayado repetidamente), no podían más que proyectarse, como ha ocurrido puntualmente, sobre el grado de conflictividad Estado-regiones respecto a la reivindicación de la titularidad de las competencias constitucionalmente asignadas²⁷. Por consiguiente, la Corte constitucional ha tenido y tendrá que arbitrar dicha conflictividad, asumiendo, paradójicamente, un papel típicamente desarrollado por ese órgano en los sistemas federales²⁸.

Respecto a las relaciones región-autonomías locales²⁹, a su vez, la normativa estatal no es del todo insuficiente. Además de la disciplina orgánica establecida en el T.U.E.L. (Texto Único de los Entes locales, adoptado mediante decreto legislativo n. 267/2000), en el art. 123 Cost., tal como fue modificado por la ley const. 1/99, se añade ahora, como último inciso, la previsión del «Consejo de las autonomías locales», que «constitucionaliza» las denominadas «reformas Bassanini» incluso sobre este preciso aspecto, generalmente definido como «confluencia permanente Región-autonomías». Sin embargo, con relación a la realización estatutaria de este nuevo instituto, se teme que puedan surgir problemas sobre todo en las regiones meridionales³⁰, en cuanto estas últimas no presentan una sólida tradición institucional en el sentido de la colaboración inter-institucional, ni han expresado, hasta ahora, autónomas y significativas capacidades de «programación desde abajo». Además, las regiones no siempre han registrado una «adecuada» sustitución de la clase política dirigente³¹ y a

²⁶ Cfr. OCCHIOCUPO N., *La Camera delle regioni*, Milán, 1975; PALADIN, L., «Per una riforma del bicameralismo», en *Quaderni costituzionali*, 1984; PEZZINI, B., *Il Bundesrat Della Germania federale: il modello tedesco e la riforma del bicameralismo nello Stato a base regionale*, Milán, 1990; AA.VV., *Il federalismo preso sul serio*, Boloña, 1996.

²⁷ Cfr. ANZON, A., «Il difficile avvia della giurisprudenza costituzionale sul nuovo titolo V della Costituzione», en *Giur. Cost.*, 2003.

²⁸ GROPPI, T., «Giustizia costituzionale e Stati decentrati: La Corte italiana dopo la revisione del 2001», en *Amministrare*, 1, 2005; GROPPI, T., «La garanzia dei diritti tra Stato e regioni dopo la revisione del titolo V», en *federalismi.it*, 2002.

²⁹ Cfr. VV.AA., *Legge «La Loggia». Commento alla L. 5 giugno 2003 n. 131 di attuazione del titolo V della Costituzione*, Rimini, 2003; GAMBINO, S., «La riforma del titolo V Della Costituzione: gli enti locali tra autonomia e federalismo», en *Guida normativa per gli enti locali*, Torriana (RN), 2006.

³⁰ Entre otros, cfr. nuestro «Statuti regionali, Consulte statutarie e Corte costituzionale», en *www.federalismi.it*, n.º 3, 2010.

³¹ Cfr. AA.VV., *La potestà statutaria regionale nella riforma della Costituzione. Temi rilevanti e profili comparati*, Milán, 2001.

las (aun numerosas) experiencias positivas de gobierno local (sobre todo en las grandes ciudades) les cuesta «trasladarse» a nivel regional. La experiencia obtenida en esta materia por parte del sistema autonómico ofrece, bajo ese perfil, un importante argumento para la valoración de las distintas realidades territoriales.

3. AUTONOMÍAS REGIONALES Y UNIDAD NACIONAL (FORMA DE ESTADO, DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DE LAS COMPETENCIAS Y CIUDADANÍA UNITARIA/SOCIAL)

Sin embargo, el perfil central del tema del presente análisis no es totalmente el perfil funcionalista (o al menos no sólo), relativo a la valoración de la periferia (regional) y al correlativo vaciamiento del centro (estatal), sino sobre todo el que lleva a interrogarse sobre la nueva configuración de las competencias con respecto a la garantía del principio de igualdad entre los ciudadanos y con ello de la ciudadanía unitaria y social, como fundamento de la vigente forma de Estado, según ha sido reformada en su ordenamiento regional y local.

Algunas consideraciones son indispensables para enmarcar ese importante perfil. Contrariamente a lo previsto en el anterior ordenamiento regional, el reformado Título V Const. introduce una relación explícita y directa entre «nuevo» regionalismo y las reformadas modalidades de disciplina de los derechos sociales y civiles³². Respecto del texto constitucional anteriormente vigente, la nueva formulación del art. 117 Const. prevé (y permite) ámbitos de competencias en materias que tienen importantes influencias sobre los derechos fundamentales, tanto sociales como civiles.

La cantidad y la calidad de la nueva asignación de las competencias a nivel regional, resulta, en realidad, materialmente comparable a la que se emplea en los sistemas federales (e incluso en los confederales), diferenciándose —más allá del marco constitucional de la forma de Estado adoptada— por las técnicas institucionales de asignación de las competencias legislativas y administrativas y su legislación ejecutiva e integrativa.

³² Cfr. GAMBINO, S., «Regioni e diritti fondamentali. La riforma costituzionale nell'ottica Comparatistica», en GAMBINO, S. (coord.), *Regionalismo, federalismo...*, op. cit.; GAMBINO, S., «Cittadinanza e diritti sociali fra neoregionalismo e integrazione comunitaria», en *Quaderni costituzionali*, n.º 1, 2003; GAMBINO, S., «Normazione regionale e locale e tutela dei diritti fondamentali (fra riforme costituzionali, sussidiarietà e diritti fondamentali)», en RUGGERI, A., *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Turín, 2007; PIZZETTI, F., «La tutela dei diritti nei livelli substatuali», en BILANCHIA, P. y DE MARCO, E., *La tutela multilivello dei diritti*, Milán, 2004; VANDELLI, L., «Egalité et régionalisme dans la Constitution italienne», en LE POURHIET, A.M. (dir.), *Droit constitutionnel local*, Paris - Aix-en-Provence, 1999; RUGGERI, A., «Neoregionalismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali», en *Diritto e società*, n.º 2, 2001.

Al asignar a la legislación exclusiva del Estado la «materia»³³ de la «determinación de los niveles esenciales de las prestaciones relativa a los derechos civiles y sociales», la disposición constitucional modificada [art. 117.2.m)] se propone asegurar la garantía del principio de igualdad ante la ley —lo que tiene que entenderse, sobre todo, como igualdad ante la Constitución— «a lo largo de todo el territorio nacional».

Un análisis análogo debería hacerse, en un estudio detallado (que no es posible llevar a cabo en esta sede), al menos, sobre «la tutela de la competencia», sobre el «equilibrio de los recursos financieros», sobre «el orden y la seguridad públicos», sobre el «ordenamiento civil y penal», y sobre la «ciudadanía», según las pautas que la Corte constitucional está siguiendo en la reconstrucción de la unidad del sistema en su reciente y abundante jurisprudencia.

El legislador de revisión se ha desplazado en un marco constitucional en el que se considera definitivamente superado el antiguo modelo del uniformismo y el centralismo al que ha correspondido, en la *praxis*, una legislación regional sustancialmente idéntica. Con respecto a un parecido horizonte teleológico, se pusieron, y se plantean de hecho como eventualidades posibles, la lesión del principio de igualdad de los ciudadanos (igualdad interpersonal) dentro de cada Región, pero (sobre todo) con relación al lugar de residencia (igualdad interterritorial). Mientras respecto a la primera situación pudieron resultar suficientes las previsiones constitucionales de prohibición de discriminación entre los individuos (art. 3.1 Const.), para las eventuales desigualdades interterritoriales, por el contrario, habrían podido quedar sin cobertura constitucional; sobre todo considerando la realidad socio-política del país, todavía caracterizada por una persistente «cuestión meridional», que debe entenderse como una (fuerte) diferencia socio-económica entre el norte y el sur del país. Es, sobre todo, respecto a una posible (pero, como sabemos, real) desigualdad como la citada previsión de la letra *m* del art. 117.2 Const. constituye una garantía de los derechos de ciudadanía «unitaria» y «social», además de la previsión del ulterior límite constituido por los «principios fundamentales» reservados a la legislación del Estado con referencia a las competencias concurrentes de las Regiones.

Sin embargo, si a las posibles lesiones del principio de igualdad interpersonal e interterritorial (incluso a raíz de las previsiones del modificado art. 116 Const.) el legislador de revisión constitucional ha hecho frente con las disposiciones de la letra *m* del art. 117.2. Const., en ese mismo enfoque de garantía (de la ciudadanía «unitaria» y «social») consiste todo el sistema de los «principios fundamentales» (y, entre ellos, principalmente el principio personalista y solidario, conforme al art. 2 Const.), y de las disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales, como «patrimonio constitucional» indisponi-

³³ ... que, no resulta raro, observándolo bien, constituye una función, como ya ha recordado la Corte const. en varias sentencias, entre las cuales n. 282/2002, n. 407/2002, n. 510/2002, n. 88/2003, n. 303/2003.

ble a la revisión constitucional, por ser «principios supremos» del ordenamiento constitucional, según una aceptada definición del Juez constitucional³⁴. En cumplimiento del principio de solidaridad le corresponde a la «República»³⁵ hacer respetar, en virtud de la solidaridad y la «cohesión social», todas aquellas garantías que contribuyen, junto con el principio de igualdad sustancial, a que se superen las desigualdades surgidas en el sistema económico y social, eliminando los desequilibrios y favoreciendo el efectivo ejercicio de los derechos del individuo.

Al legislador (estatal y regional), y al restante sistema autonómico de la República³⁶, en el ejercicio de los poderes normativos de los que son respectivamente titulares por atribución constitucional, y respetando el principio de subsidiariedad y de leal colaboración³⁷, les compete asegurar la tutela de la «unidad jurídica» y de la «unidad económica». A los mismos sujetos compete, en particular, la tutela de los niveles esenciales de las prestaciones (LEP) concernientes a los derechos civiles y sociales, prescindiendo de los límites territoriales de los gobiernos locales (art. 120, último párrafo, Const.), pudiendo (pero no se comprende por qué no «debiendo») el Estado-gobierno, en ese sentido, sustituir a los órganos de las Regiones, de las Ciudades metropolitanas, de las Provincias y de los Ayuntamientos en las hipótesis normativas previstas en la Constitución (art. 120.2), y respetando los procedimientos previstos en las leyes relativos al mencionado control sustitutivo (art. 8 de la ley n. 131/2003)³⁸.

³⁴ Sobre los límites de la (reciente y anterior) legislación de revisión constitucional cfr. además, recientemente, GAMBINO, S. y D'IGNAZIO, G., *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, Milán, 2007.

³⁵ Cfr. BARBERA, A., «L'assetto complessivo dell'ordinamento repubblicano nel nuovo testo dell'art. 114 Costituzione», en BOTTARI, C. (coord.), *La riforma del titolo V, parte II della Costituzione*, Rimini, 2003.

³⁶ Cfr. BARBERA, A., «Chi è il custode dell'interesse nazionale?», en *Quaderni costituzionali*, n.º 2, 2001; TOSI, R., «A proposito dell'interesse nazionale», en *Quaderni costituzionali*, n.º 1, 2002; BIN, R., «L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale», en *Le Regioni*, n.º 6, 2001; ANZON, A., «Un passo indietro verso il regionalismo "duale"», su *Forum-on line A.I.C.*; FALCON, G., «Modello e transizione nel nuovo Titolo V della II parte della Costituzione», en *Le Regioni*, n.º 6, 2001; NOCITO, W., *Dinamiche del regionalismo italiano ed esigenze unitarie*, Milán, 2011.

³⁷ Cfr. ANZON, A., «Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e regioni (nota a C. Cost. n. 303/2003)», en *Giurisprudenza costituzionale*, n.º 5, 2003; MORRONE, A., «La Corte costituzionale riscrive il titolo V?», en *Quaderni Costituzionali*, 2003; VIOLINI, L., «I confini della sussidiarietà: potestà legislativa concorrente, leale collaborazione e strict scrutiny», en *Le Regioni*, n.º 4, 2004; VIOLINI, L. (coord.), *Itinerari di sviluppo del regionalismo italiano*, Milán, 2005; D'ALESSANDRO, S., *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milán, 2004; MERLONI, F., «La leale collaborazione nella repubblica delle autonomie», en *Diritto pubblico*, n.º 3, 2002.

³⁸ Cfr. D'ATENA, A., «Poteri sostitutivi e konkurrierende Gesetzgebung», en <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>; D'ATENA, A., «Materie legislative e tipologia delle competenze», en *Quaderni costituzionali*, n.º 1, 2003; MAINARDIS, C., «Il potere sostitutivo», en FALCON, G. (coord.), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 131 de 5 giugno del 2003*, Boloña, 2003; SCACCIA, G., «Il potere di sostituzione in via normativa nella

Se puede concluir que, aunque la previsión del art. 117.2 m) Cost., no era en principio quizá absolutamente necesaria para la tutela de los derechos fundamentales constitucionales, tal disposición constitucional encuentra su motivación (podríamos decir que hasta «pedagógica») en la exigencia (eminentemente garantista) de explicitar que el cuadro constitucional de los principios fundamentales no ha registrado modificaciones sustanciales. Desde ese punto de vista, el ordenamiento constitucional registra solo los límites —ya plenamente constitucionalizados en el art. 117.1 Const.— impuestos por el respeto a la Constitución y por las exigencias consiguientes del ordenamiento comunitario y por las obligaciones internacionales³⁹.

Así, brevemente citadas, se pueden subrayar también algunas cuestiones interpretativas sobre el nuevo texto constitucional [art. 117.2 m), Const.] que conciernen no tanto a la *ratio* de la mencionada disposición sino, sobre todo, a los contenidos materiales, y por ende a la tipología de los derechos civiles y sociales (categoría —esta última— por primera vez integrada en la Carta constitucional), destinados a garantizar en todo el territorio nacional los «niveles esenciales de las relativas prestaciones»⁴⁰.

l. n. 131 del 20023, en *Le Regioni*, n.º 4, 2004; «Rapporti fra Stato e Regioni: funzione di indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo», en *Le Regioni*, n.º 6, 2002; VERONESI, G.P., «Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art.120, Il co., della Costituzione», en *Le istituzioni del federalismo*, n.º 5, 2002; SALERNO, G.M., «La disciplina legislativa dei poteri sostitutivi tra semplificazione e complessità ordinamentale», en www.federalismi.it, 2004; GIUFFRÉ, F., «Note minime su poteri sostitutivi e unità della Repubblica alla luce della recente l. n.º 131 del 2003 (cd. «Legge La Loggia»)', en <http://www.forumcostituzionale.it/>; CAVALERI, P. y LAMARQUE, E. (coord.), *L'attuazione del nuovo titolo V parte seconda della Costituzione. Commento alla legge «La Loggia» (legge 5 giugno 2003, n. 131)*, Turin, 2004.

³⁹ ALLEGRETTI, U. «Autonomia regionale e unità nazionale», en *Le Regioni*, 1995; SPADARO, A., «Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e Regioni», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1994; RUGGERI, A., «Potestà legislativa primaria e potestà "residuale" a confronto (nota minima a Corte cost. n. 48 del 2003)», en *federalismi.it*, 2003; CARETTI, P., «L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici», en *Le Regioni*, 2001; CAIA, G., «Il problema del limite dell'interesse nazionale nel nuovo ordinamento», en www.federalismi.it, 2003; ANZON, A., *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale*, Turin, 2002.

⁴⁰ RESCIGNO, G.U., «I diritti civili e sociali fra legislazione esclusiva dello Stato e delle Regioni», en GAMBINO, S. (coord.), *Il nuovo ordinamento regionale in Italia. Competenze e diritti*, Milán, 2003; RUGGERI, A., «Neo-regionalismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali», en *Diritto e società*, n.º 2, 2001; RUGGERI, A., «La riforma costituzionale del Titolo V e i problemi della sua attuazione, con specifico riguardo alle dinamiche della normazione ed al piano dei controlli», en *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione (Convegno A.I.C., 14/1/2002*, en www.associazionedeicostituzionalisti.it; LUCIANI, M., «La tutela costituzionale dei livelli essenziali di assistenza», en *I livelli essenziali di assistenza nella Costituzione. Doveri dello Stato, diritti dei cittadini, Lega delle autonomie*, Roma, 2002; MASSA PINTO, I., «Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della Costituzione», en *Diritto pubblico*, n.º 3, 2001; MASSA PINTO, I., «La discrezionalità politica del legislatore fra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso

La legislación «compartida» en las nuevas materias que resultan competencia de las Regiones —significativamente implementadas respecto del anteriormente vigente art. 117 Const.— y la atribuida residualmente tendrá que cumplirse —con las posibles diferenciaciones de *status* de las distintas Regiones— sin poner en duda el estatuto de la ciudadanía, que tendrá que seguir siendo «nacional» y «social», asegurando, de esa manera, los niveles esenciales de prestaciones en materia de derechos civiles y sociales, además de la inderogabilidad de los deberes de solidaridad política, económica y social entre los sujetos y las diversas partes del país.

Al basarse en una brecha «antinatural» entre materias (y potestad/funciones), por un lado, e intereses, por el otro, el reparto efectuado por el legislador de revisión constitucional ha resultado complejo, a veces confuso y hasta (quizás) «ingenuo» en su «pretensión» de detener el movimiento irreversible de los intereses en que se basa el ordenamiento. Así, una vez más, el intérprete y sobre todo el Juez constitucional han hecho (deben hacer) el esfuerzo para conformar en un cuadro de compatibilidades constitucionales las opciones diferenciadas (en el tiempo y en el espacio) del legislador estatal y del regional. Resultará fundamental para alcanzar los objetivos de tal recomposición (doctrinal y jurisprudencial), la previsión de la letra *m* del art. 117.2, Const. y su interpretación por parte del Juez constitucional.

Sin embargo, la interpretación doctrinal de los contenidos materiales del art. 117 en materia de derechos (civiles y sociales), remite a lecturas notablemente diferenciadas entre sí, según prevalezca una de las orientaciones (cultural e institucional) de discontinuidad respecto de la disciplina anteriormente vigente. La cuestión nace de la concreción de los límites a la que se ha sometido la potestad legislativa regional concurrente, pero sobre todo de la cuestión sobre la extensión o no de tal régimen de vínculos a la misma potestad legislativa «exclusiva»/«residual» de las regiones. En ese sentido, parece plenamente fundada aquella orientación doctrinal que invoca la finalidad garantista de tutela del bien constitucional de la «unidad jurídica», y en particular la protección de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales prescindiendo de los límites territoriales de los gobiernos locales, como título de legitimación de la potestad legislativa estatal al justificar la eventual intervención, más allá de que a través de los «principios fundamentales» y también a través de una específica disciplina de naturaleza transversal, pueda ser capaz de penetrar en el ámbito

dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale», en *Giur. cost.*, n.º 2, 1998; CHESSA, O., «La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento», en *Giur. cost.*, 1998; CHESSA, O., «Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità», en *Giur. cost.*, n.º 6, 1998; ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, Turín, 1992; GAMBINO, S., «Federalismo e salute», en *federalismi.it*, 2005; Cfr. JORIO, E. y JORIO, F., «Riforma del welfare, devoluzione e federalismo della salute», en *Sanità pubblica*, n.º 5, 2002.

normativo de la misma potestad legislativa regional (naturalmente también en la administrativa)⁴¹.

En conclusión, estamos ante un nuevo cuadro constitucional, en el que se ha abierto para las Regiones un nuevo ámbito regulativo y de garantías con relación a la materia de derechos civiles y sociales pero, al mismo tiempo, se ha confirmado para el Estado la competencia de intervenir en tal disciplina regional, tanto a través de los enunciados de los «principios fundamentales» de la materia como a través de las medidas legislativas (aunque no sea de manera detallada).

Así pues, aunque la reforma constitucional pudiera parecer seguir sustancialmente una línea de continuidad, desde la perspectiva de los derechos civiles y sociales muestra un marco de ordenamiento autonómico valorizado en el ámbito de sus poderes y entre éstos —de manera diferente respecto a lo que fue previsto en el anterior ordenamiento— e igualmente en los ámbitos normativos que se extienden a la misma materia de los derechos civiles y sociales. Tales poderes tienen un límite negativo en su ejercicio, en el sentido de que las regiones, tanto en el ejercicio de la potestad legislativa concurrente como en el de la residual/exclusiva, tienen que adaptarse a los «principios fundamentales» y a las mismas reglas legislativas estatales que se hallan como garantía de los bienes fundamentales de los que se habla en el art. 120.2 m) Const.

Sin embargo, debe decirse que en esta materia ha habido otras propuestas y divergentes interpretaciones. En una primera interpretación, la esencialidad de la que se habla en la letra *m* es interpretada como «contenido mínimo»⁴². Para confirmar dicha lectura se invoca el enfoque comparatista y comunitario en el que se encuentra, como cláusula general, la del «contenido mínimo esencial» de los derechos fundamentales (es el caso, por ejemplo, del art. 19 de la LFB, del art. 53.1 de la Constitución española, del art. 18.3 de la Constitución portuguesa, del art. 52.1 de la Carta Europea de los derechos fundamentales).

Más fundada y convincente parece ser, en cambio, la lectura casi unánime de la doctrina constitucionalista que subraya la irreductibilidad (incluso semántica) del término «esencial» al de «mínimo», sobre la base de una interpretación (tanto lógico-sintáctica como sistemática), del texto constitucional reformado, en

⁴¹ Corte cost., sentt. n. 222/2003; n. 259/2004, n. 407/2002; n. 282/2002. Además, cfr. CAVALERI, P., «La definizione e la delimitazione delle materie di cui all'art. 117 della Costituzione», en <http://www.associazionecostituzionalisti.it>

⁴² MASSA PINTO, I., «Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della Costituzione», en *Diritto pubblico*, n.º 3, 2001, en contra de esta opinión, CHESSA, O., «La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento», en *Giur. cost.*, 1998; CHESSA, O., «Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità», en *Giur. cost.*, n.º 6, 1998; GIORGIS, A., «La sent. n. 134 del 1994: una conferma dell'esistenza di limiti costituzionali alla riduzione dello Stato sociale», en *Giur. cost.*, 1994.

el que, junto a las disposiciones de la letra *m*, se colocan las de los art. 119.5 Const., y 120.2 Const., además, naturalmente, de los principios fundamentales y de las particulares disposiciones constitucionales de tutela de situaciones jurídicas específicas. Esta interpretación, sin embargo, sigue una línea de continuidad con las más acreditadas interpretaciones de la Constitución *magis ut valeat*⁴³. El término «esencial», desde esta óptica, debe interpretarse como una fórmula relacional, es decir, como un dictado dirigido a hacerse cargo de la necesidad objeto de protección constitucional.

Ad adiuvandum, una confirmación de dicha interpretación se halla en la consideración de que la naturaleza de los «niveles esenciales de las prestaciones» no concierne sólo a los derechos sociales sino que también incluye a los civiles que, según una doctrina consolidada —aunque los mismos derechos «cuesten»— no pueden verse reducidos/degradados en sus contenidos relativos. Por otra parte, la disposición constitucional del art. 120.2 Const., —al encargarse de las consecuencias organizativo-administrativas de tales prestaciones, que son erogadas, además que por el Estado, por las Regiones y por los otros entes autónomos de la República, y al concretar la tutela de los «niveles esenciales» de las prestaciones concernientes a los derechos civiles y sociales sobre todo el territorio nacional— conlleva una lectura de la «esencialidad» que no se reduce al contenido «mínimo» de tales derechos.

Con eso se confirma una posible y convincente interpretación de un «interés nacional» que no ha desaparecido, que debe considerarse, por tanto, como verdadero título estatal capacitado que puede intervenir sobre todas las materias (adaptadas, conforme al art. 117 Const.), como se ha subrayado en un muy polémico pronunciamiento del Juez constitucional (sent. 303/2003)⁴⁴. Ciertamente, no se trata de la misma noción de «interés nacional» al que se refería el anteriormente vigente ordenamiento regional, por cuanto el interés «nacional» del que nos ocupamos ahora es el interés caracterizado por el hecho particular de que se trate, aunque este último, a su vez, merece ser interpretado. Por último, y confirmando las mencionadas orientaciones, se concuerda que el núcleo de la cuestión sobre ese difícil equilibrio reside en el valor de la «solidaridad», de la «cohesión social» y en los instrumentos de equilibrio financiero (art. 119.3 Const.).

De esta manera puede concluirse que el riesgo de un «deslizamiento a la baja» de los contenidos de la nueva disciplina de las prestaciones esenciales

⁴³ DOGLIANI, M., *Interpretazioni della Costituzione*, Milán, 1982; BARILE, P., *La Costituzione come norma giuridica*, Florencia, 1951; CRISAFULLI, V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, 1952; GIANFORMAGGIO, L., «L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata sui principi», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985; ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, Turín, 1992.

⁴⁴ D'ATENA, A., «L'allocatione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica Della Corte Costituzionale (nota a sent. C. Cost. 303 del 2003)», en *Giurisprudenza costituzionale*, n.º 5, 2003.

en materia de derechos civiles y sociales, y con ello el de un difícil límite que se oponga al «albedrío de las mayorías» (parlamentarias y regionales), podría con el tiempo considerarse superado. Esto puede y tiene que hacerse utilizando las más avanzadas (y fundadas) interpretaciones de la Constitución, *magis ut valeat*, además de la propia jurisprudencia constitucional que, en las técnicas jurisdiccionales hasta ahora utilizadas, ha sabido dar prueba de equilibrio (pero también de prudencia) en el balance de los bienes constitucionales en cada momento implicados en el proceso constitucional, que comprende tanto la necesaria gradualidad en la realización legislativa, como el respeto mismo de la discrecionalidad del legislador.

Por otra parte, no podría ser de otra manera en un Estado que se fundamenta sobre una Constitución rígida, en el que la materia de los «contenidos esenciales» de los derechos fundamentales (se atribuya tanto al *status passivus* como al *activus*, para utilizar categorías dogmáticas de la doctrina alemana) se enlaza fuerte e indisolublemente a la de los «principios supremos» y de los «derechos inviolables del hombre», como la jurisprudencia⁴⁵ y la doctrina constitucional conjuntamente admiten cuando sustraen esta disciplina al mismo poder de revisión constitucional⁴⁶.

4. FORMAS DE ESTADO, FEDERALISMO FISCAL Y DERECHOS DE CIUDADANÍA. NOTAS COMPARATIVAS

El tema sobre el que parece oportuno aquí proponer alguna observación de carácter problemático concierne a la cuestión del denominado federalismo fiscal dentro del cuadro de las relaciones existentes entre modelos de descentralización político-institucional y principios fundamentales constitucionales. En dicho cuadro, una primera cuestión se halla en la impropia referencia, dentro del texto de la ley n. 42/2009, sobre el tema relativo a la «Delegación al Gobierno para la aplicación del federalismo fiscal», a un inexistente federalismo, que dejaría presuponer una hipotética mayor idoneidad de las formas federales en asegurar la garantía de los derechos de ciudadanía en el ámbito de los territorios en el que se desarrolla el Estado⁴⁷. Aunque pueda resultar superfluo subrayarlo, *il nomen* federal asignado a la disciplina de ejecución del art. 119 Const. contribuye muy poco a desentrañar los complejos problemas de aplicación de esta disposición constitucional. Por ello, una primera reflexión, será de

⁴⁵ Principalmente, pero no sólo, en la sent. de la Corte const. n. 1146/1988.

⁴⁶ Sobre el tema, cfr., además, nuestro RUGGERI, A. y otros, «Normazione regionale e locale e tutela dei diritti fondamentali (fra riforme costituzionali, sussidiarietà e diritti fondamentali)», *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Turín, 2007.

⁴⁷ Entre otros, cfr., también, el nuestro «Le sfide del neo-regionalismo e l'eguaglianza dei cittadini: il federalismo fiscale secondo il d.d.l.a.s.n 1117», en *Diritto e pratica tributaria*, 2009.

tipo comparatista, y concernirá a las relaciones entre derechos y estados miembros en la experiencia constitucional alemana⁴⁸.

Si de hecho se analiza dicha forma de Estado, contrariamente a las descartadas previsiones del art. 117.3 de la Constitución italiana, se puede observar que el espacio normativo reconocido a la competencia concurrente de los *laender* (art. 74 LFB) se extiende a la misma materia de los derechos fundamentales clásicos. Una larga lista compuesta por 26 «objetos» de legislación concurrente da sentido concreto a la forma federal del Estado alemán, considerada en su sentido más completo⁴⁹. En todo caso, la larga lista de las competencias concurrentes constitucionalmente atribuidas a los *laender*, nos recuerda que, según el art. 72.1 de la Ley Fundamental, en tales ámbitos, los *laender* tienen competencia legislativa «sólo cuando» y «en la medida en que» la Federación no emplee su derecho a legislar.

Con resultados universalmente reconocidos por la existencia de un principio cooperativo en las relaciones entre *Bund* y *laender*, el orden constitucional alemán asegura la prioridad del derecho federal sobre el derecho del *land* (art. 31); garantiza la equiparación cívica de todos los alemanes (art. 33); asegura que, en el ámbito de la legislación concurrente, la Federación tiene «derecho a legislar cuando y en la medida en que la realización de equivalentes condiciones de vida en el territorio federal o la tutela de la unidad jurídica o económica en el interés del Estado en su totalidad, requiera una disciplina legislativa federal» (art. 72.2 LFB). Dichas referencias a disposiciones del ordenamiento constitucional alemán ponen de relieve, desde la óptica del presente análisis, la incomparable diversidad del modelo de Estado unitario de tipo regional con respecto al federal.

⁴⁸ Entre otros, cfr. DÍEZ-PICAZO, L.M., «Federalismo, regionalismo e welfare state», en Il Mulino, 1996; ZORZI GIUSTINIANI, A., «Distribuzione delle competenze legislative e federalismo fiscale in sei ordinamenti federativi consolidati», en AA.VV. (edición de GAMBINO, S.), *Stati nazionali e poteri locali. La distribuzione territoriale delle competenze. Esperienze straniere e tendenze attuali in Italia*, Rimini, 1998; WEILAND, J., «Problemi del federalismo fiscale», en *Le Regioni*, n.º 2, 2000; BALDINI, V., «Autonomia costituzionale dei Laender, principio di omogeneità e prevalenza del diritto federale», en AA.VV. (edición de SCUDIERO, M.), *Il diritto costituzionale comune...*, op. cit.; GENNUSA, M.E., «I diritti fondamentali nelle costituzioni dei Laender della TFT come fattore di costruzione delle tradizioni costituzionali comuni? europeo» (paper); VIOLINI, L., «Federalismo, regionalismo e sussidiarietà come principi organizzativi fondamentali del diritto costituzionale europeo», en VV.AA. (Ed. de SCUDIERO, M.), *Il diritto costituzionale comune*, op. cit.; SCHEFOLD, D., «Le competenze della Federazione e dei Laender in Germania», en GAMBINO, S. (Ed. de), *Stati nazionali e poteri locali...*, op. cit.; además de «Il federalismo tedesco fra Legge Fondamentale e prassi», en VV.AA. (Ed. de GAMBINO, S. y FABBRINI, G.), *Regione e governo locale fra decentramento istituzionale e riforme*, Rimini, 1997.

⁴⁹ Entre estos ámbitos, recordamos por su importancia, por ejemplo, el derecho civil, el derecho y la ejecución penal, el ordenamiento judicial y el procedimiento; el estado civil; el derecho a reunión y asociación; el derecho a permanecer y residir de los extranjeros; el derecho laboral, comprendido el ordenamiento de la empresa, la protección del trabajo, la colocación de los trabajadores, así como los seguros sociales y los seguros contra la desocupación.

Aun conociendo las distribuciones competenciales entre *Bund* y *Laender*, fuertemente diferenciadas respecto a los adoptados por los Estados unitarios de tipo regional, en cualquier caso en aquella forma de organización territorial de los poderes la materia de los derechos reconoce la primacía de la ley federal sobre las leyes de los estados miembros de la Federación.

En realidad, la reforma del título V de la Constitución italiana, apresuradamente aprobada por la mayoría política de existente ese momento, evidentemente no puede tener referencias teóricas ni organizativas con las típicas formas federales de Estado. Sin embargo, es asumido por muchos el empleo del término federalismo, ya que el mismo presenta un empleo difuso tanto en el análisis doctrinal como en los medios de comunicación de masa.

Con respecto tanto a los contenidos de la revisión constitucional del título V como a la implementación del denominado federalismo fiscal (aún antes del denominado federalismo administrativo, disciplinado por el l. n. 59/97), se trata, en todo caso, de una fórmula vacía de contenidos, sin concretas correspondencias institucionales a las formas federales de Estado conocidas por los estudios comparatistas; en síntesis, no es más que una fórmula retórica. En este sentido, a partir de la Constitución «social» del 47, y más en general de la experiencia constitucional de todos los estados europeos tras la segunda posguerra, debe subrayarse cómo el Estado unitario italiano ha llevado a cabo, incluso de manera gradual y según los recursos de los que dispuso en el curso de los años, un plan de prestaciones administrativas y de servicios públicos, sobre todo en materia relativa a los derechos sociales⁵⁰, que no es exagerado definir como portentoso.

Si se reflexiona sólo sobre la educación, la salud y la seguridad social, se comprende enseguida cómo un país que, destrozado por la guerra, a la que lo habían llevado el excesivo moralismo colonialista del régimen fascista, haya logrado asegurar un proyecto importante de «justicia social», con efectos redistributivos de la renta tan significativos como para llevar a una acreditada doctrina a formular incluso una comparación entre Estado social y Estado socialista⁵¹.

Si bien pueden considerarse inadecuados con respecto a las previsiones orgánicas del Estado social adoptadas por la Constitución, tales efectos redistributivos de la riqueza nacional según principios de equidad social han transformado en todo caso el país, desde los fundamentos sociales de una nación con vocación agrícola, hace más de sesenta años, para transformarlo en una potencia económica, ahora en crisis como todas las otras europeas, pero dotada de

⁵⁰ Sobre el tema, véanse, cfr., también, LUCARELLI, A., «Federalismo fiscale, gestione dei servizi pubblici locali e tutela dei diritti fondamentali»; además de MONE, D., «Federalismo fiscale, stato sociale e principio autonomistico», ambos en LUCARELLI, A., *Il federalismo fiscale tra processi attuativi...*, op. cit.

⁵¹ Cfr., en ese sentido, MORTATI, C., *Le forme di governo*, Pádua, 1973. Sobre el tema cfr., también, GAMBINO, S., *Stato sociale e Stato socialista in Costantino Mortati, Lungro di Cosenza*, 2002.

un aparato tecnológico y con un espíritu de empresa absolutamente significativo en el ámbito internacional.

Por lo tanto, se debe negar toda legitimidad a las afirmaciones (enfáticas), según las cuales el federalismo constituiría un modelo necesario para asegurar la efectividad de los derechos sociales. En este sentido, la evolución del constitucionalismo social contemporáneo permite más bien afirmar que el *Welfare State* ha conocido en la concentración estatal una mejor garantía de la estabilidad y la universalización de las prestaciones sociales relativas a los derechos de ciudadanía (unitaria y social).

Habría menos dudas en cambio si (y cuando) la cuestión concerniera más directamente a una solución federal orientada hacia la modernización administrativa y, más en general, como modalidad técnica de acercamiento de las funciones públicas a los ciudadanos, destinatarios de derechos, en línea con el principio de subsidiaridad.

El análisis de las relaciones existentes entre forma de Estado y derechos fundamentales (tanto civiles como sociales), surge sobre todo a raíz de los problemas constitucionales relativos a la igualdad de las condiciones de vida de los ciudadanos, que concretan el «estatuto de la ciudadanía», según una fórmula de origen anglosajona que ya se ha difundido en la investigación constitucional.

El análisis de la jurisprudencia constitucional confirma plenamente este extremo, como se ha observado anteriormente, aun de manera sumaria. En este sentido, la igualdad puede convivir con formas de organización estatal que prevean asimetrías y diferenciaciones en las formas de distribución territorial de las competencias con tal de que se garanticen los principios y las disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales, que no queden a disposición de la discrecionalidad del legislador (estatal y regional). Es precisamente el caso de la previsión constitucional en Italia donde, como es sabido, junto a las regiones de estatuto ordinario, se encuentran las regiones con estatuto especial, cuyo estatuto se aprueba mediante una ley constitucional, además de una diferenciación ulterior según la previsión del modificado art. 116 Const.

Una ya no tan reciente sentencia de la Corte constitucional (sent. n. 109 del 1993) puede recordarse para argumentar mejor este análisis sobre las relaciones entre los ámbitos de las competencias materiales asignados a las regiones (en el caso específico se trataba de una ley estatal que disciplinaba las «acciones positivas» a favor del empresariado femenino) y la efectividad de un principio constitucional de igualdad sustancial (art. 3.2 Const.), que consiste en el caso específico en la superación de una discriminación factual a raíz de la condición sexual. La adopción de un trato de favor respecto a las mujeres (empresarias) se motiva por la Corte constitucional con base en la razonabilidad de la elección legislativa (estatal) a favor de sujetos —las mujeres— que hayan sido objeto de discriminaciones de orden social y cultural y que sigan siendo sometidas al riesgo (no abstracto) de análogas discriminaciones.

Esa cuestión es afrontada explícitamente y solucionada por el juez constitucional cuando, en la sentencia anteriormente mencionada, subraya cómo el ejercicio del poder estatal de conceder ventajas a las empresas con una dirección mayoritariamente femenina se justifica en la «necesidad de asegurar condiciones de uniformidad sobre todo el territorio nacional» con respecto a la realización de un valor constitucional primario, como es el de la realización de la igualdad efectiva de las mujeres y los hombres en el ámbito empresarial. Tratándose de medidas («acciones positivas») orientadas a superar las condiciones de desigualdad entre sujetos, «comportan la adopción de disciplinas jurídicas diferenciadas a favor de las categorías sociales desfavorecidas, también en derogación del principio general de igualdad formal de trato, establecido en el art. 3 Const.». Tales diferenciaciones exigen que «su realización no pueda someterse a diferencias o derogaciones en relación a las varias áreas geográficas y políticas del país». De hecho, si la aplicación uniforme sobre todo el territorio nacional estuviera en peligro, resultaría totalmente evidente el riesgo de que las «acciones positivas» se transformasen en factores adicionales de disparidad de trato no justificados por el imperativo constitucional de reequilibrar posiciones de desventaja social relacionadas con la condición personal de ser mujer.

Sobre la relación entre principio de igualdad y principio de autonomía territorial, la dirección jurisprudencial antes mencionada confirma una orientación constante de la Corte en la que la misma excluye o limita las competencias regionales (tanto de las regiones de estatuto ordinario como las de estatuto especial), cada vez que estas últimas incidan sobre los intereses o los derechos fundamentales (sent. n. 40 de 1993). La referencia a tal jurisprudencia constitucional constituye, en ese sentido, una respuesta convincente y argumentada a la pregunta de quién es en el «Estado regional» el garante de la efectividad (en particular) de los derechos sociales.

Problemas constitucionales similares también aparecen en un modelo de Estado federal (como ya se ha dicho), o de Estado con regionalismo fuerte como el actualmente previsto por el modificado Título V Const., y como consecuencia de ciertas decisiones en materia del denominado «federalismo fiscal» que eventualmente podrían minar, por decisiones diferenciadoras o bien por las consecuencias que se puedan seguir de la asignación de los recursos de compensación fiscal, el principio de igualdad entre los ciudadanos de todos los territorios del país en el acceso a los niveles esenciales de prestaciones relativas a los derechos civiles y a los derechos sociales, o bien —esto constituye una afirmación similar, aunque se considere desde una perspectiva distinta— en la medida en que se quisiera formular, como explícitamente pudo decirse de la originaria «propuesta lombarda» (Liga Norte), un modelo de federalismo fiscal en el que la financiación integral de las funciones públicas atribuidas a los entes locales y a las regiones resultase inadecuada en orden a las necesarias correcciones a favor de las regiones fiscalmente débiles encomendadas al fondo de compensación (según el art. 119.3 Const.).

Un último comentario parece necesario al final de este enfoque y concierne a la compleja cuestión de la justiciabilidad de las previsiones del art. 119 Const., debido a la naturaleza escasamente definida y puntual de la disposición constitucional reformada. Una correspondencia comparativa con tal afirmación, sobre cuya razonabilidad la Corte deberá inevitablemente pronunciarse, sugeriría una lectura sinóptica de los institutos adoptados por el art. 119.3 Const. con relación a los adoptados por la Constitución alemana [del art. 104.a) hasta el art. 115].

Antes de concentrarnos en las cuestiones del modificado ordenamiento constitucional italiano respecto a las relaciones problemáticas entre principio de igualdad y principio de autonomía, puede ser útil citar la reforma de los estatutos de las Comunidades autónomas de España⁵², añadiendo enseguida que es justamente uno de los puntos no resueltos por tales reformas y sobre el cual el Tribunal constitucional español se ha detenido durante un período de tiempo a todas luces excesivo, demostrando una evidente dificultad en solucionar un conflicto suscitado en su día por el *Partido Popular* al presentar un recurso de inconstitucionalidad sobre más de 100 disposiciones del Estatuto catalán (según el texto aprobado por las *Cortes Generales*)⁵³.

Tanto en materia de forma de gobierno como de legitimidad de las normas de los preámbulos de los estatutos, o bien en aquellas partes de los mismos destinadas a establecer los principios fundamentales de inspiración, el juez constitucional ha opuesto límites completamente insuperables para los estatutos regionales. En el primer caso, enriqueciendo su jurisprudencia en materia de organización política del gobierno regional con la previsión del vínculo del respeto de la «armonía» con la Constitución (que tal vez sea necesario admitir como más intenso que el puro «respeto» a la Constitución, conforme al

⁵² De la amplia bibliografía sobre el tema, cfr., por lo menos, MORTATI, C., *Le forme di governo*, Pádua, 1973. Sobre el tema, cfr., también, GAMBINO, S., *Stato sociale e Stato socialista in Costantino Mortati, Lungro di Cosenza*, 2002. «Con-federalismo en España? El púlpito nacionalista en la España autonómica como problema político y problema constitucional», en PORRAS NADALES, A.J. y RUIZ-RICO RUIZ G. (ed.), *Claves para una reforma constitucional*, Sevilla, 2001; AJA, E., *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, 1999; GARCÍA MORILLO, J., «Autonomía, asimetría e principio di eguaglianza: il caso spagnolo», en GAMBINO, S. (edición de), *Stati nazionali e poteri locali*, Rimini, 1998; PUZZO, F., *Il federalismo fiscale*, Milán, 2002; STORINI, C., *La interpretación constitucional y el Estado de las autonomías*, Valencia, 2002; LÓPEZ GUERRA, L., «El modelo autonómico como modelo variable», en AA.VV., *El Estado de las autonomías*, Madrid, 1991; BARCELÓ, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico: un análisis sobre la relación entre la organización territorial del Estado y en la regulación de los derechos y deberes constitucionales*, Madrid, 1991; CABELLOS ESPÍERREZ, M.A., *La distribución competencial en materia de derechos y deberes constitucionales y la incidencia del derecho comunitario*, Barcelona, 2001; ALBERTÍ, E., *Autonomía política y unidad económica*, Madrid, 1995; REQUEJO, F., *E Statuti. Le riforme in Spagna e in Italia*, Milán, 2008.

⁵³ Sobre el tema, entre otros, cfr., también, BLANCO VALDÉS, R., «El futuro de la justicia constitucional en España. Tras la sentencia sobre el Estatuto de Cataluña», en *Claves de razón práctica*, n.º 212, 2011.

art. 117.1, Const.) y sucesivamente —con un enfoque (al menos aparentemente) hiper-constructivista— al añadirle el vínculo del «espíritu» de la Constitución.

De ese modo —con la previsión de «normas programáticas» y de la disciplina estatutaria de los derechos— la Corte constitucional niega a las regiones toda posible hipótesis de reconocimiento de ámbitos asimilables a los propios y privativos de las constituciones. Con referencia específica a esta última reivindicación de ámbitos normativos por parte regional, de manera lapidaria —y completamente convincente para quien escribe— la Corte afirma que «aunque materialmente integradas en un acto-fuente (Estatuto regional), (a tales normas programáticas) no puede reconocérsele ninguna eficacia jurídica, dado que se remiten al criterio de las convicciones de las diversas sensibilidades políticas presentes en la comunidad regional en el momento de la aprobación del Estatuto... tales proclamaciones de objetivos y empeños no pueden ser ciertamente equiparadas a las denominadas normas programáticas de la Constitución, a las cuales, por su valor de principio, generalmente se les ha reconocido no sólo un valor programático respecto a la futura disciplina legislativa, sino sobre todo una función de integración y de interpretación de normas vigentes»⁵⁴.

En materia de derechos de ciudadanía, tanto en el ámbito de los estados federales como en el de los unitarios de tipo regional, el principio autonómico se somete al principio unitario; a este último tiene que seguir reconociéndosele plena legitimidad en la búsqueda y en la garantía de los valores constitucionales de la igualdad formal y de la igualdad material o sustancial. En esta línea, la mencionada doctrina sancionada en la sent. 109 del 1993 de la Corte constitucional, en materia de acciones positivas, sigue siendo válida también a raíz de la revisión del Título V Cost.

Las tentativas efectuadas por los estatutos regionales de Umbría, de Toscana y de Emilia Romagna, que asumían la potestad de prever disposiciones normativas orientadas a reconocer y garantizar formas de convivencia distintas a la familia tradicional, se ven afectadas, por tanto, en la censura de la Corte, que aclara de manera que no ofrece lugar a dudas qué espacio se debe a los «contenidos posibles» de los estatutos regionales que, en todo caso, no es tal como para permitirles poder minar —con la injerencia en el ámbito de la competencia del «ordenamiento civil», asignado por el legislador de revisión constitucional a la competencia exclusiva de la ley estatal— los fundamentos del principio unitario, sancionados constitucionalmente y con ello el mismo principio de igualdad interterritorial de los ciudadanos.

El debate relativo a la reforma de los estatutos de las Comunidades autónomas y a los contenidos constitucionalmente reconocibles a estos últimos en la misma materia de la disciplina de los derechos, ha sido afrontado de manera distinta por la doctrina constitucional española. La doctrina aparece to-

⁵⁴ Corte const., sent. n. 378 del 2004.

davía en desacuerdo sobre este punto, pero —más que la misma— como ya se ha observado, el *Tribunal constitucional* se ha mostrado dividido —el cual, debiéndose pronunciar sobre un recurso planteado contra el estatuto catalán, ha logrado hacerlo sólo recientemente, y mientras tanto se han seguido efectuando intervenciones políticas (objetivamente discutibles) para apoyar el texto del Estatuto.

Contrariamente a lo que se puede observar en el debate doctrinal y político italiano, que se ocupa sobre todo de temas relativos a la realización del denominado federalismo fiscal, el debate que se observa en España parece tener premisas completamente diferentes, al responder a impulsos nacionalistas (y a veces «soberanistas») por parte de algunos de sus territorios. Respecto a las relaciones financieras entre Estado y Comunidades autónomas, su régimen de financiación ya resulta establecido en el texto constitucional de 1978 (arts. 156, 157 y 158), respondiendo a tres principios fundamentales (igualdad, solidaridad interregional, coordinación con la hacienda del Estado), con una formulación que, en su misma «imprecisión», resulta en gran parte imitada por el legislador (italiano) de revisión constitucional de 2001, remitiendo, en todo caso, al legislador ordinario para su relativa implementación. Una implementación que, también en España como en Italia, se llevó a cabo tardíamente respecto a la previsión constitucional, a través de Ley Orgánica de Financiación de las CCAA, n. 8/1980. El mayor interés desde el punto de vista de la comparación con otros sistemas de regionalismo fuerte, como el español recién mencionado, reside sobre todo en la disciplina prevista para el Fondo de Compensación Interterritorial (previsto por la Constitución española en el art. 158.2 y en el art. 16 de la LOFCA, que disciplina su funcionamiento), mientras, en lo que concierne al ordenamiento italiano, el art. 119.3 Const. prevé que «la ley del Estado instituye un fondo de compensación, sin vínculos de destinación, para los territorios con menor capacidad fiscal por habitante».

En ambas experiencias, a la luz de los textos constitucionales respectivos, el reparto del fondo de compensación, en todo caso, se remite al legislador ordinario (y por ende a la precariedad de las relativas mayorías parlamentarias) sobre la base de una negociación —que fundamentalmente es política y no jurídica— en el ámbito de la Conferencia de Estado-regiones y que por tanto resultará, por tales razones, difícilmente justiciable ante la Corte constitucional. En todo caso puede resultar útil, para ese fin, recordar cómo el *Tribunal constitucional* español ha subrayado hasta aquí que el Fondo compensatorio constituye un instrumento de solidaridad insustituible, aunque no sea exclusivo, para que el mismo principio solidario sea efectivo.

De hecho, la interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales españolas en la materia establecen la naturaleza estatal (arts. 2, 138.1, 156.1 y 158) del sistema tributario y contable, revistiendo el fondo de compensación —en ese marco— una mera naturaleza «adicional». Una interpretación —ésta última— que se encuentra en la misma previsión del art. 119 de la Constitución

italiana reformada, la cual —al establecer que los recursos derivados de las previsiones recogidas en los párrafos 1 y 2 de la misma disposición constitucional «permite a los Ayuntamientos, a las Provincias, a las Ciudades metropolitanas y a las Regiones financiar integralmente las funciones públicas a ellos asignadas»— tiene que interpretarse conjuntamente con la previsión de que esta materia que se ha atribuido a la competencia legislativa exclusiva del Estado («sistema tributario y contable del Estado»; «compensación de los recursos financieros»), y a la competencia concurrente de las regiones («armonización de los balances públicos y coordinación de la hacienda pública y del sistema tributario... a excepción de la determinación de los principios fundamentales que se reserva a la legislación del Estado»).

En ese cuadro comparativo, la experiencia española en materia de financiación de las Comunidades autónomas se inspira en formas de regionalismo (incluso fuertemente) asimétricas, que parecen ser discutibles desde el punto de vista del principio de igualdad y de solidaridad. Si, en efecto, las reivindicaciones soberanistas-confederales intentadas (hasta ahora sin éxito) por minorías internas del País Vasco constituyen una verdadera tentativa de fuga del álveo nacional, argumentando razones identitarias, incluso más peligrosas, en el fondo, aparecen las decisiones relativas a la «negociación bilateral» en materia fiscal impuesta (por así decir) al Estado español por disposiciones estatutarias de algunas Comunidades autónomas. Una pretensión —esta última— que amenaza conducir a un verdadero «estallido nacionalista» de todo el sistema territorial español, sin que el mismo *Tribunal constitucional* y la Carta constitucional puedan hacer demasiado para impedirlo.

Los retos actuales en el federalismo belga y la sexta reforma del Estado

Min Reuchamps

Fondos de la Investigación Científica-FNRS.
Universidad de Lieja, Bélgica

SUMARIO: Introducción. 1. Antes del federalismo (1830-1960). A. El Debate Principio Territorial vs. Principio Personal. B. Los Partidos Políticos. C. El Pueblo. 2. El Federalismo (1960-2007). A. El debate del Principio Territorial vs. Principio Personal. B. Los Partidos Políticos. C. El Pueblo. 3. Después del Federalismo (2007-en adelante). A. El Debate del Principio Territorial vs. Principio Personal. B. Los Partidos Políticos. C. El Pueblo. 4. Las respuestas a los retos actuales. A. Renovación Política. B. BHV y Bruselas. C. Más Autonomía. D. Nuevo sistema de compensación financiera. Conclusión: ¿El fin de Bélgica? Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Desde 1993, Bélgica es oficialmente un Estado federal, compuesto de —tres— comunidades — y tres— regiones, como el —nuevo en ese momento— artículo primero de la Constitución proclama. La historia del federalismo en Bélgica es, por lo tanto, bastante reciente. Sin embargo, la historia es —mucho— más larga puesto que se inicia con la independencia de Bélgica del Reino Unido de los Países Bajos en 1830¹. El principio de un Estado y las causas subyacentes de su creación, así como su lugar en el mapa, el momento de su creación y las características de las élites que toman la iniciativa y definen la naturaleza del nuevo estado son de vital importancia y estos elementos configuran el desarrollo político del país durante siglos². Aún así, a pesar de que al principio de cualquier Estado se establece una dependencia por

¹ Para los holandeses es en 1839, no en 1830, cuando se alcanzó un acuerdo entre los Países Bajos y Bélgica sobre las —nuevas— fronteras de los dos países.

² FLORA, P.; KUHNLE, S. y URWIN, D. (eds), *State Formation, Nation-Building, and Mass Politics in Europe: The Theory of Stein Rokkan*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

la trayectoria³, también hay momentos críticos a lo largo de su desarrollo político que a su vez influyen en el curso de la historia. Esto es especialmente cierto para Bélgica⁴. Aquí, la historia y la política están intrínsecamente relacionadas entre sí. De hecho, los retos actuales en el federalismo belga encuentran sus raíces en la historia del país.

Los tres principales desafíos a los que se enfrenta el federalismo belga son: un desafío étnico-territorial, un desafío socio-económico y un desafío político, es decir, el futuro del país mismo. En este esfuerzo por evaluar los retos actuales en el federalismo belga, tienen que ser tomadas en consideración tres variables. La primera variable es la del *debate del principio territorial vs. principio personal*, que constituye la columna vertebral de la llamada cuestión de la comunidad belga; está intrínsecamente relacionada con el primer desafío: el desafío étnico-territorial. La segunda variable es la de los *partidos políticos* porque han jugado y juegan un papel principal en la política belga y, por lo tanto, en las dinámicas federales belgas. La tercera variable es la del pueblo; es decir, a nivel individual, los habitantes o los ciudadanos o electores y, a nivel colectivo, los grupos lingüísticos de Bélgica. Estas tres variables están en el centro del pasado, presente y futuro de Bélgica y continuamente interactúan entre sí. Con el fin de ofrecer una imagen clara de estas interacciones, la historia de Bélgica se divide conceptualmente en tres periodos: *antes del federalismo* (1830-1960), *el federalismo* (1960-2007) y *después del federalismo* (2007-en adelante). Estos tres periodos arrojan luz sobre el fondo de los retos actuales en el federalismo belga. Sobre esta base, el reciente acuerdo institucional que da a Bélgica su sexta reforma del Estado es analizado, ya que proporciona —provisionalmente— respuestas a los dos primeros desafíos. Todo esto lleva al último desafío —¿el fin de Bélgica?— que es abordado en la conclusión.

1. ANTES DEL FEDERALISMO (1830-1960)

Después de haber estado bajo el dominio español, austriaco y francés, el territorio —de la futura— Bélgica se unió, por medio del Tratado de Viena de 1815, al Reino Unido de los Países Bajos conducido en ese momento por Guillermo I de Orange. Las políticas religiosas⁵ —a favor del protestantismo— y lingüística —a favor del holandés— pronto alimentaron un movimiento de contestación entre los habitantes, especialmente los de la burguesía, de las pro-

³ PIERSON, P., «The Path to European Integration: A Historical Institutionalist Analysis», en *Comparative Political Studies* 29, n.º 2, 1996. PIERSON, P., «Increasing Returns, path Dependence, and the Study of Politics», en *The American Political Science Review* 94, n.º 2, 2000.

⁴ DESCHOUWER, K., *Politics of Belgium: Governing a Divided Society*, *Comparative Government and Politics Series*, Palgrave Macmillán, Londres, 2009, p. 20.

⁵ WITTE, E. y VAN VELTHOVEN, H., *Language and Politics. The Situation in Belgium in a Historical Perspective*, VUB Press, Bruselas, 2000.

vincias del sur que condujo a su separación en 1830 y a la independencia de Bélgica, rápidamente reconocida por los países extranjeros⁶. Bélgica era una entidad completamente nueva —a pesar de que los territorios de este nuevo país habían estado a veces más o menos unidos bajo el mismo gobernante⁷—. Un nuevo estado —en absoluto federal— hubo de ser creado, y aquí es donde las tres variables clave entraron ya en acción.

A. El debate Principio Territorial vs. Principio Personal

Desde sus inicios, Bélgica ha estado compuesta por una mayoría de habitantes de habla neerlandesa. El primer censo nacional de 1846 contaba 4,3 millones de belgas, de los cuales el 42 por ciento hablaba francés, el 57 por ciento hablaba neerlandés y el 1 por ciento hablaba alemán⁸. No obstante, Bélgica era un Estado unitario y un país monolingüe, donde el francés era el idioma oficial único, y también el idioma exclusivo en la política, en la economía o en la cultura. Como Kris Deschouwer menciona, «la elección del francés como única lengua oficial de Bélgica fue una opción obvia para las élites políticas, pero fue una elección de un idioma que no era hablado por una pequeña mayoría de la población»⁹. Esta elección y especialmente sus consecuencias sobre la vida de los belgas de habla neerlandesa, a los que no se autorizó el uso de su lengua materna en asuntos oficiales, dio a luz al movimiento flamenco¹⁰. Este movimiento, nacido con —o mejor, en reacción a— Bélgica, comenzó a reclamar el reconocimiento del neerlandés como segunda lengua oficial, al menos en Flandes. Sin embargo, estas demandas fueron ferozmente rechazadas en todo el país por las élites belgas —de habla francesa— porque temían que se impidiera el desarrollo de la nación belga, sobre la base del francés como lengua franca de Sur a Norte, de Este a Oeste¹¹. Esta negativa continua dio paso a una radicalización del movimiento flamenco, lentamente reforzado por la expansión de los derechos de voto¹². Sólo en la década de 1870 fueron aprobadas las primeras leyes que formalmente permitían el uso en las provin-

⁶ MABILLE, X., *Histoire Politique de la Belgique: Facteurs et Acteurs de Changement*, CRISP, 4.ª edición, Bruselas, 2000, pp. 83-97.

⁷ DESCHOUWER, K., *Politics of Belgium: Governing a Divided Society, Comparative Government and Politics Series*, Palgrave Macmillan, Londres, 2009, pp. 16-18.

⁸ D. McRAE, K., *Conflict and Compromise in Multilingual Societies*, Wilfrid Laurier University Press, vol. 2, Waterloo, 1983.

⁹ DESCHOUWER, K., *Politics of Belgium...*, op. cit., 2009, p. 28.

¹⁰ DESCHOUWER, K., «Comprendre Le Nationalisme Flamand», en *Fédéralisme Régionalisme*, n.º 1, 1999-2000.

¹¹ En esos tiempos, la población del Sur (esto es, de la Valonia) hablaba dialectos valones y no el francés estándar —solo las élites usaban el francés como su idioma principal—.

¹² DESCHOUWER, K., «Comprendre Le Nationalisme...», op. cit., 1999-2000; DESCHOUWER, K. y JANS, M.T., «L'Avenir des Institutions, Vu de Flandre», en *La Belgique: Un État Fédéral en Evolution*, Ed. André Leton, Bruylant, L.G.D.J., Bruselas y París, 2001.

cias del norte de la lengua neerlandesa en los tribunales penales y en la administración pública¹³. En 1898, la «Ley de Igualdad», reconoció al neerlandés como lengua oficial y, por lo tanto, se situó en pie de igualdad con el francés, aunque esta última seguía siendo la lengua dominante en el país.

En 1921, el sufragio universal —masculino— no modifica la dominación de la burguesía francófona en todo el país, a pesar del creciente peso político de los ciudadanos de habla holandesa —y ahora, votantes—. Sin embargo, las demandas del movimiento flamenco llevaron a nuevas leyes lingüísticas en los años veinte y treinta que permitían el uso de la lengua neerlandesa en muchos ámbitos: en particular, la justicia, la administración y la educación. Mientras tanto, el bilingüismo generalizado, es decir, en todo el país, es rechazado tanto por las élites francófonas como por las élites de habla neerlandesa; cada grupo quería, primero y ante todo, garantizar la protección de su propia lengua en su propio territorio¹⁴. La lógica de estas leyes lingüísticas es territorial. De acuerdo con el idioma de la mayoría de su población, cada comuna —la más pequeña división administrativa en Bélgica— pertenece a una región lingüística monolingüe —neerlandés, francés o alemán—, con la excepción de las comunas de Bruselas, que se encuentran en la única región bilingüe. Bruselas se encuentra en el meollo de la cuestión. Inicialmente, una ciudad de habla neerlandesa en la región de habla neerlandesa, que se convirtió rápidamente en una ciudad «afrancesada»¹⁵ dada su función de capital del país y que atrajo a las élites y la administración —de habla francesa—. Estas cuestiones territoriales y lingüísticas son los fundamentos de los desarrollos posteriores de la política belga y, especialmente, de la transformación de un país de un Estado unitario a un Estado federal. Este es el reto étnico-territorial que se está fraguando.

B. Los partidos políticos

La sección anterior ha mostrado como de importante fueron la conducta y las opciones de las élites en la creación de Bélgica y en su desarrollo. Pero ¿quiénes son las élites? La primera parte de la respuesta es: son francófonos en todo el territorio y, por tanto, incluso en Flandes, donde no obstante el movimiento flamenco es dirigido por líderes de habla neerlandesa principalmente de la pequeña burguesía y la clase media. La segunda parte de la respuesta es: no sólo divide la lengua sino también la religión y las cuestiones socioeconómicas. Las élites belgas estaban descontentas con Guillermo I, príncipe del Reino de los

¹³ ZOLBERG, A.R., «The Making of Flemings and Wallons: Belgium, 1830-1914», en *Journal of Interdisciplinary History* 5, n.º 2, 1974; ZOLBERG, A.R., «Les Origines du Clivage Communautaire en Belgique. Esquisse d'une Sociologie Historique», en *Recherches sociologiques* 7, n.º 2, 1976.

¹⁴ SWENDEN, W. y JANS, M.T., «Will It Stay or Will It Go? Federalism and the Sustainability of Belgium», en *West European Politics* 29, n.º 5, 2006, p. 879.

¹⁵ WITTE, E. y VAN VELTHOVEN, H., *Language and Politics...*, op. cit., 2000.

Países Bajos, por dos razones principales: la religión y el idioma. La Iglesia católica desempeñó un papel importante en el nuevo país y su fuerte posición dio lugar a la primera división política y a la formación de partidos¹⁶. De hecho, aunque los católicos y liberales se unieron en la secesión de los Países Bajos y para consolidar al país con los gobiernos «unionistas» desde 1830 hasta 1840¹⁷, sus diferencias eran demasiado importantes como para mantenerse en un segundo plano. En 1846, se creó el Partido Liberal con el fin de defender la separación entre Iglesia y estado —la cuestión más polémica entre los liberales y los católicos—, así como un sistema de sufragio más democrático y mejores condiciones laborales para la clase trabajadora. En 1884, los católicos decidieron crear formalmente un partido político, que reunió a diversas asociaciones católicas, a raíz de la primera guerra escolar entre los liberales y los católicos.

Mientras que los liberales y los católicos estaban en desacuerdo sobre la cuestión de la escuela, el Partido de los Trabajadores belga fue creado en 1885 con el fin de mejorar las condiciones laborales de los trabajadores. Como sus votantes potenciales no tenían derecho a votar, su demanda principal era el sufragio universal, que lograron obtener en 1893 no como universal, sino plural —que es que algunos votantes tuvieran más de un voto basado en la propiedad, ingresos o diplomas— y en 1921 con el sufragio universal —masculino—. La introducción del sufragio universal, aunque plural, provocó un cambio importante en el panorama político en Bélgica: la competencia de los tres partidos políticos. Además, la distribución de los porcentajes de votos fue notable. El Partido Católico obtuvo un monopolio total en las provincias del norte —provincias de habla holandesa—, mientras que el Partido de los Trabajadores consiguió todos sus representantes en las provincias meridionales —de habla francesa— y el Partido Liberal mantuvo su electorado en torno a Bruselas¹⁸. Como Kris Deschouwer escribe, «esto arrojó una luz muy clara sobre el sentido de territorio en la política belga, incluso antes de que la cuestión de la lengua se convirtiera en realmente sobresaliente¹⁹». También es un primer indicador del desafío socio-económico. Por encima de todo, muestra cómo la primera variable —el debate del principio territorial vs. principio personal— interactúa con la segunda variable —los partidos políticos—. Estas dos variables también interactúan con la tercera variable —el pueblo— a través de lo que se ha llamado «consociacionalismo».

¹⁶ DESCHOUWER, K., *Politics of Belgium...*, op. cit., 2009, pp. 20-26.

¹⁷ MABILLE, X., *Histoire politique de la Belgique: facteurs et acteurs de changement*. CRISP, 4.ª edición, Bruselas, 2000, pp. 103-146; DELWIT, P., *La vie politique en Belgique de 1830 à nos jours*. UB lire références, Editions de L'Université de Bruxelles, vol. 6, Bruselas, 2009; TERLINDEN, Ch., *Histoire de la Belgique Contemporaine 1830-1914*, Librairie Albert Dewit, Bruxelles, vol. II, 1929; BALACE, F., «Les Libéraux, les Catholiques et l'Unionisme (1831-1846)», en *Le Libéralisme en Belgique. Deux cents ans d'histoire*, Ed. Hervé Hasquin and Adriaan Verhulst, Bruselas, Centre Paul Hymans, Editions Delta, 1989.

¹⁸ BOUHON, F. y REUCHAMPS, M. (eds.), *Les Systèmes Électoraux de la Belgique*, Bruylant, Bruselas, 2012.

¹⁹ DESCHOUWER, K., *Politics of Belgium...*, op. cit., 2009, p. 29.

C. El Pueblo

Bélgica es uno de los ejemplos más llamativos de consociacionalismo²⁰, es decir, una democracia fragmentada que ha sabido hacer frente a su fragmentación interna a través de dispositivos consociacionales que son utilizados por las élites: compartir el poder (o la gran coalición) y la autonomía segmentaria, así como —como complemento de los dos primeros dispositivos— proporcionalidad y veto de la minoría²¹. En Bélgica, tres pilares —los católicos, los socialistas y los liberales— habían estado cuidando de todos los belgas desde la cuna hasta la tumba²². Sólo las élites de cada pilar se reunían con los otros pilares y tomaban juntos las decisiones con el fin de garantizar la estabilidad de una sociedad dividida —tanto en términos de religión como en cuanto a los aspectos socioeconómicos—. En el período anterior al federalismo, la cuestión del idioma no era tan sobresaliente como las otras dos brechas. De hecho, actuó como una brecha transversal dentro de y entre los pilares e incluso se reforzó por la diferencia en la distribución del poder entre las regiones: los católicos de habla holandesa que tenían una fuerte mayoría en Flandes ofrecían protección a la minoría católica de habla francesa en Valonia, mientras que los socialistas francófonos que eran la principal fuerza política en Valonia protegían a la minoría socialista de habla holandesa en Flandes. Todos los ingredientes estaban maduros para el surgimiento de un federalismo en una Bélgica profundamente dividida.

2. EL FEDERALISMO (1960-2007)

El federalismo se produjo en Bélgica como una solución de gestión de conflictos, y no como una solución elegida²³. Fue progresivo y, en cierta medida,

²⁰ UJPHART, A. (ed.), *Conflict and Coexistence in Belgium: The Dynamics of a Culturally Divided Society*, Berkeley Institute of International Studies, University of California, 1981; *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, New Haven: Yale University Press, 1984.

²¹ UJPHART, A. (ed.), *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, New Haven: Yale University Press, 1977.

²² DESCHOUWER, K., «Falling Apart Together. The Changing Nature of Belgian Consociationalism, 1961-2000», en *Acta Política*, n.º 37, 2002; HUYSE, L., *Passiviteit, Pacificatie en Verzuiling in de Belgische Politiek: en Sociologische Studie*, Antwerpen: Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1970; «Political Conflict in Bicultural Belgium», en *Conflict and Coexistence...*, op. cit., pp. 107-126.

²³ DESCHOUWER, K., «Kingdom of Belgium», en KINCAID, J. y TARR, A.T., *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Ithaca: McGill-Queen's University Press, 2005, pp. 49-75; «La Dynamique Fédérale en Belgique», en *Le Fédéralisme en Belgique et au Canada. Comparaison Sociopolitique*. FOURNIER, B. y REUCHAMPS, M., *Ouvertures Sociologiques*, De Boeck Université, Bruselas 2009; REUCHAMPS, M. y ONCLIN, F., «La Fédération Belge», en *Le Fédéralisme en Belgique...*, op. cit., pp. 65-72.

no intencionado²⁴. Sin embargo, en menos de medio siglo, Bélgica pasó de ser un estado unitario a una federación multinacional en toda regla²⁵. También en este caso la relación historia-política y, en particular, las tres variables juegan un papel importante en la comprensión de estas dinámicas que dan forma a los retos de hoy en el federalismo belga.

A. El debate del Principio Territorial vs. Principio Personal

Las leyes lingüísticas de la década de los años veinte y treinta crearon regiones lingüísticas sobre la base de la lengua de la mayoría en cada comuna. Ahora bien, el creciente afrancesamiento de los alrededores de Bruselas —de habla holandesa— era un tema muy polémico; las élites flamencas temían que las comunas de habla holandesa se hicieran bilingües o peor monolingües de habla francesa²⁶. Para evitar cualquier afrancesamiento más, la pregunta sobre el uso de la lengua en el hogar fue abandonada en el censo y, en consecuencia, la —hasta ahora— frontera lingüística móvil quedó congelada en 1962-1963, aunque algunas comunas de habla holandesa, con una minoría o incluso en algunos casos con una mayoría de francófonos, se vieron obligados a ofrecer servicios lingüísticos en francés²⁷. En otras palabras, fue la congelación del principio territorial dentro del sistema político belga. Todo esto alimentó el desafío étnico-territorial en Bélgica.

Mientras tanto, otro cambio esencial estaba en marcha: la economía de Flandes estaba superando a la economía de Valonia por primera vez en la historia de Bélgica. Hasta entonces, las industrias valonas habían sido el motor de la prosperidad belga. Pero después de la Segunda Guerra Mundial, la economía valona se encontraba bastante en declive, mientras que la economía flamenca estaba repuntando y entrando en un boom económico²⁸. Como respuesta a esta nueva situación económica, las élites valonas demandaron autonomía, no por razones lingüísticas o culturales, sino por motivos económicos como para ser capaces de desarrollar las políticas más adecuadas para su

²⁴ DESCHOUER, K., «La Dynamique Fédérale en ...», *op. cit.*, 2009.

²⁵ BEAUFAYS, J.; MATAGNE, G. y VERJANS, P., «Fédéralisation et Structures Institutionnelles: La Belgique entre Refondation et Liquidation», en *La Belgique en Mutation. Systèmes Politiques et Politiques Publiques (1968-2008)*, BEAUFAYS, J.; MATAGNE, G. (eds.), Bruylant, Burselas, 2009; BURGESS, M. y PINDER, J. (eds.), *Multinational Federations*, Routledge, Nueva York, 2007.

²⁶ SWENDEN, W. y MAARTEN THEO, J., «“Will It Stay or Will It Go?” Federalism and the Sustainability of Belgium», *West European Politics*, n.º 5, 2006, p. 879.

²⁷ JANSSENS, R., *Taalgebruik in Brussel. Taalverhoudingen, Taalverschuingen En Taalidentiteit in Een Meertalige Stad*, VUB Press, Bruselas, 2001.

²⁸ QUEVIT, M., *Les Causes du Déclin Wallon, Vie ouvrière*, Bruselas, 1978; *Flandre-Walonie: Quelle Solidarité? De la Création de l'Etat Belge à l'Europe des Régions*, Couleurs livres, Charleroi, 2010.

economía en declive. Desde entonces, el desafío socio-económico ejerce presión sobre las dinámicas federales belgas. También hay un segundo aspecto del desafío socio-económico: como el producto interior bruto de Flandes era cada vez mayor que el producto interior bruto de Valonia (y en cierta medida de Bruselas), las transferencias financieras fluyeron de Flandes a Valonia en orden a mantener una solidaridad interpersonal. La relevancia de esta dimensión aumentaría con el paso del tiempo y ampliaría la brecha entre las dos regiones. Como consecuencia, la sensación de que los valones se estaban beneficiando inmerecidamente creció en Flandes.

En este contexto, las demandas autonomistas lingüísticas y culturales (y también económicas) del Norte y las demandas autonomistas económicas del Sur dieron lugar a un sistema federal bastante único de dos niveles, compuesto de Regiones y Comunidades, con un territorio definido para cada una de estas entidades subestatales²⁹. No obstante, el debate del principio territorial vs. principio personal (es decir, el reto étnico-territorial) también ha influido en la organización federal del sistema. De hecho, las élites flamencas decidieron fusionar en una sola entidad la Comunidad Flamenca con la región de Flandes. Las élites de habla francesa decidieron que la Comunidad francófona (que ahora se llama la Federación Valonia-Bruselas) sería el enlace —lingüístico— entre los francófonos de Valonia y los de Bruselas. Sobre todo, estas opciones reflejan diferentes visiones de lo que Bélgica debiera ser: para —la mayoría de— las élites flamencas, debería ser dos comunidades —de habla holandesa y francesa— y para —la mayoría de— las élites francófonas, debería estar compuesta de tres regiones —Flandes, Valonia y Bruselas—. Aquí está, pues, la paradoja de Bélgica: los flamencos prefieren los lazos lingüísticos de las comunidades, pero necesitan las regiones para consolidar sus fronteras y para obtener una mayor autonomía, los francófonos prefieren la división regional como una forma de reconocer a Bruselas como región, pero necesitan la Comunidad francófona para vincular a Bruselas y a Valonia.

B. Los partidos políticos

La congelación de la frontera lingüística y, en general, el reto étnico-territorial a través de la cuestión de la lengua desató un acalorado debate dentro y fuera de Bruselas. Estas tensiones tuvieron dos consecuencias importantes sobre los partidos políticos³⁰. Por un lado, las tensiones llevaron a la disolución de los tres partidos tradicionales. El Partido Católico —que se había convertido en democristiano— se dividió en 1968 en dos partidos a lo largo de la división lin-

²⁹ REUCHAMPS, M. y ONCLIN, F., «La Fédération...», *op. cit.*

³⁰ VERJANS, P., «Mutation des Systèmes Partisans et Résultats Électoraux: Proportion Congruë et Gouvernabilité», en BEAUFAYS, J. y MATAGNE, G., *La Belgique en Mutation. Systèmes Politiques et Politiques Publiques (1968-2008)*, Bruylant, Bruselas, 2009.

güística. Fue seguido de la división del Partido Liberal en 1971 y del Partido Socialista en 1978. Por otro lado, se crearon nuevos partidos. Entre ellos, los partidos regionalistas se abrieron paso con bastante rapidez en el Parlamento: en Flandes, la Volksunie (VU), en Valonia, el Rassemblement Wallon (RW), y en Bruselas, el Front Démocratique des francophones (FDF)³¹. A pesar de que no estaban de acuerdo en el objetivo de las reformas, estos partidos hicieron una fuerte presión sobre el sistema político para iniciar primero un proceso de reforma del Estado en 1968-1971 y, luego para extender la federalización del país en las posteriores reformas del Estado en 1980, 1988-1989, 1993 y, en menor medida, 2001.

La división de los tres partidos tradicionales y el surgimiento de los partidos regionalistas tuvieron no solo consecuencia sobre los resultados electorales³², sino también en las dinámicas federales. En concreto, la ausencia de partidos federales o —nacionales— ha dejado al centro sin protección y ha hecho casi imposible que los votantes crucen la frontera lingüística³³ cuando votan. En otras palabras, los representantes electos eran sólo responsables ante sus comunidades lingüísticas. En un proceso centrífugo, no ayuda a moderar las demandas de una parte —más bien, puede promoverlas— haciendo cada vez más difícil encontrar un acuerdo. Pero como toda la dinámica del federalismo en Bélgica recae en alcanzar acuerdos entre las dos principales comunidades —cada una tiene por lo tanto un veto—, esta falta de presión electoral para mantener las demandas moderadas o para aceptar demandas moderadas de mayor autonomía era probable que condujera a callejones sin salida. Por encima de todo, la federación belga se enfrenta a la llamada «paradoja del federalismo»³⁴:

³¹ DESCHOUWER, K., «The Rise and Fall of the Belgian Regionalist Parties», *Regional & Federal Studies* 19, n.º 4, 2009; VAN HAUTE, E., «La Volksunie (Vu): Triomphe des Idées, Défaite du Parti», in DELWIT, P. (ed.), *Les Partis Régionalistes en Europe. Des Acteurs en Développement*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 2005; VAN HAUTE, E. y PILET, J-B., «Regionalist Parties in Belgium (Vu, Rv, Fdf): Victims of Their Own Success?», *Regional & Federal Studies* 16, n.º 3, 2006.

³² DESCHOUWER, K., «Political Parties in Multi-Layered Systems», *European Urban and Regional Studies* 10, n.º 3, 2003; «Coalition Formation and Congruence in a Multi-Layered Setting: Belgium 1995–2008», *Regional & Federal Studies* 19, n.º 1, 2009.

³³ DESCHOUWER, K., «Une Fédération sans Fédérations de Partis», en JAUMAIN, S. (ed.), *La Réforme de l'Etat... et après? L'impact des Débats Constitutionnels en Belgique et au Canada*, Editions de l'ULB, Bruselas, 1997; PILET, J-B., DE WAELE, J-M. y JAUMAIN, S. (eds.), *L'absence de Partis Nationaux: Menace ou Opportunité?*, Science Politique, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 2009.

³⁴ ANDERSON, L.M., «Exploring the Paradox of Autonomy: Federalism and Secession in North America», en *Regional & Federal Studies* 14, n.º 1, 2004; CAMERON, D., «The Paradox of Federalism: Some Practical Reflections», en *Regional & Federal Studies* 19, n.º 2, 2009; SINARDET, D., «Futur(s) de la Fédération Belge: Paradoxes Fédéraux et Paradoxes Belges», en FOURNIER, B. y REUCHAMPS, M., *Le Fédéralisme en Belgique et au Canada. Comparaison Sociopolitique, Ouvertures Sociologiques*, De Boeck Université, Bruselas, 2009; ERK, J. y ANDERSON, L.M., «The Paradox of Federalism: Does Self-Rule Accommodate or Exacerbate Ethnic Divisions?», en *Regional & Federal Studies* 19, n.º 2, 2009; BUCHANAN,

«[L]a cuestión fundamental es, entonces, si el federalismo proporciona una solución estable y duradera para la gestión de conflictos en sociedades divididas o es, por el contrario, una parada temporal en un *continuum* que conduce a la secesión y la independencia. Una ordenación federal que reconoce formalmente la diversidad etnolingüística para ayudar a gestionar el sistema político también puede establecer este reciente —o cada vez más— Estado federal en el camino a la eventual desintegración³⁵». En Bélgica, en la tradición consociacional, los partidos políticos fueron los actores principales del sistema político y, por lo tanto, los que abordaron el proceso de integración frente a la desintegración. Sin embargo, lo hicieron sobre la base de lo que percibían como que era opinión pública.

C. El Pueblo

Como una consecuencia del consociacionalismo, el pueblo no tenía mucho que decir —las élites cuidaban del negocio político—. Esta separación entre el pueblo y las élites explicaría por qué se pudieron lograr tantas reformas en tan pocos años —en comparación con otros países como Canadá, por ejemplo³⁶— pero también dio lugar a la creación —o, al menos, al refuerzo— de dos públicos separados: uno de habla holandesa y otro francófono. No sólo estaban cada vez más separados en términos políticos, sino también en términos culturales³⁷. Los conocidos flamencos —los *Vlamingen Bekende*— son en su mayor parte totalmente desconocidos en la Bélgica francófona y viceversa. En otras palabras, no se acompañó al proceso de federalización de un proceso de mitigación de «refederalización»: fue un proceso de un solo sentido hacia una mayor autonomía. La autonomía pedía mayor autonomía. Y cuanto más difícil parecía llegar a un acuerdo a nivel federal, tanto más se expresaba que tenía transferencias de poderes del nivel federal a los niveles regional y comunitario. Aquí, el desafío étnico-territorial y el desafío socio-económico se refuerzan mutuamente y aumentan la presión sobre el sistema federal.

A.E., *Secession: The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Westview Press, Boulder, 1991; BALTHAZAR, L., «The Quebec Experience: Success or Failure?», *Regional & Federal Studies* 9, n.º 1, 1999; BAKKE, K. y WIBBELS, E., «Diversity, Disparity, and Civil Conflict in Federal State», *World Politics* 59, n.º 1, 2006.

³⁵ ERK, J. y ANDERSON, L.M., «The Paradox of Federalism: Does Self-Rule Accommodate or Exacerbate Ethnic Divisions?», en *Regional & Federal Studies* 19, n.º 2, 2009, pp. 191-202.

³⁶ FOURNIER, B. y REUCHAMPS, M. (eds.), *Le Fédéralisme en Belgique et au Canada. Comparaison Sociopolitique, Ouvertures Sociologiques*, De Boeck Université, Bruselas, 2009.

³⁷ SINARDET, D., «De Communautaire Koorts: Symptomen, Diagnose en Aanzet Tot Remedie», *Samenleving en Politiek* 10, n.º 3, 2003.

Durante el período 1960-2007, las dos opiniones públicas se mantuvieron divergentes: un número cada vez mayor de flamencos estaban dispuestos a dar más autonomía a Flandes, y un gran número de los francófonos no estaban dispuestos a hacerlo porque tenían miedo de que condujera al final del país³⁸. En este dilema, los miembros de las dos comunidades que tenían opiniones diferentes a la mayoría no fueron oídos y, de hecho, constituían un público inmerecido ya que los partidos políticos defendían sus visiones de Bélgica³⁹. La situación estaba madura para el post-federalismo, que fue provocada por la aparición del partido autonomista, el Alliantie Nieuw-Vlaamse (N-VA), un heredero de la anterior Volksunie, con quien compartía la postura esencial en la importancia de los intereses de los flamencos, pero que adoptó una estrategia de desnacionalización con el fin de obtener una mayor autonomía para Flandes⁴⁰.

3. DESPUÉS DEL FEDERALISMO (2007-EN ADELANTE)

Bélgica fue creada como un estado unitario, aunque ya dividido y se transformó en un Estado federal. Debido a que el desafío étnico-territorial no se había resuelto del todo con la federalización del país, se ha seguido haciendo hincapié en el sistema federal en su conjunto. En un contexto de división dual de los partidos y de las personas, el contexto federal por tanto era en Bélgica muy explosivo. La primera explosión ocurrió a raíz de las elecciones federales de

³⁸ SWYNGEDOUW, M. y BILLIET, J. (eds.), *De Kiezer Heeft Zijn Redenen. 13 Juni 1999 en de Politieke Opvattingen Van Vlamingen*, Acco, Lovaina, 2002; SWYNGEDOUW, M.; BILLIET, J. y GOEMINNE, B. (eds.), *De Kiezer Onderzocht. De Verkiezingen Van 2003 en 2004 in Vlaanderen, Universitaire Pers Leuven*, Lovaina, 2007; FROGNIER, A-P.; AISH, A-M., André (eds.), *Élections: La Fêlure ? Enquête sur le Comportement Électoral des Wallons et des Francophones*, De Boeck, Bruselas, 1994; FROGNIER, A-P.; DE WINTER, L. y BAUDEWYNS, P. (eds.), *Élections: Le Reflux? Comportements et Attitudes lors des Élections en Belgique*, De Boeck, Bruselas, 2007; SWYNGEDOUW, M. et al. (eds.), *Kiezen Is Verliezen. Onderzoek Naar de Politieke Opvattingen Van Vlamingen*, Acco, Lovaina, 1993; SWYNGEDOUW, M.; BILLIET, J.; CARTON, A. y BEERTEN, R. (eds.), *De (on)redelijke kiezer. Onderzoek naar de politieke opvattingen van Vlamingen. Verkiezingen van 21 mei 1995*, Amersfoort: Acco, Lovaina, 1998; FROGNIER, A-P.; AISH, A-M. (eds.), *Élections: La Rupture ? Le Comportement des Belges Face Aux Élections de 1999*, De Boeck, Bruselas, 2003; eds, *Des Élections en Trompe-L'oeil, Enquete sur le Comportement Electoral des Wallons et des Francophones*, De Boeck, Bruselas, 1999.

³⁹ FROGNIER, A-P.; DE WINTER, L.; BAUDEWYNS, P. (eds.), «Les Wallons et la Réforme de l'Etat. une Analyse sur la Base de l'Enquête Post-Électorale de 2007», en *PIOP, la-Neuve: Pôle Interuniversitaire sur l'Opinion Publique et la Politique, Université catholique de Louvain*, Lovaina, 2008; SWYNGEDOUW, M. y RINK, N., «Hoe Vlaams-Belgischgezind Zijn de Vlamingen? Een Analyse Op Basis Van Het Postelelectorale Verkiezingsonderzoek 2007», en *Onderzoeksverslag Centrum voor Sociologisch Onderzoek (CESO)* (Leuven: Instituut voor Sociaal en Politiek Opinieonderzoek (ISPO), 2008.

⁴⁰ SINARDET, D., «Des Accents Flamands au Canada», en *Le Soir*, 22 de octubre de 2009, p. 19.

2007, con la victoria de la plataforma regionalista/autonomista de los cristiano demócratas flamencos y la N-VA⁴¹. Las negociaciones se iniciaron con el fin de llegar a un acuerdo sobre una nueva reforma del estado, es decir, otro paso más hacia una mayor autonomía para responder —a la vez— a ambos retos, el étnico-territorial y el desafío socio-económico. Sin embargo, las divisiones entre los dos bandos resultó ser tan grande que no se pudo alcanzar acuerdo alguno. Una de las razones fue que los partidos francófonos no exigían nada («ellos no pedían nada»), y esto era nuevo en la fórmula federal. Hasta ahora, los dos grupos se acercaban a la mesa de negociaciones con demandas específicas y se podían lograr compromisos —algunas veces a un coste muy caro para el presupuesto del estado—, básicamente dando lo suficiente a cada Comunidad. Pero en 2007, las viejas recetas ya no funcionaban. Se necesitaron 194 días para formar una coalición —democristiana, liberal y socialista francófona— que sin embargo no había sido capaz de llegar a un acuerdo sobre la reforma del estado⁴² y, por lo tanto, los desafíos étnico-territorial y socio-económicos se quedaron sin respuesta. Luego en 2010 vino la segunda explosión.

A. El debate del Principio Territorial vs. Principio Personal

Hay un tema que es tan antiguo como el federalismo belga (y que está en el meollo del desafío étnico-territorial), la cuestión del BHV —ese es el distrito electoral y judicial de Bruselas (que es la región bilingüe), Halle / Hal y Vilvoorde / Vilvorde (que están en la región de habla holandesa)⁴³—. En este distrito, los francófonos disfrutaban de facilidades sobre todo en términos de derechos de voto —pueden votar a listas francófonas, si desean hacerlo, y de hecho lo hacen— y de los derechos judiciales —pueden acudir a los tribunales en francés—. Sin embargo, estos privilegios se encuentran en contraposición con el principio de territorialidad ya que estos ciudadanos viven en Flandes. De problemático, el asunto se convirtió en aún más problemático en 2003, cuando los distritos electorales más pequeñas se fusionaron a nivel provincial, a excepción del BHV. El Tribunal Constitucional vio una ruptura de la igualdad en esta situación que por lo tanto requería una solución diferente. Se estuvieron pensando varias soluciones, pero los partidos flamencos veían como única solución la división del BHV en dos distritos: por un lado, un distrito bilingüe de Bruselas y, por el otro, un distrito monolingüe en el Brabante flamenco que incluyera Ha-

⁴¹ SINARDET, D., «Belgian Federalism Put to the Test: The 2007 Belgian Federal Elections and Their Aftermath», en *West European Politics* 31, n.º 5, 2008; PILET, J.-B. y VAN HAUTE, E., «The Federal Elections in Belgium, June 2007», *Electoral Studies* 27, n.º 3, 2008.

⁴² BRINCKMAN, B. et al., *De Zestien Is Voor U. Hoe België Wegzakte in Een Regimecrisis. Het Verhaal Achter De Langste Regeringsvorming Ooit*, Lannoo, Tielt, 2008.

⁴³ SINARDET, D., «From Consociational Consciousness to Majoritarian Myth: Consociational Democracy, Multi-Level Politics and the Belgian Case of Brussels-Halle-Vilvoorde», en *Acta Politica* 45, n.º 3, 2010.

lle / Hal y Vilvoorde / Vilvorde. En otras palabras, se trataba de una solución en línea con una aplicación estricta del principio de territorialidad. Esto era, bastante previsiblemente, inaceptable para los partidos de lengua francesa. Fue un elemento de discordia en la formación de la coalición en 2007, pero se decidió —como a menudo se hace en Bélgica— no decidir y dejarlo para más adelante. En 2010, los Liberales Flamencos, uno de los socios dominantes, decidieron que ya duraba por mucho tiempo y abandonaron la coalición, llamando a los ciudadanos a votar.

El resultado de las elecciones de 2010 fue bastante notable. En primer lugar, en Flandes, el partido autonomista N-VA ganó las elecciones, dejando a los tres partidos flamencos tradicionales muy a la zaga. En segundo lugar, en Valonia, el Partido Socialista (PS) fue primero. Así que en dos dimensiones importantes de la política, un buen número de flamencos y francófonos habían votado en direcciones opuestas: por una mayor autonomía y más a la derecha con la N-VA y por más Bélgica —o por lo menos no tanta autonomía— y más a la izquierda con el PS. Este resultado electoral es un ejemplo perfecto de cómo el problema étnico-territorial interactúa con el desafío socio-económico en Bélgica. Pero demostró lo muy duro que era resolverlo de una vez. De hecho, los dos ganadores de las elecciones, la N-VA y el PS, comenzaron las negociaciones, pero sin ningún éxito. En la mesa de negociaciones estaba todo, por lo que el ejercicio era aún más complejo. La cuestión de BHV estaba todavía sin resolver y, más general, la cuestión de Bruselas también debía ser resuelta. De hecho, como Kris Deschouwer lo explica «aún hoy en día es y sigue siendo un tema muy controvertido, pero su ubicación es al mismo tiempo por qué el final y la división de Bélgica no es un modo fácil y obvio de salir del conflicto»⁴⁴. Los partidos políticos se quedaron atrapados en difíciles negociaciones, pero esta dificultad es también un legado histórico.

B. Los partidos políticos

El federalismo en Bélgica fue puesto en la práctica para pacificar los conflictos de la comunidad (el desafío étnico-territorial). En ese sentido, lo hizo bastante bien —el federalismo belga era una historia de éxito—. Sin embargo, no impidió otros conflictos más y, por el contrario, en realidad los fomentó —que es la razón por la que cuarenta años después, todavía tenemos que lidiar con el desafío étnico-territorial—. Los partidos políticos han desempeñado siempre un papel importante en la configuración del sistema federal, pero el sistema federal también ha moldeado su comportamiento. Como se mencionó anteriormente, la división de los partidos junto con la existencia de dos escenarios electorales distintos dejaron al sistema federal sin partidos federales. Además de

⁴⁴ DESCHOUWER, K., *Politics of Belgium...*, op. cit., 2009, p. 23.

esto y debido a esta división, las élites ya no se conocen más ya que su socialización política es diferente. Por tanto, es más difícil negociar con gente que no conoces muy bien. Sin embargo, los partidos políticos han de encontrar la solución, puesto que la idea de la consulta pública, es decir, de un referéndum, sigue siendo algo tabú en la política belga⁴⁵. La única consulta pública que se ha llevado a cabo en el país fue en la cuestión real en 1950 y los resultados fueron muy diferentes de una región a otra, llevando el país al borde de la guerra civil⁴⁶. Por último, los partidos políticos también tienen que adaptarse a la evolución de la opinión pública, que también se ha visto moldeada por la antigua y reciente historia del federalismo en Bélgica.

C. El Pueblo

A primera vista, los resultados de las elecciones muestran la división entre los dos grupos lingüísticos. Sin embargo, hay en realidad más divisiones dentro de los grupos lingüísticos. Aunque todo el mundo reconoce que el federalismo, entendido como un proceso de negociación (no tanto la distribución de competencias entre el Estado federal, las regiones y las comunidades en sí), no está funcionando actualmente en Bélgica, las soluciones para esta situación de estancamiento difieren entre los ciudadanos⁴⁷. Un grupo de ellos, en Flandes (5%-10% de la población), pero también en Valonia (5%-10%), cree que la separación debería ser la salida al conflicto. Junto a este grupo separatista, hay un gran grupo de autonomistas, de nuevo tanto en Flandes (50%) y en Valonia (35%). También hay grupos de ciudadanos dispuestos a mantener el *status quo* (25%) o dispuestos a dar más poder al Estado federal (20% en Flandes, el 30% en Valonia). Un último grupo exige la transferencia de todas las competencias de nuevo al Estado federal (5% en Flandes, el 10% en Valonia). Por decir algo, la población está bastante dividida⁴⁸, y sin embargo una mayoría es partidaria de una autonomía más profunda de las Regiones y las Comunidades. Este es el paso siguiente en la evolución del federalismo belga.

⁴⁵ No obstante, muy recientemente, el 11 de Noviembre de 2011, un evento original —el G1000— reunió a más de 700 ciudadanos «ordinarios» belgas a tratar temas importantes para el futuro de Bélgica: seguridad social, distribución de la riqueza e inmigración. No fue un referéndum, sino más bien un primer intento para introducir alguna forma de democracia deliberativa en Bélgica: REUCHAMPS, M., «Le G1000», en *Politique: Revue des débats*, n.º 72, 2011.

⁴⁶ MABILLE, X., *Histoire politique de la Belgique: facteurs et acteurs de changement*. CRISP, 4.ª edición, Bruselas, 2000.

⁴⁷ DESCHOUWER, K. y SINARDET, D., «Taal, identiteit en stemgedrag», en DESCHOUWER, K.; DEWIT, P.; HOOGHE, M. y WALGRAVE, S. (eds.), *De stemmen van het volk. Een analyse van het kiesgedrag in Vlaanderen en Wallonië op 7 juni 2009*, VUB Press, Bruselas, 2010.

⁴⁸ REUCHAMPS, M., *L'Avenir du Fédéralisme en Belgique et au Canada. Quand les Citoyens en Parlent*, Diversitas, P.I.E.-Peter Lang, Bruselas, 2011.

4. LAS RESPUESTAS A LOS RETOS ACTUALES

Las tres primeras secciones han demostrado cómo el reto étnico-territorial y el desafío socio-económico han surgido en Bélgica y cómo han cuestionado al federalismo belga. Desde 2010, el país se encontraba en un punto muerto debido a la ausencia de una formulación conjunta de decisiones sobre la forma de resolver estos dos retos. Después de varios meses (más de un año de negociaciones), el 11 de octubre de 2011 ocho partidos políticos llegaron a un acuerdo sobre una nueva reforma del estado⁴⁹. Las negociaciones fueron encabezadas por el presidente del PS, Rupo di Elio, y contó con los democristianos flamencos (CD & V), pero sin la NV-A que finalmente (después de varios meses de intentos fallidos de negociación) se percibió que no estaba —suficientemente— dispuesta a llegar a un compromiso, el partido liberal francófono (MR), pero sin el FDF quien no aceptó el acuerdo porque no cumplía con sus expectativas mínimas, los Liberales flamencos (OpenVLD), los Socialistas flamencos (SP.a), la cristiano demócratas francófonos (CDH) y los partidos verdes de ambos grupos lingüísticos (Ecolo y Groen!). En total, los ocho partidos llegaron a un acuerdo global de bastante alcance que ofrece respuestas —provisionales— a los principales retos del federalismo belga en cuatro capítulos: la renovación política, BHV y Bruselas, más autonomía y un nuevo sistema de compensación financiera.

A. Renovación política

El primer capítulo del acuerdo firmado por los ocho partidos aboga por la renovación política. La crisis política definitivamente ha erosionado la confianza en las instituciones políticas en Bélgica. El primer objetivo de la reforma del Estado es, por tanto, mejorar la confianza política a través de varias reformas. Una de ellas será la creación de una comisión de ética independiente que se encargará de redactar un código deontológico para los titulares de cargos públicos. El Parlamento se verá reforzado en sus funciones de control del ejecutivo y de formulación de políticas. Además, el Senado (cámara alta de Bélgica) se transformará a partir de las próximas elecciones regionales en 2014. Por un lado, se compondrá de 50 senadores elegidos indirectamente (29 de lengua neerlandesa, 20 de lengua francesa y uno de lengua alemana), sobre la base de los resultados de las elecciones regionales. Por otro lado, habrá 10 senadores cooptados, es decir, elegidos por sus pares (6 de lengua neerlandesa y 4 de lengua francesa), a partir de los resultados de las elecciones a la Cámara. El Senado volverá a jugar un papel más limitado, pero va a ser la Cámara de

⁴⁹ Acuerdo institucional para la sexta reforma del Estado, «Un Etat Fédéral Plus Efficace et des Entités Plus Autonomes», Bruselas, 2011.

las entidades subestatales, hasta cierto punto. Sin embargo, estos son principios que tienen ahora que ser discutidos y elaborados en un grupo de trabajo compuesto por representantes de los ocho partidos.

Junto a varios otros elementos como el voto de los belgas que viven en el extranjero o la idea de un federalismo cooperativo, el punto principal de este capítulo es la re-sincronización de los gobiernos federal y las elecciones regionales. Hasta 1999, las elecciones federales se celebraban cada cuatro años y las elecciones regionales (junto con las elecciones europeas) se celebraban cada cinco años. Se decidió celebrar elecciones federales (es decir, para la Cámara —dada la reforma del Senado) cada cinco años, a partir de las próximas elecciones europeas (y por lo tanto las elecciones regionales) en junio de 2014. Esto es básicamente para evitar demasiadas elecciones y también evitar —demasiadas— coaliciones incongruentes entre los diferentes niveles de gobierno. No obstante, a las regiones se les otorga el derecho (a través de la autonomía constitutiva que se extiende también a la Región de Bruselas-Capital y a la Comunidad de habla alemana) de decidir la duración de cada legislatura y la fecha de las elecciones de su asamblea. Así que las próximas elecciones generales principales en Bélgica tendrán lugar en junio de 2014 —los resultados de estas elecciones afectarán a la composición de cada asamblea en el país (además de a los diputados belgas elegidos para el Parlamento Europeo): la Cámara de Representantes, el Senado (composición indirecta sobre la base de las elecciones de los parlamentos regionales y la Cámara), el Parlamento flamenco, el Parlamento de Bruselas, el Parlamento valón, el Parlamento de la Comunidad francófona (composición indirecta con diputados electos en el Parlamento valón y diputados elegidos en el grupo de lengua francesa del Parlamento de Bruselas) y el Parlamento de la Comunidad de lengua alemana.

B. BHV y Bruselas

El problema dual de BHV y Bruselas es el meollo del desafío étnico-territorial. Para el primero —BHV—, se adoptaron dos decisiones: dividir el distrito electoral de BHV (pero con garantías para los francófonos que viven en los seis municipios de la periferia; a los que se les permite votar por los candidatos —en su mayoría flamencos— del distrito en que viven —es decir, el distrito del Brabante Flamenco— o por los candidatos —flamencos o francófonos— en el distrito de Bruselas-Capital) y dividir el distrito judicial de BHV (pero con garantías para los francófonos que viven en Halle / Hal y Vilvoorde / Vilvorde —éste incluye a los seis municipios de la periferia— que implicará algunos cambios en la composición de las jurisdicciones). En este último caso —Bruselas—, habida cuenta de su importante papel en la dinámica federal, pero también en términos de su peso socio-económico, Bruselas y sus llamados alrededores (que es en torno a 1,8 millones de habitantes que viven en más de 30 municipios, tanto en Flandes como Valonia junto a Bruselas) será considerada

como una «comunidad metropolitana», que aún ha de ser definida con mayor precisión. Además, en la propia Bruselas (la Región), habrá una simplificación de las instituciones en particular hacia un esquema integral de seguridad y una cada vez mayor homogeneidad en la distribución de las competencias (en términos de urbanismo, vivienda social, movilidad, aparcamiento, limpieza, infraestructuras deportivas, formación profesional, turismo, instituciones bi-culturales de interés regional). En cuanto a la reforma del Senado, estas reformas para Bruselas serán abordadas por un grupo de trabajo, compuesto de representantes de Bruselas de los ocho partidos.

C. Más autonomía

Con el fin de dar respuesta al reto étnico-territorial y al desafío socio-económico, varias competencias se han transferido desde el Estado federal a las entidades subestatales; es decir, que tienen más autonomía. El primer paquete se compone de las competencias relacionadas con el mercado de trabajo (que van a las Regiones), pero la seguridad social sigue siendo federal (así como el diálogo social y la política salarial). La atención de la salud se ve transferida a las Comunidades, pero la solidaridad interpersonal sigue siendo federal (es decir, un acceso equitativo a la atención sanitaria en toda Bélgica; es decir, el INAMI —el Instituto belga nacional de prestaciones médicas— todavía será controlado por el gobierno federal). Con el fin de contar con políticas coherentes (aunque a veces diferentes) entre las Comunidades, se habrán de firmar acuerdos de cooperación entre ellas y el gobierno federal. Las prestaciones familiares van a las Comunidades (en Bruselas a la Comisión Común de la Comunidad —COCOM—). Para asegurarse de que ninguna Comunidad se deshará de ellas, el derecho a las prestaciones familiares será recogido en la Constitución. En términos de justicia, en sus propias competencias, las entidades subestatales tendrán una mayor voz —si bien habrá de firmarse un acuerdo de cooperación—. Este es, por ejemplo, el caso de las sanciones contra los jóvenes que son parte de la responsabilidad de las Comunidades (COCOM en Bruselas). Por último, hay una transferencia en otras áreas varias: la movilidad (un número bastante amplio de reglas van a las regiones, pero no el código de circulación en sí), la política económica e industrial, la energía, la agricultura, la vivienda, la administración local. De hecho, esta es una transferencia a gran escala de competencias. Equivale a un total de 16.898 millones de euros. Además de estas transferencias, la reforma trae consigo un nuevo sistema de compensación financiera.

D. Nuevo sistema de compensación financiera

El objetivo del nuevo sistema es doble: dar más autonomía fiscal y hacer a las entidades más responsables, manteniendo al mismo tiempo la solidaridad

en todo el país. Varios principios guían esta reforma: evitar la competencia fiscal excesiva entre las entidades, mantener un régimen fiscal progresivo del impuesto sobre la renta personal, no empobrecer estructuralmente a una o más entidades, asegurar la viabilidad a largo plazo del Estado federal y mantener sus competencias fiscales con el fin de garantizar la solidaridad interpersonal, aumentar la responsabilidad fiscal de las regiones para sus competencias, tener en cuenta las características específicas del contexto socioeconómico y el papel de Bruselas, usar criterios basados en la población y los alumnos, mantener una solidaridad entre las entidades, asegurar la estabilidad financiera de las entidades, que las entidades contribuyan a la mejora de las finanzas públicas, y comprobar la pertinencia de los modelos a través de simulaciones. Como se puede imaginar, no era definitivamente una reforma fácil de negociar puesto que había que tomar en consideración muchas variables. Sería demasiado tedioso explorar todos los detalles del nuevo sistema de compensación. No obstante, deberían ser mencionados tres puntos clave.

En primer lugar, a las regiones se les concede autonomía fiscal sustancial (a través de una parte del impuesto sobre la renta personal en la que se pueden aplicar su propio tipo), lo que equivale a un total de 10.736 millones de euros. Además de esta autonomía fiscal, las regiones recibirán pagos directos por parte del Estado federal para las nuevas competencias. En segundo lugar, ya que en Bruselas las dos Comunidades son competentes en el mismo territorio, las Comunidades tienen mucha menor influencia fiscal. Por lo tanto, obtienen sus medios financieros a través de pagos directos del Estado federal (sobre la base del impuesto del valor añadido y una proporción del impuesto sobre la renta recaudado por el gobierno federal). En tercer lugar, las Regiones de Bruselas-Capital reciben medios adicionales (para un total de 461 millones de euros) debido a que un gran número de personas trabajan en Bruselas, pero no viven en Bruselas, y por lo tanto no pagan impuestos allí. La aplicación del nuevo régimen de compensación llevará varios años. Se iniciará en 2012, pero sus efectos completos sólo se completarán en diez años a partir de ahora (y en algunos casos incluso más). Así, el impacto del nuevo sistema de compensación ha de ser evaluado aún.

CONCLUSIÓN: ¿EL FIN DE BÉLGICA?

El Federalismo belga está —todavía— en una encrucijada. Tanto desde dentro como desde fuera. Resulta cada vez más complejo entender por qué Bélgica habría quedado atrapada en un callejón sin salida, por un lado, mientras aún funciona, por otra parte. Los desafíos que afronta el federalismo belga y las respuestas que se han proporcionado en las diferentes olas de reforma del estado explican la razón por la cual este país, antes estado unitario, luego un Estado federal y probablemente en el futuro un estado post-federal, se ha visto inserto en tal paradójica situación. El federalismo ha sido poco a poco,

reforma tras reforma, implementado para pacificar la cuestión étnico-territorial creando Regiones y Comunidades con el fin de dar autonomía a los diferentes pueblos de Bélgica. Mientras tanto, la federalización ha reforzado las tensiones mediante su institucionalización, a menudo llevando el nivel federal a un punto muerto.

Así, el último reto actual en el federalismo belga es el subproducto de los dos primeros retos —el reto étnico-territorial y el desafío socio-económico—. Es, en pocas palabras, la cuestión de la existencia misma de Bélgica. Desde el comienzo de Bélgica, y en particular durante los últimos cincuenta años, el conflicto de la comunidad (que no es sólo étnico-territorial sino también socio-económico) ha provocado intensas tensiones. Además de esto, durante más de 500 días Bélgica estuvo sin un gobierno federal en toda regla (no obstante había un gobierno provisional), lo que inevitablemente tensó seriamente la arquitectura de todo el país, a pesar de que los otros cinco gobiernos estaban funcionando. Ahora que un gobierno en toda regla está funcionando el fantasma del fin de Bélgica ha disminuido, pero la pregunta «¿todavía Bélgica?» permanece. De hecho, el federalismo en Bélgica se ha producido a través de compromisos sutiles. La última reforma del Estado, que aún debe ser aprobada a través de la revisión de la Constitución y de leyes especiales, pertenece a esta categoría de sutiles compromisos —típico belga—. Sin embargo, los compromisos sutiles, mientras a menudo han proporcionado una solución a corto plazo, frecuentemente fueron las fuentes de tensiones. Nadie puede predecir si este será el destino de la sexta reforma del estado, pero nadie puede excluirlo.

BIBLIOGRAFÍA

- Accord institutionnel pour la sixième réforme de l'Etat. "Un Etat fédéral plus efficace et des entités plus autonomes". Bruselas, 2011.
- ANDERSON, L.M., «Exploring the paradox of autonomy: federalism and secesión in North America», en *Regional & Federal Studies* 14, n.º 1, 2004, pp. 89-112.
- BAKKE, K.M. y WIBBELS, E., «Diversity, Disparity, and Civil Conflict in Federal States», *World Politics* 59, n.º 1, 2006, pp.1-50.
- BALACE, F., «Les libéraux, les catholiques et l'unionisme (1831-1846)», en *Le libéralisme en Belgique. Deux cents ans d'histoire*, HASQUIN, H. y VERHULST, A., Centre Paul Hymans, Editions Delta, Bruselas, 1989.
- BALTHAZAR, L., «The Quebec experience: Success or failure?», en *Regional & Federal Studies* 9, n.º 1, 1999, pp. 153-69.
- BEAUFAYS, J.; MARAGNE, G. y VERJANS, P., «Fédéralisation et structures institutionnelles: la Belgique entre refondation et liquidation», en *La Belgique en mutation. Systèmes politiques et politiques publiques (1968-2008)*, BEAUFAYS, J. y MATAGNE, G. (eds.), 9-48, Bruylant, Bruselas, 2009.
- BOUHON, F. and REUCHAMPS, M. (eds.), *Les systèmes électoraux de la Belgique*. Bruylant, Bruselas, 2012.

- BRINCKMAN, B., ALBERS, I., SAMYN, S. y VERSCHELDEN, De zestien is voor u. Hoe België wegzakte in een regimecrisis. Het verhaal achter de langste regeringsvorming ooit. Tielt: Lannoo, 2008.
- BUCHANAN, A.E., *Secession: the morality of political divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Westview Press, Boulder, 1991.
- BURGESS, M. y PINDER, J. (eds). *Multinational federations*, Routledge, Nueva York, 2007.
- CAMERON, D., «The Paradox of Federalism: Some Practical Reflections», *Regional & Federal Studies* 19, n.º 2, 2009, pp. 309-19.
- DELWIT, P., *La vie politique en Belgique de 1830 à nos jours*. UB lire références, Editions de l'Université de Bruxelles, vol. 6, Bruselas, 2009.
- DESCHOUWER, K., «Coalition Formation and Congruence in a Multi-layered Setting: Belgium 1995-2008», en *Regional & Federal Studies* 19, n.º 1, 2009, pp. 13-35.
- , «Comprendre le nationalisme flamand», en *Fédéralisme Régionalisme* 1, 1999-2000.
- , «Falling apart together. The changing nature of Belgian consociationalism, 1961-2000», en *Acta Politica* 37, 2002, pp. 68-85.
- , «Kingdom of Belgium», en KINCAID, J. y TARR, A. (eds.), *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, Ithaca: McGill-Queen's University Press, Montreal, 2005, pp. 44-75.
- , «La dynamique fédérale en Belgique», en FOURNIER, B. y REUCHAMPS, M. (eds.), *Le fédéralisme en Belgique et au Canada. Comparaison sociopolitique*, De Boeck Université, Bruselas, 2009, pp. 65-72.
- , «Political Parties in Multi-Layered Systems», en *European Urban and Regional Studies* 10, n.º 3, 2003, pp. 213-26.
- , *Politics of Belgium: Governing a Divided Society*, Comparative Government and Politics Series, Palgrave Macmillan, Londres, 2009.
- , «The Rise and Fall of the Belgian Regionalist Parties», en *Regional & Federal Studies* 19, n.º 4, 2009, pp. 559-77.
- , «Une fédération sans fédérations de partis», en *La réforme de l'Etat... et après ? L'impact des débats constitutionnels en Belgique et au Canada*, JAUMAIN, S. (ed.), Editions de l'ULB, Bruselas, 1997, pp. 77-83.
- DESCHOUWER, K. y MAARTEN, T.J., «L'avenir des institutions, vu de Flandre», en *La Belgique: un état fédéral en évolution*, edited by André Leton, Bruylant, L.G.D.J., Bruselas, Paris, 2001, pp. 209-25.
- DESCHOUWER, K. y SINARDET, D., «Taal, identiteit en stemgedrag», en DESCHOUWER, K.; DEWIT, P.; HOOGHE, M. y WALGRAVE, S. (eds.), *De stemmen van het volk. Een analyse van het kiesgedrag in Vlaanderen en Wallonië op 7 juni 2009*, VUB Press, Bruselas, 2010.
- ERK, J. y ANDERSON, L.M., «The Paradox of Federalism: Does Self-Rule Accommodate or Exacerbate Ethnic Divisions?», en *Regional & Federal Studies* 19, n.º 2, 2009, pp. 191-202.
- FLORA, P.; KUHNLE, S. y URWIN, D. (eds.), *State Formation, Nation-Building, and Mass Politics in Europe: The Theory of Stein Rokkan*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- FOURNIER, B. y REUCHAMPS, M. (eds.), *Le Fédéralisme en Belgique et au Canada. Comparaison Sociopolitique*, Ouvertures Sociologiques, De Boeck Université, Bruselas, 2009.

- FROGNIER, A.-P.; AISH, A.-M., André (eds.), *Des élections en trompe-l'oeil. Enquête sur le comportement électoral des Wallons et des Francophones*. Bruxelles: De Boeck, 1999.
- , *Élections: La Fêlure ? Enquête sur le Comportement Électoral des Wallons et des Francophones*, De Boeck, Bruselas, 1994.
- , *Élections: La Rupture ? Le Comportement des Belges Face aux Élections de 1999*, De Boeck, Bruselas, 2003.
- HUYSE, L., *Passiviteit, Pacificatie en Verzuiling in de Belgische Politiek: Een Sociologische Studie*, Antwerpen: Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1970.
- , «Political Conflict in Bicultural Belgium», en *Conflict and Coexistence...*, op. cit., pp. 107-126.
- JANSSENS, R., *Taalgebruik in Brussel. Taalverhoudingen, Taalverschuivingen En Taalidentiteit in Een Meertalige Stad*, VUB Press, Bruselas, 2001.
- LIJPHART, A. (ed.), *Conflict and Coexistence in Belgium: The Dynamics of a Culturally Divided Society*, Berkeley Institute of International Studies, University of California, 1981.
- , *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, New Haven: Yale University Press, 1984.
- , *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, New Haven: Yale University Press, 1977.
- MABILLE, X., *Histoire politique de la Belgique: facteurs et acteurs de changement*. CRISP, 4.ª edición, Bruselas, 2000.
- McRAE, K.D., *Conflict and Compromise in Multilingual Societies*, volume 2, Belgium. Wilfrid Laurier University Press, Waterloo, 1983.
- PIERSON, P., «Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics», *The American Political Science Review* 94, n.º 2, 2000, pp. 251-67.
- , «The Path to European Integration: A Historical Institutional Analysis». *Comparative Political Studies* 29, n.º 2, 1996, pp. 123-63.
- PILET, J.-B.; DE WAELE, J.-M. y JAUMAIN, S. (eds.), *L'absence De Partis Nationaux: Menace Ou Opportunité ?*, Science Politique, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 2009.
- , y VAN HAUTE, E., «The Federal Elections in Belgium, june 2007», *Electoral Studies* 27, n.º 3, 2008, pp. 547-50.
- QUEVIT, M., *Les Causes du Déclin Wallon*, Vie ouvrière, Bruselas, 1978; Flandre-Wallonie: Quelle Solidarité ? De la Création de l'état Belge à l'Europe des Régions, Couleurs livres, Charleroi, 2010.
- , *Les causes du déclin wallon*, Vie ouvrière, Bruselas, 1978.
- REUCHAMPS, M., *L'avenir du Fédéralisme en Belgique et Au Canada. Quand Les Citoyens en Parlent*, Diversitas, P.I.E.-Peter Lang, Bruselas, 2011.
- , «Le G1000», en *Politique: Revue des débats*, n.º 72, 2011, pp. 64-66.
- REUCHAMPS, M. y ONCLIN, F., «La Fédération Belge», en FOURNIER, B. y REUCHAMPS, M., *Le Fédéralisme en Belgique et au Canada. Comparaison sociopolitique*, De Boeck Université, Bruselas, 2009, pp. 21-40.
- SINARDET, D., «Belgian Federalism Put to the Test: The 2007 Belgian Federal Elections and Their Aftermath», en *West European Politics* 31, n.º 5, 2008.
- , «De Communautaire Koorts: Symptomen, Diagnose en Aanzet Tot Remedie», *Samenleving en Politiek* 10, n.º 3, 2003.
- , «Des Accents Flamands Au Canada», en *Le Soir*, 22 de octubre de 2009, p. 19.

- , «From Consociational Consciousness to Majoritarian Myth: Consociational Democracy, Multi-Level Politics and the Belgian Case of Brussels-Halle-Vilvoorde», en *Acta Politica* 45, n.º 3, 2010.
- , «Futur(s) de la Fédération Belge: Paradoxes Fédéraux et Paradoxes Belges», en FOURNIER, B. y REUCHAMPS, M., *Le Fédéralisme en Belgique et au Canada. Comparaison Sociopolitique*, Ouvertures Sociologiques, De Boeck Université, Bruselas, 2009.
- SWENDEN, W. y MAARTEN THEO, J., «“Will It Stay or Will It Go?” Federalism and the Sustainability of Belgium», *West European Politics* 29, n.º 5, 2006, pp. 877-94.
- SWYNGEDOUW, M. y BILLIET, J. (eds.), *De Kiezer Heeft Zijn Redenen*. 13 Juni 1999 En De Politieke Opvattingen Van Vlamingen, Acco, Lovaina, 2002.
- ; BILLIET, J.; CARTON, A. y BEERTEN, R. (eds.), *De (on)redelijke kiezer. Onderzoek naar de politieke opvattingen van Vlamingen. Verkiezingen van 21 mei 1995*, Amersfoort: Acco, Lovaina, 1998.
- (eds.), *Kiezen Is Verliezen. Onderzoek Naar De Politieke Opvattingen Van Vlamingen*, Acco, Lovaina, 1993.
- ; BILLIET, J. y GOEMINNE, B. (eds.), *De Kiezer Onderzocht. De Verkiezingen Van 2003 En 2004 in Vlaanderen*, Universitaire Pers Leuven, Lovaina, 2007.
- y RINK, N., «Hoe Vlaams-Belgischgezind Zijn De Vlamingen? Een Analyse Op Basis Van Het Postelectorale Verkiezingsonderzoek 2007», en *Onderzoeksverslag Centrum voor Sociologisch Onderzoek (CESO)* (Leuven: Instituut voor Sociaal en Politiek Opinieonderzoek (ISPO), 2008.
- TERLINDEN, Ch., *Histoire de la Belgique Contemporaine 1830-1914*, Librairie Albert Dewit, Bruxelles, vol. II, 1929.
- VAN HAUTE, E., «La Volksunie (Vu): Triomphe Des Idées, Défaite Du Parti», in DELWIT, P. (ed.), *Les Partis Régionalistes en Europe. Des Acteurs en Développement*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 2005. pp. 243-264.
- y PILET, J.-B., «Regionalist Parties in Belgium (Vu, Rw, Fdf): Victims of Their Own Success?», *Regional & Federal Studies* 16, n.º 3, 2006, p. 297-313.
- VERJANS, P., «Mutation des Systèmes Partisans et Résultats Électoraux: Proportion Congruë et Gouvernabilité», en BEAUFAYS, J. y MATAGNE, G., *La Belgique en Mutation. Systèmes Politiques et Politiques Publiques (1968-2008)*, Bruylant, Bruselas, 2009, pp. 49-96.
- WITTE, E. y VAN VELTHOVEN, H., *Language and Politics. The Situation in Belgium in a Historical Perspective*, VUB Press, Bruselas, 2000.
- ZOLBERG, A.R., «Les origines du clivage communautaire en Belgique. Esquisse d'une sociologie historique», en *Recherches sociologiques* 7, n.º 2, 1976, pp. 150-70.
- , «The Making of Flemings and Walloons: Belgium: 1830-1914», en *Journal of Interdisciplinary History* 5, n.º 2, 1974, pp. 179-235.

III

La distribución de competencias y los horizontes de la autonomía territorial en España

Ponencias

Problemas actuales en el Estado autonómico¹

Alberto López Basaguren
Profesor de Derecho Constitucional.
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

SUMARIO: 1. La autonomía territorial, ¿del éxito al fracaso? Los fundamentos de la insatisfacción. 2. El «principio dispositivo» y el intento de reforma de la autonomía territorial a través de los Estatutos. 3. El fracaso de la pretensión de reforma: la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. 4. La reforma de la Constitución en el camino del federalismo: un reto. Bibliografía.

1. LA AUTONOMÍA TERRITORIAL, ¿DEL ÉXITO AL FRACASO? LOS FUNDAMENTOS DE LA INSATISFACCIÓN

El diseño constitucional del sistema autonómico y su desarrollo práctico ha sido considerado, durante más de veinticinco años, un gran éxito. Así opinaban, incluso, gran parte de sus críticos o de quienes reclamaban mayor autonomía para sus territorios. Durante esos años había una satisfacción especial por la ingente labor realizada por el Tribunal Constitucional (TC); decisiva por la parquedad de la regulación constitucional y el reto de construir un sistema carente de tradición. La doctrina del TC dotó de sólidos cimientos al sistema autonómico.

Las cautelas formales contenidas en la Constitución (CE) parecían dirigidas a establecer un regionalismo débil, que se desarrollaría bajo un fuerte control

¹ Profesor de Derecho Constitucional. Universidad del País Vasco (UPV/EHU); alberto.lopez@ehu.es

Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco IT743-13. Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación DER 2010-20850, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. El texto fue escrito durante la estancia en Clare Hall College y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge (Reino Unido), durante el curso 2011-12, gracias a la licencia sabática concedida por la UPV/EHU y a la ayuda concedida por el Ministerio de Educación del Gobierno español (programa Salvador de Madariaga). Quiero agradecer muy especialmente al prof. John Bell, así como a la Dra. Anat Scolnicov por su apoyo durante la estancia sabática en la Universidad de Cambridge.

político del Estado, probablemente sin generalizarse a todo el territorio y con una autonomía muy limitada, salvo en los territorios referidos en la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución. Estas previsiones saltaron por los aires inmediatamente: se generalizó la creación de Comunidades Autónomas (CA) y varios territorios manifestaron la voluntad de asumir la más alta cota de autonomía, resistiéndose a quedar confinados en una autonomía más limitada.

Los dos partidos mayoritarios en el Parlamento, que habían pactado realizar un desarrollo controlado del sistema autonómico, se vieron desbordados. Tuvieron que ir adoptando soluciones que, en ocasiones, forzaban la propia regulación constitucional. Andalucía se convirtió en CA por el procedimiento establecido en el art. 151 CE y se situó directamente al nivel de Cataluña, País Vasco y Galicia; Valencia y Canarias lo hicieron indirectamente, a través de sendas Leyes Orgánicas de delegación y transferencias (art. 150.2 CE), que ampliaron las competencias establecidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía (EA); y el TC dictó la Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, sobre la Ley Orgánica de armonización del proceso autonómico, que dejaba prácticamente inutilizada la figura de las «leyes de armonización» (art. 150.2 CE). Con ello, fracasaban estrepitosamente los primeros Pactos autonómicos (1981) suscritos por los dos grandes partidos a escala nacional (entonces, UCD y PSOE). Este ciclo se cierra con los segundos Pactos autonómicos (1992) suscritos, igualmente, por los dos grandes partidos (ahora PSOE y PP), con los que se dejó vía libre a la reforma de los EA de las CA del art. 143 CE, equiparando de forma general las competencias de todas las CA (E. Aja, 1996; L. Ortega, 2004). Este proceso alejó radicalmente el sistema español de la previsión inicial de un sistema autonómico débil y controlado, a la manera italiana, y desarrolló un sistema de territorios autónomos con gran potencia política.

La satisfacción por este resultado convivió con críticas sobre algunos de los elementos del sistema o de la interpretación establecida por el TC. En estas posturas han coexistido críticas sobre los problemas estructurales y de funcionamiento, en la perspectiva de su reforma, con posturas que lo descalificaban por insuficiente. La descalificación la han protagonizado los nacionalistas, que en el caso de Cataluña y del País Vasco estaban al frente de los gobiernos de sus respectivos territorios. La insatisfacción con el sistema autonómico fue adquiriendo creciente consistencia, especialmente en esos dos territorios, cuando se cumplían veinticinco años de la aprobación de sus EA. Mientras que en el País Vasco, entre los nacionalistas, prevaleció una descalificación generalizada —y un intento de lograr un nuevo *status* político—, en Cataluña la mayoría trató de precisar los problemas que habían llevado a la crisis del sistema autonómico, planteando su reforma dentro de los límites constitucionales.

Este análisis (E. Aja y C. Viver, 2003) se expresó con especial claridad por C. Viver (2003), antiguo Magistrado del TC, quien acuñó la expresión de que, finalmente, el sistema español se caracterizaba por haber dotado a las CA de una «amplia autonomía de baja calidad». A su juicio, «los rasgos característicos de la autonomía política» habrían quedado desdibujados, de forma que el

modelo finalmente imperante se asemejaría más «al de una simple autonomía administrativa». Las CA tendrían una escasa capacidad para «adoptar políticas propias» que les permitieran una «efectiva posibilidad de transformación de aspectos importantes de la realidad social, económica o política de acuerdo con sus propias opciones políticas»; faltarían «mecanismos eficaces de participación de las CCAA en las instituciones y en la determinación de políticas estatales»; y sería deficiente la garantía constitucional de la autonomía de las CA, por el grado de indeterminación de las normas de distribución de competencias entre el Estado y las CA, que quedan, así, «al amparo de las coyunturales mayorías parlamentarias».

Con independencia de la opinión que merezca esta conclusión, es importante el análisis de los problemas que lleva a un juicio de esa naturaleza. El problema central se sitúa en la distribución de competencias. Por una parte, según C. Viver, estaría la «fragmentación de las materias atribuidas a la competencia de las CCAA»; en segundo lugar, la «extensión dada a las materias de competencia estatal —especialmente, los llamados títulos horizontales, como la ordenación general de la economía—»; en tercer lugar, el «detalle al que llegan las bases que el Estado puede dictar en numerosas materias». Este último aspecto es fundamental: tras veinticinco años «debe admitirse que el binomio bases-desarrollo empleado como criterio de delimitación competencial de modo generalizado en nuestro ordenamiento ha resultado jurídicamente ineficaz». Tal y como se ha configurado el concepto de bases, «en su seno cabe prácticamente cualquier contenido que quiera darle el Estado» y el TC «carece de un parámetro constitucional jurídicamente seguro para rechazar, salvo en supuestos extremos, las decisiones adoptadas» por el legislador estatal. Así, el modelo de distribución de competencias «se desconstitucionaliza y queda a merced de los poderes constituidos».

En estas consideraciones se ponen de relieve distintos problemas. La cuestión de las llamadas competencias «horizontales» es general en los sistemas federales, en los que, formulados de una u otra forma, existen instrumentos de intervención federal, especialmente en el ámbito económico, con un efecto «horizontal». Este hecho debiera llevar a matizar la gravedad estructural del problema en el sistema español, aún sin restar importancia a la necesidad de delimitarlo de forma más precisa.

Distinta es, a mi juicio, la cuestión relativa a las competencias compartidas. La Constitución recurre de forma sistemática a una distribución de competencias, de carácter compartido, en las que al Estado le corresponde establecer *basic rules* y a las CA el desarrollo legislativo y la ejecución; es la columna vertebral del sistema de distribución de competencias. El TC ha tratado de imponer requisitos formales a la competencia del Estado para determinar estas *basic rules*, como la exigencia de ley formal; pero, en parte obligado por la propia letra de la Constitución —que solo en algunos casos hace referencia a «legislación básica»—, ha fracasado en esas pretensiones. Tampoco ha sido capaz de establecer límites a la competencia para determinar las *basic rules* (como

principios), lo que ha dejado al Estado libertad para determinar qué es básico en una materia; es decir, para establecer los límites de su competencia y, consiguientemente, de la competencia de las CA (J. Jiménez Campo, 1989; J. A. Montilla, 2003). Tras más de treinta años de desarrollo, este es uno de los problemas estructurales más importantes del sistema.

Vinculado a la distribución de competencias se ha planteado un problema que ha tenido gran trascendencia política: las transferencias pendientes. Especialmente en el caso del País Vasco, la afirmación de que el Estado seguía sin transferir decenas de competencias que, de acuerdo al EA, corresponderían a la CA², ha sido un elemento clave en el proceso de deslegitimación del sistema autonómico (A. López Basaguren, 2008).

El nacimiento del sistema autonómico a partir de un Estado centralizado exigía el traspaso a las CA de los servicios y personal correspondientes a las competencias asumidas; lo que se acuerda en una Comisión Mixta. El TC ha afirmado de forma reiterada (desde la STC 25/1983) que es el EA —y no el Decreto de traspasos— el que atribuye la competencia, que puede ser ejercida en ausencia de traspaso; aunque, cuando la actuación se refiere al servicio no transferido, la competencia debe seguir siendo ejercida por el Estado. Se trata de una situación «provisional» y «anómala», que solo puede corregirla la lealtad constitucional de las partes (STC 209/1990). No existen vías de control que puedan resolver la falta de acuerdo en la Comisión mixta de transferencias.

El problema carece de la dimensión que se pretende. La imposibilidad de ejercer la competencia se limita a la gestión administrativa de los órganos no transferidos; casi sin excepción, se trata de aspectos muy puntuales dentro de una materia³; la reclamación se asienta en interpretaciones discutibles sobre el alcance de la competencia atribuida en el EA; y, en ocasiones, la CA no acepta la transferencia por desacuerdo en su valoración económica. La ausencia de traspaso afecta, fundamentalmente, a la financiación.

Junto al problema estructural en la distribución de competencias existen, sin duda, otros problemas en el desarrollo del sistema autonómico, como el del Senado, de cuya reforma se lleva hablando decenios, para lograr que la definición constitucional como «Cámara de representación territorial» se adapte a la estructura autonómica, en lugar de representar, mayoritariamente, a las provincias.

Pero el problema de mayor trascendencia es la financiación. No se ha logrado establecer un sistema estable que sea aceptado, especialmente por Cataluña. Desde su aprobación en 1980⁴, el sistema de financiación de las CA

² Según el «Informe sobre el desarrollo estatutario», del Parlamento Vasco, de 1 de julio de 1993, se trataba de cincuenta y cuatro competencias. Por su parte, Joan Saura (2005), entonces miembro del Gobierno de Cataluña, cifraba en «más de noventa» las competencias que faltarían de transferir a Cataluña.

³ Esto explica que se hable de competencias pendientes de transferir en números tan elevados, que superan, con mucho, la lista de competencias contenida en el EA.

⁴ Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA).

ha estado sometido a profundas reformas —en 1996, 2001 y 2009⁵—, pretendiendo, en cada una de ellas, establecer el «sistema definitivo». El sistema de financiación se basa en los tributos cedidos por el Estado y en la capacidad de las CA para establecer tributos propios, limitada por la imposibilidad de que recaigan sobre hechos impositivos ya gravados por el Estado; el sistema se completa con los recursos tributarios que el Estado traspassa a las CA. Pero en el proceso de reformas sucesivas, han sido cedidos a las CA importantes rendimientos tributarios, como el 50% del Impuesto sobre la Renta y el 50% del IVA (Impuesto sobre el Valor Añadido) —los dos impuestos de mayor recaudación—, al tiempo que se ha reconocido a las CA capacidad regulatoria en la parte cedida de los tributos, con la pretensión de estimular la responsabilidad fiscal.

Fuera de este sistema se sitúan el País Vasco y Navarra que, en la aplicación del sistema de Concierto económico, acaban disponiendo de una cantidad considerablemente más elevada de recursos públicos por habitante (I. Zubiri, 2004 y 2007; C. Monasterio, 2009; A. de la Fuente, 2011)⁶.

La financiación es esencial en la insatisfacción con el sistema autonómico; muy especialmente en Cataluña, en donde existe una convicción muy generalizada de maltrato fiscal. Se considera que los recursos que le atribuye el sistema son escasos y que su aportación a la solidaridad interregional es excesiva. La demostración más clara se encontraría en la alteración de su posición ordinal en recursos públicos por habitante después de la nivelación: CA beneficiarias de la nivelación dispondrían de más recursos por habitante que CA aportadoras a la nivelación —entre las que se encuentra Cataluña, pero también Madrid e Islas Baleares, principalmente— (N. Bosch, 2012). Aún con críticas, se puede afirmar que el sistema de 2009 ha mejorado sustancialmente estos dos problemas (J. López Laborda, 2010). Pero el Gobierno de Cataluña no se siente satisfecho y reclama unos recursos comparables a los que el sistema de Concierto garantiza al País Vasco y a Navarra. La excepcionalidad de estos dos territorios —y el cálculo complaciente de su aportación a la Hacienda General— han sido posibles por su pequeña repercusión en el conjunto del sistema, —alrededor del 8% del PIB español, conjuntamente—; su extensión a Cataluña —que representa alrededor del 19% del PIB español—

⁵ Las tres reformas profundas de la LOFCA se han realizado a través de la Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre; la Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre; y la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre.

⁶ De acuerdo con el análisis realizado por A. de la Fuente, el problema no reside tanto en el sistema de Concierto Económico, cuanto en un cálculo «benévolo» de la contribución del País Vasco a los gastos del Estado, que se asienta sobre una baja valoración de las cargas estatales no asumidas por el País Vasco y por el cálculo del ajuste del IVA, en el que se utilizan valores desfasados de los coeficientes que recogen el peso del País Vasco en el consumo nacional y en la base del impuesto. El efecto conjunto de ambos factores tendría como resultado una contribución considerablemente inferior a la que le correspondería; esa diferencia supondría un 6,21% del PIB del País Vasco en 2002 y un 6,89% en 2007.

generaría grandes tensiones con otras CA y sería difícilmente sostenible financieramente (A. Zabalza, 2011).

Este conjunto de problemas estructurales del sistema de autonomía territorial está provocando, sobre el telón de fondo de las críticas nacionalistas, una creciente tensión, sobre todo en algunos territorios, que está ahondando en su deslegitimación y abonando estrategias políticas de ruptura.

2. EL «PRINCIPIO DISPOSITIVO» Y EL INTENTO DE REFORMA DE LA AUTONOMÍA TERRITORIAL A TRAVÉS DE LOS ESTATUTOS

El diagnóstico sobre los problemas del sistema de autonomía territorial abocaba a la necesidad de una profunda reforma. Debía afectar, necesariamente, a importantes aspectos de las relaciones entre el Estado y las CA; muy destacadamente, a la delimitación de las competencias y a la mejora del sistema de financiación de las CA. Sus objetivos se situaban, fundamentalmente, en el ámbito constitucional o, cuando menos, en el ámbito general del sistema autonómico y no en el político-institucional de la CA. Se planteaba, así, un interrogante crucial sobre la reforma: ¿podía realizarse a través del EA o era necesaria la reforma de la Constitución? Por una parte, se discutía la idoneidad del EA, como norma jurídica, para afrontar una reforma como la planteada, por las materias que debía abordar; y, por otra, la conveniencia de hacer a través del EA una reforma que debía hacerse desde una visión de conjunto del sistema territorial (J. Tornos, 2006) y no solo desde el particular de una concreta CA, en su relación «bilateral» con el Estado. Sobre ese interrogante ha girado la confrontación fundamental sobre la reforma del sistema autonómico y su suerte final.

Aunque la reforma constitucional se consideraba necesaria (F. Balaguer, 2008a), políticamente parecía inviable. Había un problema de base que, probablemente, la impedía: la no aceptación por parte del partido conservador —PP— del diagnóstico sobre los problemas del sistema territorial y de los objetivos de la reforma que reclamaban la mayoría de las fuerzas políticas catalanas. Pero, en cualquier caso, el clima de profunda ruptura entre los dos grandes partidos —PSOE y PP— y la exclusión de este último partido de cualquier pacto en Cataluña, la hacía inviable⁷.

⁷ La imposibilidad política de la reforma constitucional se puso de manifiesto con la propuesta de reforma constitucional presentada por el Gobierno del Partido Socialista. El 4 de marzo de 2005 acordó solicitar al Consejo de Estado, en su condición de órgano consultivo, la realización de un Informe sobre una propuesta de reforma constitucional que, en lo que se refiere al sistema autonómico, proponía la inclusión en la Constitución de la denominación de las CA y la reforma del Senado. El Informe del Consejo de Estado fue aprobado el 16 de febrero de 2006 (www.consejo-estado.es/bases.htm) y fue objeto de un importante debate académico (*El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos*, Madrid, CEPC, 2006). Pero nunca tuvo posibilidad de prosperar.

Se impuso la vía de la reforma a través del EA. A las dificultades para reformar la Constitución se sumaba el indudable protagonismo de Cataluña en su impulso y en el establecimiento de sus objetivos (C. Colino, 2009), aunque fuese seguida —o precedida, incluso— por la reforma de otros EA⁸; pero, sobre todo, fue decisiva la profunda convicción sobre la idoneidad del EA para realizarla. ¿En qué se basaba esta convicción?

La Constitución configura un sistema autonómico abierto. Esa flexibilidad no se limita a la creación de las CA; afecta también a la determinación de las competencias de cada CA, que deberán ser concretadas en su respectivo EA (arts. 147.2 y 149.3 CE)⁹. Este conjunto de disposiciones constitucionales se han identificado como expresión de un «principio dispositivo», que permite precisar la autonomía de cada CA en su EA (E. Fossas, 2007). En virtud de ese principio, el EA no se limita a regular el sistema político-institucional interno de la CA, sino que es, también, la norma que atribuye las competencias. Sin embargo, la garantía constitucional de la distribución de competencias, como parte esencial del pacto federal, también existe en el sistema español, porque el EA forma parte de las normas que integran el parámetro del control de constitucionalidad de las leyes del Estado y de las CA: el TC deberá declarar inconstitucionales las leyes contrarias a la Constitución y a los EA, en cuanto normas que delimitan las competencias del Estado y de las CA (art. 28.1 Ley Orgánica del TC —LOTC—). Por tanto, los EA contienen, necesariamente, disposiciones materialmente constitucionales; es decir, forman parte de la «Constitución territorial del Estado» (P. Cruz Villalón, 1991a).

El principio dispositivo —y las consecuencias que de él derivan— está estrechamente relacionado con el procedimiento de aprobación de los EA. Frente a lo que ocurre con las Constituciones territoriales en el seno de las Federaciones, el EA no es manifestación autónoma de la voluntad política del territorio —autonomía constitucional—, sino producto de la conjunción de voluntades de los representantes del territorio y de los del Parlamento del Estado (art. 151 CE)¹⁰. La función constitucional del EA justifica la necesaria concurrencia de la

⁸ El País Vasco presentó la primera propuesta de nuevo EA, que fue rechazada por el Congreso de los Diputados (1.02.2005); se trataba de una propuesta de ruptura, sobre la base de lo que el nacionalismo vasco denomina el «derecho a decidir». Durante dos legislaturas (2004-2008 y 2008-2011) se han aprobado los nuevos EA de Valencia, Cataluña, Andalucía, Islas Baleares, Aragón, Castilla-León y Extremadura. Canarias y Castilla-La Mancha retiraron sus propuestas durante la tramitación en el Congreso de los Diputados, por discrepancias sobre las modificaciones exigidas. Navarra también reformó su particular «EA» a través de la LO 7/2010, de 27 de octubre. No han tramitado ninguna Propuesta de reforma la CA de Galicia y cinco CA uni-provinciales (Cantabria, La Rioja, Murcia, Asturias y Madrid).

⁹ El art. 149.3 incluye una cláusula de atribución residual de competencias al Estado, al que corresponderán todas las competencias que —no estando reservadas al Estado en el art. 149.1— el EA no atribuya a la CA.

¹⁰ Los representantes del territorio presentan el proyecto al Congreso de los Diputados; una delegación de los representantes del territorio proponente y una Comisión del Congreso acuerda el texto definitivo, que se somete a referéndum del territorio y, si es aprobado, se presentará al Parlamento para su ratificación como Ley Orgánica.

voluntad del Estado en su aprobación, que, en otro caso, quedaría como un puro control político sobre las opciones político-institucionales internas. Un relevante sector académico atribuye a esta característica peculiar una importancia trascendental en la singularidad del sistema español; hasta el punto de que impediría considerarlo como un sistema federal (E. Albertí, 2011).

Sobre esta base, se sostiene (C. Viver, 2005; F. Balaguer, 2011) que los EA pueden delimitar «con carácter vinculante» el alcance de las competencias autonómicas e indirectamente de las estatales. Para este sector, las competencias del Estado —al igual que en los sistemas federales— serían «las que expresamente le reconoce la Constitución»; pero «en todo lo que no le está *claramente* atribuido por ella, los Estatutos pueden reservar competencias» a las CA, con lo que «indirectamente éstos delimitan el alcance de las competencias del Estado» (C. Viver, 2005; la cursiva es mía). Esto significa que el EA no solo es competente para establecer el *sí* de la competencia (es decir, si la CA asume o no asume una competencia que no forma parte de la reserva de competencias al Estado), sino también el *quantum* (es decir, la extensión de las competencia) (C. Viver, 2011).

En mi opinión, esta interpretación tiene el problema de la fuerza vinculante que se pretenda atribuir a las disposiciones estatutarias cuando entren a precisar los límites de las competencias reservadas al Estado en la Constitución.

De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 147.2 y 149.3 CE, esa función se limita a la determinación de las competencias que asume la CA dentro del marco establecido en la Constitución; es decir, entre las que no reserva al Estado. A pesar de las diferencias formales, la distribución de competencias entre Estado y territorios autónomos en el sistema español no se diferencia cualitativamente de lo que es típico en los sistemas federales: las competencias que se reservan al Estado/Federación se establecen directamente en la Constitución y la lista que las contiene (art. 149.1 CE) es una típica lista de reserva federal de competencias. El sistema se complica en la determinación de las competencias concretas que asumen las CA. En el sistema español no existe una cláusula residual por la que se atribuya a las CA todo lo no reservado al Estado en la Constitución. A estos efectos, la indeterminación constitucional se limita a las consecuencias de la inexistencia de una cláusula residual de ese tipo, que debe ser cubierta por la lista de competencias de la CA que se establezca en el EA. En eso consiste, en el ámbito competencial, la función constitucional del EA y su configuración como parámetro de constitucionalidad de las leyes del Estado y de las CA (art. 28.1 LOTC)¹¹.

Para comprender adecuadamente esta complicada arquitectura constitucional hay que tener en cuenta que estaba pensada para unas circunstancias,

¹¹ Este aspecto se complementa con el que se recoge en el art. 28.2 LOTC, referido a las Leyes Orgánicas como integrantes del bloque de constitucionalidad; en el caso de los EA, supone su configuración —en su condición de «norma institucional básica» de la CA (art. 147.1 CE)— como parámetro de constitucionalidad de las leyes de la propia CA.

en las que, probablemente, solo algunos territorios se convertirían en CA o, en cualquier caso, no todos tendrían todas las competencias que permite la Constitución. En ese contexto, al Estado se le reservaba el ejercicio de un control político en la determinación de la autonomía concreta que, dentro de la Constitución, asumiría cada territorio.

Pero esas previsiones han quedado totalmente superadas. La autonomía está generalizada a todo el territorio y todas las CA han asumido —salvo detalle— todas las competencias que les permite la Constitución. Los listados estatutarios de competencias son, en estos momentos, el inverso simétrico del listado constitucional de competencias reservadas al Estado. En estas circunstancias, la lista estatutaria de competencias de la CA habría perdido, salvo cuestión de detalle, todo el sentido que le estaba reservado. Hasta tal punto, que tendría pleno sentido que los EA incluyesen, sencillamente, una cláusula general —en el mismo sentido que las cláusulas residuales de atribución de competencias tradicionales en los sistemas federales— en la que se estableciese que corresponden a la CA todas las competencias no reservadas al Estado en el art. 149.1 CE. Esto es lo que proponía P. Cruz Villalón (2011), antiguo Presidente del TC, en la cita imaginaria de «un improbable libro de estilo de técnica legislativa» para la redacción de EA y es plenamente ilustrativa del significado de la función constitucional del EA en el estado actual de desarrollo del sistema de autonomía territorial.

Ciertamente, no ha sido esta la vía adoptada. En el contexto político español, especialmente en algunos territorios, era inevitable que el EA, al tener que precisar las competencias que corresponden a la CA, se moviese en los límites de la reserva constitucional de competencias al Estado, tratando de apurarlo al máximo e, incluso, de forzarlo en la medida de lo posible. Esta es la razón de que, para garantizar los límites constitucionales, en los EA de «primera generación» —cuyo modelo fue el EA de Cataluña de 1979— proliferasen las cláusulas «sin perjuicio»: se atribuía una competencia «sin perjuicio» de lo dispuesto en la disposición constitucional que establecía la competencia del Estado o de la Ley Orgánica a la que remitía la Constitución. De esta forma, la cuestión quedaba abierta al desarrollo post-constitucional y al momento, en su caso, del conflicto de normas que activase el control de constitucionalidad por parte del TC.

Se ha tratado de una opción que ha dado algunos resultados significativos. En ocasiones, el legislador estatal, al regular la materia mediante la Ley Orgánica que requería la Constitución, seguía el criterio establecido en el EA; o la Ley Orgánica permitía determinadas opciones en los casos en que el EA así lo previese. En otros casos, el esfuerzo del TC para compatibilizar Constitución y EA ha permitido que las CA ejerzan competencias en ámbitos en los que era discutida la posibilidad de encajar una competencia autonómica (C. Viver, 2011; A. López Basaguren, 2011).

El nuevo EA de Cataluña —paradigma de los EA de «segunda generación»— ha tratado de forzar esta vía hasta el extremo, entrando a precisar, de forma generalizada, los límites materiales de las competencias reservadas al Es-

tado en la Constitución, así como de las funciones que le corresponden; especialmente, el significado de la función para dictar *basic rules* en las competencias legislativas compartidas entre Estado y CA. La cuestión es si, en esa operación, el EA puede ir más allá de los efectos de una cláusula residual en sentido tradicionalmente federal. Dada la similitud cualitativa de la lista de competencias reservadas al Estado con las listas de competencias de la Federación debe, con carácter general, rechazarse esta hipótesis (L. Ortega, 2005). La indeterminación que exista en la reserva de competencias al Estado es una cuestión de interpretación de la Constitución, no de integración o desarrollo de sus disposiciones.

Ciertamente, las leyes —también, de forma especial, el EA— suponen una interpretación de los límites constitucionales. El EA, por tanto, puede introducir las disposiciones que considere compatibles con la Constitución; también en el ámbito de la distribución de competencias. Pero, al hacerlo, el EA no estaría concretando elementos que la Constitución ha dejado expresamente abiertos para ser cerrados por esta norma especial; estaría interpretando el significado de determinadas disposiciones constitucionales sobre la distribución de competencias. Es decir, esas disposiciones no tienen naturaleza «materialmente» constitucional y, en consecuencia, no se imponen de forma vinculante e indisponible al juez intérprete de la Constitución, en los términos del art. 28 LOTC. Difícilmente podrían tenerla las normas de un EA «subordinado por definición a la Constitución y susceptibles de ser declaradas nulas por el Tribunal Constitucional» (J. Tornos, 2006): el TC interpretará las normas estatutarias «conforme a la Constitución» y no las normas constitucionales «conforme al Estatuto de autonomía».

Como consecuencia del principio democrático, el TC, al controlar la constitucionalidad de las leyes, está obligado a una actitud de *self-restraint* que le exige una deferencia a la opción legislativa; su anulación, por inconstitucional, solo debe producirse en el caso de que el TC no pueda conciliarla con la interpretación de la Constitución. En el supuesto de un conflicto entre un acto estatal de ejercicio de una competencia que le reserva la Constitución y la delimitación realizada en el EA que la CA considera vulnerada, uno y otra deben ser confrontados a la interpretación de la disposición constitucional que atribuye la competencia al Estado. En ese sentido, la existencia de una norma estatutaria delimitando la competencia de la CA en interpretación de los límites de la competencia reservada por la Constitución al Estado exigirá al TC, en caso de que considere adecuado a la Constitución el ejercicio de la competencia por el Estado, una argumentación que justifique la interpretación de la norma constitucional en términos distintos a los precisados por el EA. Ciertamente, C. Viver (2011) afirma expresamente que no le cabe duda de que «como norma subordinada a la Constitución, el Estatuto y sus reformas están sometidos de modo permanente al control de constitucionalidad que corresponde con carácter supremo y «en todo tiempo» (FJ 57 [STC 31/2010]) al Tribunal Constitucional». Pero, entonces, ¿cómo pueden constituir ese «parámetro constitucional jurídicamente seguro» en el control de los conflictos competenciales por parte del TC, que constituía el objetivo de la reforma?

La respuesta quizás pueda encontrarse en un elemento que esta corriente académica subraya de forma muy especial en la peculiar caracterización del EA en el sistema español: su condición de «pacto político» entre el Estado y la CA. El fundamento de esa consideración estaría en el peculiar procedimiento de aprobación del EA y de sus reformas y en su especial naturaleza jurídica: la formulación definitiva del texto es acordada entre los representantes del territorio y una Comisión del Congreso de los Diputados; tras ser aprobado en referéndum en el territorio afectado, se somete a ratificación de las Cámaras parlamentarias; es promulgado como Ley Orgánica (ley del Estado); y el Estado los «reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico» (art. 147.1 CE) —.

El procedimiento de aprobación del EA y de sus reformas tiene importantes consecuencias, pues su modificación requiere la concurrencia de ambas voluntades —estatal y autonómica—. Pero el problema se plantea en las consecuencias que se pretenden deducir de esa peculiaridad. De su naturaleza de «pacto» —que es negada por autores de prestigio (S. Muñoz Machado, 2005)— se pretenden extraer consecuencias que plantean grandes problemas. Los defensores de esta tesis consideran que el Estado debe quedar vinculado al «pacto estatutario» en el ejercicio de las competencias que le atribuye la Constitución y en la regulación que exija Ley Orgánica; es decir, en ámbitos o competencias que no forman parte de lo que la Constitución reserva al EA. Y se trataría de un condicionamiento que no sería una obligación de carácter político sino, al parecer, una obligación de naturaleza jurídica (C. Viver, 2010 y 2011). Por esta vía, ciertamente, las opciones estatutarias quedarían protegidas a través del ejercicio futuro de sus competencias por el Estado en los ámbitos afectados.

Las extraordinarias consecuencias que se derivarían de esta caracterización del significado del EA se ponen de relieve en el contexto de una reforma estatutaria que pretende determinar el significado de algunos de los elementos centrales de la reserva constitucional de competencias al Estado y, por otra, determinar elementos cuya regulación, de acuerdo con la Constitución, corresponde al Estado mediante Ley Orgánica. De esta forma, sin embargo, se estaría desbordando el ámbito material que corresponde al EA y se estaría trasladando la especialidad formal del EA, con los consiguientes efectos de *petrificación*, a ámbitos materiales en los que la Constitución habilita otro tipo de Ley no sometido a exigencias formales tan estrictas y singulares.

Esta expansión del ámbito material del EA tiene importantes consecuencias sobre el principio democrático, como se pone de manifiesto en la aprobación del nuevo EA de Cataluña, en la que el entonces mayor partido de la oposición en el Parlamento del Estado quedó al margen del acuerdo. Significaría que esa fuerza política no podría optar, en el futuro, por soluciones diferentes a las establecidas en el EA, en el ejercicio de competencias que la Constitución atribuye al Estado, aunque tuviese la mayoría parlamentaria suficiente para hacerlo.

Esta vía ya fue utilizada en los primeros EA —especialmente, en los del País Vasco y Cataluña (1979)—. Cuando, en estos supuestos, el Estado se ha

separado de la opción estatutaria —especialmente a través de las leyes orgánicas—, se ha considerado un incumplimiento del «pacto estatutario» por parte del Estado. Con la interpretación del «pacto político» se estaría reforzando esta vía abierta a la deslegitimación del desarrollo del sistema autonómico.

Aquí se sitúa, a mi juicio, el mayor problema de estas construcciones sobre el EA. Ciertamente, el EA es un elemento capital, con una extraordinaria significación jurídica y política. El deslinde de su ámbito propio no siempre es fácil de realizar, *a priori*, de forma abstracta. Su relación con la Constitución no es simple. Eso significa que al EA hay que dejarle un ámbito flexible de despliegue. Pero, de forma recíproca, no se puede exigir la aceptación incontestable de las opciones estatutarias, como concreción indiscutible de la Constitución. No se puede pretender la sujeción de los poderes del Estado a las opciones estatutarias, cuando, al separarse, actúen legítimamente, de acuerdo a la Constitución.

La focalización excesiva sobre la función constitucional del EA —que ha llevado a hablar del «mito del Estatuto-Constitución» (S. Muñoz Machado, 2005)— ha tenido consecuencias negativas sobre su propia función y trascendencia como «norma institucional básica» —es decir, como «Constitución interna»— de la CA; y ha difundido la opinión de que el rechazo de aquella construcción significaría ignorar su trascendencia constitucional. De esta forma, se quita valor a su función de configuración del sistema político-institucional de la CA, que es el propio de las Constituciones internas de los territorios en los estados federales, sin que se minusvalore su importancia.

La defensa del EA debe realizarse, necesariamente, dentro de los límites de la *lealtad federal*, que exige aceptar de forma consecuente su subordinación a la Constitución y la legitimidad de la actuación de la mayoría parlamentaria cuando está ejerciendo competencias del Estado, aunque sea en contra de disposiciones estatutarias; y aceptar que hacerlo no es ser desleal con el EA ni incumplir pacto alguno, sino ejercicio de competencias reconocidas en la Constitución.

3. EL FRACASO DE LA PRETENSIÓN DE REFORMA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA

El Parlamento de Cataluña aprobó —el 30.09.2005— una propuesta de reforma del EA que, en la línea marcada en el *Informe sobre la reforma del Estatuto* (2003), pretendía afrontar los problemas señalados en el diagnóstico de la «amplia autonomía de baja calidad» y otros relacionados con la identidad nacional de Cataluña (Joan Saura, 2005). A pesar de la declarada pretensión de mantenerse dentro de los límites de la Constitución, se trataba de una reforma ambiciosa que, a juicio de muchos, planteaba serios problemas de constitucionalidad. Durante su trámite en el Congreso de los Diputados la entonces mayoría gubernamental (Partido Socialista), de la que dependía que la

propuesta prosperase, impuso modificaciones de importancia; tanto en los aspectos políticos más llamativos (referencias a Cataluña como nación), como en los dos ámbitos más significativos desde el punto de vista estructural: la delimitación de las competencias y la financiación. El texto, finalmente, fue aprobado en referéndum en Cataluña, ratificado por las Cortes Generales y promulgado como Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio (C. Colino, 2009). Los partidos políticos catalanes, que respaldaban la propuesta de forma aplastantemente mayoritaria, consideraron el texto resultante un acuerdo de mínimos. La profunda fractura política que se había producido en este proceso llevó al PP —partido que había quedado fuera del acuerdo en Cataluña y que se opuso a su aprobación en el Parlamento español— a presentar un recurso de inconstitucionalidad contra el nuevo EA¹².

El recurso de inconstitucionalidad creaba una situación inédita; se trataba de una impugnación directa y general del nuevo EA, lo que tenía una gran trascendencia jurídica y política. Hasta ese momento había existido un respeto tácito a la constitucionalidad de los EA, que no habían sido impugnados formalmente (P. Cruz Villalón, 2006), con la excepción de unos casos singulares de confrontación entre EA de distintas CA. Lo que, sin embargo, no había impedido al TC entrar a precisar el significado de numerosas disposiciones estatutarias para compatibilizarlas con la Constitución (interpretación conforme con la Constitución).

El TC tuvo que afrontar el examen de la constitucionalidad del EA de Cataluña en unas condiciones extremas. La *auctoritas* del Tribunal se venía poniendo en cuestión crecientemente, a cuyos miembros se acusaba de alineamiento «partidista»; el Parlamento era incapaz de acordar la renovación de los miembros que habían cumplido el tiempo de desempeño del cargo estipulado en la Constitución (art. 159.3 CE); uno de sus miembros fue recusado y apartado del asunto; otro falleció y no fue sustituido; y alguna voz (J. Pérez Royo, 2007, 2009 y 2010) puso en cuestión su capacidad para juzgar un pacto político entre el Parlamento del Estado y el Parlamento de Cataluña que, además, había sido ratificado en referéndum por el cuerpo electoral de aquel territorio. Todo ello en medio de un enfrentamiento encarnizado entre los dos grandes partidos, por una parte, y entre la mayoría de los partidos catalanes y el partido impugnante —PP—, por otra. En este ambiente, la decisión del TC se demoró casi cuatro años, hasta que se dictó la STC 31/2010, de 28 de junio, con una importante fractura interna del Tribunal¹³.

¹² El PP, sin embargo, sí participó en la propuesta de reforma del EA de Andalucía, que contenía un número importante de disposiciones similares a las del EA de Cataluña que fueron objeto de impugnación ante el TC. También interpusieron recurso contra algunas disposiciones del EA de Cataluña el Defensor del Pueblo —*Ombudsman*— y las CA de La Rioja, Murcia, Valencia, Baleares y Aragón.

¹³ Los demás recursos contra el EA de Cataluña fueron resueltos por las STC 46 y 47/2010, de 8 de septiembre, 48/2010, de 9 de septiembre, 49/2010, de 29 de septiembre y 137 y 138/2010, de 16 de diciembre.

El TC parte de una posición muy rígida y tajante sobre su propia función como intérprete supremo de la Constitución, definiéndose como un auténtico «poder constituyente prorrogado o sobrevenido», el único competente para la «definición auténtica —e indiscutible— de las categorías constitucionales», que le permite formalizar «uno entre los varios sentidos que pueda admitir una categoría constitucional»; posición que ha sido severamente criticada (P. Requejo Rodríguez, 2011; C. Viver, 2011). A partir de la delimitación de su función en esos términos, el TC realiza un recurso abundante a la «sentencia interpretativa», precisando la interpretación que, necesariamente, debe atribuirse a una determinada disposición para que pueda considerarse compatible con la Constitución; actitud que también ha recibido críticas diversas (F. J. Díaz Revorio, 2011; J. García Roca, 2011).

La Sentencia declaró inconstitucionales solo unos pocos preceptos —en algunos casos, concretos incisos de una disposición— de un extenso EA, en un recurso que impugnaba un número muy elevado de sus disposiciones. Los efectos de la Sentencia, sin embargo, son mucho más profundos, por efecto de la «interpretación conforme con la Constitución» que establece en relación con distintas disposiciones estatutarias. La acción combinada de ambas acciones ha tenido el efecto de anular las pretensiones más significativas del nuevo EA. El análisis de la Sentencia en los dos ámbitos más importantes, desde el punto de vista estructural —competencias y financiación—¹⁴, es muy esclarecedor.

El objetivo central de la reforma se dirigía a clarificar las competencias de Cataluña; especialmente, pretendía establecer un criterio claro sobre los requisitos y límites de la competencia del Estado para establecer *basic rules* en las materias en que la Constitución le reserva esa función. Tras afirmar que el EA no puede definir las categorías constitucionales —es decir, qué sea competencia exclusiva, en qué consistan las bases o qué signifique competencia de ejecución—, el TC, declara inconstitucional el art. 111 del EA de Cataluña (EAC) y anula la pretensión de que las *basic rules* se configuren como «principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el (...) Estatuto»¹⁵. El TC considera que esa disposición es inconstitucional porque opta por una de las

¹⁴ Ciertamente, además de otros elementos de variada naturaleza, había un tercer elemento central en la reforma del EA de Cataluña: los elementos de la condición nacional de Cataluña. La indirecta referencia a la identidad nacional de Cataluña y, sobre todo, la regulación del catalán como lengua «preferente», también fueron objeto de puntuales declaraciones de inconstitucionalidad y de importantes fijaciones de la interpretación conforme con la Constitución, que anularon las pretensiones de la reforma (LÓPEZ BASAGUREN, A., 2011).

¹⁵ En conexión con esta disposición, el TC declara también inconstitucionales el art. 120.2, sobre Cajas de Ahorros, en el que se disponía que las bases estatales en esta materia establecerían «principios, reglas y estándares mínimos» y atribuía a Cataluña algunos aspectos de la materia, y el art. 126.2, sobre otras entidades de crédito, en el que se refería a «los principios, reglas y estándares mínimos fijados en las bases estatales».

posibles formas que pueden asumir las bases, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional. Aunque reconoce que la caracterización estatutaria es «el contenido que mejor se acomoda a la función estructural y homogeneizadora de las bases y la forma que, por razones de estabilidad y certeza, les resulta más adecuada», considera que la definición o delimitación de qué sean las bases «no es asunto a dilucidar en un Estatuto, sino solo en la Constitución, vale decir: en la doctrina de este Tribunal que la interpreta» (STC 31/2010, Fundamento Jurídico —FJ— 60).

En el ámbito de las competencias, el rechazo de este elemento central de la reforma se completa con la interpretación «conforme a la Constitución» que realiza el TC respecto a otros dos preceptos generales: los que definen las competencias exclusivas (art. 110) y las competencias de ejecución (art. 112) de Cataluña. Respecto a la primera cuestión, afirma que no hay nada que objetar a la definición de las funciones que corresponden a Cataluña en el ámbito de las competencias exclusivas («de forma íntegra la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva»); lo que no significa, sin embargo, que ello deba ser así en la configuración de las materias tal y como las delimita el EA, pues habrá que analizar en cada caso si esa delimitación es compatible con la reserva de competencias al Estado establecida en la Constitución, sin que para ello sea obstáculo la regulación estatutaria. Es decir, se anula la pretensión de que el EA precisase el significado y límites de las competencias reservados al Estado en la Constitución.

De la misma forma, la afirmación contenida en el párrafo 2 del mismo artículo —en las materias de competencia exclusiva, el derecho catalán es aplicable «con preferencia sobre cualquier otro»— debe ser interpretada, a juicio del TC, en el sentido de que «no impide la aplicación del derecho del Estado emanado en virtud de sus competencias concurrentes» y sin que queden menoscabadas las cláusulas de prevalencia y supletoriedad contenidas en el art. 149.3 CE (FJ 59). Finalmente, sobre las competencias de ejecución, en cuyo ámbito el art. 112 EAC incluye la «potestad reglamentaria», entendida como «disposiciones para la ejecución de la normativa del Estado», el TC considera que no puede ser entendida como «potestad reglamentaria de alcance general», sino como competencia normativa «de carácter funcional» que habilita para dictar «reglamentos internos de organización de los servicios necesarios para la ejecución» y de «ordenación funcional de la competencia ejecutiva autonómica», tal y como estaba establecido en su jurisprudencia consolidada.

Ciertamente, hay que concluir que «la sentencia desactiva prácticamente todas las novedades que pretendía introducir el Estatuto en este ámbito» (C. Viver, 2010), de forma que fracasa estrepitosamente en sus pretensiones (J. J. Solóbal, 2011).

El segundo gran objetivo de la reforma del EA de Cataluña era la financiación. En su paso por el Congreso de los Diputados, la propuesta inicial aprobada por el Parlamento de Cataluña sufrió una modificación muy importante en este ámbito, dejando de lado la pretensión de que, al igual que en el sistema

de Concierto económico del País Vasco y de Navarra, la regulación, gestión y recaudación de todos los tributos correspondiera a la CA. En este marco, sin embargo, permanecían algunas disposiciones que seguían siendo objeto de controversia. El TC declaró inconstitucional un inciso del art. 206.3 EAC, en el que se subordinaba la aportación de Cataluña a la nivelación de recursos entre las distintas CA a la «similitud del esfuerzo fiscal realizado». El TC afirma que la determinación del esfuerzo fiscal que hayan de realizar las CA solo le corresponde determinarlo al Estado, dentro del sistema multilateral de cooperación y coordinación previsto en la Constitución, sin que, en ningún caso, el EA de una CA pueda imponerlo a las demás.

Además, el TC precisó el significado del apartado 5 del mismo artículo, en el que se afirma que el Estado «garantizará que la aplicación de los mecanismos de nivelación no altere en ningún caso la posición de Cataluña en la ordenación de las rentas *per capita* entre las Comunidades Autónomas antes de la nivelación». El TC considera que este precepto no es inconstitucional, en la medida en que «no es propiamente una condición impuesta al Estado por el Estatuto de Autonomía de Cataluña», sino solo la expresión de un deber impuesto por la propia Constitución en razón del principio de solidaridad. Según el TC, este principio no puede suponer para las CA más ricas «mayor perjuicio que el inherente a toda contribución solidaria», lo que excluye el resultado de la «peor condición relativa de quien contribuye respecto de quien se beneficia» de la contribución; en ese caso, dejaría de ser solidaria y servir al equilibrio entre CA, propiciando un «desequilibrio de orden distinto al que se pretende corregir». Pero, a juicio del TC, se trata de una garantía que «solo operaría cuando la alteración de la posición de la Comunidad Autónoma de Cataluña se debiera, no a la aplicación de los mecanismos de nivelación, sino exclusivamente a la aportación que realizase Cataluña como consecuencia de su posible participación en dichos mecanismos». Una argumentación que resulta sorprendente pues si se trata de una exigencia impuesta por la Constitución no se entiende por qué debe limitarse a la parte que Cataluña aporte a la nivelación (J. López Laborda, 2011).

Finalmente, en relación con la financiación, el TC precisa la interpretación conforme a la Constitución de algunos aspectos del art. 210 EAC. En este artículo se regula la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales entre el Estado y la CA de Cataluña. De acuerdo al EAC a esa Comisión Mixta le corresponde «la concreción, la aplicación, la actualización y el seguimiento del sistema de financiación, así como la canalización del conjunto de relaciones fiscales y financieras» entre la CA de Cataluña y el Estado (apartado 1). Esta Comisión tiene, entre otras, las funciones de acordar «el alcance y las condiciones de la cesión de tributos de titularidad estatal y, especialmente, los porcentajes de participación en el rendimiento de los tributos estatales, cedidos parcialmente (...) así como su revisión quinquenal»; acordar «la contribución a la solidaridad y a los mecanismos de nivelación»; y negociar «el porcentaje de participación de Cataluña en la distribución territorial de los fondos estructurales europeos». El TC recuerda la competencia del Estado para regular la finan-

ciación de las CA y que las decisiones que afecten a la suficiencia financiera de todas las CA han de ser tomadas en el seno de órganos multilaterales. Pero precisa que esto, sin embargo, «no impide la actuación específica y complementaria de los órganos bilaterales de cooperación». Su ámbito de actuación se circunscribe al propio de un «marco bilateral de negociación y de formalización de acuerdos que complementa, sin cuestionarlo, el procedimiento general de toma de decisiones en el seno del órgano multilateral de colaboración y coordinación»; es decir, las funciones de la Comisión Mixta «no excluyen ni limitan la capacidad de las instituciones y organismos de carácter multilateral en materia de financiación», por lo que «no afectan a la reserva de Ley Orgánica prevista en el art. 157.3 CE, ni sustituyen, impiden o menoscaban el libre ejercicio por el Estado de sus propias competencias» (FJ 135).

Las dificultades para tratar de introducir regulaciones estatutarias en el ámbito de la financiación, que condicionasen el sistema de forma «unilateral», eran manifiestas (J. Tornos, 2006; J.L. García Ruiz y E. Girón, 2005). El fracaso de las pretensiones de la propuesta catalana, en todo caso, tuvo lugar, en lo sustancial, en el Congreso de los Diputados, precisamente por esa razón. Las disposiciones que se mantuvieron en el texto finalmente aprobado tenían una importancia muy limitada respecto a aquellas pretensiones iniciales¹⁶. La interpretación realizada sobre ellas por el TC ponía en entredicho, en cualquier caso, su capacidad de imponerse de forma unilateral. Sin embargo, la reforma de la LOFCA en 2009 las ha incorporado al sistema general, compatibilizándolas con las exigencias de un sistema de carácter multilateral. La reforma del sistema de financiación de 2009, cualitativamente muy importante, mejoró sustancialmente la situación financiera de las CA y resolvió parte importante de los problemas de que adolecía la regulación precedente (J. López Laborda, 2010). El Gobierno de Cataluña, sin embargo, sigue insatisfecho y reclama la extensión a Cataluña del sistema de Concerto Económico o, en su defecto, de un sistema que le garantice unos recursos similares a los de País Vasco y Navarra. Es lo que denominan el «pacto fiscal», que constituye, en estos momentos, la reclamación fundamental del Gobierno de Cataluña y de la que hacen depender la aceptación del sistema autonómico o la opción por estrategias de ruptura de carácter «soberanista».

En definitiva, la STC 31/2010, sobre la reforma del EA de Cataluña ha anulado, por una u otra vía, las pretensiones de reforma del sistema de autonomía territorial que contenía. En las críticas a la Sentencia hay un aspecto que

¹⁶ El EAC incluye, además, una Disposición Adicional tercera, sobre inversiones en infraestructuras, en la que se establece que la inversión del Estado en Cataluña en infraestructuras, excluido el Fondo de Compensación Interterritorial «se equiparará a la participación relativa del producto interior bruto de Cataluña con relación al producto interior bruto del Estado para un periodo de siete años», que podrán utilizarse también «para liberación de peajes o construcción de autovías alternativas». El TC ha afirmado, en todo caso, que esta disposición «debe interpretarse en el sentido de que no vincula al Estado en la definición de su política de inversiones, ni menoscaba la plena libertad de las Cortes Generales para decidir sobre la existencia y cuantía de dichas inversiones» (Fund. Jco. 13).

afecta directamente a la posición del EA y a la actitud del TC en el control de constitucionalidad de sus disposiciones. Se ha criticado de forma muy especial la falta de sensibilidad del TC con la especial naturaleza del EA y la escasa deferencia que ha mostrado con él al realizar el control de constitucionalidad (E. Albertí, 2011; J. Vitró, 2011). Ciertamente, en la Sentencia se pueden encontrar muestras en un sentido y en el contrario (J. J. Solozábal, 2011a). Y, en mi opinión, no en todos los terrenos el TC tenía las mismas limitaciones o las mismas exigencias; en unos estaba obligado a ser deferente y en otros no podía eludir enfrentarse a la inconstitucionalidad de la disposición estatutaria.

En general, quienes critican la falta de deferencia del TC con la singular naturaleza del EA en esta Sentencia reclaman la interpretación abierta sobre la función del EA que estableció el TC en la Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el derecho al agua en el EA de Valencia, en la que se admitió la constitucionalidad de una disposición estatutaria que establecía un «derecho al agua» de los ciudadanos de la CA de Valencia (J. Tornos, 2008), aunque sentando una interpretación que limitaba sus pretensiones de forma prácticamente total. Es cierto que en esa Sentencia se contienen afirmaciones a las que los defensores de la reforma del EA de Cataluña han otorgado una gran importancia como reconocimiento del papel que pueden asumir los EA en la determinación de las competencias de la CA (C. Viver, 2011b). Pero el TC las inserta en un marco que se ha tratado de eludir: las disposiciones estatutarias deben siempre ser interpretadas de conformidad con la Constitución, siendo ésta el único parámetro para enjuiciar su constitucionalidad; complementan a la Constitución, pero de forma subordinada a ella; están limitadas por las reservas materiales a otras leyes orgánicas, que, al delimitar su propio ámbito, circunscriben la eficacia de aquellas; tienen la función de determinar las competencias de la CA, pero sin incidir en el despliegue de las competencias reservadas al Estado en el art. 149.1 CE; pueden, en algunos ámbitos, delimitar las competencias del Estado, pero, fundamentalmente, en el ámbito de la cláusula de atribución residual de competencias y siendo el TC el que interpreta los límites que impone la Constitución; tienen vedada —al igual que el legislador estatal— la interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional de reparto competencial con pretensión de vinculación general a todos los poderes públicos, imponiéndoles su propia interpretación de la Constitución; y corresponde al TC el control de esos límites, como intérprete supremo de la Constitución.

El desarrollo práctico del sistema de autonomía territorial nos había enseñado que, excepcionalmente, de forma muy singular, era posible que la determinación de las competencias de la CA en su EA tuviese efectos más allá del ámbito de las competencias residuales, pudiendo cumplir una función de delimitación de la competencia reservada al Estado en la Constitución. Eso es lo que el TC expresa en la Sentencia sobre el EA de Valencia. El problema en lo que se refiere al contraste de lo expresado en esa Sentencia y la interpretación contenida en la Sentencia sobre el EA de Cataluña reside en que lo que en aquella aparecía como hipótesis excepcional, en supuestos muy singulares, se con-

vierte en la columna vertebral de la determinación de las competencias de la CA en la reforma del EA de Cataluña, tratando de delimitar, desde el EA, con carácter general, las competencias reservadas al Estado en la Constitución.

En cualquier caso, la STC 31/2010 contiene, en muchas ocasiones, una rígida rotundidad que estaba ausente en la STC 247/2007. La interpretación mantenida en la Sentencia sobre el EA de Valencia recibió duras críticas (G. Fernández Farreres, 2008) y se consideró, incluso, que abría una «senda constitucional hacia la Edad Media» (S. Muñoz Machado, 2008), en la medida en que abría la vía a la proliferación de normas válidas sin aplicabilidad práctica. Sin embargo, creo que el EA, en su condición de «norma institucional básica» —Constitución interna— de la CA exige, al enfrentarse a la posible inconstitucionalidad de sus disposiciones, una actitud de *cortesía federal* (*Bundesfreundlichkeit* o *Federal Comity*), que es el reverso de la *lealtad federal* exigible al EA. Y ese principio exige una mayor deferencia con el EA en el control de constitucionalidad de sus disposiciones. La peculiar apertura o indeterminación de muchas de las normas constitucionales relativas al sistema de autonomía territorial y la función del EA refuerzan esta necesidad de especial deferencia.

Esto no supone establecer límites a la función del TC en el control de constitucionalidad, ni, mucho menos, a su capacidad de declarar la inconstitucionalidad de disposiciones estatutarias (A. López Basaguren, 2011; E. Fossas, 2011). Lo que exige es eludir la declaración de inconstitucionalidad de la disposición estatutaria siempre que no sea imprescindible, limitándola a los supuestos en que su confrontación con la disposición constitucional sea substancial. Una exigencia que es especialmente necesaria en los supuestos de control de constitucionalidad abstracto de la disposición estatutaria; el momento adecuado para la anulación será el del control concreto de constitucionalidad, cuando el conflicto entre norma del Estado y norma del EA se produzca de forma efectiva y en el que el TC deba someter ambas al contraste de la interpretación de la norma constitucional.

La necesidad de la deferencia que exige la *cortesía federal* resulta, a mi juicio, especialmente evidente en los supuestos en que la disposición constitucional que es parámetro de control de la disposición estatutaria carece de precisión —como reconoce el TC que ocurre en muchas de las disposiciones que integran la lista de reserva de competencias al Estado o en la propia significación de en qué deba consistir la competencia del Estado para establecer las *basic rules*—; distintos son los supuestos en que las normas estatutarias afectan directamente a derechos de los ciudadanos. Hay que tener en cuenta que en la Sentencia 31/2010 el TC anula, por ejemplo, el art. 111 EAC, a pesar de que reconoce que la opción estatutaria es «la que mejor se acomoda» al contenido de la norma constitucional. ¿Era realmente necesario declarar la nulidad de esta disposición en un control abstracto de constitucionalidad? Creo que debiera haberse dejado para el momento en que se produjese el conflicto como consecuencia del ejercicio efectivo de la competencia por el Estado; máxime cuando la disposición estatutaria dejaba la puerta abierta a la excepción de los «supuestos que se de-

terminen de acuerdo con la Constitución». Además, de esta forma, se respeta la integridad estatutaria y se deja la vía abierta a una hipotética evolución de la interpretación constitucional que, de producirse, una vez anulada la norma estatutaria, impediría que tuviese efectos (A. López Basaguren, 2011).

Si ello tiene como consecuencia la proliferación de normas estatutarias válidas no aplicables, no parece que, dada la especial singularidad de los EA, sea un problema muy grave, desde el punto de vista jurídico, ni cuantitativa ni cualitativamente; y es una consecuencia de los equilibrios propios de una estructura federal. El riesgo que se corre es de carácter político si, como ha ocurrido hasta ahora en muchas ocasiones, hay ausencia de *lealtad federal* y no se asume, con todas sus consecuencias, la subordinación del EA a la Constitución y se pretende hacerlo pasar como interpretación auténtica de la Constitución o como pacto que vincula al Estado más allá de los límites que le reserva la Constitución.

4. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL CAMINO DEL FEDERALISMO: UN RETO

La reforma del EA de Cataluña supuso un esfuerzo extraordinario, pero no ha logrado ninguno de sus objetivos fundamentales. Ha dejado tras de sí una sensación de profunda frustración, especialmente en Cataluña, y un enfrentamiento extremo entre los dos grandes partidos —los partidos de gobierno—; un clima político envenenado. Sin embargo, los problemas estructurales del sistema de autonomía territorial siguen prácticamente intactos; y el paso del tiempo sin afrontarlos solo puede empeorarlos. El fracaso del intento de reforma del sistema a través de la reforma de los EA lleva, necesariamente, a la necesidad de reformar la Constitución. No todos los problemas requieren la reforma constitucional, pero ésta es necesaria para algunos de los más importantes. Es difícil saber si el tiempo y los esfuerzos dedicados a las reformas estatutarias facilitarán o dificultarán el debate sobre las reformas necesarias.

En esta dirección, hay dos problemas previos. En primer lugar, un problema de base, de carácter político general: la difícil viabilidad de cualquier propuesta de reforma constitucional. Algunos sectores políticos rechazan de plano la idea misma de la reforma constitucional, al tiempo que otros sectores la ven como una oportunidad para cambiar radicalmente las bases mismas del sistema. Aunque la aprobación de una reciente reforma constitucional pueda hacer pensar lo contrario¹⁷, en el clima político que impera en España

¹⁷ El Parlamento (Cortes Generales) aprobó el 27 de septiembre de 2011 la reforma del art. 135 de la Constitución, por la que se introdujeron los requisitos de estabilidad presupuestaria. La reforma se realizó sin debate previo y fue acordada reservadamente por el (entonces) Presidente del Gobierno con el líder de la oposición. Anteriormente, se reformó el art. 13 de la Constitución para incorporar el derecho de voto pasivo de los extranjeros en las elecciones locales, como consecuencia de la ratificación del Tratado de la UE (Maastricht, 1992).

solo parecen posibles reformas que vengan impuestas por imperativos externos y acordadas con secretismo por las élites de los partidos. En segundo lugar, el sistema de autonomía territorial es especialmente intocable; supone destapar la caja de los truenos. Ha sido un terreno preferente de enfrentamiento entre los dos grandes partidos; no existe un diagnóstico básico compartido sobre los problemas que aquejan al sistema de autonomía territorial ni sobre la forma de afrontarlos; y su planteamiento desata las reclamaciones nacionalistas, que muchas veces se sitúan fuera de la lógica general del sistema. Se comprende que cualquier apelación a la reforma constitucional del sistema de autonomía territorial se considere «un ejercicio de nostalgia» (P. Cruz Villalón, 2009).

Y, sin embargo, entre los académicos se generaliza la insistencia en la necesidad de la reforma constitucional. La regulación constitucional, contenida en el Título VIII, carece de sentido tras más de treinta años de desarrollo del sistema, la generalización de la autonomía territorial y la asunción de todas las competencias que deja libre la reserva de competencias al Estado por todas las CA (J. García Roca, 2011). En su mayoría, se trata de disposiciones de procedimiento, que han tenido un valor transitorio. La regulación constitucional ha quedado reducida, prácticamente, a la lista de competencias que se reservan al Estado. Una lista que, a estas alturas, a la vista de la experiencia práctica, plantea importantes problemas, tanto en la delimitación de los ámbitos materiales como de las funciones en su seno. Lo que significa que en la Constitución sobran muchas disposiciones, ya inservibles, falta la regulación de algunos aspectos importantes y la lista de competencias reservadas al Estado, que es su columna vertebral, requiere un ajuste importante.

Al subrayar la urgente necesidad de una reforma constitucional del sistema de autonomía territorial se plantea un dilema sobre la orientación que deba tomar. Algunos se sienten apegados a las singularidades del sistema español, que gira de forma muy fundamental sobre la función central del EA como instrumento de determinación de las competencias de cada CA. Tras las vicisitudes de la reforma del EA de Cataluña esta es una vía sustancialmente agotada, que se ha convertido en una fuente importante de tensiones internas. En este contexto, la única alternativa en la evolución del sistema de autonomía territorial, si pretendemos que sea exitosa, es la de avanzar por el camino del federalismo.

¿Qué significa la referencia al federalismo? No se trata del —en gran medida estéril— debate sobre si España es o no es una Federación, o, si se prefiere, un sistema político federal. Se trata de algo más simple. El balance extraordinariamente positivo de la experiencia del desarrollo del sistema de autonomía territorial durante estos más de tres decenios —un hito en nuestra historia— debe ser, necesariamente, el punto de partida para afrontar su desarrollo futuro. Pero en este desarrollo se han puesto de relieve importantes problemas que, para que la experiencia no fracase, deben ser afrontados sin ambages. En este sentido, el diagnóstico de la «amplia autonomía de baja calidad» es un referente ineludible, con independencia de que se compartan, o no, todos sus elementos. El problema se plantea en la determinación de las soluciones más

convenientes para tratar de solventar esos problemas; es decir, en qué sentido deben ir las reformas que es necesario realizar. La referencia al federalismo significa que en esa tarea debemos valernos de la experiencia de los sistemas federales de nuestro entorno jurídico-político. Solo así podremos dotar a nuestro sistema de una solidez que le permita afrontar los retos que tiene ante sí. No se trata de olvidar nuestras singularidades ni la necesidad de afrontar determinados elementos de diversidad en el interior del sistema de autonomía territorial. Tenemos ejemplos que demuestran que es posible hacerlo con éxito cuando concurren las condiciones necesarias. Se trata de una opción federalista como vía de mejora del sistema de autonomía territorial que se vale de la experiencia de los sistemas de nuestro entorno.

¿Representa esta opción una ruptura con nuestra tradición, con nuestro sistema de autonomía territorial, hasta el punto de hacerla inviable o arriesgada? En Gran Bretaña, Albert Venn Dicey (1893 y 1913), en su radical oposición a las sucesivas propuestas de *Home Rule* para Irlanda, sostenía que su aprobación supondría establecer una nueva Constitución para el Reino Unido. Consideraba que constituiría *a leap in the dark*, que, por otra parte, no solucionaría la cuestión irlandesa; en este sentido, no sería más que *a fool's paradise*. La pretensión de avanzar por los caminos del federalismo en el desarrollo del sistema de autonomía territorial en España, ¿puede también calificarse de un salto en el vacío que, como vía de solución de los problemas que le aquejan, solo sería un paraíso de ingenuos?

Con independencia de la opinión que se tenga sobre la visión de A. V. Dicey sobre la *Home Rule* para Irlanda, es evidente que el desarrollo del sistema de autonomía territorial español durante estos más de tres decenios excluye que esa opción suponga un salto en el vacío. La condición federal del sistema español es negada por los más entusiastas de sus singularidades —especialmente, de la función constitucional del EA— y por quienes consideran que, por sus limitaciones, no es merecedor de tan honorable calificativo. Sin embargo, sintomáticamente, entre los más prestigiosos estudiosos extranjeros se afirma esa condición (R. Watts, 1999 y 2009; D.J. Elazar, 1994). Lo que importa ahora no es discutir sobre la etiqueta federal; se trata de precisar si tomar como referente la experiencia de los sistemas políticos federales de nuestro entorno plantea problemas de incompatibilidad o rechazo, por no ser comunes sus fundamentos.

Incluso quienes niegan la condición federal del sistema español reconocen, de hecho, su gran cercanía a esa categoría, negándola por aspectos muy puntuales que otros autores han demostrado responder a modelos teóricos a los que no todas las Federaciones se acomodan. En cualquier caso, parece evidente que la evolución que se ha producido en el sistema de autonomía territorial en España desde la aprobación de la Constitución (1978), que ha transformado profundamente las expectativas iniciales, lo ha situado en la senda de los sistemas políticos federales. De lo que se trataría es de seguir avanzando por esa senda, en un proceso de progresiva superación de las limitaciones y singularidades que, por las decisiones o indecisiones del mo-

mento constituyente, impidieron incorporar elementos que, en distintas experiencias federales, han demostrado ser útiles en el funcionamiento de los sistemas jurídico-políticos que se asientan sobre el reconocimiento de la autonomía política territorial. Abogar porque el desarrollo futuro de nuestro sistema siga las pautas de los sistemas federales de nuestro entorno, por tanto, en ningún caso puede representar ese salto en el vacío que repudiaba el constitucionalista inglés. En nuestro caso, se trataría de continuar por un camino por el que ya estamos transitando, tratando de servirnos de la experiencia de quienes llevan más tiempo recorriéndolo.

El riesgo que, por el contrario, sí corremos es el de que la apelación al federalismo se convierta en un paraíso de ilusos, por creer que se trata de un remedio infalible para los problemas de integración y estabilidad territorial a los que se enfrenta España. Hay aspectos —especialmente, las reclamaciones nacionalistas— que seguirán siendo fuente de tensión incluso en un sistema que siga reforzando su acercamiento a otras experiencias federales de mayor tradición histórica. Se trata de reclamaciones que difícilmente van a ser satisfechas en los términos pretendidos por sus defensores. Pero el continuo reforzamiento de la arquitectura federal permitirá afrontarlas desde una posición de mayor solidez; sobre todo, porque dotará al sistema de autonomía territorial de un equilibrio y de una racionalidad que, en la actualidad, no siempre están presentes en grado suficiente.

Walter Bagehot (1867) señalaba que «no polity can get out of a nation more than there is in the nation»; tampoco ningún diseño jurídico-político logrará extraer de España más de lo que existe en su interior. El deterioro de la situación política en la España actual no permite hacerse demasiadas ilusiones sobre la capacidad del sistema de partidos de avanzar coherentemente por la mejora institucional en el camino del federalismo; ni sobre los efectos políticos de ese proceso de evolución, en caso de que se desarrollase. La posibilidad de entendimiento, cuando menos, entre los dos grandes partidos para avanzar en esa dirección, de forma que dé respuesta a los problemas actuales del sistema de autonomía territorial y que afronte las reclamaciones nacionalistas de forma razonable y equilibrada, haciendo posible una integración suficiente, provoca un fuerte escepticismo. Un escepticismo como el que manifestaba Alexander Hamilton a Rufus King en 1797 acerca de las expectativas que algunos albergaban sobre los benéficos efectos de la convivencia entre John Adams y Thomas Jefferson en el tándem presidencial: «Skeptics like me quietly look forward to the event, willing to hope, but not prepared to believe».

BIBLIOGRAFÍA

- AJA, E., «Los principales periodos de desarrollo del Estado autonómico», en *Anuario Jurídico de la Rioja*, 2, 1996, pp. 121-144.
- AJA, E. y VIVER, C., «Valoración de 25 años de autonomía», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 69, 2003, pp. 69-113.

- ALBERTÍ, E., «Consideraciones del Informe sobre otras posibles reformas del modelo autonómico», en GÓMEZ MONTORO, A. (ed.), *La reforma del Estado autonómico*, Jornadas de Estudio sobre el Informe del Consejo de Estado, CEPC, Madrid, 2007, pp. 106 y ss.
- ALBERTÍ, E., «Concepción y función del Estatuto de Autonomía en la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Revista Catalana de Dret Públic*, número especial sobre la Sentencia del Estatuto, 2011, pp. 81-85.
- BAGEHOT, W., *The English Constitution* (citada por la edición de Oxford University Press, 2001), 1867.
- BALAGUER, F., «Lo Stato autonomico spagnolo: la stagione delle riforme», en D'ATENA, A. (ed.), *I cantieri del federalismo in Europa*, Giuffrè, Milán, 2008^a.
- BALAGUER, F. (2008b): «La riforma dello Statuto d'autonomia dell'Andalusia nel contesto della pluralità di spazi costituzionali di ámbito europeo», en GAMBINO, S. (ed.), *Regionalismi e Statuti. Le riforme in Spagna e in Italia*, Giuffrè, Milán, 2008^b, pp. 137-170.
- BALAGUER, F., «El Tribunal Constitucional como "supremo intérprete" de la Ley de Aguas. Una reflexión sobre la posición de los Estatutos de Autonomía en nuestro ordenamiento constitucional y un comentario a la STC 30/2011», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 14, 2011, pp. 114-151.
- BOSCH, N., «Horizontal Equity in the 2009 Regional Financing Model», en *Institut d'Economia de Barcelona: IEB's Report on Fiscal Federalism 11*, Barcelona, 2012, pp. 54-59.
- COLINO, C., «Constitutional Change Without Constitutional Reform: Spanish Federalism and the Revision of Catalonia's Statute of Autonomy», en *Publius. The Journal of Federalism*, vol. 39, n.º 2, 2009, pp. 262-88.
- CONSEJO DE ESTADO, *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos*, CEPC, Madrid, 2006.
- CORCUERA, J. y GARCÍA HERRERA, M.A., *La constitucionalización de los derechos históricos*, CEPC, Madrid, 2002.
- CRUZ VILLALÓN, P., «La Constitución territorial del Estado», en *Revista catalana de Dret public*, n.º 13, 1991^a, ahora, en CRUZ VILLALÓN, P., *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 2007.
- CRUZ VILLALÓN, P., «La construcción jurisprudencial del Estado de las autonomías», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 31, 1991^b; ahora, en CRUZ VILLALÓN, P., *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 2007.
- CRUZ VILLALÓN, P., «La reforma del Estado de las autonomías», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 2, 2006.
- CRUZ VILLALÓN, P., «La dificultad del Tribunal Constitucional como garante de la autonomía territorial», en *Revista catalana de Dret Public*, n.º 39, 2009, pp. 21-36.
- DE CARRERAS, F., «Reflexiones sobre la propuesta de nuevo Estatuto de Cataluña», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 16, 2005, pp. 43-82.
- DE LA FUENTE, Á., «¿Está bien calculado el cupo?», *Moneda y Crédito*, n.º 231, 2011, pp. 93-150.
- DÍAZ REVORIO, F.J., «La tipología de los pronunciamientos en la STC 31/2010. Sus efectos sobre el Estatuto catalán y otras normas del ordenamiento vigente», en *Revista catalana de Dret Public*, n.º 43, 2011, pp. 53-86. DICEY, A.V., *A Leap in the*

- Dark. *A Criticism of the Principles of Home Rule as Illustrated by the Bill of 1893*, John Murray, Londres, 1893.
- DICEY, A.V., *A Fool's Paradise: Being a Constitutionalist's Criticism on the Home Rule Bill of 1912*, John Murray, Londres, 1912.
- ELAZAR, D.J., *Federal Systems of the World. A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements*, Longman, 2.ª ed., Essex, 1994.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado autonómico? (Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)*, Civitas, Madrid, 2008.
- FOSSAS, E., *El principio dispositivo en el Estado autonómico*, IVAP/Marcial Pons, Oñati/Madrid, 2007.
- FOSSAS, E., «El control de constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía», en *Revista catalana de Dret Public*, n.º 43, 2011, pp. 1-19.
- GARCÍA ROCA, J., «El intérprete supremo de la Constitución abierta y la función bilateral de los Estatutos: o la insoportable levedad del poder de reforma constitucional», en *Revista Catalana de Dret Public*, n.º 43, 2011, pp. 87-120.
- GARCÍA RUÍZ, J.I. y GIRÓN, E., «La financiación autonómica: ¿competencia constitucional o estatutaria?», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 75, 2005, pp. 33-58.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonómico», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 27, 1989, pp. 39-92.
- LÓPEZ BASAGUREN, A., «El Concierto Económico y la financiación de la Comunidad Autónoma del País Vasco entre mito y realidad», en *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad. 25 años de Estatuto de Autonomía del País Vasco*, vol. I, Colex-INAP, Madrid, 2005, pp. 619-634. LÓPEZ BASAGUREN, A., «Trasformazioni dello Stato autonomico e riforma dello Statuto del Paese Basco: tra rottura e 'accomodamento a volontà», en GAMBINO, S. (ed.), *Regionalismi e Statuti. Le riforme in Spagna e in Italia*, Giuffrè, Milán, 2010.
- LÓPEZ BASAGUREN, A., *Acerca de la caracterización del Estatuto de Autonomía en una perspectiva federal*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2011ª.
- LÓPEZ BASAGUREN, A., «Nación y lengua en el Estatuto de Cataluña. Consideraciones sobre la STC 31/2010», en *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 13, lustel, 2011^b, pp. 1-25.
- LÓPEZ LABORDA, J., «¿No hay quinto malo? La reforma de la financiación autonómica», en *Economistas*, n.º 123, 2010ª, pp. 182-187.
- LÓPEZ LABORDA, J., «La reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas: descripción, primera valoración y algunas cuestiones pendientes», en *Institut d'Economia de Barcelona: IEB's Report on Fiscal Federalism '09*, Barcelona, 2010b, pp. 22-37.
- LÓPEZ LABORDA, J., «La financiación autonómica en la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 sobre el Estatut», en TORNOS MAS, Joaquín (dir.), *Informe sobre las Comunidades Autónomas 2010*, Barcelona, 2011.
- MONASTERIO, C. «Federalismo fiscal y sistema foral. ¿Un Concierto desafinado?», en *Hacienda Pública Española/Revista de Economía Pública*, n.º 192 (1/2010), 2003, pp. 59-103.
- MONTILLA, J.A., «Los elementos formales en el proceso de producción normativa de lo básico», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 68, 2003, pp. 89-120.

- MUÑOZ MACHADO, S., «El mito del Estatuto-Constitución y las reformas estatutarias», en *Informe de las Comunidades Autónomas 2004*, Instituto de Derecho Público, n.º 731, Barcelona, 2005.
- MUÑOZ MACHADO, S., «La senda constitucional hacia la Edad Media», en diario *El Mundo*, 16 de enero de 2008. OLIVER, D., *Constitutional Reform in the UK*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- ORTEGA, L., «The Decentralisation Alternatives on the Spanish Constitutional System», en *European Public Law*, vol. 10, n.º 3, 2004, pp. 469-480.
- ORTEGA, L., «La redefinición por los Estatutos de Autonomía de la distribución territorial del poder contemplado en la Constitución», en ORTEGA, L. (dir.), *La reforma del Estado Autonómico*, CEPC, Madrid, 2005.
- PALUZIE, E. «Perspectives on a New Economic Agreement for Catalonia», en *Institut d'Economia de Barcelona: IEB's Report on Fiscal Federalism'11*, Barcelona, 2012, pp. 60-64.
- PÉREZ ROYO, J., «Hay que encontrar una salida», en diario *El País*, 13 de octubre de 2007. PÉREZ ROYO, J., «La última palabra», en diario *El País*, 5 de septiembre de 2009.
- PÉREZ ROYO, J., «Por qué no», en diario *El País*, 1 de mayo de 2010.
- REQUEJO, P., «La posición del Tribunal Constitucional español tras su Sentencia 31/2010», en *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 43, 2011, pp. 317-341.
- SAURA, J., «¿Qué quiere Cataluña?», en diario *El País*, 13 de mayo de 2005.
- SOLOZÁBAL, J.J., «La Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña. Una visión de conjunto», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 151, 2011^a, pp. 203-229.
- SOLOZÁBAL, J.J., «Una Sentencia en la federalización del Estado», en *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 13, lustel, 2011^b.
- TORNOS, J., «Valoración general», en *Informe de las Comunidades Autónomas 2005*, IDP, Barcelona, 2006, 19 y ss.
- TORNOS, J., «Valoración general», en *Informe sobre las Comunidades Autónomas 2006*, IDP, Barcelona, 2007. TORNOS, J., «La Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007 y el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 7, 2008, pp. 79-105.
- VINTRÓ, J., «Valoración general de la Sentencia 31/2010», en *Revista Catalana de Dret Públic*, número especial sobre la Sentencia del Estatuto, 2011.
- VIVER, C., «Finalmente, una amplia autonomía de baja calidad», en diario *El País*, 6 de septiembre de 2003.
- VIVER, C., «La reforma de los Estatutos de autonomía», en VIVER, C.; BALAGUER, F. y TAJADURA, J., *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Con especial referencia al caso de Cataluña*, CEPC, Madrid, 2005.
- VIVER, C., «Los límites constitucionales de las reformas estatutarias», en diario *El País*, 6 de mayo de 2005^b.
- VIVER, C., «En defensa dels Estatuts d'Autonomia com a normes jurídiques delimitadores de competències. Contribució a una polèmica juridicoconstitucional», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 1. 2005^c, p. 97. VIVER, C., «Efectos jurídicos de la Sentencia del Estatut», en diario *El País*, 20 de julio de 2010.
- VIVER, C., «El Tribunal Constitucional, ¿"siempre, solo e indiscutible"? La función constitucional de los Estatutos en el ámbito de la distribución de competencias según la

- STC 31/2010», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 91, 2011, pp. 319-351.
- WATTS, R., *Comparing Federal Systems*, Kingston, 1999.
- WATTS, R., «Spain: A Multinational Federation in Disguise?», en TUDELA ARANDA, J. y KNÜPLING, F. (eds.), *España y modelos de federalismo*, n.º 55, CEPC, Madrid, 2010.
- ZABALZA, A., «El Pacto fiscal que España y Cataluña necesitan», en diario *El País*, 9 de noviembre de 2011. ZUBIRI, I., *El Concierto Económico en el contexto de la Unión Europea*, Círculo de Empresarios, Bilbao, 2000. ZUBIRI, I., «Los sistemas forales: características, resultados y posible generalización», en LAGO PEÑAS, S. (ed.), *La financiación del Estado de las autonomías: perspectivas de futuro*, IEF, Madrid, 2007.

División de poderes, distribución de competencias y configuración de los espacios públicos en el Estado autonómico integrado en Europa

Francisco Balaguer Callejón

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada
y Catedrático Jean Monnet «ad personam» de Derecho Constitucional Europeo y Globalización

SUMARIO: Introducción. Federalismo y división del poderes. 1. La división de poderes en la constituciones normativas. 2. La división de poderes en un contexto supranacional. 3. La evolución del Estado autonómico en España y la proyección europea del nivel territorial. 4. La articulación de los niveles constitucionales en un Estado políticamente descentralizado e integrado en una organización supranacional. 5. La necesidad de redimensionar los espacios públicos y de ajustarlos a las competencias reales de cada nivel de gobierno. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN. FEDERALISMO Y DIVISIÓN DEL PODERES

La estructuras federales o políticamente descentralizadas del poder estatal, en cuanto división territorial del poder, favorecen la realización de la función esencial que le corresponde al constitucionalismo de controlar el poder político y evitar que se convierta en un poder sin límites. En el primer constitucionalismo la división de poderes sirvió a esa finalidad sobre la base del control recíproco entre los poderes, en un modelo de Estado centralista. Ese control mutuo estaba orientado a hacer posible la libertad y los derechos de la ciudadanía, entendidos como derechos resistencia que requerían para su realización la inacción del Estado. La división de poderes era así coherente con la idea de que el Estado no debía intervenir sobre la sociedad, propia del liberalismo del siglo XIX.

La transformación del Estado liberal en Estado social, que fue también la transformación del Estado legal de Derecho en Estado constitucional de Derecho, va a suponer un cambio en el entendimiento del principio de división de poderes, no sólo porque se desarrollan los partidos políticos y su acción política se articula en sistemas parlamentarios en los que la línea divisoria entre le-

gislativo y ejecutivo se diluye (al identificarse mayoría parlamentaria y gobierno) mientras que se refuerza la línea que separa a la mayoría parlamentaria de la oposición sino, sobre todo, porque a la división política del poder se suma la división jurídica del poder, establecida en las constituciones normativas.

En un Estado que tiene que intervenir de manera continuada en la vida social, la normatividad de la constitución supone el reconocimiento del pluralismo que el primer constitucionalismo había negado y que el constitucionalismo de entreguerras no había conseguido articular en un sistema constitucional que sirviera como instrumento de convivencia pacífica entre todos los sectores de la sociedad. En las constituciones normativas, por el contrario, el pacto social se articula mediante el reconocimiento de la preferencia a la mayoría para desarrollar su programa político, al tiempo que se garantizan los derechos de las minorías a través de la propia Constitución.

Esa transformación fundamental se consolida en Europa en las constituciones de la segunda mitad del siglo xx. Pero la normatividad de la Constitución va acompañada, en algunos sistemas constitucionales, de procesos de integración supranacional y de descentralización territorial del Estado. Ambos procesos suponen una nueva división del poder que no se suele reflejar en la dogmática constitucional pero que puede considerarse actualmente la de mayor relevancia en el contexto de la globalización en que estamos inmersos. En efecto, a partir de los procesos de integración supranacional y descentralización territorial se termina definiendo una pluralidad de realidades constitucionales que confluyen sobre el mismo territorio, otorgando una nueva dimensión al principio de división de poderes.

Esa dimensión se proyecta claramente en el ámbito jurídico, en la división jurídica del poder que se manifiesta en la distribución de competencias establecida en las Constituciones o en las normas fundamentales de las estructuras supranacionales. Pero, al mismo tiempo se proyecta, aunque en menor medida de lo que debería, sobre la división política del poder, en los espacios públicos en los que se desarrollan los procesos democráticos de decisión. Como intentaremos evidenciar en este trabajo, situando el caso español como ejemplo, existe una asimetría notable entre la proyección que tiene la distribución de competencias —y, por tanto, la división jurídica del poder— y la que tienen los espacios públicos —y, por tanto, la división política del poder— ya que, por lo que se refiere a estos últimos, sigue existiendo un predominio del espacio público estatal que no se corresponde ya con la distribución de competencias entre las distintas instancias estatales e infra y supraestatales.

El caso español es interesante para analizar esta asimetría entre la división jurídica y la división política del poder porque en España, en un período relativamente corto de tiempo se han producido simultáneamente procesos de descentralización política y de integración supranacional, con el desarrollo de nuevos espacios públicos infra y supraestatales que no estaban contemplados directamente en la Constitución. En efecto, la Constitución española de 1978 no creó el Estado autonómico, que se ha ido desarrollando progresivamente a

partir de sus preceptos hasta la actualidad. Por otro lado, desde 1986 España se integró en las Comunidades Europeas, ahora Unión Europea y ha ido asumiendo las transformaciones que se han producido en las instituciones europeas desde entonces. Así pues, en los últimos treinta años, España, partiendo de una Constitución normativa que estableció un sistema democrático, ha experimentado una doble transformación de gran alcance: una descentralización política muy profunda y su integración en la estructura supranacional de la Unión Europea. En ambos casos, se trata de procesos dinámicos que siguen evolucionando y lo harán en el futuro.

1. LA DIVISIÓN DE PODERES EN LAS CONSTITUCIONES NORMATIVAS

En la medida en que en la Constitución normativa la división de poderes se articula a través de un sistema de atribución de competencias a los órganos estatales, esa definición competencial permite que el control del poder no se fundamente ya solamente en el control mutuo de los diversos poderes del Estado, sino también en un control externo a los mismos, el control de la constitucionalidad del ejercicio de sus funciones, de su conformidad con la Constitución (en cuanto al respeto del propio orden de competencias y en cuanto a la congruencia material de su ejercicio con el texto constitucional). Ese control externo se basa en la democracia constitucional —que garantiza los derechos de las minorías— mientras que el control recíproco o interno de los diversos poderes del Estado se asienta en la contraposición entre la mayoría que gobierna y la minoría que controla en el ejercicio cotidiano de la actividad política.

Ambos controles, el interno y el externo, se corresponden con dos formas de división del poder y en ese sentido, los dos actualizan el principio de división de poderes que, como tal, se desdobra en una división interna y externa del poder. Pero además, el control externo tiene una doble faz: por un lado es manifestación del principio de división de poderes, por otro lado garantiza la implantación efectiva de ese principio y el sometimiento de todos los poderes públicos a sus límites jurídico-constitucionales de actuación.

Se podría decir en términos generales que el control externo es un control jurídico, mientras que el interno o mutuo es un control político. Sin embargo, esa afirmación debería ser matizada. Todos los controles están regulados por el Derecho, y en ese sentido todos son jurídicos. Lo que ocurre es que el control externo implica limitaciones jurídicas a la actuación de los poderes públicos y se fundamenta en un parámetro objetivo. Por el contrario el control interno no se basa en limitaciones jurídicas ni se realiza a partir de un parámetro objetivo.

La diferenciación entre estos dos ámbitos de la división de poderes no evita, como es lógico, las interferencias entre ambos. Máxime cuando el control recíproco se muestra a veces ineficaz por el anquilosamiento de estructuras que proceden de otros momentos históricos y que respondían a otras necesida-

des. La imposibilidad de proceder al control recíproco, puede conducir al uso indebido de mecanismos de control externo, como un sucedáneo del control interno (ocurre en toda reclamación de inconstitucionalidad que no proceda de un auténtico convencimiento o de una duda real sobre la adecuación de una norma a la Constitución, sino de una estrategia política desarrollada como reacción ante la negativa de la mayoría a consensuarla). Esta confusión entre control interno y externo puede responder a necesidades coyunturales, pero puede ser también la manifestación más evidente de una atrofia en los mecanismos tradicionales de control interno que obliga a buscar una válvula de escape en el control externo.

2. LA DIVISIÓN DE PODERES EN UN CONTEXTO SUPRANACIONAL

A la diversidad de formulaciones de la división de poderes y del control del poder en las constituciones normativas, se une en el espacio europeo la que supone el proceso de integración europea. El proceso de integración se ha desarrollado de forma paradójica desde el punto de vista de la división de poderes y el control del poder. Por un lado, no existe, en el ámbito de la Unión Europea, una organización institucional basada claramente en este principio, de manera que son esencialmente los Estados los que adoptan las decisiones relevantes mediante los procedimientos de concertación supranacional, en el seno del Consejo. Ciertamente, el Parlamento Europeo está asumiendo progresivamente un papel cada vez más importante, pero no se puede decir que su posición sea equiparable a la de los parlamentos nacionales. Por otro lado, está básicamente ausente del espacio europeo el control del poder que se realiza en los espacios públicos nacionales mediante la contraposición entre mayoría y oposición así como por medio del debate público que promueven los partidos políticos y los medios de comunicación. En la Unión Europea el debate público se sigue vertebrando en torno a los intereses nacionales de los Estados, que son los que controlan esencialmente los procesos políticos europeos. Podemos decir, pese a todo, que sí existe un control externo del poder, realizado por el Tribunal de Justicia, sobre parámetros y técnicas que se asemejan a las constitucionales.

La ausencia de una división interna del poder equiparable a la de los sistemas constitucionales de los Estados miembros, con un control político del poder que permita caracterizar a la estructura institucional como una estructura democrática, resulta tan evidente que es habitual resaltar la incompatibilidad entre los principios democráticos que la UE exige para la adhesión de nuevos Estados y su propia organización interna.

Sin embargo, no puede dejar de destacarse que el proceso de integración europea incorpora —pese a sus deficiencias desde el punto de vista democrático— una división del poder que opera como límite del poder político de los estados miembros. Es un límite que se manifiesta ya en el nivel constitucional, en cuanto

que genera una fragmentación del poder constituyente del Estado nacional¹. Pero, al mismo tiempo, es también un límite que genera una garantía adicional de la estructura constitucional democrática de cada uno de los estados miembros². Por último, es un límite que hace posible la garantía adicional de las condiciones democráticas de ejercicio del poder en cada uno de los estados miembros.³

Así pues, de manera paradójica, el déficit democrático de la Unión Europea, pese a repercutir negativamente en la calidad democrática de los estados miembros, no es incompatible con su funcionalidad desde el punto de la división de poderes y del control del poder de esos Estados. La integración supranacional supone así, una formulación específica de la división de poderes que, al menos, favorece la estabilidad democrática de los estados europeos.

3. LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO AUTONÓMICO EN ESPAÑA Y LA PROYECCIÓN EUROPEA DEL NIVEL TERRITORIAL

La Constitución española de 1978 no contiene un modelo territorial específico sino que estableció un marco dentro del cual eran posibles diversas configuraciones del Estado desde el punto de vista territorial. Esa ausencia de modelo en la Constitución ha aportado algunas ventajas en el tránsito hacia el Estado autonómico, como una mayor flexibilidad y una evolución progresiva y gradual sin transformaciones bruscas (algo especialmente positivo si tenemos en cuenta que el Estado español estaba fuertemente centralizado, pues su organización procedía de la dictadura). Pero, al mismo tiempo, la llamada «desconstitucionalización»⁴ de la estructura territorial ha generado muchos problemas en diversos ámbitos.

¹ Cfr. mi trabajo, a este respecto, BALAGUER CALLEJÓN, F., «El status constitucional de la reforma y la fragmentación del Poder Constituyente», en AA.VV., *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, vol. I, Madrid, 2002, pp. 99-130.

² Cfr. mi trabajo BALAGUER CALLEJÓN, F., «La incidencia del Tratado de Lisboa en el sistema de fuentes de la Unión Europea y su influencia en los ordenamientos estatales», en MATÍA PORTILLA, F.J. (dir.), *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, Instituto de Estudios Universitarios/Editorial Comares, Granada, 2009, pp. 65-94.

³ Cfr. arts. 2 y 7 TUE. De acuerdo con el art. 2 TUE «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres» Por su parte, el art. 7 TUE establece las medidas que se pueden adoptar contra los Estados en los que se produzca una violación grave y persistente de los valores proclamados en el art. 2 TUE.

⁴ CRUZ VILLALÓN, P., «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», en *RF-DUC*, n. 4, 1982, p. 59. Cfr. igualmente, CRUZ VILLALÓN, P., «Introducción: la Constitución territorial del Estado», en CRUZ, P.; MEDINA, M. y TEROL, M., *El Estatuto de Andalucía. I. Las competencias*, Ed. Ariel, Barcelona, 1990. Ciertamente, el término «desconstitucionaliza-

El principio dispositivo en el que se ha basado la construcción del Estado autonómico ha impregnado todas y cada una de las vertientes en las que se ha desplegado esta fórmula. Los sujetos que podían ejercer el derecho a la autonomía (nacionalidades y regiones) tuvieron la posibilidad de decidir prácticamente todo lo posible: desde la vía de acceso a la autonomía (plena o diferida) hasta el número y la calidad de las competencias asumidas, pasando por la configuración institucional que consideraran oportuna (con los límites genéricos del artículo 152 CE para las CCAA que hubieran seguido la vía de acceso del artículo 151 CE).

Además de la indefinición del propio número de CCAA (han terminado siendo 17, pero podían haber sido 19 o 15) cada Estatuto ha podido asumir las competencias que ha querido y con el nivel (desarrollo legislativo y ejecución, o sólo ejecución) que le ha parecido más adecuado dentro de los límites establecidos por la Constitución. Durante bastantes años el Estado no tuvo las mismas competencias en todo el territorio nacional ya que de las 17 CCAA que se constituyeron, sólo 4 (Andalucía, Cataluña, Galicia y Euskadi) asumieron todas las competencias que la Constitución española no reservó al Estado, mientras que el resto tenían menos competencias. Esa situación se solventó en gran medida a partir de 1992, con la ampliación de las competencias de las CCAA que no habían seguido la vía del artículo 151 CE (las 4 antes reseñadas) y que, por medio de la LO 9/1992 y los posteriores procesos de reforma estatutaria asumieron básicamente las mismas competencias que las otras CCAA. Se percibió ya, desde ese momento, que el Estado autonómico entraba en una vía de consolidación⁵ en la que resultaría necesario extraer todas las consecuencias de un modelo de Estado similar al Estado federal, diferenciado del Estado regional clásico y basado en la igualdad de *status* entre todas las CCAA.

Esta evolución situaba en primer término las deficiencias de la regulación constitucional del Senado. El Senado debería ser una auténtica Cámara de representación territorial pero, al no estar configurado realmente en la Constitución como una Cámara que represente a las CCAA, se dificulta la articulación de las políticas estatales y autonómicas, especialmente necesaria en el contexto del proceso de integración europea.

ción» resulta de discutible aplicación a este supuesto en su sentido tradicional (cfr. al respecto, mi trabajo BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho*, vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, p. 125, nota 19). Sin embargo, en el sentido y en el contexto en que se utiliza por el Profesor Cruz Villalón ha resultado enormemente descriptivo de la disociación entre Estado constitucional y Estado autonómico que se produce en la Constitución.

⁵ La descentralización política se completó en todo el territorio mediante el peculiar régimen estatutario de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla las dos ciudades españolas que están en el norte de África. Este régimen se estableció mediante las Leyes Orgánicas 1/1995 y 2/1995, de 13 de marzo, que aprobaron los Estatutos de Autonomía de las Ciudades de Ceuta y Melilla. Se trata de territorios que no se configuran como Comunidades Autónomas y que, si bien asumen amplias competencias materiales, carecen de potestades legislativas.

Las características constitucionales del Estado autonómico y, en especial, la ausencia de previsión constitucional específica respecto de este modelo de Estado, no sólo inciden en la relación entre el Estado y las CCAA sino también en la relación con la Unión Europea. Hay que tener en cuenta que la propia Constitución no contiene una cláusula específica sobre Europa y que también existe un importante déficit en relación con Europa en los Estatutos de las CCAA (que son, desde un punto de vista funcional, la Constitución de cada Comunidad Autónoma). Ese déficit se ha resuelto, sin embargo, en los Estatutos de Autonomía reformados en los últimos años (Andalucía, Aragón, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Islas Baleares y Extremadura, además de la LORAFNA). Aunque sólo han reformado sus Estatutos hasta ahora 8 de las 17 CCAA de España, lo cierto es que esos 8 Estatutos representan a la mayoría de la población y del territorio del Estado por lo que se trata de una reforma importante.

Frente a los Estatutos no reformados y a los anteriores Estatutos de Autonomía, los nuevos Estatutos de esas 8 CCAA son profundamente europeístas. Algunos de ellos, como es el caso del Estatuto de Cataluña o el de Andalucía contienen más de cincuenta menciones a Europa o a la Unión Europea, lo que da cuenta de la importancia que le han dado a esta cuestión (los demás incluyen también un gran número referencias de este tipo).

Por lo que se refiere a la participación en el ámbito europeo, los nuevos Estatutos incorporan la participación de la Comunidad Autónoma en la formación de las posiciones del Estado ante la Unión Europea (fase ascendente) tanto en su vertiente indirecta (participación en la formación de la posición del Estado) como directa (participación en las delegaciones españolas ante las instituciones de la Unión Europea). La participación en la fase ascendente se establece tanto con un carácter multilateral cuanto bilateral en relación con los asuntos que le afectan exclusivamente a la Comunidad Autónoma y sigue las pautas establecidas en los Acuerdos de 9 de diciembre de 2004 prefigurando algún avance (como es el caso de la posibilidad de asumir la Presidencia de las delegaciones, en el caso del Estatuto de Cataluña o del Estatuto de Andalucía en los supuestos relacionados con las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que disponga la normativa aplicable).

Se regula también la participación de la Comunidad Autónoma en la fase descendente, reconociéndose de manera expresa o implícita el principio de autonomía institucional. Se reconoce, por tanto, que corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo y la ejecución del derecho de la Unión Europea en las materias de su competencia. En algunos casos, se contemplan previsiones específicas respecto del ejercicio de las competencias ejecutivas (gestión de subvenciones europeas) o de las competencias de desarrollo legislativo de las normas básicas estatales, que permitirán desarrollar directamente las normas europeas, en el caso de que la Unión Europea establezca una regulación que sustituya a la normativa básica del Estado (Estatuto de Cataluña y Estatuto de Andalucía). De ese modo se intenta evitar que las normas básicas estatales terminen por re-

ducir a la nada la competencia autonómica en estos supuestos, al ocupar, mediante la ordenación básica, todo el campo normativo interno.

En relación con el mecanismo de alerta temprana, los nuevos Estatutos, aun siendo conscientes de que el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad no estaba todavía vigente cuando se aprobaron la mayor parte de ellos, incorporaron una referencia genérica, a efectos de hacer posible la futura participación de las Comunidades Autónomas en su aplicación. Hay que tener en cuenta que existía un amplio consenso en la Unión Europea sobre la necesidad de este mecanismo de alerta temprana lo que ha hecho que se incorpore, reforzado, al Tratado de Lisboa, a través del Protocolo n.º 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad⁶.

Otro tipo de cuestiones de alcance europeo que se incluyen en los nuevos Estatutos afectan a las delegaciones autonómicas ante la UE, así como a las relaciones con las regiones europeas, o establecen determinadas obligaciones de información por parte del Estado en determinados ámbitos como es el caso de la obligación del Estado de informar en relación con la revisión de los Tratados o con los proyectos normativos o los procedimientos que se sigan ante el Tribunal de Justicia.

4. LA ARTICULACIÓN DE LOS NIVELES CONSTITUCIONALES EN UN ESTADO POLÍTICAMENTE DESCENTRALIZADO E INTEGRADO EN UNA ORGANIZACIÓN SUPRANACIONAL

La articulación de los niveles constitucionales es necesaria en un contexto de descentralización territorial e integración supranacional del Estado. En ese contexto, las referencias constitucionales deben ser recíprocas para que la realidad constitucional compleja que se proyecta sobre la ciudadanía pueda ser coherente y equilibrada. Son muchas las constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea que han incorporado cláusulas europeas conformando así lo que Peter Häberle ha caracterizado como «Derecho constitucional europeo nacional»⁷. En el caso de España, aunque no se ha reformado todavía la Constitución para incorporar este tipo de preceptos⁸ —ya que la reforma del art. 135 no puede encuadrarse dentro de esta lógica⁹— sí se ha producido, como hemos

⁶ El Protocolo entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 con el Tratado de Lisboa.

⁷ Cfr. HÄBERLE, P., «El Estado constitucional Europeo», en *Cuestiones Constitucionales* n.º 2, enero-junio, México, 2000, pp. 87-104.

⁸ Cfr. mi trabajo BALAGUER CALLEJÓN, F., «Possibilidades e limites da reforma constitucional na Espanha no contexto do Estado autonómico integrado na União Europeia», en *Direitos Fundamentais & Justiça*, n.º 6, Porto Alegre, 2009.

⁹ Por el contrario, la reforma del art. 135, que adquirió vigencia el 27 de septiembre, el mismo día de su publicación en el BOE, supone la entrada de la Unión Europea en la Constitución por la puerta falsa, ya que si bien uno de los objetivos de la reforma, según se indica

visto en el epígrafe anterior, una importante recepción del proceso de integración europea en el nivel territorial, por medio de las últimas reformas de los Estatutos de las CCAA.

Desde el plano europeo también se han manifestado señales de reconocimiento de la realidad constitucional de los Estados miembros. Ese reconocimiento se manifiesta, en primer lugar, en la doble función —hermenéutica y normativa— que el Derecho constitucional de los Estados miembros realiza en relación con el Derecho fundamental de la Unión Europea. La primera de ellas se reconoce por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuando apela en su artículo 52, apartado 4¹⁰, a criterios de interpretación de sus preceptos que se enmarcan dentro de lo que el Profesor Häberle definió como «Derecho constitucional común europeo»¹¹ expresando la idea de que el Derecho constitucional de la Unión Europea se ha formado y se sigue formando a partir de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la Unión.

La función normativa del Derecho constitucional de los Estados miembros en cuanto fuente del Derecho comunitario se contemplaba ya en el artículo 6.2 TUE previo al Tratado de Lisboa, que remitía a otros ordenamientos para integrar el ordenamiento europeo mediante la recepción de los derechos fundamentales configurados en esos ordenamientos como principios generales del Derecho comunitario¹².

Esta función normativa no ha desaparecido con el Tratado de Lisboa. Por el contrario, el contenido del artículo 6.2 TUE, que se incorporó al artículo 9.3 del Proyecto de Tratado Constitucional, pasa a ser el artículo 6.3 TUE, de acuerdo con el Tratado de Lisboa, con la siguiente formulación: «Los derechos

en la Exposición de Motivos es «reforzar el compromiso de España con la Unión Europea», lo cierto es que la Constitución nos ofrece, a partir de ahora una «imagen de Europa» lamentable: las referencias a la Unión Europea están dedicadas a los límites que se imponen a los poderes públicos nacionales: el Estado y las Comunidades Autónomas «no podrán...», el volumen de deuda pública de las Administraciones «no podrá...». Así pues, la imagen de Europa que proyecta el reformado artículo 135 de la Constitución es claramente negativa: la Europa que limita y que prohíbe, la que reduce las posibilidades de desarrollar políticas públicas que hagan posible la realización de los derechos sociales. No es, desde luego, una imagen que contribuya a reforzar el compromiso de España con la Unión Europea, porque aleja a la ciudadanía de la idea de Europa, al proyectar una determinada manera de entenderla que no es compatible con los valores y principios que forman parte de la cultura constitucional europea.

¹⁰ Artículo 52.4 CDFUE: «En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones».

¹¹ HÄBERLE, P., «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», en *EuGRZ*, 1991, versión española de MIKUNDA, E., «Derecho constitucional común europeo», en *REP*, n.º 79, 1993.

¹² «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario»

fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

En segundo lugar, la realidad constitucional de los Estados miembros se refleja también, de modo directo, por medio de su reconocimiento específico por parte del Derecho Europeo. Así, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea determina en su artículo 53 el respeto de los estándares de protección de los derechos establecidos en las constitucionales de los Estados miembros, que no podrán ser limitados o lesionados por las disposiciones contempladas en la propia Carta¹³.

Del mismo modo, el artículo 4.2 TUE, en la versión modificada por el Tratado de Lisboa, establece que la Unión respetará la identidad nacional de los Estados, inherente a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales, también en lo referente a la autonomía local y regional¹⁴. La propia Unión Europea ha reconocido, por tanto, que existe un núcleo constitucional, integrado por las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de los Estados miembros, que debe ser preservado. Lo ha reconocido, además, en relación con la propia organización territorial de los Estados miembros, en cuanto parte integrante de su realidad constitucional.

La realidad constitucional de cada uno de los espacios que confluyen en el territorio de los estados europeos que integran la Unión Europea está llamada a una creciente interacción en el futuro. Se trata de una dialéctica que parte de una división del poder más profunda y amplia que la previamente conoció el Estado nacional. Una división del poder en la que la interacción entre los diversos espacios constitucionales favorece nuevos desarrollos de los derechos fundamentales y hace posible nuevas formas de control del poder que son inherentes a la existencia de diversas instancias territoriales en las que se ejerce un poder político propio.

Se trata, en suma, de la configuración de nuevas realidades constitucionales que resultan más coherentes con el proceso de globalización y que de-

¹³ Artículo 53 CDFUE: «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

¹⁴ Artículo 4.2 TUE: «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro».

ben dar respuesta a las necesidades de control del poder y de exigencia de responsabilidades políticas que están detrás del principio de división de poderes.

5. LA NECESIDAD DE REDIMENSIONAR LOS ESPACIOS PÚBLICOS Y DE AJUSTARLOS A LAS COMPETENCIAS REALES DE CADA NIVEL DE GOBIERNO

Como hemos podido ver hasta ahora, aunque de manera desigual (curiosamente menos en el nivel de la Constitución estatal que en el de los Estatutos de Autonomía o de las propias normas fundamentales de la Unión Europea) existe un reconocimiento y una interacción entre los distintos niveles en el ámbito jurídico. Sin embargo, las transformaciones que se han producido en el plano supranacional y territorial no se manifiestan igual, con el alcance correspondiente, en el nivel político de cada uno de los espacios públicos. La dimensión cultural del Estado nacional se proyecta de manera inevitable sobre los otros dos espacios (territorial y europeo) pese a que las competencias de que dispone actualmente el Estado ya no sean las que eran previamente. La sobredimensión del espacio público estatal en relación con el supranacional o el territorial se explica por diferentes motivos que están relacionados con la percepción identitaria de la ciudadanía respecto de su configuración como comunidad política.

Esta situación es especialmente perceptible en relación con el proceso de integración europea. La formación de una comunidad política europea depende en gran medida del desarrollo de una identidad propia. Ciertamente, en cuanto son los Estados los agentes principales del proceso de integración, se podría pensar que ellos son también los principales interesados en la promoción de una identidad europea. De hecho, lo que existe de identidad europea se debe en gran medida al proceso de integración que los Estados han puesto en marcha. En realidad, sin embargo, no se puede decir que los Estados hayan promovido, de manera lineal, la identidad europea. Por el contrario, se puede afirmar que los Estados han contribuido igualmente a promover esa identidad cuanto a dificultarla. A través de la integración supranacional, los Estados han diseñado políticas a nivel europeo que no han podido ser controladas ni a ese nivel (por la ausencia de un espacio público estructurado y de una comunidad política europea consolidada) ni tampoco a nivel estatal (por haberse transferido las competencias en determinadas materias a la Unión Europea). El resultado es que la ciudadanía ha atribuido a Europa la responsabilidad de esas políticas. De políticas que estaban fuera del control ciudadano porque no podían ser objeto de decisión en el espacio nacional de cada país, pero tampoco podían ser objeto de debate público a nivel europeo por parte de la ciudadanía. La imagen de Europa se ha resentido fuertemente de esta forma de actuar de los Estados.

Como se puede comprender, esta situación no favorece la construcción de una identidad ciudadana europea ni permite avanzar de manera estable y continuada en el proceso de integración. En la actualidad hay una clara asimetría entre el nivel constitucional interno y el nivel europeo. Esa asimetría intenta combinar, sin lograrlo, una cultura constitucional democrática en el plano interno y una cultura jurídica y política deficitaria desde el punto de vista constitucional y democrático en el plano europeo.

Pero la construcción de una identidad europea no sólo se ve dificultada desde el propio plano europeo. También las culturas constitucionales nacionales siguen aferradas a condicionantes que proceden del pasado y que dificultan la construcción de Europa. Una gran parte del Derecho constitucional nacional tiene más que ver con las limitaciones derivadas de su conformación histórica que con su inserción en el contexto de la integración europea.

Por otro lado, el propio concepto de identidad europea debe ser objeto de reflexión. No es pensable que la identidad europea se pueda construir al modo en que históricamente se han construido las identidades nacionales. Europa no necesita grandes Academias y Museos ni puede aspirar a un solo lenguaje unificador. La cultura que puede unificar Europa desde el punto de vista de la construcción de su identidad es la cultura constitucional y democrática articulada en torno al concepto de ciudadanía europea.

La identidad nacional de los ciudadanos y las ciudadanas de Europa está articulada en torno a un sistema de valores constitucionales y democráticos. Ese sistema es un componente esencial de esa identidad que se manifiesta a través de un orden de legitimidades de las instituciones mediante las cuales se canaliza la integración de los diversos sectores sociales. La orientación de los componentes identitarios hacia las ideas de democracia y de ciudadanía está destinada a reforzarse de manera muy intensa en el futuro. Esto es así debido al desarrollo progresivo de los componentes multiculturales de muchos países europeos.

En el contexto de sociedades cada vez más complejas resulta difícil articular las claves identitarias en las que se basó el desarrollo de los estados nación. Cada vez son menores las posibilidades de seguir manteniendo la idea de un pueblo con características comunes como soporte de los sistemas constitucionales. Por el contrario, el concepto de ciudadanía puede servir como referente futuro de la articulación identitaria de las sociedades europeas¹⁵.

Por otro lado, resulta evidente que los valores religiosos o morales, por muy extendidos e incluso mayoritarios que puedan ser, no nos permiten conformar un lugar de encuentro entre todos los sectores sociales. Ese lugar de encuentro sólo lo podremos residenciar en los espacios constitucionales (europeo, estatal

¹⁵ Cfr. mi trabajo BALAGUER CALLEJÓN, F., «Constitución y ciudadanía en perspectiva europea», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Cortes Generales, vol. II, Madrid, 2008, pp. 1923-1933.

y autonómicos) en los que se ordena la convivencia democrática mediante una organización institucional y un sistema de derechos y deberes.

El concepto de ciudadanía tiene, además, una clara proyección de futuro para la articulación identitaria por diversos motivos:

- Hace posible una configuración identitaria propia en los diversos espacios constitucionales en que se despliega (territorial, estatal, europeo).
- Es un concepto neutro que evita o reduce la confrontación de identidades. La identidad ciudadana en cada uno de los niveles constitucionales es complementaria, incorporando cada nivel un estatuto jurídico de derechos y deberes comunes que se añade a los otros.
- Carece de límites territoriales intrínsecos haciendo posible una ciudadanía europea de fronteras variables conforme avanza el proceso de integración y de ampliación.
- Establece una continuidad esencial entre esos espacios constitucionales, porque todos ellos definen derechos y deberes de la ciudadanía. Esta continuidad favorece una interacción entre esos espacios, que puede contribuir al desarrollo de un estatuto de derechos cada vez más avanzado.

En definitiva, el concepto de ciudadanía hace posible una conciliación de las identidades políticas, territoriales, culturales y religiosas y una apertura a las nuevas realidades constitucionales que se están desarrollando en el interior y en el exterior del Estado. Es, por tanto, un concepto de futuro. Esto no quiere decir que sea un concepto apromblemático y que no presente algunas incoherencias que dificultan su operatividad.

Así, para que el concepto de ciudadanía pueda desempeñar esa función nuclear en el Derecho constitucional europeo, debería superar sus deficiencias actuales, que dificultan su extensión a todos los sectores sociales que integran las diversas comunidades políticas (autonómica, estatal, europea) con proyección constitucional. Es el caso de los inmigrantes de larga duración, a los que se les niega un estatuto de derechos ciudadanos debido a la vinculación histórica entre ciudadanía y nacionalidad.

Por otro lado, en cuanto concepto que apela a un orden jurídico de derechos y libertades, la ciudadanía no se puede desvincular del contexto constitucional y democrático en el que alcanza su plenitud de sentido. Ese contexto constitucional y democrático es real y efectivo en el ámbito interno de cada uno de los Estados miembros. Sin embargo, es todavía muy deficiente en el ámbito europeo y ése es uno de los motivos por los que la imagen de Europa no siempre se percibe de una manera positiva por la ciudadanía europea.

Si la vertebración de Europa se debe realizar en torno a la ciudadanía, es también la ciudadanía el sujeto que hará posible la construcción constitucional de Europa mediante la configuración de una comunidad política basada en valores ciudadanos y democráticos. Ahora bien, la proyección de la ciudadanía a nivel europeo y la formación de una comunidad política no pueden suponer

el fin de los Estados, del mismo modo que la construcción de una identidad europea no es, en modo alguno, equivalente a la disolución de las identidades nacionales¹⁶.

En realidad, la articulación del papel de la ciudadanía y de los Estados en la construcción constitucional de Europa debe basarse en un equilibrio hasta ahora inexistente. Un equilibrio en el que la ciudadanía pueda participar en la conformación de un espacio público europeo que ha sido prácticamente monopolizado por los Estados. Ese es un motivo esencial por el que el espacio público estatal está sobredimensionado respecto del europeo. Los Estados no han dejado que la ciudadanía intervenga directamente en el espacio europeo y, por ese motivo, el debate público europeo se canaliza a través del Estado y de los debates públicos nacionales¹⁷, aumentando artificialmente la dimensión del espacio público nacional respecto del europeo.

Un ejemplo de esta dimensión excesiva del espacio público estatal respecto del europeo y de los autonómicos se puede encontrar en España. La cultura política española está todavía demasiado centrada en el espacio político estatal, de tal manera que los espacios públicos europeo y autonómicos ocupan un lugar secundario. Se exige al Estado el desarrollo de políticas en ámbitos que ya no son objeto de la competencia estatal porque han sido descentralizados al nivel territorial o transferidos al nivel europeo.

Por lo que se refiere a los espacios públicos autonómicos, esta orientación puede ser relativizada, hasta cierto punto, en la medida en que los liderazgos en el espacio público estatal resulten debilitados como consecuencia del propio proceso político. Por ejemplo, cuando los partidos nacionales no ocupan el poder a nivel estatal, sus dirigentes nacionales pueden verse en una posición más débil frente a los líderes autonómicos de ese partido que ejercen el poder en algunas Comunidades Autónomas. Esto no significa necesariamente una mayor atención al espacio público de la Comunidad Autónoma correspondiente sino que puede suponer —por el contrario— una mayor proyección de los líderes autonómicos sobre el espacio público estatal.

Al mismo tiempo, la consolidación de liderazgos fuertes en el espacio político autonómico determina que puedan producirse orientaciones diversas e incluso contradictorias con las líneas establecidas a nivel estatal por los partidos. Algunos ejemplos hemos tenido en el Estado autonómico de conflictos entre Presidentes de CCAA y Ministros o Gobiernos del mismo partido en cuestiones puntuales. En estos casos, el pluralismo territorial ha funcionado también como

¹⁶ Cfr. sobre la polémica acerca de la posible configuración de la Unión Europea como un «SuperEstado», mi trabajo BALAGUER CALLEJÓN, F., «El Tratado de Lisboa en el Diván. Una reflexión sobre constitucionalidad, estatalidad y Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 83, mayo-agosto de 2008.

¹⁷ Cfr. mi trabajo BALAGUER CALLEJÓN, F., «Diritto e giustizia nell'ordinamento costituzionale europeo», en *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, a cura di Antonio Cantaro, G. Giappichelli Editore, Turín, 2011.

una técnica que se inserta dentro de la división de poderes y de los mecanismos constitucionales de control del poder.

En todo caso, la división territorial del poder puede contribuir a favorecer una cultura política autonómica que sirva de contrapeso al nivel estatal y que favorezca el control del poder cuando se generen tendencias centralizadoras en ese nivel. Como mecanismo de división del poder y de realización del pluralismo (en su formulación específicamente territorial) debe ocupar el espacio público que le corresponde no sólo en su relación con el Estado sino también respecto del proceso de integración supranacional que supone la Unión Europea.

CONCLUSIONES

La normatividad de la Constitución va acompañada, en algunos sistemas constitucionales, de procesos de integración supranacional y de descentralización territorial del Estado. Ambos procesos suponen una nueva división del poder que no se suele reflejar en la dogmática constitucional pero que puede considerarse actualmente la de mayor relevancia en el contexto de la globalización en que estamos inmersos. En efecto, a partir de los procesos de integración supranacional y descentralización territorial se termina definiendo una pluralidad de realidades constitucionales que confluyen sobre el mismo territorio, otorgando una nueva dimensión al principio de división de poderes.

Esa dimensión se proyecta claramente en el ámbito jurídico, en la división jurídica del poder, que se manifiesta en la distribución de competencias establecida en las Constituciones o en las normas fundamentales de las estructuras supranacionales. Pero, al mismo tiempo se proyecta, aunque en menor medida de lo que debería, sobre la división política del poder, en los espacios públicos en los que se desarrollan los procesos democráticos de decisión. Como se ha intentado evidenciar en este trabajo, situando el caso español como ejemplo, existe una asimetría notable entre la proyección que tiene la distribución de competencias —y, por tanto, la división jurídica del poder— y la que tienen los espacios públicos —y, por tanto, la división política del poder— ya que, por lo que se refiere a estos últimos, sigue existiendo un predominio del espacio público estatal que no se corresponde ya con la distribución de competencias entre las distintas instancias estatales e infra y supraestatales.

Como hemos podido ver, aunque de manera desigual (curiosamente menos en el nivel de la Constitución estatal que en el de los Estatutos de Autonomía o de las propias normas fundamentales de la Unión Europea) existe un reconocimiento y una interacción entre los distintos niveles de poder en el ámbito jurídico. Sin embargo, las transformaciones que se han producido en el plano supranacional y territorial no se manifiestan igual, con el alcance correspondiente, en el nivel político de cada uno de los espacios públicos. La dimensión cultural del Estado nacional se proyecta de manera inevitable sobre los otros dos espa-

cios (territorial y europeo) pese a que las competencias de que dispone actualmente el Estado ya no sean las que eran previamente. La sobredimensión del espacio público estatal en relación con el supranacional o el territorial se explica por diferentes motivos que están relacionados con la percepción identitaria de la ciudadanía respecto de su configuración como comunidad política. Por lo que se refiere a la Unión Europea, hay que tener en cuenta que los Estados no han dejado que la ciudadanía intervenga directamente en el espacio europeo y, por ese motivo, el debate público europeo se canaliza a través del Estado y de los debates públicos nacionales, aumentando artificialmente la dimensión del espacio público nacional respecto del europeo.

Un ejemplo de esta dimensión excesiva del espacio público estatal respecto del europeo y de los autonómicos se puede encontrar en España. La cultura política española está todavía demasiado centrada en el espacio político estatal, de tal manera que los espacios públicos europeo y autonómicos ocupan un lugar secundario. Se exige al Estado el desarrollo de políticas en ámbitos que ya no son objeto de la competencia estatal porque han sido descentralizados al nivel territorial o transferidos al nivel europeo.

En todo caso, la división territorial del poder puede contribuir a favorecer una cultura política autonómica que sirva de contrapeso al nivel estatal y que favorezca el control del poder cuando se generen tendencias centralizadoras en ese nivel. Como mecanismo de división del poder y de realización del pluralismo (en su formulación específicamente territorial) debe ocupar el espacio público que le corresponde no sólo en su relación con el Estado sino también respecto del proceso de integración supranacional que supone la Unión Europea.

Un complejo modelo de distribución de competencias que necesita otras garantías

Paloma Biglino Campos
Catedrática de Derecho Constitucional.
Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. El caso del regante del Guadalquivir. 1.1. Primera escena: mayo de 2011. 1.2. Segunda escena: septiembre de 2011. 1.3. Tercera y última escena: en un futuro, sin fecha cierta. 2. La actual coyuntura: el Tribunal Constitucional entre el Estado y las Comunidades autónomas. 3. La raíz del problema: el diseño del modelo competencial. 4. Un celoso guardián de su competencia. 5. ¿Hay otras garantías? ó. Algunas conclusiones matizadas.

1. EL CASO DEL REGANTE DEL GUADALQUIVIR

1.1. Primera escena: mayo de 2011

El anciano se asomó con dificultad a la ventana y, a pesar de la distancia, pudo reconocer a los hombres que tanto temía. No lo dudó un instante: aferró su escopeta de caza, la cargó con cartucho de postas y salió a su encuentro. Cuando el agente le enseñó la credencial que les permitía inspeccionar la acequia, el viejo regante no bajó el arma sino que la hundió en el esternón del guarda. «Fuera de mis tierras», dijo. «Aquí la Junta de Andalucía no pinta nada».

Nuestro protagonista no dejaba de tener cierta razón. Un par de meses antes, en marzo de 2011, el Tribunal Constitucional había anulado el art. 51 del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía, que atribuía a dicha Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurrían por su territorio. Para el Tribunal, la competencia de policía sobre el río seguía siendo del Estado¹.

¹ STC 30/2011. En el Fundamento jurídico ó, el Tribunal considera que esta atribución compartimentaba «el régimen jurídico y la administración de las aguas pertenecientes a una misma cuenca hidrográfica supracomunitaria» por lo que vulneraba el art. 149.1.22 de la

1.2. Segunda escena: septiembre de 2011

El anciano se asomó con dificultad a la ventana y, a pesar de la distancia, pudo reconocer a los hombres que tanto temía. No lo dudó un instante: aferró su escopeta de caza, la cargó con cartucho de postas y salió a su encuentro. Cuando el viejo regante le enseñó la credencial que les permitía inspeccionar la acequia, el anciano no bajó el arma sino que la hundió en el esternón del guarda. «Salgan de mis tierras», dijo. «Aquí el Estado no pinta nada».

También en este caso el regante tiene argumentos a su favor. En agosto de ese año, el Gobierno de la Nación había dictado un Decreto Ley² en virtud del cual se reconocía a algunas Comunidades Autónomas³ las funciones de inspección y control sobre cuencas intercomunitarias.

1.3. Tercera y última escena: en un futuro, sin fecha cierta

El anciano se asomó con dificultad a la ventana y, a pesar de la distancia, pudo contemplar sus tierras. Nada ni nadie se interponía entre su mirada y la fila de chopos que discurría junto a su acequia. Andando con dificultad se acercó hasta el agua. Después de contemplar un rato al cielo, que no había perdido su azul transpa-

Constitución. Según dicho precepto, «la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma» es una competencia exclusiva del Estado. Con una orientación similar, la sentencia de 14 de junio de 2011 de Sala Tercera del Tribunal Supremo anuló el Real Decreto 1666/2008, sobre trasposos de funciones y servicios de la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos.

² El Real Decreto Ley 12/2011, de 26 de agosto, incorpora una disposición adicional al texto refundido de la Ley de Aguas. En la misma se establecen las competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico. Según dicho precepto «En las cuencas hidrográficas intercomunitarias, corresponderá a las Comunidades Autónomas que tengan prevista la competencia ejecutiva sobre las facultades de policía de dominio público hidráulico en sus Estatutos de Autonomía, el ejercicio, dentro de su ámbito territorial, de las funciones señaladas en el apartado 2 del artículo 94 de esta Ley, así como la tramitación de los procedimientos a que den lugar dichas actuaciones hasta la propuesta de resolución. En el ejercicio de estas funciones, será aplicable a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 94».

³ Entre ellas Andalucía, ya que el art. 50.2 del Estatuto de Autonomía reconoce a dicha Comunidad facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal. En la Sentencia 30/2011 el Tribunal Constitucional había confirmado la constitucionalidad de este precepto, al afirmar que «nada impide que la legislación estatal de aguas confiera a las Comunidades Autónomas funciones o facultades de policía del dominio público hidráulico en cuencas intercomunitarias» (Fund. Jco. 12.).

rente desde hacía meses, suspiró y, con gesto resignado, aumentó un poco el caudal.

Cualquier lector se preguntará por qué, en esta ocasión, los agentes de medio ambiente desaparecen de escena. Pues bien, a finales de octubre, el Estado había dictado un Real Decreto⁴ en virtud del cual los medios personales y materiales que, tras la aprobación del Estatuto, se habían traspasado a la Comunidad Autónoma andaluza para la gestión de la cuenca del Guadalquivir, se reintegraba a la Administración del Estado. Por muy sorprendente que pueda parecer, el Estado, después renunciar a la titularidad de la competencia sobre el río, mediante el Decreto Ley de la escena segunda, asumía para sí los medios necesarios para hacerla efectiva.

Aunque los personajes y la historia que acabo de contar son puramente ficticios, su parecido con la realidad no es mera coincidencia. Hay que reconocer, además, que el relato está simplificado porque, entre otras cosas, me he abstenido de mencionar los problemas que suscita para la seguridad jurídica un Decreto Ley como el citado, cuyo nexo de conexión interna es tal fluido como lo es el agua⁵.

A pesar de ser un mero cuento, los hechos inventados pueden servir para poner de relieve algunas de las dificultades que suscita nuestro actual Estado de las Autonomías. En efecto, el problema aparece con ocasión de la reforma de un Estatuto que enuncia con mucho detalle las competencias de la Comunidad Autónoma sobre las aguas intracomunitarias, las competencias exclusivas sobre la cuenca del Guadalquivir que discurren sobre su territorio y las competencias de participación y ejecución sobre aguas intercomunitarias, «sin perjuicio» de las competencias del Estado, «en los términos» previstos en la legislación del Estado⁶ o cuando así se las atribuya el Estado.

La Comunidad Autónoma y el Estado pronto alcanzaron un acuerdo para el traspaso efectivo de las funciones y los servicios⁶, por lo que, cuando el Tribunal Constitucional dicta sentencia, habían transcurrido dos años desde que la nueva Agencia Andaluza del Agua asumiera efectivamente la competencia. De esta manera, la anulación del art. 51 del Estatuto creó una la-

⁴ Real Decreto 1498/2011, de 21 de octubre, por el que, en ejecución de sentencia, se integran en la Administración del Estado los medios personales y materiales traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía por el Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre.

⁵ En efecto, el Real Decreto Ley 12/2011 modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para la aplicación del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, declara de interés general determinadas obras de infraestructuras hidráulicas con destino a riego y regula competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico.

⁶ Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la comunidad autónoma.

guna de rotundas consecuencias jurídicas: basándose en la declaración de inconstitucionalidad del precepto, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procedió a invalidar las sanciones impuestas por la Agencia por vicio de incompetencia⁷.

Por último, aunque el Estado y la Comunidad Autónoma intentaron resolver algunos de los problemas que se habían suscitado a través de fórmulas de colaboración, como la encomienda de gestión, estas al final no resultaron suficientes para solventar los problemas financieros y jurídicos que se habían generado.

Mi intención en estas páginas no consiste en analizar los problemas concretos que se acaban de enumerar y que se han citado sólo como síntomas de cuestiones más profundas. De manera distinta, mi intención es tratar algunas razones, de carácter más general, que originaron esta situación. La primera de ellas radica en la manera en que se procedió a reformar los Estatutos de Autonomía en materia competencial. Procede pues mencionar, aunque sea brevemente, los objetivos que estas modificaciones pretendieron alcanzar, con el objetivo de evaluar el grado de cumplimiento de dichas metas. Como veremos a continuación, algunas de las dificultades que impidieron el éxito completo del intento no derivan tanto de la manera en que estaban redactados los Estatutos o de la interpretación que hizo el Tribunal de los mismos, sino de factores más profundos, conectados con la manera de concebir la competencia que predomina en nuestro sistema jurídico.

Posteriormente, será preciso preguntarse si los problemas que he mencionado anteriormente no derivan también del sistema establecido en nuestro ordenamiento en orden a garantizar la distribución de competencias. Entonces deberá examinarse si juicio jurídico que corresponde al Tribunal Constitucional es suficiente o si, además, deberían reforzarse otras garantías de carácter procedimental, destinadas a alcanzar mayor integración territorial en la toma de decisiones.

2. LA ACTUAL COYUNTURA: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La última ola de reformas estatutarias ha roto la homogeneidad que, paulatinamente, se había ido creando entre los distintos estatutos de Autonomía. Hoy en día, la manera en que los Estatutos de Andalucía o Cataluña, de un

⁷ Por ejemplo, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Sevilla, en Sentencia de 1 de septiembre de 2011, anuló una resolución de la Gerencia de la Agencia de la Agua del Agua que confirmaba una sanción impuesta a una empresa por valor de 601, 01 euros, por haber sido dictada por una autoridad incompetente. Los titulares de prensa son expresivos de la situación que se había creado: «Espiral de sentencias contra las sanciones sobre el Guadalquivir», *Málaga hoy*, 11 de septiembre de 2011, «La Junta puede perder millones por la anulación de multas del Guadalquivir», *ABC Andalucía*, 26 de septiembre de 2011.

lado, y el castellano leonés y el valenciano, de otro, regulan la distribución de competencias es significativamente diferente. A pesar de ello puede advertirse, en general, una tendencia a tratar este asunto con mucha más precisión que antes.

Sirva como ejemplo que el Estatuto de Autonomía de Cataluña dedica a la definición y enumeración de las competencias más de 60 artículos. El de Andalucía es un poco más parco, aunque también dedica a estos asuntos aproximadamente 40 preceptos.

Las razones que impulsaron a seguir esta técnica normativa radicaban, fundamentalmente, en la necesidad de incrementar el ámbito de autodisposición por parte de las Comunidades Autónomas. Desde esta perspectiva, se argumentó en su momento⁸ que las Comunidades Autónomas carecían de competencias exclusivas, por lo que no podían realizar políticas propias ni siquiera en el ámbito de su competencia. Su grado de autonomía era de baja intensidad, ya que se veían constreñidas a implementar las decisiones adoptadas, en el plano legislativo, por la entidad central.

Se trataba, pues, no sólo de incrementar, sino también de asegurar las competencias de las Comunidades Autónomas afectadas, es decir, blindar las competencias. Y ello, en dos frentes: ante la Estado y ante el Tribunal Constitucional.

Respecto al primero preocupaba sobre todo el uso que había hecho de su competencia constitucional a la hora de dictar las bases, la manera en que se había servido de la reserva de ley orgánica prevista en el art. 81.1 de la Constitución —especialmente en materia de derechos fundamentales— y la utilización de sus títulos horizontales, como es la ordenación general de la economía recogida en el art. 149.1.13 de la Constitución.

El motivo de la insatisfacción ante el segundo radicaba, especialmente, en la manera en que éste había interpretado dichas facultades estatales, que se consideran demasiado generosa para el Estado y lesiva para las Comunidades Autónomas.

La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía⁹ de Cataluña rebajó de manera acusada estas expectativas. Es verdad que la mayor parte de las nuevas competencias superaron el test de constitucionalidad. Pero no parece que se alcanzaran los principales objetivos que pretendieron los redactores de la reforma.

De manera sintética, esto se debió a que, en primer lugar, el Tribunal Constitucional negó que las competencias del Estado pudieran resultar afectadas por la redacción de los Estatutos, dado que derivan directamente del art. 149.1 de la Constitución y no de la interpretación que el Estatuto haga de las mismas. En

⁸ La mejor exposición de estos propósitos sigue siendo la que aparece recogida en INSTITUT D'ESTUDIS AUTÒNOMICS, «Balance y diagnóstico de la aplicación del Estatuto», en el primer capítulo del *Informe sobre la Reforma del Estatuto*, 2003, pp. 15-41.

⁹ STC 31/2010.

segundo lugar, como veremos a continuación, el Tribunal Constitucional fue contundente a la hora de subrayar la subordinación de los Estatutos de Autonomía a la Constitución y, por lo tanto, a su propia jurisprudencia.

La decisión del Tribunal Constitucional ha recibido valoraciones muy críticas por parte de la doctrina, especialmente en las Comunidades Autónomas afectadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁰. Los abundantes análisis que se han dedicado a este asunto¹¹ exoneran dedicar más atención al tema. Lo que ahora interesa resaltar es que gran parte de las dificultades que han surgido hasta el momento no residen tanto en las competencias concretas recogidas en los Estatutos, ni tampoco en la manera de enfocarlas que ha seguido el Tribunal Constitucional. De manera distinta, cabe sostener que la raíz del problema es mucho más profunda, porque está en la propia manera de entender el reparto de competencia que se ha instaurado en nuestro ordenamiento jurídico.

3. LA RAÍZ DEL PROBLEMA: EL DISEÑO DEL MODELO COMPETENCIAL

El modelo al que se hace referencia tiene sus orígenes en la Constitución Austríaca de 1920¹² y llegó a nuestra Norma fundamental actual a través de la Constitución de 1931. Es, pues, característica de Estados que, tras largos siglos de centralización, experimentan procesos de «devolución»¹³.

La finalidad principal de este tipo de estructuras territoriales consiste en limitar un poder estatal preexistente y muy consolidado, garantizando la posición de las nuevas entidades territoriales.

Esta manera de entender los estados federales parte de una determinada manera de concebir la Constitución. En su forma originaria, de raíz kelseniana¹⁴, la Constitución no se limita a crear los poderes de la Federación (como sucede en

¹⁰ No sólo Cataluña, sino también Andalucía, en la medida que el Estatuto de Autonomía de esta última reproducía algunas de las previsiones de la norma institucional básica de la primera.

¹¹ Me remito, por todos, al trabajo publicado por VIVER PI-SUNYER, C., «El Tribunal Constitucional, ¿«Siempre, solo... e indiscutible»? La función constitucional de los Estatutos en el ámbito de la distribución de competencias según la STC 31/2010», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 91, 2011.

¹² Sirva como ejemplo que, en el momento de su redacción, se enumeraron casi un centenar de materias en asuntos que podrían parecer tan secundarios como la veterinaria, los electrodos de alta y baja tensión, la mediación en asuntos privados o la lucha contra las enfermedades de las plantas. Sobre este asunto, BIGLINIO CAMPOS, P., *Federalismo de integración y devolución: el debate sobre la competencia*, Madrid, 2007, pp. 130 y ss.

¹³ Hay que reconocer que la expresión federalismo de devolución no es del todo satisfactoria, porque no siempre las entidades a las que se reintegra el poder político disfrutaron de él en el pasado o, si lo hicieron, se tratara del mismo tipo de poder político. Aún así, resulta expresiva para marcar la diferencia entre este tipo de organizaciones y esas otras que, en sentido contrario, son fruto de un proceso a través del cual Estados soberanos deciden renunciar a parte de su soberanía para integrarse en la Federación.

¹⁴ H. Kelsen expone esta concepción de la Constitución, por ejemplo, en KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, trad. L. Legaz Lacambra, México DF, 1975, p. 264.

el caso norteamericano) sino que, por ser «orden total» crea de nueva planta la organización territorial del poder y reparte las funciones y las materias entre las diferentes entidades territoriales. Además, la norma suprema distribuye las competencias con unas características particulares. En efecto, el reparto de poder se concibe con un alcance prácticamente universal, ya que pretende abarcar todas las funciones y materias posibles, por lo que la cláusula residual suele tener poca funcionalidad¹⁵. Se pretende, además, la máxima exhaustividad, porque se intentan excluir los ámbitos de indeterminación que puedan jugar a favor del poder central. Por último, el ejercicio de la competencia se entiende como indeclinable y excluyente. En este tipo de ordenamientos, la competencia puede ser básica o de desarrollo, legislativa o ejecutiva, del Estado o de las Comunidades Autónomas. Pero, una vez determinada su titularidad, sólo podrá ejercerse por la entidad territorial habilitada para ello, concibiéndose el ejercicio del mismo poder por la otra entidad como inconstitucional y, por tanto, afectado de invalidez¹⁶.

Esta concepción de la competencia está, por tanto, caracterizada por cierta rigidez, cuya finalidad fundamental consiste en asegurar que la entidad central no supere sus límites competenciales.

Esto no supone, sin embargo que el Estado, o la Federación, carezcan de notables atribuciones ya que, por herencia de la codificación, conservan importantes competencias no sólo en virtud de sus títulos horizontales sino también por su peso de la función legislativa. A favor de la entidad central juega también que este tipo de federalismos sean de ejecución. Reproducen, hasta cierto punto, las teorías del *puovoir municipal* características de inicios del siglo XIX, que atribuían al centro la toma de decisiones y dejaba a las otras entidades territoriales el derecho y el deber de implementarlas.

A estas características, que son comunes a casi todos los modelos de federalismo de devolución, hay que añadir otra peculiaridad propia del caso es-

¹⁵ También en este asunto son notables las distancias con los federalismos de integración, como el norteamericano, donde la Constitución se limita a enumerar los poderes de los órganos de la Federación y, en la X enmienda, reconoce todas las demás competencias a los Estados miembros.

¹⁶ Esta visión impide la existencia de ámbitos de competencias compartidas (o concurrentes), donde los Estados miembros puedan seguir actuando mientras la Federación no decida hacerlo, supuesto que es común en otros modelos. En estos otros casos, una vez que esta intervención se ha llevado a cabo, y en virtud de la primacía del Derecho Federal o de la *federal preemption*, las normas de los Estados miembros quedan desplazadas. Aunque esta forma de articulación nace con la Constitución norteamericana y aparece también recogida en el art. el art. 72 de la ley fundamental de Bonn, su mejor definición está en el art. 2.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Según el mismo «Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya». Sobre estos asuntos, BIGLINIO CAMPOS, P., *Federalismo de integración...*, op. cit., 2007, pp. 170 y ss.

pañol. Aquí, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos de nuestro entorno y en virtud del principio dispositivo, la Constitución no cierra completamente el modelo sino que remite su mayor concreción a los Estatutos de Autonomía. Estos son normas que forman parte del parámetro de constitucionalidad pero carecen de la fuerza de la Constitución, por lo que también están sometidas a control de constitucionalidad.

La compleja distribución del poder a la que acabo de hacer propicia la existencia de tensiones territoriales, por lo que potencia el peso del Tribunal Constitucional como árbitro del pluralismo. Dicho órgano se erige como el juez de la competencia, al que se someten en igualdad de condiciones tanto las normas de la Entidad central como las de los Estados miembros o regiones.

Hay que reconocer que esta manera de distribuir las competencias tiene sus ventajas ya que tanto aquí, como en otros sistemas de características similares (por ejemplo Italia), ha permitido el tránsito pacífico de Estados que eran centralizados a otros altamente descentralizados. Pero también suscitan algunos inconvenientes.

Desde un punto de vista conceptual podría afirmarse que reproduce algunas de las limitaciones de la dogmática jurídica germana, porque opera conforme a sus presupuestos metodológicos. Desconoce, así, que el federalismo, desde sus primeras formulaciones históricas, se caracteriza por la superposición de poderes, ya que, sobre los mismos ciudadanos y el mismo territorio existen dos centros de autoridad, la federación y los Estados miembros, ambos legitimados para dictar leyes.

De manera distinta, nuestra manera de entender la distribución de competencias parte de la formación de categorías de carácter teórico (nociones tales como competencias exclusivas, compartidas y de ejecución) y proyecta este aparato conceptual sobre distintos sectores materiales, que intenta diseccionar casi a la manera de Linneo en su Taxonomía.

En contra de esta pretensión juega, fundamentalmente, un factor: el hecho de que la realidad es muy compleja y se resiste a ser compartimentada en categorías estancas.

Sirva como ejemplo lo que sucede con el agua, por volver al mismo argumento con el que se comenzaban estas páginas. Aquí también constatamos la fluidez del elemento, ya que, en esa materia, se pueden incluir las actividades que se desarrollan sobre la misma (tan diversas como pueden ser la pesca o la producción de energía hidráulica) o los riesgos para su salubridad (por ejemplo, vertidos). Cabe incorporar sus diferentes usos, como son su utilización para el consumo humano o para el regadío, sólo por citar unos ejemplos. El agua puede resultar afectada por el ejercicio de otras funciones (como puede ser la ordenación general de la economía) o por el desarrollo de otras políticas que se imponen como principios en la Norma fundamental (así, la defensa de los consumidores y usuarios o la protección de medio ambiente). Y esto no es todo.

Hay que tener en cuenta en estos asuntos, y según la naturaleza de cada uno de ellos, puede ejercitarse funciones de legislación (básica o en desarrollo) o de mera ejecución. Por último, es preciso señalar que cada una de las entidades que pueden actuar sobre el agua tiene un ámbito territorial distinto: el Estado, el intercomunitario y las CCAA el intracomunitario. Además, los Ayuntamientos tienen algo que decir, por ejemplo, en materia de depuración.

Tanto el Estatuto de Autonomía de Andalucía como el de Cataluña han intentado delimitar con mucha precisión las competencias que, en materia de agua, corresponden a la CCAA. Pero se refieren sólo a algunos aspectos de la misma y lo hacen, en muchos casos, sin perjuicio de las competencias que puedan corresponder al Estado en ejercicio de sus propias competencias.

A estas dificultades hay que añadir, además, que las listas detalladas de competencias pueden ser útiles para medir el ejercicio de la competencia por parte de una CCAA. Pero su funcionalidad es mucho más discutible cuando se trata del Estado, porque los Estatutos de Autonomía regulan las funciones y las materias de manera distinta entre sí. Esto hace que algunos actos y normas del Estado, que resulten válidas algunas Comunidades Autónomas, sean inválidas o inaplicables en otras.

Las dificultades que suscita el modelo no siempre son peculiares de España, sino que son comunes a otros ordenamientos donde se siguió un sistema similar de distribución de poderes. Sirva como ejemplo de las mismas los *oggetti ad imputazione multipla* de los que habla Antonio d'Atena¹⁷, es decir, objetos que se pueden referir a materias diferentes, a veces sometidas a regímenes competenciales diversos. El autor cita así las guarderías en lugares de trabajos (que se pueden reconducir la tutela del trabajo y a la educación), el mobbing, (ordenamiento civil o tutela y seguridad en el trabajo), contratos laborales con contenido formativo (ordenamiento civil, tutela y seguridad en el trabajo, instrucción), agroturismo (agricultura, turismo, tutela de la salud, pesca), o la gestión de los residuos (protección del medio ambiente, paisajes, urbanismo, higiene y sanidad).

La complejidad en la distribución de competencias que es inherente a este tipo de modelo impone, ante todo, la necesidad de establecer instrumentos de colaboración entre las distintas entidades territoriales. Pero además, impulsa el papel de árbitro que corresponde al Tribunal Constitucional porque, aún en caso de que el Estado y las Comunidad Autónoma llegaran a un acuerdo, es posible que se generen tensiones que precisen de una solución jurídica. Así, no cabe descartar que suceda lo mismo que ocurrió con el Estatuto de Andalucía. En ese caso, no se dio conflicto entre la Comunidad Autónoma y el Estado, sino que éste fue planteado ante el Tribunal Constitucional por Extremadura. Puede suceder, también, que sean los jueces ordinarios los que eleven el problema competencial al Tribunal Constitucional mediante la cuestión de inconsti-

¹⁷ D'ATENNA, A., *Diritto Regionali*, Giappicheli, Turín, 2010.

tucionalidad o que los ciudadanos puedan acudir ante dicho órgano en vía de amparo. Estos son supuestos menos frecuentes pero, como veremos a continuación, existen algunos casos de interés.

4. UN CELOSO GUARDIÁN DE SU COMPETENCIA

Hasta el momento hemos podido examinar cómo el detalle en la enumeración de las competencias, la heterogeneidad de las mismas y, en el caso de nuestro ordenamiento, su parcial desconstitucionalización, lejos de limitar el papel del Tribunal Constitucional en el sistema, contribuye a subrayarlo.

Es conforme a la naturaleza de nuestro sistema, de origen kelseniano, que el Tribunal Constitucional sea el «guardián» o el árbitro de la competencia¹⁸. No sé hasta qué punto es conveniente para el sistema territorial y para el propio Tribunal Constitucional, que dicho órgano ostente la competencia sobre la competencia.

El riesgo que se genera es que, al final, el Tribunal Constitucional deje de ser una instancia revisora de decisiones adoptadas por los poderes legitimados democráticamente para convertirse en el protagonista de la toma de decisiones. Trazar la delgada línea roja que separa las funciones, los principios, los fines y las materias es una tarea que puede realizarse en términos técnicos, pero que conlleva un cierto grado de discrecionalidad, porque, en muchas ocasiones, hay tantos argumentos para mantener una determinada solución como los hay para mantener la hipótesis contraria.

Es verdad que esta situación no existe sólo en España ni únicamente en los federalismos de devolución, sino que también puede darse en sistemas que responden a otra estructura, como es el estadounidense. Aún así, hay que reconocer que nuestro Tribunal Constitucional ha asumido con decidido entusiasmo este protagonismo en su reciente jurisprudencia. Hay varios ejemplos que demuestran como dicho órgano ha subrayado su papel en la interpretación del orden constitucional de competencias, a costa del que pueda corresponder a otros actores políticos (como son los Parlamentos) o de naturaleza jurisdiccional.

El primero de ellos, bastante conocido, son las afirmaciones del Tribunal Constitucional en la Sentencia 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, a la que ya se ha hecho referencia. En la misma, el máximo Tribunal enuncia cual es su papel en la delimitación de lo básico, al afirmar:

¹⁸ Es, en efecto, ese autor austriaco quien configura de esta manera al Tribunal Constitucional. Sobre el tema, «L'esecuzione federale. Contributo alla teoria e alla prassi dello Stato Federale, con particolare riguardo alla Costituzione del *Reich* tedesco e alla Costituzione federale austriaca» y «Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale secondo la nuova costituzione austriaca del 1° ottobre 1920». Ambos escritos aparecen publicados en *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milán, 1981.

«Si las bases son «principios» o «normación mínima» no es asunto a dilucidar en un Estatuto, sino sólo en la Constitución, vale decir: en la doctrina de este Tribunal que la interpreta»¹⁹.

Ante esta afirmación cabe sostener que quizá, por ser norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, el Estatuto no pueda imponer a la legislación básica del Estado un contenido ni una forma determinadas. Hay que aceptar también que entra dentro de las competencias del Tribunal revisar la calificación que el Estado haya hecho de lo básico. Pero también parece cierto que esta última entidad territorial tiene algo que decir sobre el asunto y que el papel del Tribunal debería consistir en determinar si la calificación realizada por el legislador estatal resulta o no conforme con la Constitución.

Otro ejemplo del celo demostrado por el Tribunal a la hora de salvaguardar su papel en el sistema territorial es algo más reciente y se encuentra en la STC 66/2011, de 16 de mayo. En este caso, quienes recurren en amparo son los miembros de una asociación de vecinos que se queja de la aplicación, por parte del Ayuntamiento y por la jurisdicción Contencioso-Administrativa, de una Ley del Estado en detrimento de lo dispuesto en una Ley autonómica. Para los demandantes, el hecho de que los jueces hayan dejado de lado lo establecido en esta última disposición, sin plantear previamente la cuestión de inconstitucionalidad supone una vulneración de la tutela judicial efectiva.

No es momento de detenerse a analizar las consecuencias del fallo que, como afirma el voto particular, obligan a retrotraer el proceso inicial para que el Juez eleve la cuestión y el Tribunal dicte sentencia en el mismo sentido que había decidido la propia Jurisdicción ordinaria, esto es, en contra de la validez de la norma autonómica. Interesa sólo subrayar que el Tribunal Constitucional, como ya había hecho en otras ocasiones²⁰, avoca para sí cualquier juicio de contradicción entre normas estatales y autonómicas porque «la depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional»²¹. Con ello, se excluye que la jurisdicción contencioso administrativa pueda inaplicar leyes (estatales o autonómicas) aun en el supuesto de que la entidad competente, en el ejercicio de una atribución previamente reconocida por propio Tribunal Constitucional, haya dictado una disposición posterior en el tiempo.

La doctrina ha tratado en profundidad los problemas de legitimidad que la *judicial review of legislation* suscita desde el punto de vista del principio democrático. En mi opinión, la misma atención merecería desde el punto de vista del

¹⁹ Fund. Jco 60.

²⁰ Desde la STC 163/1995, por ejemplo. Sobre este tipo de jurisprudencia, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «Los principios de competencia y prevalencia como regla de resolución de conflictos en el Estado Autonomico», en BIGLINIO CAMPOS, P. y MAPELLI MARCHENA, C. (dirs.), *Garantías del pluralismo territorial*, Madrid, 2011, pp. 71 y ss.

²¹ Fund. Jco. 5.

pluralismo territorial. También en este caso sería preciso reflexionar acerca de las razones que legitiman el papel que corresponde a la justicia constitucional como legislador positivo en materia territorial y la exclusión de los otros poderes del Estado, incluida la Jurisdicción ordinaria, a la hora de delimitar el ámbito de las competencias.

5. ¿HAY OTRAS GARANTÍAS?

Como hemos visto, el modelo de reparto competencial que sigue nuestro país, como otros de nuestro entorno, configura el control jurídico como principal garantía del pluralismo territorial y lo confía al Tribunal Constitucional, órgano que protagoniza el juicio sobre la titularidad de las competencias. Dada la manera en que estas se enumeran y cuando se produce un conflicto, el Tribunal examina la disposición cuya validez se discute, la enmarca entre las atribuciones que alegan las entidades afectadas y subsume la disposición recurrida en el título competencial que le parece más comprensiva de la función y materia en discusión.

Esta garantía es, como antes se señalaba, necesaria en cualquier forma de organización territorial compleja. Pero deberíamos preguntarnos si resulta suficiente, es decir, si no sería preciso establecer otras formas de garantía que actuaran antes de la contradicción normativa y a efectos de evitarla.

No considero preciso hacer mención de ese tipo de garantías que suelen denominarse políticas y que consisten en factores tales como un Senado dotado de funciones y composición realmente territoriales o la propia estructura del sistema de partidos. Es verdad que algunas de ellas pueden estar dotadas de naturaleza jurídica y, en determinadas circunstancias, actuar con efectividad. Aun así, justo es reconocer que resulta difícil asegurar su cumplimiento, dado que no siempre están sometidas a control jurisdiccional.

Creo necesario, sin embargo, hacer una referencia algo más detallada a otro tipo de garantías que consisten, básicamente, en procedimientos impuestos a los poderes públicos para la toma de decisiones. Estas exigencias pueden consistir en presupuestos que actúan como requisitos de la iniciativa o como exigencia que justifican el ejercicio de la competencia. Su finalidad radica, a veces, en asegurar que las entidades territoriales, especialmente la central, integren a las demás en el proceso decisorio, por lo que legitiman la solución adoptada. En otras ocasiones actúan más bien como límites, porque se trata de garantizar que la institución que actúa se mantenga dentro de su propio ámbito competencial.

Suele suceder, al menos en España, que la doctrina hable con frecuencia de la necesidad de mejorar e incrementar este tipo de garantías al hacer referencia a la actividad de los poderes ejecutivos. Se hace mención, entonces, de las técnicas de cooperación y coordinación entre los Gobiernos de las Comunidades Autónomas y el del poder central. Pocas veces, sin

embargo, se subraya la conveniencia de establecer similares instrumentos entre los órganos legislativos, mediante la instauración de formas de participación y exigencias procedimentales similares a las existentes en otros ordenamientos.

Así sucede, por ejemplo, en Estados Unidos, donde Corte Suprema ha exigido al Congreso lo que algunos sectores de la doctrina denominan *due process of lawmaking*²². Este modelo deliberativo impone que la medida adoptada por la Cámara persiga una finalidad claramente delimitada, que la necesidad de la intervención federal esté necesariamente documentada y que se haya ponderado en atención a otras alternativas²³.

Otro ejemplo de este tipo de garantías son las establecidas en el art. 72.2 de la Ley Fundamental de Bonn, precepto que condiciona la intervención de la Federación en algunas materias concurrentes a que su legislación sea indispensable para crear condiciones de vida equivalentes o para preservar la unidad jurídica o económica. La Constitución refuerza, además, estos requisitos al encomendar al Tribunal Constitucional no sólo el control sobre la indispensabilidad de la medida, sino también sobre si dicho carácter se mantiene²⁴.

En la Unión Europea, a partir del Tratado de Lisboa, también se han reforzado este tipo de garantías al establecer nuevos procedimientos para salvaguardar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Recordemos que no sólo se ha acentuado el control *a posteriori* que puede ejercer el Tribunal de Justicia sobre el cumplimiento, por parte de la Unión, de estos principios²⁵, sino que también se ha creado el procedimiento de alerta precoz, mediante el cual los Parlamentos nacionales intervienen en una fase previa al procedimiento legislativo de la Unión para verificar el cumplimiento de dichos criterios.

Por lo demás, este tipo de garantías no es completamente ajeno a nuestro ordenamiento. Así, merece la pena subrayar que nuestra Constitución con-

²² La expresión fue introducida por LINDE, H., «Due Process of Lawmaking», 55 *Nebraska Law Review*, n.º 197, 1976.

²³ Sobre este tema, FRICKEY, P.P. y SMITH, S.S., «Judicial Review, the Congressional Process, and the Federalism Cases: An Interdisciplinary Critique», 111 *Yale Law Journal*, n.º 1707, 2002, p. 1728.

²⁴ Art. 93.2 LFB. Sobre este asunto, ARROYO GIL, A., *La reforma constitucional del federalismo alemán. Estudio crítico de la 52ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, Barcelona, 2009, pp. 48 y ss.

²⁵ En efecto, este control adquiere nueva sustantividad, ya que el art. 8 del «Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad» contempla el incumplimiento de dichos criterios como una causa específica de nulidad de los actos comunitarios, que puede hacerse valer a través de los procedimientos establecidos en el art. III. 365 por los Estados miembros también a instancia de los Parlamentos Nacionales. Además, el Protocolo confirma la legitimación del Comité de las Regiones para interponer recursos contra actos legislativos europeos para cuya adopción la Constitución requiera su consulta.

tiene algunas garantías de parecida naturaleza, que constituyen auténticos presupuestos impuestos a las Cortes Generales para que éstas puedan actuar en ciertas cuestiones que afectan directamente a las Comunidades Autónomas.

El más significativo de estos requisitos procedimentales es, quizá, la exigencia de que cada una de las Cámaras aprecie, por mayoría absoluta, la necesidad de dictar una de las Leyes de armonización previstas en el art. 150.3 de la Constitución. También merece la pena citar, como requisito procedimental, la Disposición adicional tercera de la Constitución, según la cual la modificación del régimen económico y fiscal del archipiélago canario requerirá informe previo de la Comunidad Autónoma o, en su caso, del órgano provisional autonómico.

La experiencia demuestra que ambas exigencias procedimentales han actuado como límites eficaces a la actividad legislativa del Estado, sobre todo por haber sido utilizadas por el Tribunal Constitucional a la hora de controlar la validez de leyes estatales.

Baste con recordar la STC 76/1983, sobre la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico. En esta decisión, el Tribunal viene a exigir que las Cortes Generales tengan motivación suficiente para intervenir en las competencias de las Comunidades Autónomas, porque sólo pueden hacer uso de este tipo de normas cuando el sistema de distribución de competencias previsto en la Constitución demuestra ser insuficiente para salvaguardar el interés general de la nación²⁶.

Otros ejemplos de la eficacia que pueden alcanzar este tipo de requisitos impuestos al legislador son también las STC 35/1984 y 137/2003, en las que se declararon inconstitucionales sendos Reales Decretos Leyes del Estado, dictados sin el conocimiento previo de la Comunidad Autónoma Canaria.

²⁶ El punto central de la argumentación del Tribunal arranca de una interpretación sistemática del Título VIII de la norma fundamental. En opinión de dicho órgano, el art. 150.3 constituye únicamente «una pieza dentro del sistema global de distribución de competencias». Para el Tribunal, el Constituyente tuvo ya en cuenta el principio de unidad y los intereses generales de la nación al enumerar las competencias que corresponden al Estado. Por eso, las leyes de armonización se justifican únicamente por «la imposibilidad de que el texto constitucional agote todos los supuestos». Partiendo de esta afirmación, el Tribunal define a esas leyes como «normas de cierre del sistema» y establece las condiciones para hacer uso de ellas. Según dicho órgano, el Estado sólo puede acudir al art. 150 en dos supuestos. En primer lugar, cuando carezca de un título competencial específico, previsto en la Constitución, para dictar la regulación de que se trate. En segundo lugar, cuando, aun disponiendo de dicho título, éste resulte insuficiente para garantizar la armonía exigida por el interés general. En virtud de esta última consideración, el Tribunal reconoce que el Estado puede dictar leyes de armonización no sólo en materias exclusivas de las Comunidades Autónomas, sino también en competencias compartidas. Pero, también en este último supuesto, es preciso constatar previamente que el sistema de distribución de competencias sea insuficiente para salvaguardar el interés general de la nación.

Los que se acaban de citar no son, por lo demás, los únicos límites procedimentales impuestos en nuestro ordenamiento a la actividad legislativa del Estado. Existen otros requisitos, establecidos en los Estatutos de Autonomía, que han desempeñado una función similar. Así, el recogido en la Disposición adicional séptima del Estatuto de Cataluña, que exigía —y sigue exigiendo— el acuerdo entre la Generalidad y el Gobierno para modificar la relación de tributos cedidos por el Estado y enumerada en el mismo precepto.

También en este caso el Tribunal Constitucional hizo uso de esta previsión para declarar inconstitucional de la Ley 30/83, de cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas²⁷. Según el criterio del máximo Tribunal, la falta de acuerdo entre el Estado y la Comunidad Autónoma constituye un vicio de procedimiento en la formación de la iniciativa legislativa, resultado de incumplir un trámite destinado a asegurar la participación de esta última en un tema de tanta importancia como son sus recursos financieros²⁸.

6. ALGUNAS CONCLUSIONES MATIZADAS

No me gustaría terminar estas páginas sin antes relativizar algunas de las conclusiones que podrían deducirse de lo que se ha afirmado. Considero, pues, necesario realizar dos tipos de precisiones.

En primer lugar, conviene señalar que las exigencias y límites de orden procedimental a las que se acaba de hacer referencia sólo tienen sentido cuando operan frente al Estado y que carecen prácticamente de virtualidad ante las Comunidades Autónomas. En efecto, las normas de estas últimas, dictadas en ejercicio de sus propias competencias, vinculan dentro de su propio ámbito territorial y personal de eficacia. El caso del Estado es distinto. No sólo se trata de que sus disposiciones tienen una dimensión espacial general, por lo que inciden también en la que es propia de las Comunidades Autónomas. Se trata también de la naturaleza de las competencias que corresponden a la entidad central. Como antes se señalaba, el modelo de federalismo que se sigue en España es de ejecución, por lo que las decisiones fundamentales son adoptadas por el Estado y deben ser implementadas (legislativamente o sólo en ejecución) por las Comunidades Autónomas. Lo que el Estado dispone, impone obligaciones a las Comunidades Autónomas, cargas que a veces condicionan de ma-

²⁷ STC 181/1988. Más en concreto, se declaró la nulidad del segundo inciso del párrafo tercero de la Disposición final primera de la Ley 30/1983, de 28 de diciembre.

²⁸ El Tribunal afirma que este tipo de requisitos no sólo se explican por la necesidad de dotar a las Comunidades Autónomas de un sistema efectivo de financiación sino que, además, «entronca con un principio inherente de colaboración y lealtad constitucional, que postula la adopción de procedimientos de consulta, negociación o, en su caso, la búsqueda del acuerdo previo, para la concreción normativa de temas de tanto relieve respecto a la puesta en marcha» (Fund. Jco. 4).

nera muy significativa el ámbito de autonomía que tienen constitucionalmente reconocida.

Esta distinta posición aconseja que el Estado, al legislar, integre en los procesos de toma de decisiones a las Comunidades Autónomas, bien en su conjunto —cuando se afectan a todas— o bien de manera bilateral, cuando la medida adoptada por el Estado vincula exclusivamente a alguna de ellas.

Me gustaría precisar, en segundo lugar, que este tipo de garantías tienen una efectividad variable. Así, en algunas ocasiones, adquieren un papel preventivo de posibles conflictos territoriales, pero quizá sean poco aptas para enjuiciar la validez de las normas. Por esta razón, no pueden considerarse en ningún caso como sustitutivas del sistema actual de reparto de competencias.

A pesar de su inconvenientes, la distribución de poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas que es característico de nuestro federalismo de devolución, y su control por el Tribunal Constitucional, sigue siendo la manera más enérgica para asegurar que cualquiera de ambas entidades territoriales no excedan su ámbito de autoridad. Es más, conviene subrayar que el modelo actual resultaría más eficaz si, al igual que sucede en otros países de nuestro entorno, se superara el principio dispositivo que caracteriza a nuestra Constitución y se cerrara la distribución de competencias en la propia Norma fundamental.

Es verdad que esta elevación de rango no evitaría las dificultades existentes a la hora de delimitar las competencias, tarea en la que el Tribunal Constitucional habrá de desempeñar un papel decisivo en todo caso. Pero la inclusión de la distribución de competencias en la norma fundamental relevaría a dicho órgano del deber de enjuiciarla. Con ello, se aliviaría la presión que se ejerce sobre el Tribunal Constitucional cuando este ha de decidir sobre cuestiones de tanto calado político como es la reforma de los Estatutos de Autonomía.

Aun reconociendo que sólo actúan frente al Estado y que no desplazan el juicio de competencia, no cabe desdeñar las ventajas que este tipo de garantías procedimentales podrían aportar a nuestra organización territorial y a otras dotadas de características similares²⁹. La conveniencia de este tipo de instrumentos conecta con la propia naturaleza del federalismo que, desde sus orígenes, es otra manifestación del pluralismo político³⁰. Por este motivo, el

²⁹ Hay que recordar, además, que su introducción en nuestro ordenamiento no exigiría siempre la reforma de la Constitución, sino que algunas de ellas podrían incorporarse a las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad.

³⁰ Así, J. Madison expone, como una de las ventajas de la nueva Unión, los límites que ésta puede suponer para los excesos de determinadas mayorías. En este sentido afirma «Extend the sphere, and you take in a greater variety of parties and interests; you make it less probable that a majority of the whole will have a common motive to invade the rights of other citizens; or if such a common motive exists, it will be more difficult for all who feel it to discover their own strength, and to act in unison with each other». MADISON, J., *Paper*

buen funcionamiento de la organización territorial aconseja crear cauces de expresión y negociación entre opiniones distintas, de manera que las decisiones se adopten conforme a las reglas esenciales del principio democrático, es decir, con el predominio de la mayoría, con respeto a las minorías y en publicidad.

El Federalismo, pues, no constituye una excepción. La mejor garantía de integración, incluida la territorial, es la que brinda el procedimiento, porque no sólo importa lo que se decide sino también cómo se decide.

La distribución de competencias en España un año después de la STC 31/2010: ¿la reafirmación del *Estado unitario*?

Carles Viver Pi-Sunyer

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra
Director del Institut d'Estudis Autònoms de la Generalitat de Catalunya

SUMARIO: 1. Presentación. 2. Efectos de la Sentencia 31/2010. 3. ¿Qué ha hecho el legislador estatal desde que se dictó la sentencia 31/2010? 4. ¿Qué ha hecho el legislador autonómico durante este año? 5. Finalmente, ¿qué ha hecho el Tribunal Constitucional después de la STC 31/2010? 6. Conclusión: la reafirmación del Estado unitario según el TC.

1. PRESENTACIÓN

En el corto lapso de tiempo del que dispongo me propongo, en primer lugar, recordar muy brevemente los efectos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña en el ámbito competencial y, posteriormente, centrada así la cuestión, analizar cuál ha sido durante el primer año post-sentencia la actividad desarrollada por los legisladores —el estatal y el autonómico— y por el Tribunal Constitucional en el referido ámbito.

Aunque analizaré estas cuestiones desde la perspectiva catalana, que es la que mejor conozco, creo que mucho de lo que diré puede aplicarse a las demás Comunidades Autónomas (CCAA). Además, al dar respuesta a los interrogantes mencionados, iré señalando algunas de las características esenciales que a mi juicio definen el sistema de distribución de competencias imperante hoy en España.

Es claro que, dada la mencionada limitación de tiempo, sólo puedo hacer un análisis muy parcial de las cuestiones planteadas y debo hacerlo, además, sin las muchas matizaciones que sin duda requerirían todas y cada una de las afirmaciones que voy a hacer a partir de ahora. Algunas de esas matizaciones espero poder hacerlas en el debate que seguirá a nuestras exposiciones.

2. EFECTOS DE LA SENTENCIA 31/2010

A la hora de hacer balance de los efectos que tuvo la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña de 2006 en el ámbito de la distribución de competencias creo que debe distinguirse la valoración jurídica de la valoración política.

2.1. Desde la perspectiva jurídica la Sentencia dejó las cosas, es decir las competencias, igual que estaban antes de iniciarse el proceso de reforma estatutaria o, lo que es lo mismo, con precisión de relojero suizo, la Sentencia desactivó prácticamente todas las mejoras que pretendía introducir el nuevo Estatuto.

Así, a partir de la STC 31/2010:

- La exclusividad de las competencias exclusivas de la CA continuó no siendo tal. Siguió siendo una exclusividad «impropia» como dice púdicamente la Sentencia, empleando una locución que bien podría considerarse contradictoria en sus propios términos.
- En relación con las competencias compartidas, la cuestión es aparentemente más compleja ya que la Sentencia introduce un cambio en la doctrina consolidada del Tribunal al declarar que no era de aplicación el principio regla-excepción, según el cual las bases debían contenerse en leyes y ser principialistas, salvo excepciones, y al concluir, consiguientemente, que no era de aplicación el criterio de interpretación restrictiva de las excepciones. Con todo, no puede considerarse que este *overruling* doctrinal produjese un empeoramiento en relación con la situación previa a la STC 31/2010 ya que en la práctica el principio regla-excepción nunca se había aplicado en serio.
- Y, en tercer lugar, en relación con las competencias ejecutivas de las CCAA continuó sin integrarse en ellas la potestad reglamentaria *ad extra*.

En la sesión de ayer de este Congreso se habló del concepto de autonomía política, conectándolo directamente con la capacidad para adoptar políticas propias en determinados ámbitos materiales. Pues bien, puede afirmarse después de la Sentencia 31/2010 la autonomía política de las CCAA continúa siendo en España de muy baja calidad.

Así pues, tras la Sentencia la Generalitat de Cataluña se ha quedado igual que estaba antes de la reforma estatutaria y en esto se diferencia de lo sucedido respecto de las demás CCAA que reformaron su Estatuto al mismo tiempo que Cataluña ya que esos nuevos incorporaron competencias nuevas (como policía autonómica, sistema penitenciario, etc...), en tanto que en el caso de Cataluña la reforma estatutaria no pretendía tanto ampliar las competencias de la Comunidad Autónoma cuanto «mejorar su calidad» y ese objetivo es claro que no se ha alcanzado.

De hecho, las reformas estatutarias han supuesto un paso más, casi el definitivo, hacia de simetría competencial, sobre todo si se tiene en cuenta la inter-

pretación uniformizadora que tanto el legislador estatal como el TC tienden a realizar desde hace décadas de las diferencias existentes en las competencias incorporadas a los distintos Estatutos. Debe advertirse que simetría competencial, que es hoy una de las características típicas del modelo de distribución de competencias en España, suele ser desconocida o mal interpretada por nuestros colegas extranjeros, que en muchos casos creen que el llamado Estado de las autonomías se rige todavía de acuerdo con un modelo asimétrico.

He afirmado hasta aquí que la Sentencia 31/2010 mantiene el *statu quo* previo a la reforma estatutaria de 2006 y, sin embargo, es lo cierto que hay dos aspectos concretos en los que la Generalitat de Catalunya sí ha retrocedido respecto de la situación anterior:

El primero se refiere a la cuestión del uso «preferente» del catalán por parte de las administraciones públicas de Cataluña y sus medios de comunicación. Se trata de una previsión que estaba pacíficamente incorporada en la ley catalana de política lingüística de 1998 con respecto a la ¡Administración estatal! y ahora ha devenido inconstitucional incluso con respecto a las Administraciones catalanas. En cambio, en relación a los demás preceptos lingüísticos la STC 31/2010 no ha variado la doctrina constitucional precedente, aunque la redacción confusa de alguno de los fundamentos jurídicos dedicados a esta materia¹ o la simple reiteración de la doctrina han contribuido a aumentar la litigiosidad tanto contenciosa como constitucional.

El segundo retroceso derivado de la STC 31/2010 se refiere al hecho de que, al menos por un tiempo, la vía de las reformas estatutarias ha quedado jurídicamente cerrada como medio para conseguir una mejora sustancial del autogobierno de las CCAA en lo tocante a las competencias.

De hecho las funciones constitucionales de los Estatutos y su posición en el sistema de fuentes —en el bloque de constitucionalidad— han quedado extremadamente debilitadas después de la Sentencia. Y aquí aparece el segundo fracaso del Estatuto. No sólo no consiguió mejorar la calidad de las competencias, sino que tampoco alcanzó el objetivo de aumentar la constitucionalización o la juridificación del sistema de distribución de competencias. Éste continúa en gran medida en manos de la nuda política y, no nos engañemos, en manos del legislador estatal ordinario. Esta es, sin duda, otra de las características del sistema de distribución de competencias español. Se trata de una característica que no es privativa de España, aunque no es compartida por las tendencias más recientes en otros países federales o políticamente descentralizados.

¹ Resulta paradigmático, incluso por la dificultad de comprensión de su contenido, el fundamento jurídico 22 relativo al deber de disponibilidad lingüística impuesto a las empresas en sus relaciones con los usuarios y consumidores. Tampoco es nada claro el alcance práctico que deba darse a las excepciones a la igualdad de trato de las lenguas y al derecho de opción lingüística de los ciudadanos del fundamento jurídico 23. Más clara me parece la interpretación, favorable a la constitucionalidad, del derecho a utilizar el catalán ante los órganos constitucionales situados fuera de Cataluña, sin embargo, la hasta ahora manifiesta inaplicación de esta doctrina quizá revele también alguna dificultad de interpretación de este fundamento jurídico 21.

A mi juicio, en este ámbito la argumentación de la Sentencia presenta graves defectos, derivados sobre todo de la incoherencia lógica que supone deducir de unas premisas obvias y ampliamente compartidas por prácticamente todos los juristas (la supremacía de la Constitución sobre los estatutos, la competencia del TC para controlar la constitucionalidad de los textos estatutarios, etc.), como si se tratara de una consecuencia lógica y jurídicamente necesaria, algo que en modo alguno tiene ese carácter pretendidamente ineluctable: que los Estatutos no pueden delimitar el alcance de las competencias autonómicas ni en consecuencia pueden contribuir a delimitar indirectamente el alcance de las competencias estatales. Sin embargo, no voy a entrar aquí en la crítica de la Sentencia, ya lo he hecho en otro lugar².

2.2. Desde una perspectiva política la Sentencia ha contribuido, junto a otros factores como la crisis económica, a poner de manifiesto la existencia de una crisis muy profunda del Estado de las Autonomías. La Sentencia no ha provocado la crisis del Estado de las autonomías; ésta existía con anterioridad y tenía unas raíces profundas. La Sentencia ha cegado una de las posibles vías para solucionar la crisis preexistente y ha contribuido, de forma decisiva, a que la crisis aflorara.

Se trata de una crisis grave y muy polarizada, ya que se proclama desde posiciones totalmente antagónicas en cuanto al diagnóstico de sus causas y a los tratamientos adecuados para lograr su solución.

En efecto, de un lado, el Estado de las Autonomías ha dejado de considerarse una buena solución por parte de amplios sectores políticos, sociales y económicos, sobre todo en Cataluña y, creo, en el País Vasco. Aún reconociendo, como no puede ser de otra manera, los avances en el autogobierno que ha supuesto el Estado de las autonomías, estos sectores estiman que la Constitución y el Estatuto, interpretados como lo hace el Estado y la STC 31/2010, son radicalmente insuficientes desde el punto de vista del poder político del que gozan esas CCA, de su reconocimiento como comunidades nacionales diferenciadas y, en el caso de Cataluña, de los recursos económicos y de la autonomía financiera. A partir de este diagnóstico cobran fuerza propuestas basadas en planteamientos de federalismo asimétrico y plurinacional, con o sin derecho de autodeterminación, propuestas «soberanistas», confederales o secesionistas.

Pero, por otro lado, también amplios sectores políticos, sociales y económicos consideran que el Estado de las autonomías ha ido demasiado lejos no sólo desde la perspectiva de la autonomía política sino también, últimamente, desde la perspectiva de la descentralización administrativa. Se defiende la necesidad de políticas uniformes en todos los ámbitos materiales, prácticamente sin nin-

² VIVER, C., «El Tribunal Constitucional, ¿‘sempre, només ...i indiscutible’? La funció constitucional dels estatuts en l’àmbit de la distribució de competències segons la STC 31/2010», en *Revista d’estudis autonòmics i federals*, n.º 12, 2011, pp. 363-399.. Existe una versión en castellano en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 91, 2011, pp. 319-351.

guna excepción: en las materias de contenido directa o indirectamente económico, ya que así lo exigiría la unidad del mercado —es decir los intereses de los denominados «sectores» económicos y la supuesta comodidad de los ciudadanos—; en los demás ámbitos, ya que así lo exige la preservación de la igualdad de los derechos de todos los españoles. No caben en España, se dice, diecisiete políticas públicas diferentes en ninguna de las materias competenciales. De hecho la diversidad, especialmente la diversidad política, nunca ha sido un valor apreciado por esos sectores. A estos argumentos, que ya vienen de lejos, se añade ahora, como consecuencia de la crisis económica, la necesidad de evitar el despilfarro, las duplicidades y la descoordinación de las administraciones autonómicas. Por ello, la solución a los problemas competenciales consistiría en recentralizar competencias, adelgazar las administraciones autonómicas y fomentar la cooperación. Esta trilogía solventaría todos los problemas.

Junto a quienes mantienen alguna de las dos tesis antagónicas mencionadas, no faltan sectores, cada vez más minoritarios, que simplemente niegan la existencia de la crisis del Estado de las autonomías o que ven fácil su solución a base de restringir —¿a dos?— los sujetos que deberían ser convocados a la tarea de rediseñar la futura organización territorial del Estado.

3. ¿QUÉ HA HECHO EL LEGISLADOR ESTATAL DESDE QUE SE DICTÓ LA SENTENCIA 31/2010?

Continuidad es la palabra que mejor permite responder a este interrogante. Continuidad no sólo con respecto a las políticas normativas previas a la Sentencia «catalana», sino con las políticas previas al inicio de los procesos reforma y a la aprobación de los nuevos Estatutos. Esto ha podido ser así porque el legislador estatal no se dio por aludido por la entrada en vigor de esos Estatutos y en consecuencia entre 2006 y 2010 no modificó ninguna de sus políticas normativas (salvo en el caso de la financiación autonómica respecto de la que se estableció un nuevo sistema de financiación reformando para ello la LOFCA y otras leyes).

Tampoco puede afirmarse que, tras la Sentencia 31/2010, el legislador estatal haya adoptado medidas para paliar los efectos negativos de esta resolución sobre las competencias autonómicas en aquellos supuestos en los que la inconstitucionalidad o la interpretación restrictiva no se basaba en razones sustantivas sino en el hecho de estar regulados en un Estatuto y no en una ley estatal ordinaria³.

³ Como única excepción, sin duda parcial, quizá podría citarse, en relación con la STC 30/2011 y el Estatuto de Andalucía y más concretamente con la gestión del río Guadalquivir, la encomienda de gestión a la Junta de Andalucía de algunas competencias ejecutivas no decisorias (la encomienda se realiza mediante Convenio publicado en el BOE el 7 de julio de 2011 y prorrogado mediante resolución publicada en el BOE de 7 de noviembre del mismo año).

La continuidad supone que durante este año el legislador estatal ha continuado dando a sus competencias lo que, para mí, es una enorme expansión material y funcional y lo ha hecho a través de las cinco vías ya tradicionales:

1.ª Mediante la expansión material y funcional de las bases: en el Instituto de Estudios Autonómicos hemos venido analizando esta cuestión desde hace tiempo⁴ y este seguimiento permite afirmar de entrada que en España el instrumento «normativo» mediante el que normalmente se establecen las bases no son las leyes sino los reales decretos, las órdenes ministeriales y los actos de ejecución. Y desde el punto de vista material puede concluirse que las bases establecidas mediante principios o estándares mínimos son prácticamente inexistentes en nuestro ordenamiento. El detalle de la normativa básica constituye una regla sin excepción. De hecho ese detalle llega con frecuencia a extremos casi de parodia⁵. Paradójicamente, el Estado tiene un mayor ámbito funcional y material de actuación a través de sus competencias básicas que a través de las competencias meramente legislativas.

Este resultado no debe extrañar si se tiene en cuenta que desde hace tiempo el criterio que utiliza el TC para determinar el carácter básico de un reglamento o de un acto de ejecución es exclusivamente el del «complemento necesario» para alcanzar los objetivos perseguidos por las bases. Este requisito, casi por definición, casi por exigencia legal, están obligados a cumplirlo todos los reglamentos y actos de ejecución de las bases. Además, a partir de la STC 31/2010 el normador estatal tiene constancia fehaciente de que la expansión formal y material de lo básico no constituye una excepción sino que se encuadra con plena naturalidad en el contenido «normal» de las bases.

2.ª A través de la expansión material i funcional de los títulos horizontales de los artículos 149.1.1 i 149.1.13 de la Constitución.

En el 149.1.13 continúa cabiendo casi todo⁶. El TC no dispone de ningún parámetro de constitucionalidad útil para delimitar el contenido y el alcance de esta competencia. Cualquier acto o disposición que tenga alguna repercusión económica, aunque no afecte a la actividad económica general, ni incida de forma relevante en un sector económico específico, tiene cabida en esta auténtica cláusula general de competencias. De hecho, visto el uso y, a mi entender, el abuso que el Estado hace del art. 149.1.13, cabe preguntarse si el legislador estatal puede todavía ampliar su intervención garantizadora de la unidad

⁴ Algunos documentos relacionados con este seguimiento pueden encontrarse la web del Instituto: <http://www10.gencat.net/drep/AppJava/ambit>

⁵ Los ejemplos que podrían aportarse son muy numerosos. Algunas bases ocupan decenas de páginas del *Boletín Oficial del Estado* (véanse al respecto los documentos citados en la nota precedente).

⁶ Sobre esta cuestión continua siendo plenamente vigente el libro de Manuel Carrasco, *El reparto de competencias entre el estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica*, Ed Tirant Lo Blanch-Institut d'estudis Autonòmics, 2005.

del mercado sin anular por completo la autonomía política de las CCAA en el ámbito económico y si, además de la competencia del 149.1.13, requiere que mediante las pertinentes reformas constitucionales o legales se le atribuyan nuevas competencias en este ámbito, como se sostiene desde determinados sectores políticos, económicos y académicos.

Y respecto del 149.1.1 CE, a pesar del esfuerzo de acotación de su contenido realizado por algunas SSTC como la 61/1997, lo cierto es que esta competencia es utilizada de forma cada vez más frecuente y errática por el legislador estatal —y por el propio TC— sin que hasta hoy se haya logrado precisar con suficiente claridad cuál es el objeto y el contenido de este precepto. No existe todavía una concepción coherente y uniforme de esta cláusula competencial ni en la doctrina científica, ni en la del Tribunal, ni tampoco parece tenerla el legislador⁷. Así, por ejemplo, con frecuencia el art. 149.1.1 da cobertura a actividades no normativas, contra el tenor literal de este precepto que define su contenido a partir del término «regulación» y el legislador estatal lo utiliza para realizar políticas en ámbitos en los que carece de otras competencias. La muy abundante actividad subvencional del Estado es uno de los ámbitos en los que pueden hallarse reiterados ejemplos de aplicación del art. 149.1.1 para dar cobertura a actos de mera ejecución en ámbitos materiales en los que carece de otras competencias⁸.

3.º Precisamente, la extensión dada por el Estado a su actividad subvencional, a su *spending power*, es otra de las vías a través de las que el Estado amplía el ámbito de sus competencias actuando en materias de competencia autonómica, condicionando sus políticas y duplicando su actividad⁹. El Estado al configurar el alcance de su *spending power* está con frecuencia en abierta rebeldía respecto de una consolidada jurisprudencia constitucional y contradice al mismo tiempo el contenido de alguno de los nuevos Estatutos que en esta materia se limitaron a reproducir la referida jurisprudencia, con el beneplácito en este caso de la STC 31/2010 (véase art. 114 EAC).

4.º Una cuarta vía es la supraterritorialidad de los fenómenos objeto de las competencias. No me refiero al caso de la supraterritorialidad «natural» de esos fenómenos, prevista constitucionalmente como título estatal (por ejemplo la

⁷ Sobre este problema, puede verse VIVER, C., «La cláusula competencial de l'article 149.1.1 CE», en *Autonomia i Justícia a Catalunya*, Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, 2004.

⁸ Uno de los muchos ejemplos lo constituyen las subvenciones de la Secretaría General de Política Social y Consumo, que, en ausencia de otros títulos competenciales, se basa siempre en el 149.1.1 CE (por todas Orden SPI/1166/2011, de 28 de abril, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones de la Secretaría General de Política Social y Consumo).

⁹ Sobre esta cuestión véase el reciente libro de TORRES, A., *La projecció de la potestat subvencional sobre la distribució competencial. Anàlisi de la pràctica estatal*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2011.

de los ríos que discurren por el territorio de varias CCAA), sino a los supuestos, muy frecuentes, en los que el Estado, en ámbitos materiales de competencia de las CCAA, crea *artificialmente* objetos competenciales situados en varias o en todas las CCAA (por ejemplo la creación de centros de formación profesional de referencia o de centros de acreditación de empresas certificadoras medioambientales¹⁰). En muchos casos el legislador estatal utiliza el criterio de supraterritorialidad —que suele encubrir el viejo y nunca desterrado argumento competencial del interés general del Estado— sin atenerse a la doctrina constitucional que pone límites al uso del criterio de supraterritorialidad como título competencial habilitante de la actividad estatal, obligándole primero a fragmentar la actividad pública entre las CCAA afectadas y a buscar mecanismos de cooperación horizontal (por todas, véase SSTC 329/1993 y 243/1994). Esta doctrina constitucional se halla en la actualidad incorporada en algunos Estatutos de Autonomía (p.e. en el art. 115 del EAC).

5ª. Una quinta vía es la del protagonismo casi absoluto del Estado en la tarea de transposición de directivas europeas, incluso en ámbitos de competencia exclusiva de todas las CCAA. Este protagonismo suele justificarse competencialmente en una interpretación expansiva del artículo 149.1.13 CE., aunque debe reconocerse que a menudo la desidia de las CCAA en este ámbito ha propiciado la actuación del Estado, responsable ante la UE.

A través de estas cinco vías y de la desregulación del sistema de distribución de competencias con traslación de esta tarea a la decisión unilateral del legislador estatal ordinario —con el único control, remoto y sin parámetros jurídicos claros, del TC—, se produce en España desde hace algunos años una situación de solapamiento competencial generalizado: el Estado puede actuar y actúa en todos los ámbitos materiales sin exclusión —incluso en los de competencia exclusiva de las CCAA— y puede hacerlo con la intensidad que en cada caso estime necesaria—. En definitiva, el Estado y las CCAA pueden realizar las mismas actividades públicas sobre los mismos objetos a partir de competencias distintas.

En efecto, hoy en España en prácticamente todos los ámbitos materiales existen, superpuestos, dos circuitos: el autonómico y el estatal, que regula fenómenos que afectan a lo que considera intereses generales del Estado, o a intereses de más de una CA —aunque con frecuencia tienen un alcance territorial limitado—. Como veremos en la conclusión, según el TC, la posibilidad de que el Estado actúe en todos los ámbitos materiales, la existencia de una especie de competencia general del Estado, derivaría de la propia naturaleza de Estado unitario que consagra la Constitución española de 1978.

¹⁰ Desde esta perspectiva y del cada vez menos respetado principio europeo de neutralidad institucional interna, resulta muy interesante el RD 1715/2010, de 17 de diciembre, por el que se designa a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) como organismo nacional de acreditación de acuerdo con lo establecido por el Reglamento (CE) núm. 765/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo.

Volveré sobre esta cuestión al final, de momento tan solo quisiera apuntar que este solapamiento generalizado incorpora al mismo tiempo una cierta mutación del principio, escasamente aplicado en la práctica, de prevalencia de los actos de ejercicio de las competencias exclusivas de las CCAA consagrado en la Constitución —art. 149.3— y en los Estatutos p.e. art. 110.2 EAC. Concretamente, el TC basándose a veces en el criterio de supremacía del interés general del Estado (véase, por ejemplo, las SSTC 13/2007 y 46/2007 con cita de la STC 40/1998), proclama la prevalencia de los actos de ejercicio de las competencias estatales en ámbitos materiales en los que concurren competencias exclusivas autonómicas y acepta la duplicidad de regulaciones, siempre y cuando la regulación o la actuación autonómica, incluso en los ámbitos de competencia autonómica exclusiva, sea «compatible» con la estatal en el sentido de que no impida o dificulte la eficacia de las medidas del Estado.

Ciertamente el solapamiento o *overlapping* competencial y las cinco vías de expansión de las competencias estatales que acabamos de apuntar, no son privativos del caso español. En mayor o menor medida se dan en buena parte de los estados federales y en general de los políticamente descentralizados. En España, sin embargo, algunas de estas características alcanzan niveles centralizadores comparativamente muy elevados y en todo caso sirven de contrapunto a la afirmación, tan reiterada como infundada, de que el Estado español es hoy uno de los Estados políticamente más descentralizados del mundo.

4. ¿QUÉ HA HECHO EL LEGISLADOR AUTONÓMICO DURANTE ESTE AÑO?

El legislador catalán, que es el que yo he estudiado, ha «suspendido» en gran medida el desarrollo legislativo estatutario¹¹, al tiempo que, como ya he avanzado, ha visto aumentar el número de conflictos competenciales interpuestos contra leyes de desarrollo del Estatuto aprobadas con anterioridad a la Sentencia 31/2010.

Si mis cuentas no fallan desde julio de 2010 se han impugnado dieciocho leyes autonómicas, la Comisión bilateral ha llegado a acuerdos interpretativos respecto de nueve de ellas. La impugnación de cinco de las nueve leyes restantes se refiere a regulaciones de tipo lingüístico. Se trata de la Ley 10/2010, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña; la 20/2010, del cine en Cataluña; la 22/2010, del Código de Consumo de Cataluña, la 35/2010, del occitano, aranés en Arán y la 12/2009, de Educación, aunque en este último caso la motivación lingüística del recurso es indi-

¹¹ Con algunas excepciones concretas como la proposición de ley de consultas populares «por vía no de referéndum».

recta i no exclusiva. Las otras cuatro leyes impugnadas son el libro segundo del Código Civil, la ley de consultas populares, la del juego y la de las fiestas tradicionales con toros.

Después de la STC 31/2010 también ha aumentado la conflictividad contencioso-administrativa en relación con temas lingüísticos.

5. FINALMENTE, ¿QUÉ HA HECHO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DESPUÉS DE LA STC 31/2010?

Desde julio de 2010 hasta finales de octubre de 2011 el TC ha dictado veinticuatro sentencias de contenido competencial. Seis de ellas resuelven otros tantos recursos contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña que estaban pendientes de sentencia. Ninguna de estas resoluciones presenta aspectos dignos de ser destacados desde la perspectiva de este trabajo ya que se limitan a aplicar la doctrina de la STC 31/2010.

Respecto de las dieciocho sentencias restantes cabría destacar, también aquí, la continuidad doctrinal con respecto tanto de la STC 31/2011 como de la doctrina previa a esta última resolución, con las matizaciones que inmediatamente paso a efectuar.

Ciertamente, la Sentencia 31/2010 introdujo dos cambios doctrinales muy importantes, aunque lo hizo, *lampedusianamente*, con el objetivo de mantener, o de no verse obligado a revisar, el contenido que la jurisprudencia constitucional precedente había dado a los títulos competenciales de la Generalitat y del Estado. Si pudiera decirse así, la STC 31/2010 cambió la doctrina general para no cambiar la jurisprudencia concreta.

Estos cambios doctrinales son los que ya he señalado anteriormente: el relativo al principio regla-excepción en la delimitación de lo básico y el relativo a la posición constitucional de los Estatutos de autonomía, que se manifiesta en una devaluación de los mandatos estatutarios dirigidos al legislador estatal —que hasta ese momento existían pacíficamente en los Estatutos de Autonomía precedentes— y, sobre todo, en el cambio de la función constitucional de delimitación del contenido de las competencias autonómicas e indirectamente de las estatales, que con anterioridad reconocía a los Estatutos. Este segundo cambio se pone claramente de manifiesto en el *overruling* de la sentencia «catalana» 31/2010 respecto de la sentencia sobre el Estatuto de la Comunidad Valenciana 247/2007. Volveré de inmediato sobre este tema dado que el TC parece rechazar que se haya producido ese último cambio doctrinal.

De momento tan solo quisiera apuntar que una de las críticas que a mi juicio cabría hacer a la STC 31/2010 es que el TC, al enjuiciar las propuestas de cambio doctrinal y de reinterpretación de los contenidos competenciales que le formula el nuevo Estatuto, en lugar de realizar un nuevo enjuiciamiento —que por supuesto hubiese podido llevarle al mismo resultado al que había llegado en las resoluciones precedentes— aplica de forma mecánica, sin nuevo enjui-

ciamiento, lo que ya había dicho en ocasiones anteriores —a veces 25 años atrás—.

Parecería como si el Tribunal se hiciese partícipe de la ingeniosa y centenaria frase del juez Charles Evans Hughes «The Constitution is what the Judges say it is» y convirtiera la doctrina constitucional en canon directo e inmediato de constitucionalidad de las leyes. Esta es, para mí, una doctrina difícil de compartir. Y, de hecho, cabe destacar que el legislador estatal ordinario tampoco la comparte cuando, como sucede con alguna frecuencia, se aparta de la doctrina constitucional, como queriendo proponer al Tribunal una reconsideración de su doctrina precedente. La reforma del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 5/2010 es uno de los ejemplos más claros de apartamiento legislativo de una doctrina constitucional, por cierto muy reciente¹².

En cualquier caso la referida continuidad se manifiesta durante este primer año post-sentencia en relación con:

1. El contenido y el alcance de las bases y la aplicación del canon de enjuiciamiento del «complemento necesario». Como es habitual, en aplicación de este canon, prácticamente todas las alegaciones relativas a los excesos formales y materiales de las bases estatales son rechazadas por el TC. Esto sucede, por ejemplo, en la STC 113/2010 sobre el alcance de las bases del régimen estatutario de los funcionarios en la regulación de los requisitos de acceso a la función pública de una Comunidad Autónoma; en la 18/2011 sobre las bases del régimen energético en relación al sector eléctrico de Canarias, o en la STC 65/2010 en relación al alcance de las bases medio ambientales en relación con subvenciones en áreas de influencia socio-económica de Parques Nacionales. La única excepción la constituye la STC 1/2011 que considera que no reúnen los requisitos para ser considerados básicos determinados actos ejecutivos de acreditación y certificación relacionados con actividades de formación profesional en el ámbito de la sanidad. Las SSTC 118, 138 y 139/2011, relativas a la organización interna de las Cajas de Ahorros, admiten bases estatales muy detalladas en esta materia ex art. 149.1.11 CE, aunque la primera de ellas declara la inconstitucionalidad de cuatro incisos por exceso de detallismo. Finalmente, la STC de 20 de octubre de 2011 relativa a subvenciones estatales en materia de enseñanza, da una amplitud material extraordinaria a las bases estatales pero declara inconstitucional la resolución del Consejo Superior de Deportes impugnada por no cumplir los requisitos formales de las bases. Volveré de inmediato sobre esta decisión.

2. La expansión material y funcional de los títulos horizontales. En efecto, durante este año se confirma la amplitud casi ilimitada del art. 149.1.13 CE. Todas las sentencias han desestimado las pretensiones de inconstitucionalidad formuladas contra lo que los recurrentes estimaban un exceso en cuanto al contenido que el le-

¹² Véase VIVER, C., *El Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 390-395.

gislador estatal pretendía dar a su competencia sobre «ordenación general de la economía». Es el caso, en primer lugar, de la STC 18/2010 sobre el sector eléctrico canario que incluye en la competencia del art. 149.1.13 toda la formación y todos los actos de ejecución contenidos en la norma impugnada al considerar que son complemento necesario para garantizar el suministro eléctrico de las Islas Canarias, aunque admite que también la competencia autonómica sobre esta materia habilita a la CA para realizar actos de ejecución con la misma finalidad.

Otros ejemplos se hallan en la 65/2010, también citada, ya que a las bases en materia de medio ambiente añade las del art. 149.1.13 para justificar las subvenciones en las referidas áreas de influencia de los parques Nacionales. O la 129/2010 sobre la regulación de la renta básica de emancipación de los jóvenes a efectos subvencionales. La 130/2010 sobre ventas promocionales, que no se encuadran en la materia de comercio sino de defensa de la competencia incluida en la competencia estatal del art. 149.1.13 CE. Finalmente, deben citarse las SSTC 88/2010 y 140/2011, sobre horarios comerciales, en la segunda de estas sentencias se acepta expresamente la regulación de unas bases que impiden cualquier tipo de desarrollo legislativo con lo que se vacía de contenido la competencia autonómica en materia de comercio, en la que previamente había incluido la regulación de los horarios comerciales.

En cambio, la ya citada STC 1/2011 también es una excepción a la interpretación expansiva de los títulos horizontales al recuperar la doctrina, prácticamente olvidada, de los «tramos de los derechos fundamentales» que las SSTC 154/1988 y 188/2001 habían utilizado como criterio para determinar el contenido de la competencia estatal del art. 149.1.1 CE.

3. Continuidad también respecto a la expansión de la supraterritorialidad. Por ejemplo, en el ámbito de los horarios comerciales las citadas SSTC 88/2010 y 140/2011 utilizan el criterio de la necesidad de una decisión unitaria y homogénea como criterio para atribuir la competencia al Estado. Esta última declara «legítimo que el Estado... —respecto de las pastelerías, panaderías...— establezca un régimen homogéneo de libertad para todo el territorio nacional, de modo que el empresario decida el régimen de horarios que en cada caso resulta más conveniente para la atención de... la demanda». En cambio, recuerdan los límites a la ampliación excesiva del criterio de supraterritorialidad la reiteradamente citada STC 1/2011 y la de 20 de octubre de 2011 sobre subvenciones en materia de enseñanza, también citada. Sobre la supraterritorialidad de un objeto materialmente supraautonómico es importante la STC 30/2011 sobre el estatuto de Andalucía a la que inmediatamente me referiré.

4. Como ejemplos de la admisión de duplicidad competencial pueden citarse la STC 46/2010 sobre el Archivo de la Corona de Aragón, la 88/2010 sobre horarios comerciales o la ya referida 18/2010 en la que, de forma expresa, se admite el solapamiento de los actos de ejecución en el sector eléctrico canario.

5. Finalmente también se observa una clara continuidad en la doctrina constitucional relativa la *spending power* estatal, aunque se va confirmando la tendencia, que ya venía apuntándose con anterioridad, de atribuir al Estado toda la regulación de las subvenciones, incluso en materias en las que el Estado sólo tiene bases, considerando para ello que en el caso enjuiciado dicha regulación puede considerarse incluida en las excepciones previstas en la doctrina constitucional, y, en cambio, atribuyendo a las CCAA los actos de ejecución —y, en su caso, el establecimiento de las reglas procedimentales para llevar a cabo la gestión de las subvenciones. Fruto de la aplicación de esta doctrina son las tres sentencias que anulan parcialmente otras tantas subvenciones estatales. Son las SSTC 129/2010 y la de 19 de octubre (subvenciones estatales a los entes locales) —que atribuyen la normación al Estado y la gestión y las normas procesales a la CA— y la STC de 20 de octubre anulada, como sabemos, por motivos formales. Únicamente en la STC 65/2010 se destituye el conflicto interpuesto contra la subvención estatal.

Con todo, a pesar de la continuidad jurisprudencial y de la aplicación fiel de la doctrina de la Sentencia 31/2010, respecto de esta última se han dictado cuatro resoluciones que introducen algún matiz en la doctrina sentada en la referida Sentencia. Es demasiado pronto todavía para determinar si estas matizaciones quedarán finalmente como meras anécdotas o serán el germen de un cambio o de una evolución doctrinal.

La primera matización se refiere ni más ni menos que a la doctrina relativa al principio regla-excepción que, como es sabido, dio lugar a una de las pocas declaraciones de inconstitucionalidad de la STC 31/2010. A lo largo de este último año el Tribunal ha dictado dos sentencias en las que se cita —STC 18/2011 (FJ 7)— e incluso se reproduce textualmente —STC 65/2010 (FJ 6)— la STC 69/1988, que contiene la doctrina que consagra el principio que para simplificar he denominado regla-excepción. Y, más recientemente, en una STC de 20 de octubre de 2011, no sólo se reproducen párrafos extensos de la referida STC 69/1988 —y de otras muchas que consagran el principio de regla excepción—, sino que se razona que este principio debe guiar la interpretación constitucional y, de hecho, este principio se convierte en la *ratio decidendi* en la que se fundamenta la declaración de inconstitucionalidad por defecto formal de las bases. Convendrá estar atentos a la evolución de esta jurisprudencia que a mi juicio contradice abiertamente lo establecido de forma solemne en la STC 31/2010 mediante una decisión que modificaba una doctrina consolidada que ahora parece recuperarse.

Segunda «matización» se halla en la STC 18/2011, sobre el sector eléctrico canario, y consiste en la aceptación expresa de bases aplicables únicamente en esa CA. Es cierto que en la STC 31/2010 reconocía de pasada —como no podía ser de otra forma ya que se trataba de constatar un hecho— que en algunas ocasiones el TC había admitido bases diferenciadas en función de las CCAA a las que debían aplicarse, pero lo cierto es que la declaración de inconstitucionalidad del precepto del estatuto relativo a las com-

petencias compartidas se basó esencialmente en la necesaria uniformidad de las bases en todo el territorio estatal. Muy posiblemente el TC no cambiará su doctrina, y se basará en la especificidad del hecho insular para justificar la excepción, pero no cabe duda de que esta Sentencia da buenos argumentos a quienes pretendan continuar defendiendo la constitucionalidad de establecer bases asimétricas.

Finalmente, la importante sentencia 30/2011, que resuelve el recurso de Extremadura contra el Estatuto andaluz, parece de entrada que también va a introducir una importante matización a la *ratio decidendi* de la STC 31/2010 ya que declara que para resolver el conflicto competencial va a partir de la doctrina sentada, no en la Sentencia «catalana» sino en la STC 247/2207 sobre el Estatuto de la Comunidad Valenciana.

El Tribunal en esta Sentencia parece pretender «demostrar» que entre la Sentencia valenciana y la Sentencia catalana no hay contradicción alguna. Sin embargo, a mi juicio esto solo podría ser así si se hiciera decir a la Sentencia valenciana lo que no dice ni puede decir, salvo que se la convierta en una decisión incongruente por internamente contradictoria.

En efecto, recordemos que en la STC 247/2007 se afirma de entrada, como premisa de todo el razonamiento, que la Constitución no define las competencias del Estado, que sólo las enuncia; se añade además que el texto constitucional no ofrece pautas de interpretación para determinar ese contenido y que son los Estatutos los que, al delimitar el contenido y alcance de sus competencias, contribuyen indirectamente a delimitar el alcance y contenido de las del Estado. La premisa fundamental de la que parte la Sentencia es, pues, que los Estatutos pueden indirectamente perfilar el contenido de las competencias estatales. Ciertamente la Sentencia añade a esta premisa unos límites a los que deben atender los Estatutos al llevar a cabo su función constitucional delimitadora: deben respetar el contenido que hace reconocibles las competencias estatales; deben tener presente el alcance territorialmente limitado que es propio de los Estatutos de Autonomía y, finalmente, deben permitir que las competencias del Estado desplieguen por completo sus funciones propias. Sin embargo, lo que no dice la Sentencia ni podía decir es que los límites a la premisa podían llegar a negar la premisa. No podía decir que dado que al delimitar las competencias debía respetar la reconocibilidad y el despliegue completo de las funciones de las competencias estatales, en consecuencia, no podía delimitar las competencias propias de la CA ni indirectamente las estatales.

Y esto es cabalmente lo que hace la STC 31/2010, en flagrante contradicción con la sentencia valenciana. En la sentencia catalana lo que en la valenciana era un límite a la posibilidad de delimitar las competencias —el despliegue completo de las competencias estatales— substituye a la premisa y se convierte en veto a la función delimitadora de los estatutos: las competencias del Estado están en la Constitución, los Estatutos sólo pueden enunciar las competencias que reservan a la CA pero no pueden delimitar el alcance

de esas competencias ni indirectamente el alcance de las competencias del Estado.

Sin embargo, la sentencia andaluza aunque dice que va a aplicar la doctrina de la STC 247/2007 en realidad finalmente aplica a de la STC 31/2010 con lo que puede concluirse que la sentencia andaluza no introduce ningún cambio ni matiz a la sentencia catalana: respeta la doctrina de la STC 31/2010 y con ello contradice la doctrina precedente, con el objetivo de no tener que contradecir o revisar la doctrina previa sobre el alcance de los diversos títulos competenciales.

6. CONCLUSIÓN: LA REAFIRMACIÓN DEL ESTADO UNITARIO SEGÚN EL TC

Quisiera finalizar con una breve referencia a un *obiter dictum* contenido en el párrafo 3 del fj 8 de esta STC «andaluza» que podría tener en el futuro unos efectos expansivos importantes y que, en cualquier caso, permite dar un sentido unitario a las características del sistema de distribución de competencias que he ido apuntando a lo largo de esta ponencia, al tiempo que desvela claramente la concepción que tiene el TC del modelo español de distribución de competencias y más ampliamente de la naturaleza del Estado de las autonomías. Se trata de un *excursus* que quizá no esté de más en un congreso dedicado al federalismo, aún dando por descontado que, como se decía en la sesión de ayer, con un poco de esfuerzo y buena voluntad casi todos los estados descentralizados pueden ser incluidos en la categoría cada vez más magmática menos útil de Estado federal.

El párrafo al que aludo afirma enfáticamente que «el “Estado autonómico” español es un “Estado unitario” que, como tal, se caracteriza por el hecho de que la descentralización inherente al principio autonómico y la diversificación que también le es inherente tienen como presupuesto imprescindible la garantía de la unidad última del ordenamiento a partir de un denominador común que corresponde garantizar al Estado ya que forma parte de las funciones propias de las competencias estatales».

Es cierto que la Sentencia lleva inmediatamente la cuestión al caso concreto y anuda esta afirmación al carácter supraautonómico de la regulación del Guadalquivir, pero estas afirmaciones tienen una clara voluntad generalizadora, estaban ya *in nuce* subyaciendo a la STC 31/2010 y de hecho se recogen de forma más articulada y amplia en un voto particular a una Sentencia posterior¹³.

No voy a entrar aquí en un análisis crítico de la construcción del argumento del Tribunal Constitucional, especialmente en la debilidad de la pretensión de

¹³ El de los magistrados Javier Delgado Barrio y Manuel Aragón Reyes a la STC 137/2011.

deducir de un concepto abstracto de estado unitario, supuestamente vertebrador del llamado Estado de las Autonomías, prescripciones y mandatos específicos sobre el alcance de los títulos competenciales concretos o de cláusulas específicas como la supletoriedad¹⁴. Lo único que quisiera destacar es que en este párrafo puede hallarse la explicación última de la extensión material y funcional de las competencias estatales, del solapamiento y la duplicidad generalizadas, de la idea de que ninguna materia puede ser ajena al legislador estatal, el porqué el legislador autonómico debe actuar siempre a partir de una previa legislación estatal que establece el marco de uniformidad a partir del cual debe limitarse a establecer matices y concreciones. A diferencia de lo que suele ocurrir en los estados federales, entre el legislador de las CCAA y el bloque de la constitucionalidad siempre debe interponerse el legislador estatal ordinario. A partir de estas premisas es pertinente preguntarse, por ejemplo, cuántos días de vida le quedan a la doctrina constitucional «federalizante» que niega el carácter de título competencial universal a la cláusula de supletoriedad del derecho estatal establecida en las SSTC de 1996 y 1997 o, mejor, ¿cuántos votos particulares como los citados deberán firmarse antes de que su contenido se convierta en doctrina constitucional?

¹⁴ Es evidente que en nuestro ordenamiento el Estado tiene competencias sobre diversas ramas del ordenamiento jurídico —por ejemplo, las de los artículos 149.1 6 y 7— que le permiten garantizar en estos ámbitos la unidad última del ordenamiento jurídico y es cierto también que la dogmática suele construir sus propuestas a partir de la construcción de conceptos extraídos del análisis sistemático de preceptos concretos para deducir de los conceptos así contruidos nuevas prescripciones concretas. Sin embargo, los tribunales deben ser especialmente prudentes al realizar este tipo de construcciones y en el caso aquí analizado hay elementos en el bloque de constitucionalidad —listados de competencias, tenor literal de las cláusulas constitucionales que regulan las relaciones entre el ordenamiento «general» del estado y los ordenamientos autonómicos...— que permiten poner en duda la solidez de la construcción dogmática empleada por el Tribunal al deducir del concepto de estado unitario las conclusiones concretas que propone.

Una Sentencia en la federalización del Estado

Juan José Solozabal Echavarría
Catedrático de Derecho Constitucional.
Universidad Autónoma de México

SUMARIO: 1. El contexto de la crisis del Estado autonómico: indicadores y posibles reacciones ante la misma. 2. Las enseñanzas de la Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña: 2.1. Freno a la tendencia disolvente del Estado autonómico o centrifugismo confederal. 2.2. Clarificación del sistema competencial como médula o sustancia del autogobierno. 2.3. El fomento de la participación o los rasgos federales del sistema.

1. EL CONTEXTO DE LA CRISIS DEL ESTADO AUTONÓMICO: INDICADORES Y POSIBLES REACCIONES ANTE LA MISMA

El propósito de esta intervención es situar la Sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña en el camino de la profundización federal del Estado autonómico, de la que puede suponer un elemento importante. No pienso por tanto que esta Sentencia sea un problema para el Estado autonómico, que constituya entonces una regresión o rectificación del mismo, sino al contrario para mí esta Sentencia, al contener una consideración lúcida sobre los supuestos y límites de nuestro sistema de organización territorial, es indispensable en la dirección del desarrollo del orden autonómico. La Sentencia, en efecto, aporta elementos bien novedosos, por ejemplo los que se refieren aspectos formales, como la separación que en ella se establece entre los antecedentes y los fundamentos jurídicos, que dota de mayor concisión y penetración al texto, o su capacidad, compartida con algún otro fallo anterior, para determinar en cada cuestión que se plantea al Tribunal el aspecto decisivo o el núcleo de la cuestión, evitando las digresiones o los razonamientos secundarios, lo que permite apreciar el hilo argumental y concluir con claridad en los pronunciamientos que interesan.

Pero desde el punto de vista material y aunque el propósito sistematizador o global de la Sentencia es obvio, de modo que es patente su propósito de suponer un punto de inflexión en la doctrina sobre el Estado autonómico, la verdad es que la continuidad con los anteriores fallos es evidente. No hay cambio de

sentido, mucho menos una desviación, por ejemplo, respecto de la Sentencia 247/2007 recaída sobre el Estatuto de Valencia. Sólo, todo lo más, un cambio de rasante, un repensamiento de la doctrina anterior del Tribunal que aunque no reitere, lo cual tampoco es infrecuente sobre múltiples aspectos, asume¹.

Estamos, nadie puede dudarlo, en un momento muy delicado de nuestro sistema autonómico. Se están incrementando las tensiones políticas que se refieren a la capacidad integradora de la forma política, verdaderamente a prueba, como se pone de relieve en el fracaso político de la Sentencia del Tribunal Constitucional, que frente a lo que ha ocurrido en algunos casos anteriores, no ha pacificado verdaderamente la cuestión que se le planteaba, sino que parece haber estimulado un sentimiento de incomodidad de Cataluña en el Estado autonómico. Al lado de esta dimensión de la crisis, la actual situación económica está revelando serios fallos en relación con la solvencia del sistema en el que urge la adopción de medidas de control sobre el gasto público de las Comunidades Autónomas, cuya actividad no parece haberse adecuado a unos patrones de contención y eficiencia indispensables en el ejercicio responsable de la propia autonomía. Sin duda está en cuestión la capacidad del Estado español para asumir decisiones de comportamiento razonable en el seno de la Unión europea, vista su dificultad para imponer una conducta económica adecuada a los sujetos territoriales que lo integran. De otro lado en el terreno técnico o de la articulación, el Estado español no ha sido capaz de desarrollar su dimensión participativa, estimulando los mecanismos centrípetos, hablemos de la reforma territorial del Senado, o los instrumentos de cooperación, que incrementen la eficiencia del sistema y compensen adecuada y eficazmente los aspectos centrífugos del orden autonómico, en el que tienen una importancia a todas luces excesiva.

Conviene reaccionar ante esta situación en términos adecuados. Desde este punto de vista el problema es evitar el arbitrio, que supone la adopción de medidas no suficientemente pensadas, propuestas desde la irreflexión y tomadas muchas veces a partir de un juicio incorrecto de la situación sobre la que tales medidas pretenden incidir.

El riesgo ante la actual situación es exagerar las dimensiones de la crisis que es innegable. Pero lo cierto es que nuestro sistema, que ha evolucionado prácticamente hasta el modelo federal, ha funcionado razonablemente bien, tanto desde el punto de vista de la integración como en lo que se refiere a su capacidad funcional asegurando las prestaciones que se esperan del Estado social en nuestros días. Desde el punto de vista de la integración, la cuestión a plantearse no es si el Estado autonómico ha resuelto las demandas nacionalistas, sino el pensar lo que estas habrían supuesto para la estabilidad del Estado, de no haberse acometido la descentralización territorial con la profundidad y el empeño de nuestro sistema. Desde el punto de vista del rendimiento funcional

¹ SOLOZABAL, J.J., «La Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña: una visión de conjunto», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 151, enero-marzo de 2011.

del sistema, lo que destaca, como se ha observado, es que la descentralización ha disminuido las diferencias entre los territorios del Estado y ha asegurado una cierta homogeneidad en las prestaciones que los españoles reciben con independencia del territorio en el que vivan. Hoy la veste del Estado social es la del sistema autonómico. Es cierto que hay duplicidades institucionales, confusión competencial, dispendios presupuestarios (por no hablar de dislates frecuentes en el tratamiento de la cuestión lingüística)². Pero la ineficiencia y la corrupción no tienen, si se juzga con ecuanimidad, en nuestro Estado una localización exclusiva, aunque pueda parecer preponderante, en el nivel autonómico.

Es entonces, no tengo la menor duda, la hora de la reforma del Estado autonómico.

Las alternativas a mi juicio parecen claras. Puede optarse por una reforma confederal del Estado, que podría llevarse a cabo mediante una modificación explícita de la Constitución. O mediante una mutación constitucional, o reforma implícita sin utilizar los mecanismos que la propia Constitución ha establecido para su cambio. Estaríamos entonces ante un desbordamiento constitucional, en la línea de lo que los experimentos de Ibarretxe y hasta cierto punto la reforma estatutaria catalana pretendían.

No soy partidario de una reforma confederal del Estado y mucho menos de una mutación que lleve al mismo resultado. Este camino último me parece intransitable y el punto de llegada, estemos en el caso de la reforma constitucional explícita o no, me parece indeseable: la confederación es una forma política transitoria, una forma política inoperante, antesala de la independencia que creo nadie sensatamente puede proponer.

La alternativa es la profundización federal, se lleve a cabo mediante una reforma constitucional explícita o no. La reforma federal explícita tiene sus costos. La aceptación de la denominación federal tiene sus detractores, y los problemas de su realización desde un punto de vista técnico son asimismo relevantes. La utilización de una cláusula definitoria explícita al respecto, puede suscitar la objeción de la rigidez en el diseño del modelo, que quizás no presenta la fórmula del Estado autonómico o aún el propio silencio del constituyente al respecto. El tratamiento competencial suscita también algunas cuestiones inevitables. ¿Debe utilizarse exclusivamente la Constitución federal para atribuir las competencias, completada por una cláusula residual a favor de los estados?. Y en cuanto a la modificación de las propias listas competenciales, ello puede justificarse desde el punto de vista de la clarificación del reparto, pero no deja de tener un efecto quizás no muy adecuado, que es el de trasladar al limbo de la redundancia a la propia labor de la jurisprudencia constitucional, que ha ido elaborando un *corpus* del que quizás no sería del todo sensato prescindir.

Se trata, en suma, de problemas casi insolubles que me hacen pensar en las ventajas que de cara a la reforma del Estado autonómico presenta la fór-

² *The Economist*, 8 de noviembre de 2008.

mula de la profundización federal del mismo. Después de todo el federalismo es antes que un sistema normativo una forma política efectiva, bajo la cual pueden cubrirse muchas manifestaciones o rostros diferentes, pero capaces todos ellos de incluirse en su denominación genérica.

Soy, por tanto, partidario de un afrontamiento moderado del cambio de nuestro Estado autonómico, en el que es vital la Sentencia sobre el Estatuto catalán, que ofrece interesantes perspectivas para plantearse con acierto el futuro de nuestro sistema territorial. Creo que en esta Sentencia hay valiosas claves sobre los límites y posibilidades de nuestra forma política.

Una mirada serena al contenido de la misma, quizás nos permite deducir provechosas lecciones para el nuevo diseño del Estado autonómico. Bien leída la Sentencia como anticipábamos antes, y en línea con las bases con que planteábamos el cambio necesario del modelo, no supone ruptura ni mutación, como exageradamente ha podido creerse, sino, mas bien continuidad y cambio.

2. LAS ENSEÑANZAS DE LA SENTENCIA SOBRE EL ESTATUTO DE CATALUÑA

2.1. Freno a la tendencia disolvente del Estado autonómico o centrifugismo confederal

En su aspecto principal lo que la Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña significa es la negación en nuestro sistema de la existencia de diversos centros de poder o soberanía, de manera que pudiese cuestionarse la legitimidad de una decisión normativa sancionada por el cuerpo electoral, por el pueblo, de una Comunidad Autónoma. Lo que para muchos suponía la impugnación del Estatuto de Cataluña ante el Tribunal Constitucional era un choque de soberanías, de manera que se negaba la posibilidad de que una instancia constitucional pudiese controlar una norma respaldada por el cuerpo electoral de Cataluña. Ciertamente la Sentencia 31/2010 rechaza este planteamiento y confirma la legitimación y legitimidad de la actuación del Tribunal Constitucional al controlar, como podría hacer con otra norma subconstitucional, la conformidad del Estatuto con la Norma Fundamental.

Hay que señalar que antes de la Sentencia se cuestionó el control por parte del Tribunal Constitucional y que detrás de muchas críticas a los términos o contenido de la propia Sentencia lo que se expresan no son tanto discrepancias con la línea argumentativa de la Sentencia o el alcance anulatorio de la misma, sino una objeción *ex radice* o de principio con el mismo control del Tribunal Constitucional.

No hay que decir que tal actitud no es suscribible. El Tribunal Constitucional tiene legitimación obvia para llevar a cabo tal control. Al Tribunal Constitucional le corresponde imponer la superioridad de la Constitución, incluso sobre los Estatutos de Autonomía como ley orgánica que son a través de su corres-

pondiente impugnación. Y en ese sentido la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional comprende en el artículo 27 a los Estatutos de Autonomía como fuente sometida al control del Tribunal en el correspondiente procedimiento de declaración de inconstitucionalidad. El mismo Tribunal recientemente, en la Sentencia sobre el Estatuto de Valencia de 2007, ha recordado su competencia para apreciar «como intérprete supremo de la Constitución si los Estatutos de autonomía han incurrido en algún vicio de inconstitucionalidad».

Pero el control del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto aparece adecuado también desde el punto de vista de la legitimidad, o si se quiere decir mejor, de su justificación, en base a una argumentación bien sencilla. Ocurre que en nuestro sistema autonómico también en la reforma estatutaria se produce un equilibrio entre lo que posemos considerar elementos centrífugos y los centrípetos, aquellos manifiestan la territorialidad del sistema, éstos su dimensión o momento de unidad. Sin duda la iniciativa de la reforma, en manos del Parlamento proponente, la facultad de retirada del proyecto en toda su tramitación, y especialmente la sanción del cuerpo electoral de la Comunidad Autónoma del texto aprobado como ley orgánica por las Cortes expresan la importancia de la intervención autonómica en la elaboración y aprobación de la reforma de los Estatutos de Autonomía del artículo 151 CE. Pero el peso de estos aspectos queda compensado, de acuerdo con la idea de equilibrio que inspira la construcción autonómica, por la intervención en el proceso de reforma de los órganos estatales: el proyecto de Estatuto es tramitado en las Cortes Generales y aprobado como ley orgánica por estas. Sin excluir que quienes tienen legitimación para ello puedan pedir al Tribunal Constitucional a través del correspondiente recurso que asegure la constitucionalidad del texto estatutario. Como he destacado en alguna ocasión esta eventual intervención del Tribunal Constitucional, obediente a la lógica equilibrada del modelo no sólo no supone exorbitancia alguna por parte del Estado central, de modo que tal control se da en otros ordenamientos, así el Tribunal Supremo americano ha anulado diversos preceptos de las constituciones reformadas de los Estados miembros en varias ocasiones, sino que contribuye a dar sentido al tipo de intervención de las Cortes Generales en el proceso de reforma. Es la existencia última del control del Tribunal del Estatuto lo que permite a las Cortes llevar a cabo el examen del texto estatutario en términos correctos, procediendo sobre todo, fuera de una intervención de acuerdo con criterios políticos, asegurando por ejemplo la garantía final de cierta homogeneidad estatutaria, a un control básico o grosero de la constitucionalidad del proyecto, remitiendo a un examen más profundo y propiamente técnico el que en su caso pudiese llevarse a cabo jurisdiccionalmente por el Tribunal Constitucional. De manera que contra lo que a veces se señala el *iter* constitucional de la reforma estatutaria no culmina necesariamente en la sanción del texto por el cuerpo electoral de la Comunidad Autónoma, sino, en su caso, en la Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso que contra el texto de la reforma estatutaria puede haberse presentado, como ha ocurrido en la ocasión presente.

La Sentencia supone también un freno a lo que podríamos considerar un entendimiento incorrecto de *los elementos identitarios*, como integrante posible del Estatuto de Autonomía. Lo que el Tribunal sin duda quiere hacer al proponer una interpretación constitucional de las afirmaciones estatutarias sobre los signos de afirmación propios de Cataluña es un entendimiento no necesariamente nacionalista de los mismos, impidiendo de este modo que se pudiesen utilizar después como base jurídica de reclamaciones de soberanía. Es hábil la posición del Tribunal que no niega la legitimidad de tal contenido en el Estatuto, a lo que podría haber llegado si no hubiese partido de una afirmación correcta de la reserva estatutaria del artículo 147 CE, y desconociese la *vis* integrativa de los Estatutos reforzando las señas de identidad de la Comunidad Autónoma, pero que es consciente del potencial disgregador que la parte identitaria del Estatuto puede suponer para el conjunto.

Son bien sabidas las tesis del Tribunal sobre la idea jurídica de nación, exclusivamente la que reconoce la Constitución como depositaria de la soberanía única del Estado, sin que eso suponga negar la existencia y legitimidad de algunas concepciones espirituales o culturales que valoren la afirmación de la condición de nación para Cataluña. Es perfectamente ajustada a la Constitución la calificación de nacionales para «los símbolos propios de una nacionalidad, sin pretensión, por ello, de competencia o contradicción con los símbolos de la Nación española». El Preámbulo tiene un valor jurídico: se trata de un instrumento de interpretación genética e indicador de una voluntad legislativa que naturalmente no puede imponerse al Tribunal Constitucional, que es el auténtico y supremo intérprete de la Constitución. El Tribunal Constitucional en esta Sentencia asume moderadamente una fundamentación historicista del sistema institucional: Frente a lo que ocurre con los derechos históricos vascos y navarros, en el caso de Cataluña la relevancia competencial de tales derechos se limita al campo privado; en su posible dimensión pública indican los derechos históricos una singularidad que se expresa agotadoramente en el texto estatutario. Resumidamente lo que dice el Tribunal acerca de la cuestión lingüística, podríamos apuntar, se enmarca en lo que cabría considerar idea equilibrada del bilingüismo, o bilingüismo perfecto, que prohíbe una política autonómica de marginación o postergación de ninguna de las lenguas oficiales. A la prohibición de preterición, que la Constitución establece, como sinónimo o suma de tratamiento desconsiderado, equipara el Tribunal la atribución de preferencia a lengua alguna ya que el carácter de lengua oficial de un idioma impide su postergación. La condición del castellano como idioma oficial en el Estado se corresponde con su condición de lengua común de la Nación. Esto no obsta a que el idioma propio de la Comunidad Autónoma se constituya en el centro de gravedad del sistema lingüístico, o que pueda ser objeto de políticas de recuperación, que compensen sus desventajas deducibles de un descuido y postergación secular. Entonces es perfectamente posible que la lengua originaria sea considerada estatutariamente como lengua vehicular para los poderes públicos correspondientes, catalanes en este caso concreto, pues ello cabe dentro de las

atribuciones del Estatuto, pero esto no impide que el castellano tenga asimismo ese carácter.

Entiendo que estos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en términos generales, son *debidos*, pues se referían a aspectos del Estatuto que habían sido impugnados por los recurrentes y, de acuerdo con el principio de congruencia procesal a que también se debe el Tribunal Constitucional, como formulados en *los petita* de las demandas, no podían quedarse sin consideración por parte de la alta instancia jurisdiccional. Son, entiendo también, *correctos*, o yo los comparto, desde el punto de vista de su apoyatura constitucional, formulados exclusivamente, en el orden «de la razón de Derecho», aunque como tales puedan parecer discutibles. Me parece que la doctrina constitucional está expuesta, asimismo, de manera *moderada*, aunque aparezca firmemente expresada. Por lo general estamos ante corolarios limpios, en términos de lógica, y de contenido sobrio.

2.2. Clarificación del sistema competencial como médula o sustancia del autogobierno

La Sentencia, como es sabido, no desarma el elenco competencial que se establece en el Estatuto, que pasa, casi todo entero. Pasan entonces las competencias, pero no el sistema que le subyace, que el Tribunal rechaza. El sistema competencial que se ensaya en el Estatuto responde al modelo del *blindaje* que trataba de asegurar el espacio competencial propio, principalmente a través de dos instrumentos: en primer lugar, una especificación del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma, mediante una concreción tanto de las facultades como del objeto material de la competencia. Y en segundo lugar, por medio de la delimitación estatutaria de las competencias del Estado.

El Tribunal Constitucional no objeta la pretensión del Estatuto de proceder a un detallamiento exhaustivo de las competencias, aunque me atrevería a decir que tal pretensión no le seduce especialmente. Diría que tras la posición del Tribunal antes esta cuestión hay una objeción que se explicita y hay otra que quizás es la más importante y que no se manifiesta, pero cuya existencia a mi juicio no ofrece duda.

El Tribunal en efecto en alguna ocasión alerta sobre la rigidez que el tratamiento estatutario de una cuestión tiene para la suerte normativa de tal materia en el futuro: desde un punto de vista democrático es preferible la reversibilidad a la petrificación normativa. El tratamiento estatutario de una materia no deja de tener el efecto de desapoderar al legislador autonómico de su regulación. La especial rigidez del Estatuto de Autonomía, dice la Sentencia, «supone una petrificación del contenido que puede llegar a no compadecerse con un efectivo derecho a la participación política en el ejercicio de los poderes estatuidos».

Me atrevería a suponer que el Tribunal cuestiona desde el punto de vista constitucional el detallismo de la regulación del texto estatutario, de más exten-

sión que la propia Constitución y cuya hechura a veces puede recordar más la de un reglamento que la propia de un documento constitucional. No diría que al Tribunal no le importa la seguridad jurídica que puede deducirse de una especificación acabada de las atribuciones de los poderes autonómicos, pero quizás esta ventaja no compensa la desnaturalización de la condición propiamente constitucional del documento estatutario. Pero, a mi juicio, la objeción de fondo tiene que ver con el desafío que la fórmula elegida en el Estatuto, el blindaje, supone para la propia posición del Tribunal Constitucional. En el fondo lo que el nuevo Estatuto quiere, dejando al margen la procedencia de los procedimientos que utiliza, en especial cuando propone que la ampliación competencial se haga mediante la delimitación, se entiende restrictiva de las competencias del Estado, es reducir la significación en el sistema del Tribunal Constitucional. La especificación estatutaria consiste finalmente en la atribución al Estatuto de una función de interpretación de las cláusulas competenciales del Estado, que sólo pueden tener un asidero en la Norma Fundamental y en unos términos que sólo le compete establecer al Tribunal Constitucional y no al Estatuto de Autonomía.

En realidad algo de razón lleva Carles Viver³ cuando contrapone el modelo federal continental europeo que, quizás exageradamente caracteriza como jurídico, y el modelo que califica como político de los Estados Unidos, dependiente en último extremo del actuación del Tribunal Supremo. Si en lo que se estaba pensando es en un Estatuto que limitase, a través del detallamiento competencial la intervención del Tribunal Constitucional, hay que decir que en efecto el intento ha fracasado estrepitosamente.

Como acabamos de insinuar el detallamiento competencial es una cara de la técnica del blindaje; la otra es la labor de delimitación de las competencias del Estado que el Estatuto pretende llevar a cabo. Aquí sí que la oposición del Tribunal es frontal: no hay reticencias, ni objeción indirecta a deducir de las consideraciones del Tribunal, sino rechazo absoluto de la alta instancia jurisdiccional. La delimitación de las competencias del Estado, como labor interpretativa previa a la especificación competencial estatutaria, supone una actividad de configuración constitucional, que sólo puede corresponder al Tribunal, y en ningún caso es propia del Estatuto de Autonomía, que no puede suplantar al órgano constitucionalmente encargado de la interpretación de la Norma Fundamental. Insistiremos algo más adelante en esta actividad de configuración que le está vedada al Estatuto de Autonomía, tratando de entender los términos en que consiste esta zona prohibida, delimitando el objeto que excluye de la actuación estatutaria. Asimismo propondremos algún supuesto en el que quizás la

³ Véase el interesante artículo del autor VIVER, C., «El Tribunal Constitucional, ¿siempre, solo... e indiscutible? La función constitucional de los Estatutos en el ámbito de la distribución de competencias según la STC 31/2010», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 91, 2011. Sobre la caracterización política de la justicia constitucional en los Estados Unidos, véase recientemente, la opinión de POSNER, R., «The Court: A Talk with Judge Richard Posner», en *New York Review of Books*, septiembre, n.º 29, 2011.

Sentencia no actúa con toda consecuencia, o cuando, como ocurre a nuestro juicio, con la legislación básica puede pensarse en una delimitación cuestionable del propio Tribunal. Mas allá entonces de estas consideraciones preliminares, estudiemos con algún detenimiento el planteamiento que del tema competencial se hace en la Sentencia.

La aceptación de las determinaciones competenciales del Estatuto se hace a través de la técnica de las Sentencias interpretativas. El Tribunal hace uso de esta variedad de este tipo de decisión, de un modo que podríamos llamar abundante e impropio. En efecto el Tribunal se desdice de la actitud precautoria que había que adoptar ante este tipo de pronunciamiento, Las Sentencias interpretativas había señalado son «de muy delicado y difícil uso» (STC 5/1981), y recurre a esta técnica en numerosas ocasiones. Bien que se trate de una Sentencia interpretativa peculiar o *sui generis*, pues no propone el entendimiento del precepto impugnado cuya constitucionalidad salva de determinada manera, sino que lo que hace el Tribunal Constitucional es contemplar un complemento a incluir necesariamente en la comprensión del precepto cuestionado. Se trata entonces de una Sentencia interpretativa, pero no convencional, sino completa o aclaratoria. La Sentencia transige de ordinario con la constitucionalidad de la norma estatutaria impugnada, pero advierte, sobre todo en el caso de las competencias, de la simultaneidad o complementariedad de los títulos de actuación del Estado sobre la materia, de manera que la inclusión estatutaria no supone la exclusión estatal. Así la norma estatutaria, quizás contrariando la voluntad de su autor, no impide absolutamente sobre la misma materia una actuación que puede estar basada en un legítimo título constitucional, extraestatutario por tanto, excepcionando un principio interpretativo, en la inteligencia del Estatuto, que suele recomendarse en el dominio constitucional: *inclusio unius exclusio alterius*. Paladínamente, en efecto, se reconoce en la Sentencia que la atribución estatutaria de la exclusividad a la Comunidad Autónoma, «no impide el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado ex artículo 149.1, sea cuando éstas concurren con las autonómicas sobre el mismo espacio u objeto físico, sea cuando se trate de materias de competencia compartida» con independencia de la expresión que, con propósitos descriptivos, se utilice en el Estatuto. Tal idea es muy reiterada en la Sentencia, por ejemplo, en relación con los títulos compartidos por el Estado y la Comunidad Autónoma para el control de los entes locales.

Se trata evidentemente de Sentencias desestimatorias o de rechazo, pues no se aceptan las pretensiones anulatorias de los demandantes, pero con trascendencia normativa, pues el ordenamiento tras las mismas no queda como estaba. Ciertamente que tiene las mismas disposiciones, pero no contiene exactamente las mismas reglas, pues entre ellas solo caben las que positiva o negativamente resulten de la doctrina constitucional sobre la disposición impugnada, pues no podrán aceptarse las reglas consideradas inconstitucionales y habrá que considerar incluidas en el ordenamiento las desprendidas positivamente por el Tribunal Constitucional. La pretensión nomotética de estas Sentencias conduce a una

característica morfológica de las mismas, y que en rigor no sería necesaria, pues, fuera de su dimensión anulatoria la eficacia de la Sentencia, en lo que se refiere al valor de su doctrina, se desprende de su fundamentación, se encuentre esta donde se encuentre y esté o no reiterada en la misma Sentencia. El caso es que en esta Sentencia, más que en ninguna de las Sentencias interpretativas de Tribunal hasta la fecha se incluye en el fallo la doctrina establecida *strictu sensu* en los fundamentos jurídicos. Esta doctrina entonces, como es sólito, no sólo propone imperativamente un modo de entender el precepto, legal o constitucional que interpreta, cuya constitucionalidad salva, según establece el artículo 5 LOTC, sino que determina, por afirmación o negación, el contenido efectivo del ordenamiento, que entonces normativamente fija.

La técnica interpretativa de la Sentencia le sirve al Tribunal para establecer un tesis reiteradamente afirmada: las habilitaciones estatutarias nunca son verdaderamente exclusivas, pues han de atender al despliegue de las competencias del Estado aun sobre la misma materia u objeto jurídico.

El propósito del *blindaje*, como se sabe consistente en la afirmación de un espacio seguro autonómico, no puede llevarse a cabo, significativamente, sin la determinación estatutaria de los títulos competenciales del Estado, labor inalcanzable, a su vez, sin que el Estatuto asumiese la función de la interpretación de los títulos del Estado. Obviamente el ámbito de la autonomía depende de la extensión de las competencias del Estado, pero sólo si el Estatuto de autonomía asume una función interpretativa puede reclamar fijezas para la determinación de su propio espacio competencial. El problema no es, por ello, que el Estatuto interprete la Constitución, cosa que ha de hacer si tiene que establecer el elenco competencial, a entender en el marco constitucional, como se sabe. La cuestión está en la firmeza y extensión con que se lleve a cabo esa labor interpretativa, en su propósito definidor o configurador de las atribuciones estatales.

El Estatuto, para el Tribunal Constitucional no puede tener una función definitoria. Puede detallar las facultades en que consiste la competencia, dentro del marco constitucional, pero no puede proceder a configurar en abstracto o en principio en lo que consiste la competencia. No cabe en la actuación estatutaria delimitación competencial o configuración abstracta de la misma, aunque puede haber descripción de la misma. El Estatuto puede decir si la Comunidad Autónoma es competente o en qué grado se tiene la competencia, pero no puede establecer qué es ser competente o en qué consiste la competencia.

No es posible entonces una delimitación de las competencias del Estado, a través de la especificación de las competencias de la Comunidad Autónoma. Quien define la competencia es el Tribunal Constitucional. El Estatuto en su caso puede concretar, desarrollar, pero no fijar una interpretación de los títulos del Estado que además obligue a éste.

La verdad es que el Tribunal se mueve en un terreno delicado. ¿Qué diferencia la intelección constitucional necesaria para aplicar la Norma Fundamen-

tal de la configuración o la delimitación? En muchas ocasiones, en los conflictos competenciales concretos, el Tribunal ha elevado al rango constitucional las especificaciones estatutarias utilizando las cláusulas estatutarias como concreción adecuada de la Constitución, integrando en el rasero del control tanto a la Constitución como al Estatuto de Autonomía, pues Constitución y Estatutos forman parte del bloque de la constitucionalidad. Es cierto que en esta ocasión lo que el Estatuto pretendía es dar carta de naturaleza y justificar como sistema esta intervención con relieve constitucional del Estatuto de Autonomía. Pero la condición del Estatuto como parámetro para el Tribunal quizás no permite tampoco cargar las tintas sobre la situación de inferioridad del Estatuto respecto del Tribunal Constitucional. Ciertamente el Tribunal puede controlar la constitucionalidad del Estatuto, en eso estamos, pero quizás no tiene sentido, o se deba a un prurito profesoral en el que a veces incurre el Tribunal, cuando éste no sólo establece la existencia de competencias estatales sobre el espacio de exclusividad de la Comunidad Autónoma con toda razón, o señala excesos concretos en la especificación de las facultades del Estatuto, cuando el campo normativo se encuentra dividido en la propia Constitución, sino que llega en abstracto también a acotar el campo de actuación de la Comunidad Autónoma llevándole a prohibirle esta labor de delimitación abstracta, de definición del sistema de fuentes o de configuración de categorías constitucionales. También está por ver si a un Tribunal Constitucional le corresponde moverse en el mundo abstracto del dibujo o la construcción constitucionales, o no debe quedar esta misión para instancias académicas cuya función fundamental es la teoría y no la resolución concreta, aunque sí deba estar justificada por una buena argumentación, de los conflictos competenciales que le corresponde a la suprema instancia jurisdiccional del Estado.

En efecto la pretensión de exclusividad definitiva por parte del Tribunal Constitucional le lleva a sentar una doctrina sobre las bases, anulando la parte correspondiente del artículo 111, en la que es discutible la intervención jurisdiccional del Tribunal, debido precisamente a la equivocidad de la que parte diferenciando entre descripción (lícita) y definición (proscrita) estatutarias. El Estatuto no puede definir lo que sean las bases de una materia, que además hace de modo incorrecto, pues las concibe esencialmente como una ley sobre principios, relegando por tanto a la excepción que las bases no sean sobre principios o que puedan establecerse por una norma que no es la ley, consistiendo entonces en la regulación de un aspecto concreto de la materia o que las bases puedan ser fijadas mediante reglamento o acto. Según el artículo en cuestión en las materias compartidas, las competencias de la Generalitat se ejercerán en el marco de las bases que fije el Estado «como principios o mínimo común normativo con normas de rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto». Me parece que, aun necesitando de algún matiz, el Estatuto describe correctamente en lo que se ha transcrito en qué consiste la competencia de establecimiento de las bases, pero sin definir o configurar propiamente la categoría, labor que puede

hacer, y no hace, el constituyente y lleva a cabo el Tribunal Constitucional. Rasgo típico, viene a decir el Tribunal Constitucional, del Estado autonómico es el carácter compartido de las competencias: precisamente el Estatuto de Cataluña se refiere a un elemento clave de la regulación compartida que es la noción de base, definida en los términos que conocemos. El Tribunal Constitucional rechaza enérgicamente la prescripción del artículo 111 del Estatuto que considera inconstitucional y que anula, determinando, con toda corrección, que las bases pueden contenerse en normas no legales y que pueden tener un contenido que excede al señalamiento de principios.

En realidad, como anticipaba arriba, se trata de una extralimitación del Tribunal, si se admite que su pronunciamiento por esta cuestión obedece a una oposición de fondo, derivada de la negación de capacidad definitoria o configuradora al legislador estatutario, y no meramente competencial, en cuanto la facultad de definir el concepto de bases es del constituyente y del propio Tribunal. En efecto cabría una comprensión de este precepto admitiendo que la expresión «excepto» abre no una cautela excepcional o extraordinaria, sino fuera de lo normal u ordinario, y referente tanto al rango del medio normativo (ley, reglamento, acto) como a su contenido (principios o normación concreta de un aspecto fundamental de la materia).

En definitiva la proyección de esta línea interpretativa del Tribunal vedando funciones configurativas al estatuyente a lo que equivale es a prohibirle actuación alguna, al menos constitutiva, sobre el sistema de fuentes, terreno en el que se fijan «las categorías y conceptos» por antonomasia. Así el Estatuto no puede definir las bases o establecerlas *ex novo*, aunque sí podría proceder a su descripción, si ello, en un labor evidentemente interpretativa, resultase de utilidad para el ejercicio de las competencias autonómicas: en este caso, partiendo de lo que sean, o se entiende que sean las bases, se podrá establecer la legislación de desarrollo. La determinación del ámbito estatal sirve para la actuación de la competencia estatutaria.

Lo que ocurre es que esto que, según el Tribunal, se hace mal por el Estatuto, en relación con la definición de la noción de bases, no tanto porque se lleve a cabo incorrectamente como porque se actúa impropriamente o indebidamente, se lleva a efecto en algún otro caso sin merecer el reproche del Tribunal. Me refiero al artículo 189 del Estatuto de Cataluña, apartado 3.º, que adopta, sin lugar a dudas, una decisión interpretativa sobre el sistema de fuentes, que según la doctrina del Tribunal no debería corresponderle, al prever la habilitación de la Generalitat, para deducir de la legislación de la Unión Europea que sustituya a la normativa básica del Estado, aprobando las leyes de desarrollo correspondientes. De acuerdo con este artículo, en efecto, «en el caso de que la Unión Europea establezca una legislación que sustituya a la normativa básica del Estado, la Generalitat puede adoptar la legislación de desarrollo a partir de las normas europeas».

2.3. El fomento de la participación o los rasgos federales del sistema

Como es sabido en los sistemas federales no sólo se asegura a las entidades territoriales un espacio propio de autonomía constitucionalmente garantizado, sino que se establecen mecanismos de participación en la composición y el funcionamiento de los órganos centrales o comunes del Estado. La reforma del Estatuto de Cataluña, en este aspecto plenamente avalada por el Tribunal Constitucional quería remarcar la dimensión participativa, tanto en el nivel institucional como en lo referente al ejercicio de las competencias del Estado. En efecto, pueden deducirse dos conclusiones muy claras de la Sentencia sobre el Estatuto, a saber, primeramente que no hay competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma, que impidan absolutamente la intervención del Estado, en virtud de sus competencias residuales constitucionales consistentes en título transversales o títulos implícitos consecuencia de la garantía de principios sistémicos, que son de responsabilidad preponderante del poder central. Y, en segundo lugar, que en las competencias exclusivas del Estado cabe la participación de la Comunidad Autónoma.

Ocurre que en el Estatuto se contienen diversos supuestos de colaboración entre el Estado y la Comunidad Autónoma, que avala el Tribunal. Es el caso, por ejemplo, del principio de bilateralidad, reconociendo, por tanto, la constitucionalidad de instituciones como la Comisión mixta Gobierno-Generalidad; asimismo, admitiendo la facultad de la Comunidad Autónoma para solicitar la firma de tratados o recibir información sobre los mismos. O la capacidad de propuesta en la composición de diferentes organismos o instituciones del Estado. O su intervención en el ejercicio de algunas competencias del Estado, así sobre la planificación de la economía. O la participación de la Comunidad Autónoma en relación con la competencia del Estado respecto de las comunicaciones por carretera entre varias Comunidades Autónomas. O en la propuesta de la Comunidad sobre la fijación del número de inmigrantes a admitir.

Se trata en todos estos supuestos de una intervención de la Comunidad Autónoma en relación con el ejercicio de competencias del Estado que inciden en el ejercicio de las competencias autonómicas: son previsiones hechas en el Estatuto en términos generales; y además son actuaciones autonómicas que no ponen en cuestión ni que los términos en que se contemple la intervención de la Comunidad Autónoma serán establecidos por el Estado, ni, en segundo lugar, que la decisión sobre la oportunidad de su ejercicio corresponde a tal instancia como titular de tales competencias.

Así, ocurre con los dos ejemplos a que nos referimos a continuación. El Tribunal señala que, «la calificación que el artículo 183.1 EAC efectúa de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, como «marco general y permanente de relación entre los Gobiernos de la Generalitat y del Estado» no es contraria a la Constitución interpretada en el sentido de que no excluye otros marcos de relación, ni otorga a dicha Comisión función distinta de la de cooperación volun-

taria en el ámbito de las competencias de ambos Gobiernos, que son indisponibles». Las decisiones o acuerdos que «en su caso puede adoptar la Comisión Bilateral, en tanto que órgano de cooperación» no impedirán el libre y pleno ejercicio por el Estado de sus propias competencias ni, en consecuencia, podrán sustituir, vincular o dejar sin efecto las decisiones que les corresponda adoptar.

De este modo, como en el plano internacional más amplio, en el derecho comunitario, y establecido que la actuación del Estado afecte a los intereses o competencias de Cataluña, el Tribunal Constitucional reconoce un derecho de participación catalana en la formación de la posición del Estado, que se formula en un ámbito multilateral. Tal actitud es congruente con la tesis del Tribunal constitucional de que «cuando el Estado asuma compromisos con la Unión Europea debe contar con el máximo consenso posible dentro de las CCAA». Por ello es constitucional, toda vez que se hace sin merma de las atribuciones del Estado, la previsión estatutaria —según afecte o no a Cataluña exclusivamente— y los modos de establecer la participación de Cataluña en la toma de posición del Estado. En ese sentido se contempla en el Estatuto la participación, dentro de la representación española, de representantes de la Generalitat que no ponen en cuestión la asistencia de miembros de otras Comunidades Autónomas y que corresponde regular o al derecho comunitario o al derecho español.

En resumen esta Sentencia leída adecuadamente creo que contiene el núcleo indispensable, en el sentido de contenido indispensable y exigencia irrenunciable, de la reforma del sistema autonómico, se lleve a cabo o no la modificación formal explícita. Una reforma coherente del Estado autonómico habría pues de marcarse los siguientes objetivos:

- a) Evitar la deriva confederal del Estado.
- b) Afirmar una comprensión integrada del sistema competencial, en el que la exclusividad queda muy reducida como modo de entender las relaciones del Estado central y las Comunidades Autónomas.
- c) Fomentar la participación o los rasgos federales del Sistema.
- d) Consolidar la posición de garante del sistema competencial autonómico del Tribunal Constitucional.

Sobre la inevitable construcción jurisprudencial del Estado autonómico

Francesc de Carreras Serra
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: I. Obstáculos a la labor del Tribunal. 1. La concisa regulación constitucional del Estado de las autonomías. 2. Las distintas concepciones territoriales presentes en el consenso constitucional. 3. La falta de un modelo de referencia. 4. La progresiva implantación territorial del Estado autonómico. II. Consecuencias de estos obstáculos. III. Propuestas de reforma. 1. Integrar a las comunidades en el Estado: la reforma del Senado. 2. Facilitar la labor del TC para que su función sea exclusivamente jurisdiccional. IV. Conclusiones.

Esta ponencia pretende reflexionar sobre si en la construcción del Estado autonómico, especialmente en lo que se refiere a la distribución de competencias, era evitable o inevitable que tuviera un papel esencial el Tribunal Constitucional (TC). Más allá de toda especulación sobre lo que, en su caso, pudo ser y no ha sido, si miramos hacia atrás no podemos dejar de constatar que la doctrina del TC en materia de autonomías ha sido decisiva para configurar la organización territorial del Estado. Los estudios sobre dicha jurisprudencia¹, tan abundantes, así lo confirman. Desde nuestro punto de vista, esta realidad era previsible si nos atenemos al contenido del Título VIII de la Constitución. Ahora bien, siendo ello cierto y habiendo llevado a cabo el TC una más que encomiable labor ampliamente reconocida, también hay una coincidencia generalizada en que este no es el mejor camino y que son otros los que deben buscarse para reducir la influencia de la jurisprudencia en cuestiones que son de naturaleza política.

Para exponer estas ideas dividiremos esta ponencia en tres partes. En la primera ofreceremos algunas reflexiones sobre los obstáculos objetivos que ha tenido que sortear el TC para llevar a cabo su difícil labor; en la segunda, in-

¹ Por todos, véase el libro de FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid, 2005.

tentaremos establecer las consecuencias negativas de estos obstáculos; en la tercera, plantearemos propuestas de reforma para solucionar estas consecuencias negativas.

I. OBSTÁCULOS A LA LABOR DEL TRIBUNAL

Al resolver recursos o cuestiones de inconstitucionalidad y conflictos de competencias que afectan a las materias autonómicas, el TC ha tenido una difícil tarea debido a ciertos obstáculos objetivos que pasamos a examinar.

1. La concisa regulación constitucional del Estado de las autonomías

A primera vista, puede parecer que las materias autonómicas sólo estén reguladas en el art. 2 y el título VIII de la Constitución. Sin embargo, bien mirado, ello no es así aunque, ciertamente, es en este artículo y este título donde la regulación es específica. Pero una Constitución es una estructura en la que sus normas están interconectadas y para interpretar los preceptos específicos hay que acudir a otros que no lo son para así efectuar labores hermenéuticas de carácter sistemático. Por tanto, la constitucionalización del Estado autonómico no está sólo, como a veces se sostiene, en el art. 2 y el título VIII, sino en todo el conjunto del texto constitucional. La regulación constitucional no es, por tanto, tan escueta como parece a primera vista.

También es cierto que muchos de los preceptos constitucionales son vagos e indeterminados, entre ellos, con distintos matices, buena parte de estos preceptos específicamente autonómicos. Ello es normal en todas las constituciones, incluso es uno de los rasgos propios de estos textos que deben caracterizarse por su estabilidad, la cual no consiste sólo en que el procedimiento de reforma sea agravado sino también que contenga normas de naturaleza principal para que los legisladores sucesivos puedan desarrollarlas según criterios distintos sin tener que cambiar la letra de la Constitución; algo que, por cierto, cómo la práctica de estos treinta y pico de años ha probado, es difícil en España por antecedentes históricas y circunstancias coyunturales que ahora no vienen al caso tratar.

Por tanto, la vaguedad e indeterminación del art. 2 CE y del título VIII ofrecen, más o menos, los mismos problemas que en otras constituciones federales e, incluso, sus preceptos son más concretos que en muchas de ellas, por ejemplo, la de Estados Unidos. Ahí no está, por tanto, el problema. Lo que verdaderamente distingue a la Constitución española en cuanto a dificultar la labor del intérprete es la falta de tradición federal en nuestro constitucionalismo histórico y, en consecuencia, en no tener precedentes en que sustentar la labor interpretativa. Esta carencia evidente sin duda ha sido, y sigue siendo, un obstáculo para interpretar los preceptos constitucionales autonómicos.

No obstante, aunque en ocasiones tengan algún grado de indeterminación, el Tribunal, en sus sentencias, siempre ha conseguido encontrar preceptos constitucionales a los que agarrarse y poder construir, a partir de los mismos, una doctrina jurídica razonable y fundada. Ello indica que si bien el texto constitucional es escueto, o sea, dice poco, lo que dice es sustancial. Ello lo podemos comprobar si tratamos de encontrar lo sustancial de un Estado federal y lo contrastamos con nuestra Constitución.

En efecto, si deducimos los ejes vertebradores básicos de un Estado federal atendiendo a las características fundamentales de los estados de esta naturaleza en nuestro entorno político-cultural, encontramos los siguientes elementos estructurales: a) una Constitución federal válida en todo el Estado que garantice la igualdad de derechos fundamentales a todos los ciudadanos; b) un ordenamiento jurídico federal igualmente válido en todo el territorio estatal junto a ordenamientos parciales de aplicación en los territorios federados; c) un sistema de distribución de competencias que permite determinar cuáles son las competencias de la federación y la de los estados federados; d) inexistencia de relación de jerarquía política entre federación y estados federados, sólo relación competencial entre ambos garantizada por controles jurisdiccionales; e) instituciones y procedimientos de relación entre la federación y los estados federados con el fin de integrar a éstos en la voluntad política de la federación y aumentar la eficacia del conjunto; por último, f) haciendas separadas entre federación y estados federados.

Pues bien, la Constitución española ya contiene el esqueleto de estos elementos estructurales propios de un Estado federal: a) la Constitución como norma superior del ordenamiento jurídico, válida en todo el Estado, que establece como principios básicos de la organización territorial la unidad, la autonomía y la solidaridad (arts. 1.2, 9.1, 14, 137-139 CE, entre otros); b) los estatutos de autonomía como normas institucionales básicas de los entes territoriales (arts. 147 y 152 CE); c) los criterios básicos de la distribución de competencias (arts. 148-150 CE); d) los controles jurisdiccionales y la coacción estatal como cláusula de cierre propia del federalismo (arts. 153, 161-163 y 155 CE); e) convenios y acuerdos de cooperación entre ambas esferas territoriales (art. 145 CE); f) la separación entre la hacienda estatal y las autonómicas (arts. 156-158 CE).

Sólo se echa en falta, para completar el esquema que, además de los convenios y acuerdos de colaboración aludidos en el art. 145 CE, la Constitución cree un órgano de integración entre ambas esferas de poderes que es propia de todo Estado federal en su condición de Estado y, por tanto, de ente unitario, además de la Constitución federal que garantiza esta unidad. Es decir, un órgano que relacione instituciones centrales y territoriales para fomentar la integración, que permita que las comunidades autónomas participen en las instituciones del Estado, que contribuya a colaborar y cooperar con éste, así como facilite también la colaboración y cooperación de las comunidades autónomas entre sí. Para llevar a cabo tales funciones el órgano clásico es el Senado y el

previsto en nuestra Constitución no es, ni por su composición ni por sus funciones, un Senado federal.

Esta ausencia hay que incluirla, además, en el contexto de una falta de cultura federal, probablemente debida a la escasa tradición constitucional, que sólo alcanza al breve periodo de la II República, y un movimiento federalista durante el siglo XIX y principios del XX inspirado en modelos muy distintos a los federalismos actuales.

En efecto, en España el federalismo ha sido entendido en clave confederal por parte de los nacionalistas periféricos —que han confundido autonomía con soberanía— y en clave centralistas por los nacionalistas españoles, que siempre han considerado perturbador para el funcionamiento de los poderes públicos la participación de las comunidades en el Estado y la colaboración entre unos entes y otros. Ello es un grave error de perspectiva si tenemos en cuenta las necesidades actuales de los Estados y el funcionamiento de los estados federales de nuestro entorno cultural, que no se limitan a la separación de poderes y de competencias sino que entienden el federalismo como un sistema en el cual es fundamental la colaboración y cooperación entre estos poderes y el ejercicio leal de las competencias. Así pues, en el momento actual, aunque el Estado de las autonomías es estructuralmente federal (dejando a salvo que debe completarse con un Senado que lleve a cabo funciones de integración), funcionalmente lo es todavía muy escasamente por falta de una práctica política y administrativa que haya asimilado las enseñanzas del actual federalismo.

Así pues, si bien pudo sostenerse en un momento dado, con aceptables razones, que el Estado de las autonomías estaba «desconstitucionalizado», es decir, que su diseño no estaba en la Constitución², ello era debido simplemente por dos motivos principales: a) porque no se conocía su modelo final; y b) porque la distribución de competencias entre Estados y comunidades autónomas dependía en buena parte de los estatutos, de los cuales en aquellos momentos sólo estaban aprobados los de Cataluña y País Vasco y que, sobre todo, de acuerdo con la Constitución, podían tener grandes diferencias entre ellos según la vía escogida de acceso a la autonomía. Estas dos razones hacían dudar, fundadamente, del modelo final de la futura organización territorial del Estado. Pero los elementos esenciales del futuro Estado ya estaban configurados —como principios o como reglas, más de lo primero que de lo segundo— en el texto constitucional: simplemente había que desarrollarlos e interpretarlos. Lo primero ha ido de la mano del legislador, tanto estatal —con los estatutos y otras leyes— como autonómico —con su legislación propia—. Lo segundo de la mano del Tribunal Constitucional, cuya doctrina en materia de autonomía ha

² Véase el que fue en su momento estimulante artículo de CRUZ VILLALÓN, P., «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», incluido en su libro *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 1999.

sido decisiva para precisar y llenar de contenido muchos de los preceptos constitucionales³.

Por tanto, aquellos términos del art. 2 CE y del Título VIII que en los primeros tiempos parecían insuficientes para estructurar la organización territorial y cuyo significado era una incógnita, hoy son principios y reglas con un contenido ya muy definido por el desarrollo legislativo y por la jurisprudencia. Además, el desarrollo institucional de las Comunidades Autónomas —del cual son pieza esencial los estatutos— también ha contribuido a configurar la organización territorial. Desde la perspectiva de hoy, por tanto, puede afirmarse que la Constitución, interpretada por el Tribunal Constitucional y desarrollada por el legislador, contiene el esquema básico de nuestro modelo territorial de Estado.

2. Las distintas concepciones territoriales presentes en el consenso constitucional

Es sabido que una de las virtudes de la Constitución de 1978 es que fue elaborada mediante consenso. ¿Qué significa elaborar una Constitución por consenso? Significa, simplemente, que los acuerdos parciales a los que llegaban las fuerzas políticas al redactar el texto no eran aprobados por una mayoría numérica de votos sino a través de la transacción entre unos y otros grupos políticos, lo cual permitía una solución aceptada por todos. Con ello se pretendía alcanzar aquello que nunca había logrado ninguna Constitución española: que todos los partidos y tendencias políticas —o, al menos, una inmensa mayoría— pudieran considerar a la Constitución como algo propio y común, que fuera en definitiva la Constitución de todos. Esta enorme virtud tenía, sin embargo, un reverso inevitable: que algunas materias fueran reguladas de forma muy abierta, ambigua e indeterminada. Hemos visto como este carácter es, en cierta manera, propio de toda constitución que quiera perdurar en el tiempo. Pero si lo es en exceso, los problemas que se plantean no se resuelven sino que se aplazan.

En cierta manera, es lo que sucedió en materia de autonomías. Simplificando un poco, bajo el consenso constitucional se encubrían inicialmente tres posiciones distintas:

- a) *Federalismo de socialistas y comunistas*. Por tradición histórica y por convicciones sobre la necesidad de democratizar el Estado, el PSOE y el PCE-PSUC, tenían posiciones bastante similares que convergían en una posición federalista, entendiendo por tal la de los estados federales occidentales.
- b) *Regionalismo de UCD y AP*. Este regionalismo (para llamarlo de alguna manera) del bloque de partidos de centro y de derechas, es más inde-

³ M. Aragón es rotundo al afirmar: «Puede decirse, y no es exagerado, que nuestro Estado autonómico ha sido construido, principalmente, por el Tribunal Constitucional a través de sus sentencias». En su artículo, ARAGÓN REYES, M., «La construcción del Estado autonómico», en *Estudios de Derecho Constitucional*, CEPC, 2.ª ed., Madrid, 2009, p. 737.

finido y hasta contradictorio. En unos casos se limita a una descentralización administrativa generalizada, en otros a una combinación de autonomía con un alto nivel competencial para determinadas nacionalidades (País Vasco, Cataluña y, si no hay más remedio, Galicia) y una descentralización administrativa para las regiones (es decir, el resto de comunidades). En general, puede afirmarse que para muchos sectores de AP, la actitud era de rechazo a la autonomía y para la mayoría de la UCD, la autonomía se aceptaba pero con muchas suspicacias.

- c. *Confederalismo de los partidos nacionalistas (PNV y CDC⁴)*. No cabe duda que hay diferencias entre uno y otro: el PNV más foralista, CDC más autonomista. También hay que decir que sin su impulso en la etapa del primer desarrollo de las autonomías, especialmente en el periodo 1980-1983, el Estado autonómico no hubiera alcanzado las actuales cotas de descentralización política. Pero la autonomía era para ambos partidos, por su naturaleza de partidos nacionalistas, un mero escalón para alcanzar la soberanía, es decir, la independencia; en otras palabras, se mostraban partidarios de la autonomía en la medida que era un procedimiento gradual para alcanzar la independencia. En todo caso, ambos partidos también coincidían en que eran los representantes políticos de sus naciones respectivas (País Vasco y Cataluña) y que el resto (con dudas sobre Galicia) formaban parte de otra nación que era España. En consecuencia, como se vio años más tarde al rechazar el Pacto Autonómico de 1992, rechazaban todo igualitarismo competencial entre comunidades autónomas. Su «hecho diferencial» como naciones les otorgaba un derecho a ser tratados de forma muy distinta a las demás comunidades, como se ha comprobado después en los procesos de reforma estatutaria (el fracasado Plan Ibarretxe y el Estatuto de Cataluña de 2006, muy especialmente su tortuoso proceso de elaboración). En todo caso, como es natural, ni PNV ni CiU son partidos con una idea federalista de organización territorial sino, en sus pretensiones más moderadas, de una concepción confederal, de un pacto de organización territorial sobre lo que ellos llaman España.

Con el tiempo, a excepción de las fuerzas nacionalistas, sus posiciones han variado. Desaparecida la UCD, y coincidiendo con el cambio de denominación de AP en PP, en los años 90 este último acercó posiciones con el PSOE. Puede decirse que entre 1990 y 2003 casi no había diferencia entre ellos y el fruto de tal acuerdo se concretó en la firma de los Pactos Autonómicos de 1992 y su materialización posterior mediante reformas estatutarias y amplios trasposos de servicios públicos. Que Fraga Iribarne ocupara la presidencia de

⁴ En las Cortes constituyentes (1977-1979), *Convergència Democràtica de Catalunya* (CDC), el partido de J. Pujol y M. Roca Junyent, aún no había formado coalición electoral con *Unió Democràtica de Catalunya* (UDC), la cual dio lugar a CiU, que todavía perdura.

Galicia a partir de 1990 no es un hecho irrelevante en este cambio del PP. El PSOE, por su parte, abandonó la colaboración con el PP a raíz de la tramitación en el Parlamento de Cataluña (enero 2004-septiembre 2005) y después en las Cortes Generales (noviembre de 2005 hasta su aprobación a mitades de 2006) del Estatuto de Cataluña. En los demás estatutos aprobados en esta nueva oleada de reformas, volvieron a colaborar PSOE y PP aunque de forma circunstancial, precaria y con escasa convicción. IU, y todavía más IC, el partido que sucedió al PSUC, optaron por acercamientos más o menos intensos, en el País Vasco y Cataluña, a las fuerzas nacionalistas, originando una gran confusión en el resto de España, especialmente en el PCE, el componente principal de IU.

Todos estos distintos enfoques iniciales y, más tarde, los cambios y vaivenes de los distintos partidos en esta materia, influyeron en que la interpretación política del Estado de las autonomías tuviera eco en el seno del TC, acrecentado hasta el extremo en los últimos años a raíz de la lenta y atrabiliaria elaboración de la sentencia del Estatuto de Cataluña (STC 31/2010). En el lamentable proceso de elaboración de esta sentencia, las culpas se reparten entre quienes desde el interior del TC filtraron a la prensa interesadamente confusas noticias del debate interno, la ignorancia en materias constitucionales o la mala fe en su labor informativa de los medios de comunicación y las presiones partidistas sobre los magistrados. Todo ello ha contribuido a erosionar la imagen independiente del alto órgano jurisdiccional ante la opinión pública.

3. La falta de un modelo de referencia

La Constitución no cualifica con un término preciso nuestra forma territorial de Estado. Durante las Cortes constituyentes de la II República se abrió un debate sobre esta cuestión y se barajaron varios adjetivos, siempre insatisfactorios, que oscilaban entre calificar al Estado de unitario o federal. Esta cuestión la zanjó el presidente de la Comisión Constitucional, el profesor Jiménez de Asúa, diputado del PSOE, con una palabra entonces de moda entre los constitucionalistas: integración. Así pues, le llamó Estado integral. Dice el tercer párrafo del art. 1 de la Constitución de 1931: «La República constituye un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones». Las razones de tal denominación las expone Jiménez de Asúa en su discurso de presentación del Proyecto de Constitución⁵, un discurso en este punto bastante oscuro y confuso que presenta al Estado integral como una superación del unitario y del federal, ambos, dice Asúa, sometidos a una fuerte

⁵ Véase el discurso de JIMÉNEZ DE ASÚA en JULIÁ, S., «La Constitución de 1931», en colección *Las Constituciones españolas* (dir. ARTOLA, M.), vol. VIII, Iustel 2009, pp. 215-216. En este volumen se reproducen otros discursos de diputados constituyentes que inciden sobre esta materia.

crisis. En todo caso, esta denominación de «Estado integral» no aclaró nada respecto a la forma territorial de Estado: dicha forma había que deducirla del título I de la Constitución (arts. 8-22), interpretado dentro del conjunto de la misma.

En la Constitución de 1978 no se utiliza ningún término para cualificar la forma territorial de Estado. Los problemas para decantarse por uno u otro término fueron parecidos a los de los constituyentes republicanos en 1931: la denominación clásica de Estado federal no era convincente, la de Estado descentralizado o regional no resultaba adecuada para las nacionalidades históricas, la de Estado integral no tuvo en su momento ningún eco en el Derecho comparado. En lugar de inventar un término nuevo, los constituyentes optaron por no utilizar denominación alguna y la doctrina, que en los primeros años llegó a utilizar múltiples términos, se ha decantado mayoritariamente por Estado autonómico o de las autonomías. A su vez, el TC, que al principio se inclinó por Estado políticamente descentralizado, Estado compuesto o Estado complejo, tampoco se ha decidido finalmente por una terminología concreta.

¿Tiene ello alguna importancia? En realidad tendría poca si no contribuyera a añadir dudas sobre el modelo diseñado en la Constitución. Si la Constitución hubiera dicho explícitamente que España es un Estado federal, la utilización de las técnicas propias de esta forma de Estado hubiera sido menos discutible. Antes ya hemos insistido que, en lo substancial, el modelo estructural es estrictamente federal aunque en su funcionamiento muestra importantes carencias. Sin embargo, si nos atenemos a los preceptos constitucionales, podemos comprobar que el mayor influjo proviene de la Constitución de 1931, no sólo en las ideas y conceptos de fondo sino en su misma formulación gramatical. No obstante, dicha Constitución española, debido a su corta vigencia y al escaso desarrollo de las regiones autónomas, apenas ha podido servir de referencia al Tribunal Constitucional.

Se da la circunstancia, sin embargo, que la Constitución española de 1931 tuvo una notable influencia en la italiana de 1947 que estableció un modelo que la mayor parte de la doctrina ha denominado Estado regional. En el periodo constituyente, este modelo italiano, que parecía estar en su momento álgido de desarrollo, estuvo muy presente en las ideas de muchos diputados y entre muchos especialistas en derecho público. Sin embargo, en el desarrollo autonómico, especialmente en la jurisprudencia constitucional, el modelo de referencia ha sido el alemán que, en algunos de sus elementos estructurales básicos, es bastante distinto al español, lo cual ha ocasionado, a veces, interpretaciones forzadas y discutibles.

Además, una peculiaridad del sistema autonómico español que, no está en ningún modelo federal, ha creado múltiples dificultades interpretativas. Me refiero al hecho de que, según el art. 149.3 CE, las competencias de las comunidades autónomas están atribuidas en sus estatutos respectivos, con el límite de las competencias estatales reservadas al Estado en el art. 149.1 CE. Esta extraña y confusa forma de atribuir competencias a las comunidades, derivada

de la curiosa relación de los estatutos con la Constitución, ha sido la causante de múltiples conflictos competenciales. La doctrina, en base a la interpretación del art. 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ha configurado la noción de «bloque de constitucionalidad», cuya dificultad de interpretación estriba, sobre todo en que para la resolución de conflictos entre el derecho estatal y el autonómico hay que tener en cuenta, en ciertas ocasiones, que dos normas de distinto rango jerárquico (especialmente, Constitución y estatutos) son parámetro de constitucionalidad.

Más adelante nos referiremos a la necesidad de resolver, mediante reforma constitucional, este complejo y oscuro problema. En todo caso, ahora sólo se trata de constatar que la ausencia de un modelo claro de referencia (incluida su denominación precisa) y esta forma de atribuir competencias, distinta a todas las demás en el Derecho comparado, han creado enormes dificultades interpretativas al Tribunal Constitucional.

4. La progresiva implantación territorial del Estado autonómico

El art. 2 CE configura a la autonomía como un derecho de las nacionalidades y regiones que integran la nación española aunque éstas no se concreten en el texto constitucional. Ello supone que, a diferencia de la mayoría de estados federales, el mapa de los entes subestatales que conforman la organización territorial no está trazado de antemano sino que debe diseñarse con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución. El título VIII de la Constitución establece diversas vías para que ello se lleve a cabo. Se configura, por tanto, un derecho a la autonomía impropio —en el sentido de que no se trata de un derecho subjetivo— que ha sido denominado también principio dispositivo o de voluntariedad.

Aunque el mapa estaba casi decidido en el momento de aprobar la Constitución —las llamadas «preautonomías» lo prefiguraron casi totalmente—, los diversos procedimientos constitucionales de acceso a la autonomía tuvieron como consecuencia que, según la vía escogida, sus regímenes institucionales y competenciales fueran notoriamente desiguales hasta las reformas derivadas de los Pactos Autonómicos de 1992 que no acabaron de implementarse hasta los años 2001 y 2002. Por tanto, la desigualdad substancial entre los diversos niveles de autonomía duró algo más de veinte años, lo cual, por otro lado, es un periodo que debe ser considerado como breve si tenemos en cuenta otros países y, sobre todo, si tenemos también en cuenta que España era un Estado centralizado desde su formación en el siglo XIX y que ello había llegado al límite en el periodo franquista.

Pues bien, es en este periodo de veinte años, entre 1980 y 2000, que el Tribunal Constitucional debe interpretar los preceptos constitucionales en relación con los estatutos —de acuerdo con la idea de bloque de la constitucionalidad—, especialmente en el peliagudo tema de la distribución de competencias.

En materia competencial, doce comunidades estaban sujetas a los límites del art. 148.1 CE, dos de entre ellas tenían el añadido de competencias extraestatutarias (Canarias y Valencia mediante LOTRACA y LOTRAVA, leyes orgánicas previstas en el art. 150.2 CE). Navarra era un caso aparte dada su naturaleza foral y las cuatro que habían accedido por la vía del art. 151 CE (País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía), ni tenían idénticas competencias, ni accedían al mismo tiempo y de igual forma a la autonomía y, además, el País Vasco también era, como Navarra, una comunidad foral amparada por los llamados derechos históricos de la Disposición Adicional primera de la Constitución.

Por tanto, el Tribunal debió elaborar en estos años una jurisprudencia en la que estatutos de muy distinta naturaleza y contenido, articulan un Estado de las autonomías en fase de transición hacia un objetivo incierto. No fue fácil tarea. Y, sin embargo, sin la intervención mediadora del Tribunal, es muy probable que no hubiera sido posible articular todas las piezas de este modelo en construcción.

II. CONSECUENCIAS DE ESTOS OBSTÁCULOS

Si bien el camino recorrido no ha sido fácil, visto el proceso autonómico en perspectiva puede decirse que, por lo menos hasta los años 2000-2002, el itinerario ha tenido una coherencia: construir un Estado políticamente descentralizado dentro de los habituales parámetros del federalismo. Como ya era de prever en 1978 al aprobarse la Constitución, y estuvo meridianamente claro en 1981 al firmarse los Pactos Autonómicos UCD-PSOE, las autonomías se generalizaron en todo el territorio español. En efecto, a excepción de las ciudades de Ceuta y Melilla, en febrero de 1983 se aprobaron los cuatro últimos estatutos y todo el territorio español quedó integrado por comunidades autónomas. Pero esta generalización no implicaba igualdad y, por tanto, el modelo final era todavía una incógnita. Ésta se despejó en 1992 con los nuevos Pactos Autonómicos firmados entre el PSOE y el PP, que se decidieron a reformar los estatutos derivados de la vía del art. 143 CE para que las distintas comunidades alcanzaran un nivel similar de competencia.

Finalizada esta fase en el año 2001, tras los últimos trasposos en materia sanitaria y una profunda reforma de la LOFCA, debía empezar a acometerse una tercera etapa tras las de generalización (1981-1992) e nivelación (1992-2001): se trataba de afrontar la etapa de integración. En efecto, el Estado se había sometido a un profundo proceso de descentralización política y la tarea pendiente consistía en completar la integración de las comunidades en el Estado para dar por finalizado el diseño federal. Tras un desarrollo de casi 25 años, el poco definido Estado de las autonomías regulado sólo a grandes rasgos en la Constitución, se había convertido en un Estado federal, es decir, en un miembro más de la familia de estados federales que en Europa iniciaron Suiza, Alemania y Austria.

Sin embargo, ahí se produjo un giro incoherente con esta dirección federal: primero el intento de reforma del Estatuto vasco —el llamado Plan Ibarretxe, que ni siquiera fue tramitado en el Congreso de los Diputados— y, segundo, la reforma del Estatuto catalán que comenzó a elaborarse en el año 2000, cogió empuje en enero de 2004 con la formación del gobierno tripartito en Cataluña presidido por Maragall y fue aprobado y entró en vigor en 2006. A su sombra, se aprobaron también otros estatutos de autonomía (Comunidad Valenciana, Andalucía, Aragón, Baleares, Castilla-León y Extremadura) que han añadido muy poco al modelo y que, tras la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña, entre otras, han quedado muy desdibujados. La fase de integración hoy, en 2011, todavía no ha comenzado, y el desarrollo autonómico está, de hecho, tal como estaba diez años atrás.

En este desarrollo de 30 años de autonomía, probablemente lo más sólido, aquello que ha determinado con autoridad conceptos y límites, ha sido la doctrina del Tribunal Constitucional. Recordemos algunos hitos fundamentales: la compatibilidad entre la unidad del Estado y la autonomía de las Comunidades, así como la autonomía local; el encaje constitucional de los derechos históricos; la relación de los estatutos con la Constitución, las leyes orgánicas y las leyes del art. 150 CE; la prohibición de normas meramente interpretativas; el concepto de bases, leyes básicas y legislación básica; el carácter de las diversas competencias, la delimitación entre las mismas, el papel de la cláusula residual y del principio de supletoriedad, así como la laboriosa delimitación de muchas de estas competencias, en especial la ubicación de las asignadas al Estado en los arts. 149.1.1, 149.1.13 y 149.1.18 de la Constitución; la consagración del principio de lealtad constitucional y los conceptos de coordinación, cooperación y colaboración; o, finalmente, el impacto jurídico del derecho de la Unión Europea en el derecho interno español sin desequilibrar las competencias del Estado y de las comunidades autónomas.

Ciertamente, con las naturales discrepancias, ha sido en general una jurisprudencia ecuaníme y ponderada, bien aceptada por los distintos sectores políticos y doctrinales, que ha permitido orientar al legislador, tanto estatal como autonómico, y asentar razonablemente una organización territorial sobre la que se planteaban de entrada numerosas dudas. Ahora bien, hay que reconocer que en la aplicación concreta de esta construcción jurisprudencial, el Tribunal ha tenido que hacer en muchos casos más de árbitro que de juez, ocupando así un lugar que no le corresponde.

Como es sabido, el juez debe limitarse a encontrar significado a las normas de acuerdo con los métodos de interpretación aceptados por la comunidad jurídica, la comunidad de los intérpretes. El juez debe pacificar las controversias mediante métodos objetivos y coherentes que traten a las partes de acuerdo con el principio de igualdad. El juez actúa desde la norma y sólo desde la norma.

Distinto es, en cambio, el papel del árbitro que, sin despreciar las normas, lo que intenta preferentemente es conciliar los intereses de las partes, las cuales

le han elegido árbitro porque le reconocen como autoridad debido a su rectitud, moderación y desinterés respecto al fondo de la cuestión que se debate. Hay puntos de conexión entre juez y árbitro — así como también entre la figura del mediador en relación con ambos — pero la distinción es clara y se concreta en dos aspectos: al juez no lo eligen las partes sino que está predeterminado por el derecho y está sólo sometido a las normas jurídicas; al árbitro lo eligen las partes, previamente decididas a someterse a sus decisiones, pero estas decisiones no sólo las funda en normas sino también en los intereses respectivos. El arbitraje tiene un recorrido importante en cuestiones de derecho privado pero escaso en derecho público. Y aún siendo poco nítida, a veces, la frontera entre privado y público, el Tribunal Constitucional es ante todo un órgano que debe resolver cuestiones de derecho público.

El TC debe ser, por tanto, juez y sólo juez, sin dejar resquicios para que deba hacer de árbitro. Y si ha debido ejercer de árbitro es por un exceso de indeterminaciones del legislador o demasiadas lagunas del texto constitucional dada su escueta redacción en materia autonómica. En especial, por la dificultad de delimitar competencias conciliando dos normas de distinta naturaleza y jerarquía: el art. 149 CE y los preceptos del estatuto correspondiente que atribuyen competencias.

Además, el mismo Tribunal se puso la soga al cuello al interpretar, al menos tácitamente, que la cláusula de prevalencia recogida en el 149.3 CE era inaplicable en nuestro sistema. Aunque hay razones para mantener esta posición — las similitudes de nuestra distribución competencial con Austria y el esquema teórico en este punto de Kelsen — es indudable que un principio de la dogmática es que todo precepto debe encontrar algún sentido dentro de un sistema jurídico, no puede ignorar su existencia. Si el constituyente lo introdujo hay que presumir que alguna razón tendría y, sobre todo, alguna consecuencia jurídica quería otorgarle. Más todavía cuando preceptos semejantes están vigentes en sistemas federales de referencia, como Estados Unidos y Alemania, además de figurar también en el art. 21 de la Constitución de 1931, una prueba más de la influencia del texto republicano en nuestros constituyentes.

En cualquier caso, no cabe duda que esta ausencia de significado jurídico del principio de prevalencia es desconcertante y ofrece serias dudas interpretativas. Más adelante, en el apartado siguiente, intentaremos encontrarle un significado.

De todo lo dicho podemos deducir dos consecuencias. Primera, la fase de descentralización política terminó hacia el año 2001 y no se ha pasado a la fase de integración, como hubiera sido coherente con la línea federalista seguida hasta entonces. Así pues, lo que falta es culminar el modelo. Segunda, el TC debe dejar de ser árbitro para pasar a ser sólo juez, intérprete de normas jurídicas aplicadas a un caso controvertido, bien un recurso o cuestión de inconstitucionalidad, bien un conflicto de competencia. Para lograrlo son los órganos políticos — en especial, un Senado reformado — quienes deben llevar a cabo el desarrollo autonómico, especialmente en esta fase de integración, no

el TC. Además, debe facilitarse la labor hermenéutica de este Tribunal clarificando la distribución de competencias y encontrando sentido jurídico al principio de prevalencia. En definitiva, y como conclusión, hay que evitar en lo posible que la construcción del Estado de las autonomías recaiga, en aquello que no es de su competencia, sobre los hombros del TC.

III. PROPUESTAS DE REFORMA

Con todo lo dicho, llegamos a la conclusión que si bien la jurisprudencia del TC ha sido hasta ahora inevitable y positiva en la construcción del Estado autonómico, no deben ocultarse sus desventajas e inconvenientes, sobre todo en la fase de integración que está por comenzar.

En primer lugar, la función cuasi-arbitral a que se ha visto sometido el TC por el tipo de controversias sobre las que debía pronunciarse, le ha causado en determinadas ocasiones —la última, y más notoria, la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Cataluña— un serio desgaste al ser acusado de politización y perder la *auctoritas* que es imprescindible para desempeñar correctamente sus funciones. En segundo lugar, el que sea cierto que el TC ha sido decisivo en la configuración del Estado de las autonomías, como sostiene una mayoría de la doctrina, no quiere decir que ello sea lo óptimo, más aún cuando estamos en una fase de integración que no requiere tanto doctrina constitucional para resolver conflictos como reformas constitucionales y legislativas que el Tribunal, en ningún caso, puede llevar a término.

Por tanto, de lo que se trata en esta etapa es de integrar políticamente a las comunidades autónomas en los órganos del Estado global y de facilitar la labor del Tribunal para que se limite a su función de juez y no se vea obligado a desbordar los límites de esa función. Vamos a indicar algunas reformas en ambas líneas de actuación⁶.

1. Integrar a las comunidades en el Estado: la reforma del Senado

En los últimos veinte años, la reforma del Senado ha sido materia de constante debate académico y, en la actualidad, también de debate político. En efecto, a pesar de que la Constitución caracteriza al Senado como «cámara de representación territorial» (art. 69.1 CE), ni por su composición ni por sus

⁶ Las reformas que señalaremos a continuación no son las únicas que, a nuestro modo de ver, necesita el Estado de las autonomías sino sólo aquellas que reubiquen las funciones del TC para que sus resoluciones no erosionen el carácter estrictamente jurisdiccional del órgano. Sobre las otras reformas, véase mi colaboración en el libro colectivo, VV. AA., «La reforma constitucional ¿hacia un nuevo pacto constituyente?», en *Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 47-112.

funciones ocupa este lugar y resulta ser, simplemente, una cámara legislativa de segunda lectura con apenas competencias de control del Gobierno; en definitiva, un órgano de muy escaso peso institucional y, en todo caso, sin ninguna función decisiva respecto a la organización autonómica. La idea de que el Senado ha sido configurado como una cámara inútil ha estado presente desde la aprobación de la Constitución. Su papel a lo largo de los años transcurridos de democracia constitucional así lo ha confirmado. Por tanto, la reforma del Senado es la que suscita un amplio consenso, aunque este consenso se desvanece al proponer un modelo concreto.

En efecto, se han propuesto modelos de Senado muy variados, si bien en la inmensa mayoría de los casos con una preocupación y finalidad común: que la segunda cámara sirva para integrar a las comunidades autónomas en las instituciones estatales. Este es el más reconocido vacío de nuestro modelo institucional.

Toda reforma del Senado resulta de combinar dos elementos: el modo de elección y las funciones de la cámara. La coherencia entre ambos elementos es uno de los principales parámetros para enjuiciar su idoneidad. Los distintos tipos de Senado que se han propuesto podemos agruparlos en tres modelos principales basados en el tipo de designación de senadores: a) sufragio universal directo en cada una de las comunidades autónomas; b) sufragio indirecto a través de la elección de senadores por los parlamentos autonómicos; c) designación de los senadores por los gobiernos de las comunidades. A partir de estos modelos, podemos deducir las posibles funciones de la cámara⁷. Pasemos, pues, a comentar muy brevemente sus rasgos fundamentales.

1.1. SENADO ELEGIDO POR SUFRAGIO DIRECTO EN CADA UNA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Se trata de un modelo que no ofrece una variación sustancial respecto al actual: la principal diferencia con el mismo consiste en el tamaño de la circunscripción. En efecto, entre sus defensores hay acuerdo en que dicha circunscripción sea la comunidad autónoma y no la provincia, como en la actualidad,

⁷ La bibliografía sobre la reforma del Senado es enormemente extensa. Una buena síntesis sobre los distintos modelos propuestos lo encontramos en el Informe del Consejo de Estado y en los trabajos académicos que lo acompañan. En efecto, las ponencias de los profesores Eliseo Aja, Paloma Biglino, Alfonso Fernández-Miranda, Piedad García-Escudero, Pedro González-Trevijano, Francisco J. Ulera y Ramón Punset, recogen muy bien las distintas posiciones. A su vez, el trabajo del relator de estas ponencias, el profesor Ángel Garrarena, que se incluye en dicho volumen, va mucho más allá del simple resumen de las distintas posiciones y matiza con profundidad y conocimientos el debate suscitado. Véase todo ello en RUBIO LLORENTE, F. y JUNCO ÁLVAREZ, J., *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, CEPC, Madrid, 2006, pp. 178-241 y 709-929. Un reciente estado de la cuestión, con tesis final, en el artículo de CIDONCHA MARTÍN, A., «El Senado y su reforma (un clásico de nunca acabar)», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2001.

prescindiendo también, en todo caso, de los senadores elegidos por los parlamentos autonómicos. Además, por supuesto, las funciones deberían estar especializadas en materias que afectaran a la organización territorial. Sin embargo, el resultado seguiría siendo una cámara muy semejante al Congreso y, por tanto, no aportaría ningún cambio sustancial: la lógica partidista de la cámara baja se trasladaría al Senado con los mismos resultados.

Un Senado de estas características no llevaría a cabo funciones de integración de las comunidades ni de participación de estas en la dirección del Estado. Por tanto, la reforma supondría un mero retoque, no un verdadero cambio y, en realidad, a mi modo de ver, para llegar a esta meta es mejor no emprender ninguna reforma constitucional y dejar las cosas tal como están.

1.2. SENADO ELEGIDO POR LOS PARLAMENTOS AUTONÓMICOS

Esta es una segunda opción. Ya en la actualidad, una pequeña parte del Senado es elegido por esta vía. Esta es la fórmula empleada en algunos países federales, como es el caso de Austria. En efecto, allí los senadores son elegidos por los parlamentos de los *länder* en un número proporcional a su población. Sus funciones, sin embargo, son escasas: sólo en muy reducidos supuestos el Senado tiene un veto absoluto, la mayoría de las veces es sólo suspensivo y la decisión última está siempre en la cámara baja. Además, y esto es lo más significativo, no se trata de una cámara especializada en cuestiones federales sino en funciones legislativas. Las cuestiones federales son decididas en un órgano *ad hoc*, la Conferencia de Presidentes de los *länder*.

La transposición de este modelo a España exigiría por supuesto una reforma constitucional y convertiría al Senado en un órgano representativo, aunque indirecto, de los ciudadanos de las comunidades autónomas, siempre que el número de senadores fuera proporcional a la población de estas comunidades. Con este modelo, las comunidades tendrían mayor influencia que ahora en las funciones legislativas —especialmente en la tan conflictiva legislación básica— y también permitiría que dichas comunidades participaran indirectamente en la elección de los miembros de altos órganos constitucionales, como son el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, y también del el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, entre muchos otros. Con ello, la integración de las comunidades en el Estado se vería más reforzada que ahora aunque no en el nivel óptimo necesario.

Sin embargo, una composición de este tipo no escaparía tampoco a la lógica partidista, ni sería este el órgano adecuado para efectuar funciones de cooperación, propias de los gobiernos y las administraciones públicas, ni tampoco sería el instrumento idóneo para que las comunidades participasen en la Unión Europea, dado el carácter técnico que exige esta institución, ajeno, muy probablemente, a la capacidad de los senadores. Por tanto, aunque el cambio sería de mayor calado que en el modelo anterior y la funcionalidad del Senado

aumentaría, tampoco resultaría ser el modelo más adecuado para que la alta cámara desempeñe las funciones que el actual federalismo necesita.

1.3. EL SENADO DESIGNADO POR LOS GOBIERNOS AUTONÓMICOS

Lo más acertado, probablemente, sería configurar un modelo de Senado semejante al alemán, desde mi punto de vista el más adaptado a las necesidades del federalismo cooperativo, propio del Estado Social. En efecto, el Senado alemán (*Bundesrat*) es designado por los Gobiernos de los *länder* y ejerce funciones legislativas importantes en todas aquellas materias que inciden en sus competencias, así como también funciones de cooperación entre los mismos. En consecuencia, el *Bundesrat* es un órgano que permite la participación de los Gobiernos de los *länder* en las instituciones federales, tanto legislativas como, incluso, ejecutivas.

Una fórmula de este tipo permitiría en España que los ejecutivos autonómicos participaran, a través del Senado, en la elaboración y aprobación de la legislación que les afectara —leyes de bases, financieras u otras de interés autonómico— y ejercieran funciones de cooperación entre comunidades autónomas. Además, como en el supuesto anterior, las comunidades autónomas participarían también a través del Senado en la elección de los miembros de los órganos constitucionales del Estado antes mencionados, así como de otros órganos, políticos y técnicos, de elección parlamentaria. También en un Senado de este tipo las comunidades podrían establecer posiciones comunes en las decisiones de ámbito europeo en colaboración con el Estado. Con este modelo, el Senado podría desempeñar un papel integrador decisivo dentro de un sistema federal fuerte.

2. Facilitar la labor del TC para que su función sea exclusivamente jurisdiccional

De los varios aspectos señalados en páginas anteriores, queremos destacar dos que han complicado extraordinariamente la labor jurisdiccional del Tribunal.

En primer lugar, la indefinición que provoca el hecho de que sean los estatutos de autonomía quienes atribuyan competencias a las comunidades autónomas. Ahí, como hemos dicho, el TC debe determinar cuál es el impreciso espacio vacío entre las competencias del Estado y de las comunidades: las del Estado deducibles de una norma de rango superior (la Constitución) y las de las comunidades deducibles de una ley subordinada a la anterior (el Estatuto). En este impreciso terreno el TC tiene serias dificultades para establecer los límites.

En segundo lugar, la no utilización de la cláusula de prevalencia, constitucionalizada en el art. 149.3 CE, pero a la que no se ha dado, como hemos

dicho, la función que tiene en otros estados federales como Estados Unidos o Alemania. Creemos que había que modificar, mediante reforma constitucional, la fórmula de atribución de competencias recogida en el art. 149.3 CE y dar eficacia jurídica a la cláusula de prevalencia mediante una interpretación de la misma en sentido federal. Vamos a examinar tales cuestiones.

2.1. REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

El sistema español de distribución de competencias es ciertamente peculiar, único en el Derecho comparado y, como se ha visto en los procesos de reforma estatutaria vasca y catalana, ofrece demasiadas facilidades a quienes quieren proponer reformas que pongan en cuestión, permanentemente y de forma desleal, al Estado de las autonomías.

En efecto, en el sistema vigente, el procedimiento de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas está fijado en los dos primeros incisos del art. 149.3 CE y consiste en dos sencillas reglas: primera, «las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las comunidades autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos»; segunda, «la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado». A su vez, el art. 147.2d) CE establece que el Estatuto deberá relacionar el listado de competencias que la comunidad respectiva asume dentro del marco constitucional.

De todo ello se deduce que son los Estatutos quienes atribuyen competencias a las comunidades autónomas, siendo titular el Estado, además de aquellas competencias que le corresponden en virtud de la Constitución (fijadas de manera especial, aunque no sólo, en el art. 149.1 CE), también aquellas otras que le corresponden residualmente al no haber sido asumidas por los estatutos como propias. Por tanto, son los Estatutos, en virtud de lo establecido en la Constitución (arts. 149.3 y 147.2d) CE) las normas encargadas de la atribución de competencias a las comunidades y también, por defecto, al Estado, en aplicación de la cláusula residual.

Esta forma de atribuir competencias deriva, evidentemente, del principio dispositivo, de la gradualidad en el distinto contenido de los poderes de cada comunidad según la vía escogida para acceder a la autonomía y, en consecuencia, responde a la idea de que la autonomía es un derecho de las nacionalidades y regiones. A mi modo de ver, este derecho a la autonomía ha perdido eficacia al acceder todas las nacionalidades y regiones a la autonomía y lo coherente sería que dicha autonomía ya no fuera considerada como un derecho sino como un principio configurador de la organización territorial del Estado. Además, la actual forma de atribución de competencias se ha revelado como poco clara y políticamente muy perturbadora, entre otras razones porque se presta a fomentar una puja constante para conseguir más competencias, vía

reforma de estatutos, a pesar de que estos hayan asumido todas las competencias que la Constitución permite. Los nuevos estatutos, en especial el de Cataluña, son un claro ejemplo de todo ello.

Lo más razonable para zanjar estos problemas —la incoherencia jurídica y los inconvenientes políticos— sería adoptar las fórmulas de países federales consolidados —como Estados Unidos o Alemania— y atribuir al Estado sólo las competencias que le correspondan según la Constitución y a las comunidades autónomas todas las demás: sería más claro, menos conflictivo y, sobre todo, mucho más igualitario. Así los estatutos no deberían explicitar las competencias autonómicas. De esta manera, al no tener que incluir las competencias en su texto, los Estatutos se convertirían en aquello que la Constitución misma ya establece: en normas institucionales básicas (art. 147.1 CE), es decir, en normas cuya finalidad se limite a regular las instituciones internas de la comunidad.

Para configurar en la Constitución esta reforma, la solución es muy simple: basta modificar los dos primeros incisos del art. 149.3 CE antes mencionados y reconvertirlos en uno solo que, de manera muy sencilla, podría redactarse así: «Las competencias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución corresponderán a las comunidades autónomas»⁸. De esta forma todas las comunidades gozarían del mismo grado de autonomía y se pondría fin a la recurrente subasta para incluir nuevas competencias en los estatutos, utilizada siempre como bandera ideológica y partidista en algunas comunidades por los partidos nacionalistas y objeto de inevitable emulación en todas las otras. Así, las discrepancias respecto a la titularidad de las competencias abandonarían el campo de la política y pasarían a resolverse puntualmente sólo en el ámbito jurisdiccional: serían los jueces, en cada caso, quienes resolverían los conflictos conforme a derecho, algo que es normal en los países federales.

Además, mediante esta reforma, dejarían de tener sentido las leyes del art. 150 CE, una confusa apertura más, también inédita en el Derecho comparado. Este artículo, por tanto, debería también derogarse.

Este cambio en el sistema de atribución de competencias permitiría acabar o, cuando menos atenuar, la presión permanente de los partidos nacionalistas para obtener más competencias, lo cual conduce, de forma inevitable, a pretender siempre nuevas reformas estatutarias. Ciertamente, esta agitación la necesitan más como enseña reivindicativa que como una necesidad real. La resolución de los conflictos en instancias judiciales contribuiría a despolitizar estas cuestiones para reconducirlas, en la medida de lo posible, por cauces jurídicos.

⁸ Esta es la fórmula que propone BALAGUER CALLEJÓN, F., en su ponencia incluida en el volumen citado del *Informe de Consejo de Estado*, *op. cit.*, véase pp. 579-581, con razonamientos parecidos, si no idénticos, a los aquí expresados. En cambio, en el cuerpo del *Informe*, la cuestión es tratada de forma muy tangencial y considerada, sin apenas argumentación, como una propuesta simplista (véase *Informe del Consejo de Estado*, *op. cit.*, p. 132).

El nacionalismo, como es sabido, se alimenta siempre de un conflicto imaginario. Efectivamente, los nacionalistas afirman, mediante palabras de significado misterioso, que son representantes de una «nación» (Cataluña, País Vasco) que no está «cómoda» porque «no encaja» dentro de otra «nación» (España). Pero en cuanto los representantes de esta última —que también son sus representantes por estar integrados en ella— ofrecen alguna solución para alcanzar un mejor «encaje» y llegar a una fase de mayor «comodidad», la aceptan inmediatamente y, a renglón seguido, dicen que es insuficiente y plantean nuevas exigencias. Cuando al cabo de un cierto tiempo, se accede a satisfacer estas nuevas exigencias, las aceptan de nuevo e, inmediatamente, plantean otras distintas. Y así indefinidamente.

Este proceso lo hemos comprobado en las recientes reformas estatutarias del País Vasco y Cataluña. Normalmente las soluciones que piden y que se acaban satisfaciendo son, además de las financieras, las competenciales. Por ello, fijar definitivamente el marco de las respectivas competencias es un elemento esencial, probablemente el más decisivo, para consolidar el modelo autonómico. La apertura que supone la actual redacción del art. 149.3 CE resulta tan original dentro del federalismo comparado como disfuncional para nuestro orden constitucional y para nuestro sistema político. Un sistema federal de distribución de competencias que sustituya al actual sistema, permanentemente abierto a nuevas reformas, es la clave para consolidar, de forma estable, el modelo autonómico.

2.2. UNA NUEVA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE PREVALENCIA

El principio de prevalencia de la ley estatal sobre la autonómica —contenido en una cláusula del art. 149.3 CE— no pretende resolver conflictos de competencia sino colisiones entre normas de dos ordenamientos distintos.

En los conflictos de competencia lo que se dirime es quién es el titular de una función, es decir, si el sujeto que tiene atribuida una competencia —es decir, que está facultado para ejercer una función sobre una materia— es el Estado o una Comunidad Autónoma. La atribución de la competencia a uno de los sujetos excluye que pueda serle atribuida también al otro. Por lo tanto, el conflicto se resuelve declarando nulos, es decir, inválidos, los actos o normas de quién no es competente; dicho conflicto se desarrolla, por tanto, en el plano de la validez.

El principio de prevalencia no pretende determinar cual es el sujeto que tiene atribuida una competencia sino resolver con conflictos normativos en el caso que tanto el Estado como una Comunidad Autónoma tengan competencia sobre una determinada materia, es decir, en el supuesto de competencias concurrentes en el sentido fuerte de la palabra. En este supuesto, las normas emanadas de ambos niveles son válidas pero sólo una de ellas puede ser aplicable. Por tanto, la prevalencia no resuelve problemas de validez sino de aplicabilidad.

Si consideramos que, de acuerdo con la literalidad del art. 149 CE⁹, la distribución de competencias entre Estado y comunidades autónomas se lleva a cabo delimitando sólo materias, no cabe la posibilidad de que exista conflicto normativo alguno entre las competencias estatales y las autonómicas, ya que los respectivos poderes creen actuar dentro de su propia esfera competencial. En ese caso pueden darse en la práctica conflictos competenciales pero no normativos.

Sin embargo, la práctica legislativa ha demostrado que ello no es nada claro en las denominadas competencias transversales, especialmente en las competencias asignadas al Estado en los apartados 1º y 13º del art. 149.1 CE. En efecto, el primero establece que el Estado es titular exclusivo de «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales»; el segundo, otorga al Estado competencia exclusiva en las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica», competencia que ha sido interpretada como equivalente a la «ordenación general de la economía». Ciertamente, ambas competencias afectan de forma horizontal a otras muchas materias, tanto las enumeradas en el propio art. 149.1 CE, como, muy especialmente, las que atribuyen competencias a las comunidades autónomas en sus respectivos estatutos. Por esta razón se suelen denominar competencias transversales.

Estos dos apartados del 149.1 CE, precisamente por esta transversalidad, probablemente son los que más conflictos han originado entre Estado y comunidades autónomas, dando lugar, además, a contradictorias sentencias casuísticas y de dudosa fundamentación. Estos son los casos en que se ha sostenido, con buenas razones, que el TC ha actuado más como árbitro, conciliando intereses, que como juez, aplicando normas. Probablemente ello sea debido a una premisa equivocada: los apartados 1º y 13º del art. 149.1 CE no atribuyen propiamente materias al Estado sino fines u objetivos que al ser desarrollados normativamente no deben afectar a la titularidad de las competencias de las comunidades sino a condicionar su ejercicio. En definitiva, no impiden el ejercicio de ninguna competencia autonómica garantizada en sus estatutos respectivos sino que, en su caso, el Estado, titular de estas competencias transversales, puede condicionar el ejercicio de la competencia autonómica afectada¹⁰.

⁹ En efecto, interpretado literalmente el art. 149 CE se refiere sólo a materias, sean del Estado o de las comunidades autónomas. A este respecto, el inciso primero del art. 149.1 CE dice: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes *materias* (...)». A su vez, el art. 149.3 CE se refiere por dos veces a las materias de las comunidades autónomas, tanto en la cláusula de atribución como en la residual: «Las *materias* no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las *materias* que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía, corresponderán al Estado (...)».

¹⁰ Este planteamiento está brillantemente expuesto, de forma amplia, en el libro de DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *Mercado nacional único y Constitución*, CEPC, Madrid, 2008, pp. 155-200 y 201-219.

En estos supuestos, el hipotético conflicto —que, recordemos, no es una disputa por la competencia sino por cual es la norma aplicable— se resuelve mediante la aplicación del principio prevalencia establecido en el art. 149.3 CE: las normas del Estado «prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las comunidades autónomas, en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas». Por tanto, en este supuesto, si se interpone un conflicto jurisdiccional para dilucidar cuál de las dos normas —la estatal o la autonómica, ambas válidas— debe aplicarse, el órgano que debe resolverlo no es el TC —dado que no es un conflicto de competencia— sino la jurisdicción ordinaria, en concreto, los tribunales del orden contencioso-administrativo.

Así encontramos sentido a la cláusula de prevalencia. Ninguna reforma constitucional sería necesaria para darle este significado. Bastaría con una interpretación del TC respecto a las competencias transversales caracterizándolas no como funciones que se proyectan sobre ámbitos materiales —que es el caso de las demás competencias— sino sobre fines u objetivos de los poderes públicos, algo no extraño en el Derecho comparado.

El fundamento jurídico de este carácter finalista, y no material, de las competencias transversales está en ciertos preceptos principales del Título VIII (englobados en el título I denominado «Principios generales») que, por su posición, irradian interpretación respecto de los restantes preceptos, entre ellos, por supuesto, los apartados 1 y 13 del art. 149.1 CE. En concreto, se trata del art. 139.1 CE (la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio del Estado) que fundamenta el 149.1.1º CE; y del art. 138 CE (garantía efectiva del principio de solidaridad mediante el deber de velar por el equilibrio económico adecuado y justo entre todas las partes del territorio, e interdicción de privilegios económicos y sociales debido a las diferencias entre estatutos) que sirve de fundamento al art. 149.1.13 CE. Otorgando esta función, típica de estados federales, al principio de prevalencia del derecho estatal sobre el de las comunidades autónomas, el TC dejaría de correr el riesgo de parecer —con razón o sin ella— como árbitro en la resolución de todos estos conflictos pasando los mismos a la jurisdicción ordinaria.

IV. CONCLUSIONES

A mi modo de ver, con estas reformas o reinterpretaciones, los poderes del Estado y de las comunidades autónomas seguirían siendo equilibrados.

Por un lado, las reformas constitucionales del Senado y del art. 149.3 CE en el sentido indicado, reforzarían el papel de las comunidades, integrándolas en el Estado, es decir dándoles un mayor peso en el mismo, e igualando sus competencias, a la vez que anulando la cláusula residual a favor de competencias estatales. Por otro lado, de acuerdo con la interpretación apuntada, se habría encontrado un sentido constitucional a la cláusula de prevalencia y el

Estado se convertiría en garantía de la igualdad y de la eficiencia en materia económica.

Además, de una parte, se limitaría notablemente el papel de la jurisdicción constitucional en el desarrollo autonómico, pasando el Senado reformado, integrado por representantes de las comunidades, a tener una responsabilidad fundamental en tal desarrollo; y, a su vez, se reducirían los conflictos de este género ante el TC y se evitaría que a este órgano jurisdiccional se le siguieran trasladado conflictos que deben ser resueltos en sede política.

La distribución de competencias en los sistemas federales. Una propuesta para una hipotética reforma constitucional en España

Joaquín Tornos Mas
Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Barcelona

SUMARIO: Introducción. PRIMERA PARTE. Sistemas federales y distribución de competencias. 1. Federalismo y distribución de competencias. 2. Los modelos de distribución competencial. 3. La articulación jurídica del reparto competencial. 4. Las garantías jurídicas y políticas. 5. Flexibilidad. SEGUNDA PARTE. El caso español. 1. El reparto competencial debe establecerse en el texto constitucional. 2. De los sujetos del pacto constitucional. 3. ¿Qué competencias? 3.1. Federalismo dual o cooperativo. 3.2. ¿Qué funciones y materias deben corresponder a cada nivel? 3.3. Uniformidad o diversidad. 4. Cómo articular el reparto de competencias.

Introducción

El presente trabajo parte de las siguientes premisas. Tras más de cuarenta años de funcionamiento del «Estado de las Autonomías» debe abrirse el debate sobre la reforma de la Constitución española de 1978 en lo relativo al diseño de su modelo de organización territorial y, más en concreto, de su modelo de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El sistema actual no ha resuelto las tensiones con Cataluña y el País Vasco y debe adecuarse a la nueva realidad de una España integrada en Europa y en un mundo globalizado. Por otro lado debe definir un sistema de reparto de poder que la Constitución de 1978 dejó intencionalmente abierto.

La vía de las recientes reformas estatutarias ha fracasado en su intento de redefinir los poderes autonómicos y, a través de esta solución singular, los po-

deres del Estado¹. De este modo nos encontramos con unos Estatutos más complejos pero sustentados de hecho en la relectura de la Constitución de 1978 y sujetos en todo caso a lo que diga el Tribunal Constitucional. Es decir, estamos como antes. Ahora es necesario plantear una reforma que se sustente en una visión del conjunto del Estado.

La mejor fórmula general para salir del desconcierto actual y poder sentar las bases de un nuevo modelo estable es acudir a los principios del sistema federal². Un sistema que presenta múltiples variedades pero que continúa siendo la mejor fórmula posible para integrar la diversidad en un sistema unitario.

De acuerdo con estas premisas se exponen en primer lugar los principios generales de los sistemas federales en materia de distribución de competencias para, a continuación, formular a grandes rasgos los temas que deberían recogerse en una hipotética, y por el momento lejana, reforma constitucional. Pero que la reforma sea lejana no quiere decir que no sea bueno empezar a debatir sobre su conveniencia y posibles contenidos.

Por otro lado es evidente que la reforma constitucional del modelo de organización territorial no puede limitarse a los aspectos competenciales. La distribución territorial del poder deberá también tener en cuenta otras cuestiones conexas que nosotros no tratamos. Así, los aspectos organizativos, de financiación o de coordinación entre los dos niveles. Y también la relación con Europa, ya que la Unión Europea es una fuente continua de alteración de los repartos de competencias internas.

¹ Sobre el alcance de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 que examinó la constitucionalidad del Estatuto catalán de 2006 y su incidencia en la pretendida reforma del sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas puede verse ORTEGA, L., «Los estatutos de autonomía tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010», en *Istituzioni del Federalismo*, n.º 1, 2011, pp. 47 y ss. En concreto, el citado autor dice, p. 66: «la primera gran consideración que cabe extraer de esta sentencia es que la oleada de nuevos Estatutos de Autonomía no da lugar a un nuevo modelo competencial. Si ha producido, en cambio, una clarificación del modelo y en especial del distinto papel que juegan en él la Constitución y los Estatutos de Autonomía y, unido a la Constitución, la función interpretativa del Tribunal Constitucional. Todo lo que del modelo competencial se localiza en la Constitución y en la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional es indisponible por parte de los Estatutos de Autonomía, que en esta materia pasan a ser considerados con claridad como normas infraconstitucionales».

² Tomo la expresión del «desconcierto» y la necesidad del modelo federal del libro del profesor TUDELA, J., *El Estado desconcertado y la necesidad federal*, Civitas, Madrid, 2009. Sin negar la complejidad del sistema federal y la falta de verdaderos federalistas en España creemos que este modelo es el que ofrece más garantías de futuro. Como dice el autor citado en las conclusiones de su libro «el federalismo no es un sistema sencillo. Exige múltiples equilibrios y de una buena ingeniería jurídica. Pero más allá de ello exige una cultura de poder. Una cultura que implica respeto a la diversidad y aceptación de la unidad, que implica lealtad y colaboración en la convicción de que desde la unión se obtiene el mayor beneficio para el sujeto irrenunciable de toda acción del poder público, el ciudadano».

PRIMERA PARTE. SISTEMAS FEDERALES Y DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

1. Federalismo y distribución de competencias

El federalismo, entendido como una forma de gobierno que se basa en una determinada manera de distribuir y de ejercer el poder político en un territorio³, continúa siendo la mejor fórmula jurídica para reconducir a unidad la diversidad y permitir el mejor gobierno de sociedades complejas. Como se ha dicho «hoy, a pesar de las dificultades y problemas y de las decepciones, no hay en el horizonte una alternativa al federalismo y fórmulas asociadas y su distribución territorial del poder que pueda al mismo tiempo afrontar el encaje de sociedades complejas y plurales y acercar las decisiones a los ciudadanos»⁴.

Bajo esta denominación común, federalismo, es cierto que conviven modelos diversos con orígenes diferenciados y con articulaciones jurídicas igualmente diversas en lo relativo al grado de poder atribuido a los diferentes entes territoriales, a sus relaciones o a la fórmula de solución de los conflictos. Por otra parte, el federalismo, en tanto modelo de organización territorial, es en todo caso un proceso dinámico, vinculado a la evolución de las relaciones entre el Estado y la sociedad, al sentido identitario de las diversas partes que configuran la Federación y, en el caso europeo, al proceso de integración de los diversos Estados miembros en una estructura de poder superior⁵.

³ Tomamos esta definición amplia de federalismo de CROISSAT, M., *Le federalisme dans les democraties contemporaines*, 3.º ed., Montchrestien, Paris, 1999, p. 19. Como es sabido son muchas las definiciones de federalismo y los intentos de fijar sus elementos identificadores, y de tratar de determinar qué Estados son o no federales. Pero precisamente por esta razón preferimos referirnos genéricamente al «federalismo» como principio que impone un modo de distribuir el poder. En este mismo sentido WHEARE, K.C., *Govern federal*, edición Clàssics del federalisme, del IEA, Barcelona, 2008, p. 86, afirma que el principio federal comporta «el método de distribución de competencias que hace que los gobiernos general y regionales estén cada uno de ellos, dentro de un determinado ámbito, coordinados e independientes». Otra definición la encontramos en ANDERSON, L.M., *Federalisme: una introducció*, IEA, Barcelona, 2008, p. 15. Para este autor para hablar de federalismo deben «existir dos niveles de gobierno constitucionalmente establecidos con cierta autonomía real respecto del otro y los Gobiernos de cada nivel deben ser directamente responsables ante sus respectivos electorados». Como resumen general de las posiciones doctrinales sobre las notas esenciales de los sistemas federales, véase MUÑOZ MACHADO, S. *Derecho público de las Comunidades Autónomas I*, 2.º edición, Ed. Iustel, Madrid 2007, pp. 185 y ss. El debate sobre qué Estados pueden calificarse como Federales también es muy amplio. En el caso de España existen posturas a favor y en contra de reconocer que la Constitución de 1978 establece un modelo federal. En todo caso pueden destacarse posturas a favor de reputados estudiosos de los sistemas federales, como Watts y Elazar. A ellas se refiere SEIJAS VILLADANGOS, E., en su «Introducción» a la traducción castellana de la obra de WATTS, R.L., *Sistemas federales comparados*, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, p. 26. La postura de Watts se contiene en la obra citada, p. 92.

⁴ ARGULLOL, E. (dir.), *Federalismo y autonomía*, Ed. Ariel, Barcelona, 2004.

⁵ Queremos destacar en este apartado el carácter evolutivo del federalismo en tanto fórmula organizativa política. Como señaló hace ya algunos años el profesor MARTÍN RETORTI-

Un elemento esencial en la configuración de los estados federales es el reparto de competencias entre los diversos niveles de poder territorial⁶, Federación y Estados miembros. Reparto que se establece en una norma superior, la Constitución, indisponible para las dos entidades, Federación y Estados miembros⁷.

El objetivo del presente trabajo es tratar de destacar los elementos esenciales que deben tenerse en cuenta en todo proceso de distribución de competencias en un Estado federal para, a continuación, formular unas propuestas sobre la aplicación de estos criterios a un hipotético proceso de reforma constitucional en España. Reforma que consideramos necesaria tras el fracaso de la vía estatutaria como opción para modificar el sistema de distribución de poderes dentro del Estado español. Este fracaso se ha hecho patente en el caso del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 y su pretensión de imponer la reforma de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en una norma estatutaria⁸, en la «Constitución» del Estado miembro. El Tribunal Constitucional ha rechazado de forma rotunda esta opción al negar a los Estatutos de Autonomía la competencia para asumir tareas que entienda reservadas al poder constituyente y al intérprete supremo de la Constitución⁹.

LLO, S., en su Introducción al libro colectivo por él dirigido, *Descentralización administrativa y organización política*, Ed. Alfaguara, Madrid 1973, p. XXXVII, hay que reconocer «el carácter profundamente relativo que en función del tiempo y del espacio tienen las fórmulas jurídicas de organización política», añadiendo al respecto una cita de Forshoff: «centralización, descentralización, no designan situaciones, ordenamientos existentes, sino principios y tendencias por los que se guían las estructuras de la administración; implican, pues, direcciones...».

⁶ No obstante la importancia de este elemento en la construcción de todo sistema federal, lo cierto es que como ha dicho BUSJÄGER, *Homogeneidad y diferencia*, IEA, Barcelona 2010, p. 159, «una de las deficiencias más sorprendentes de la teoría del Estado federal es la manifiesta falta de una teoría general de la distribución de competencias entre el nivel de las unidades constituyentes y el nivel de la federación», falta de una teoría general que seguramente es debida a la estructura compleja y cambiante de los estados federales. Por ello cada sistema de distribución competencial es deudor del contexto histórico, político y cultural sobre el que se construye.

⁷ De acuerdo con CROISSAT, M., *op. cit.*, p. 25, la distribución de competencias forma parte del principio de separación, que junto con los principios de autonomía —inexistencia de control jerárquico de un ente sobre otro— y de participación de los Estados en las decisiones federales, configuran los tres elementos básicos de todo Estado federal.

⁸ En el caso del Estado español al referirnos al Estado hacemos referencia al Estado central, a la Federación, mientras que las Comunidades Autónomas se corresponderían con los Estados miembros.

⁹ En este sentido basta con citar el contenido del fundamento jurídico 58 de la sentencia 31/2010 por la que el Tribunal Constitucional resolvió el recurso interpuesto por el Partido Popular contra el Estatuto catalán. Dice el Tribunal: «un límite cualitativo de primer orden al contenido posible de un Estatuto de Autonomía es el que excluye como cometido de este tipo de norma la definición de categorías constitucionales. En realidad, esta limitación es la que hace justicia a la naturaleza del Estatuto de Autonomía, norma subordinada a la Constitución, y la que define en último término la posición institucional del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de aquella. Entre dichas categorías figuran el concepto, contenido y alcance de las funciones normativas de cuya ordenación, atribución y disciplina se trata en la Constitución en cuanto norma creadora de un procedimiento jurídicamente reglado de ejercicio del

2. Los modelos de distribución competencial

La forma en la que se ha llevado a cabo la distribución de competencias en los estados federales está claramente predeterminada por la dirección en que se produjo la construcción del sistema federal. En este sentido deben diferenciarse el federalismo de integración y el federalismo de devolución¹⁰. En el primer caso se constituye el Estado federal a partir de la atribución a la Federación de un mínimo de competencias concretas (defensa, relaciones exteriores, comercio exterior e interestatal...), añadiendo alguna cláusula abierta que permite ampliar estas competencias en razón de futuras necesidades de políticas comunes. El nuevo Estado, que surge por la decisión de los Estados preexistentes, plantea la cuestión de la «soberanía», ya que los Estados originarios no quieren renunciar a su inicial poder soberano (sería el caso de los Estados Unidos de Norteamérica).

En el federalismo de devolución un Estado unitario se descentraliza políticamente creando (o reconociendo) entes territoriales con capacidad política propia dentro de la estructura federal (caso de España).

Como se ha dicho, «mientras que los federalismos de integración siguen una idea flexible de competencia, al servicio de la construcción de la unión, los federalismos de devolución adoptan una comprensión más estricta de la competencia, destinada sobre todo a garantizar la posición jurídica de los territorios que los integran»¹¹. En este caso el debate soberanista está menos presente, ya que los nuevos Estados miembros se crean por la Constitución a partir de una soberanía única, pero se refuerza el debate sobre la previsión de los respectivos ámbitos de actuación, sobre el reparto de poder a través de la distribución de competencias.

Esta distinción, basada en los orígenes de la construcción de la solución federal en cada territorio, y que ciertamente ayuda a comprender alguna de las diferencias actuales en los sistemas vigentes de distribución competencial, ha perdido no obstante importancia. La doctrina Kelseniana y la primacía de la Constitución, como norma superpuesta al ordenamiento federal y a los ordenamientos estatales,

poder público. Qué sea legislar, administrar, ejecutar o juzgar; cuáles sean los términos de relación entre las distintas funciones normativas y los actos y disposiciones que resulten de su ejercicio; cuál el contenido de los derechos, deberes y potestades que la Constitución erige y regula son cuestiones que, por constitutivas del lenguaje en el que ha de entenderse la voluntad constituyente, no pueden tener otra sede que la Constitución formal ni mas sentido que el prescrito por su intérprete supremo».

¹⁰ Sobre esta distinción, véase BIGLINO CAMPOS, P., *Federalismo de integración y devolución: el debate sobre la competencia*, CEPC, Madrid 2007. También, SOLOZÁBAL, J.J., «El Estado autonómico en perspectiva», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 124, 2004, y CRUZ ALLI, J., «La fórmula del Estado de las autonomías como transición al federalismo asimétrico», en ARRIETA, J. y ASTIGARRAGA, J., *Conciliar la diversidad. Pasado y presente de la vertebración de España*, UPV/EHU, Bilbao, 1996, p. 143.

¹¹ BIGLINO CAMPOS, P., *op. cit.*, p. 25.

permitted abandonar el debate soberanista y olvidar en parte los orígenes de la creación del Estado federal. El interés se centra en esta nueva etapa en analizar el alcance real de la distribución de poder político entre los dos niveles territoriales: «lo que importa son los grados cuantitativamente diversos de un mismo fenómeno, es decir la descentralización y la descentralización de las funciones estatales»¹².

Desde este nuevo planteamiento importan las soluciones técnicas para llevar a cabo el reparto de poder y el análisis de los procesos reales de descentralización política.

Así las cosas los modelos federales pasan a diferenciarse básicamente atendiendo a las competencias de cada nivel como federalismo dual o de ejecución. En los federalismos duales cada nivel territorial realiza todas las funciones propias de un ámbito material, normativas, ejecutivas y financieras, mientras que en el federalismo de ejecución se reparten las funciones de forma que la Federación asume la definición de las políticas que luego ejecutarán los Estados miembros.

En los modelos de federalismo dual pueden encontrarse soluciones prácticas muy diversas. El reparto por materias presenta variedades muy significativas, atendiendo a razones históricas, económicas o identitarias. Como ha dicho Friedrich «el reparto —de materias— es un asunto de conveniencia, preñado de criterios políticos que se resolverá en decisiones desiguales y variables según el tiempo y el lugar, decisiones en las que se atenderán las más dispares influencias, la vida económica y social, los factores militares y geográficos; todo influirá en la determinación de cada arreglo en particular»¹³.

La reciente evolución de los estados federales (tendencia que puede acrecentarse debido a la crisis económica global) permite identificar un predominio de la centralización, una crítica significativa al federalismo dual en razón de su ineficiencia para afrontar los retos del mercado globalizado, y una defensa del federalismo de ejecución compensado con una mayor participación de los Estados miembros en el diseño conjunto de las políticas de la Federación.

Pero esta tendencia general debe matizarse. Lo general no debe ocultar la diversidad de cada supuesto concreto, la existencia de problemas diferentes a los que con las técnicas propias de todo sistema federal se dan respuestas diversas. Como se ha dicho «este concepto claramente uniformizador —el avance del federalismo de ejecución— puede convenir a determinados Estados federados o regiones en los que el valor de la unidad prima claramente sobre la voluntad de autogobierno, pero es muy posible que no responda a las demandas de unas comunidades nacionales que difícilmente aceptarán la

¹² MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 188, citando MAZZIOTTI, A.

¹³ Tomo la cita de MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 397. Para una constatación empírica de esta diversidad de modelos de reparto de materias dentro de sistemas de federalismo dual es muy útil el trabajo dirigido por ARGULLOL, E., *op. cit.*, pp. 31 y 207 y ss. Véase, también, WATTS, S., *op. cit.*, p. 142 y apéndice.

configuración de su capacidad de autogobierno como una simple descentralización administrativa matizada con alguna participación más o menos efectiva en la adopción de las decisiones políticas unitarias»¹⁴. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, pero en todo caso ya podemos apuntar que el federalismo dual no ha desaparecido y que un cierto renacer de los nacionalismos identitarios puede exigir un replanteamiento de los repartos materiales de competencias.

En definitiva, como ya apuntamos anteriormente, el reparto competencial es un reparto de poder¹⁵ y por tanto se debe llevar a cabo teniendo en cuenta las tensiones políticas que subyacen a toda decisión que tenga como objeto esta cuestión. Repartir competencias entre la Federación y los Estados miembros no es lo mismo que repartir competencias administrativas dentro de una misma entidad territorial, aunque las técnicas y los conceptos jurídicos que se utilicen puedan ser similares. Por esta razón, como se ha dicho, el reparto competencial genera una permanente insatisfacción, un «malestar que no es sino consecuencia de la tensión que se produce en todo sistema con varios centros de poder entre la pulsión unitaria y la pulsión descentralizadora. Malestar que tras nuestro análisis consideramos que es en realidad en sí mismo insuperable y que debe ser asumido como algo intrínseco y característico de todo sistema de descentralización del poder»¹⁶.

3. La articulación jurídica del reparto competencial

El reparto competencial entre la Federación y los Estados miembros, ya lo hemos dicho, es reparto de poder. Este reparto tiene un primer momento de contenido claramente político consistente en determinar qué cuota de poder se atribuye a cada ente. Este acuerdo es lo que constituye el pacto que se formaliza en la Constitución.

La formalización del pacto requiere acudir a técnicas jurídicas. El derecho debe permitir dar forma a este acuerdo político con las mayores garantías posibles de reflejar adecuadamente su contenido y dotarlo de la estabilidad necesaria. Los juristas pasan de este modo a tener un papel relevante en la construcción del Estado federal. Como ha dicho Wheare «el gobierno federal es

¹⁴ VIVER I PI-SUNYER, C., *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, ed. Ariel, Barcelona 1989, p. 33.

¹⁵ Sobre esta idea del reparto de competencias como reparto de poder, véase BIGLINO CAMPOS, P., *op. cit.*, p. 64. El Tribunal Constitucional español, por su parte, en la sentencia 143/1985 de 24 de octubre, FJ 3, afirmó que «el quantum de poder político de un ente depende en gran medida de la amplitud de su ámbito material de competencias», pero también de su ámbito funcional.

¹⁶ DE LA QUADRA JANINI, T., *El sistema europeo de distribución de competencias*, ed. Civitas, Madrid 2006, pp. 14 y 14.

principalmente legalista. Se crea y regula por un documento legal; está salvaguardado por un tribunal de justicia»¹⁷.

Las soluciones jurídicas son formalmente diversas¹⁸, si bien al repartir competencias el ordenamiento trata en todo caso de precisar el conjunto de potestades o funciones que de forma específica asigna a cada ente en concreto¹⁹. Para ello utiliza dos elementos, la función y la materia. Función y materia configuran cada competencia.

Otra nota común a la práctica totalidad de modelos es que la distribución competencial se establece en el texto constitucional. La norma supraordenada, indisponible para las partes, fija sus respectivos ámbitos de actuación, y el Tribunal Constitucional garantiza el contenido del texto constitucional. El caso español es una excepción, ya que la concreción de las competencias de cada Estado miembro (de cada Comunidad Autónoma) se remite por la Constitución a los Estatutos de cada Comunidad Autónoma, los cuales tan sólo deben respetar el límite de las competencias asignadas por la Constitución al Estado (a la Federación). Es el llamado principio dispositivo, cuyo alcance ha sido limitado de forma sustancial por el Tribunal Constitucional en la sentencia 31/2010 al negar al Estatuto de Autonomía competencia para definir los títulos funcionales, delimitar las competencias estatales e influir en la doctrina del Tribunal Constitucional²⁰.

Si en la práctica totalidad de los estados federales la norma constitucional juega un papel determinante en la construcción del Estado federal y por tanto en la distribución de las competencias entre Federación y Estados miembros, las soluciones técnicas adoptadas en cada caso pueden ser diversas. Veamos estas diferencias.

a) Diversidad de contenidos. Las materias y funciones asignadas a cada nivel territorial, si bien responden a criterios generales comunes, difieren. Es decir, si bien en todos los casos se recurre a la construcción de las competencias a partir de la atribución de una función sobre un ámbito material concreto, las competencias que se reconocen a cada nivel territorial difieren²¹.

b) Sistema de listas. Todos los textos constitucionales contienen listados de materias a favor de la Federación y de los Estados miembros, pero pueden

¹⁷ WHEARE, K.C., *op. cit.*, p. 65.

¹⁸ Una exposición de las mismas en CROISSAT, M., *op. cit.*, p. 35.

¹⁹ Un estudio completo sobre la formalización jurídica de la distribución de competencias se encuentra en SALAS, J., «El tema de las competencias», en la obra colectiva dirigida por MARTÍN RETORTILLO, S. *op. cit.*, vol. II, pp. 304 y ss.

²⁰ Un completo estudio del principio dispositivo se contiene en el libro del profesor FOSSES, E. *El principio dispositivo en el Estado autonómico*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2007. En dicho trabajo se ponen de relieve los problemas que según su autor plantearía la supresión constitucional de este principio, supresión que nosotros defendemos más adelante. Véase, en particular, pp. 170 y ss.

²¹ De nuevo me remito en este punto al trabajo dirigido por ARGULLOL, E., *Federalismo...*, *op. cit.*

existir modelos de una, dos o tres listas: listado de competencias de la Federación, de los Estados miembros, y de competencias concurrentes²². El modelo de listas condiciona el contenido de la cláusula residual. Lo más realista es acudir al sistema de los «tres pilares», ya que no todas las materias pueden distribuirse de forma exclusiva entre los dos niveles de poder.

c) Cláusula residual y regla de la prevalencia. Para conseguir la complitud del sistema se establece una cláusula residual. Debe preverse que aquello que no contemple expresamente la Constitución ha de corresponder o a la Federación o a los Estados. Si el sistema es de lista única, la cláusula residual atribuirá todas las materias al otro ente. En el caso español, dada la singularidad de su principio dispositivo, contamos con una doble cláusula residual. Todo lo no reservado al Estado puede ser asumido por las Comunidades Autónomas en sus Estatutos, pero a su vez aquello que los Estatutos no asumen expresamente pasa a ser competencia estatal.

Por su parte la cláusula de prevalencia está vinculada a los federalismos de integración. La atribución de unas competencias limitadas a la Federación exigió establecer una cláusula de prevalencia a favor de sus disposiciones para permitir que pudiera imponer sus políticas en defensa de los intereses comunes. En el sistema constitucional Kelseniano, y en los federalismos de devolución, al establecerse un reparto competencial completo en la propia Constitución la cláusula de prevalencia carece de sentido. Cada ente tiene sus competencias garantizadas en la Constitución, sin que deba preverse una regla a favor de la primacía de la competencia de la Federación.

d) Tipología de las competencias. Como ya hemos apuntado la competencia se construye jurídicamente a través de la suma de una función y una materia. Pero la atribución de cada competencia da lugar a una tipología diferente según se tenga en cuenta la naturaleza de la función asignada o bien la exclusividad o no de la atribución.

Según el primer criterio (naturaleza de la función) la competencia puede ser legislativa, reglamentaria, o ejecutiva en sentido estricto (simple emanación de actos de aplicación).

Según la exclusividad o no de la atribución puede diferenciarse entre competencia exclusiva (se atribuyen todas las funciones sobre todo un sector material), concurrente (se comparte la función legislativa sobre una materia, de modo que la Federación aprueba las bases y los estados las desarrollan), compartidas (se comparte una materia, por ejemplo la Federación los transportes de ámbito federal y los Estados miembros los transportes interestatales), e

²² Una completa exposición de estos diversos modelos se encuentra en MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, pp. 398 y ss. Para este autor «el análisis de los sistemas constitucionales descritos descubre una progresiva complicación de los esquemas iniciales de distribución de competencias que tenían una formulación más simple y, en cierto modo, ingenua».

indistintas (la misma función y materia corresponde a la Federación y a los Estados miembros, estableciéndose en este caso que norma prevalece en caso de conflicto)²³.

Los modos de atribución competencial permiten establecer una gradación en el nivel de descentralización. En este sentido, la máxima descentralización (o la garantía de una verdadera autonomía política) se obtiene por los Estados miembros cuando disponen de una competencia legislativa y exclusiva, ya que ello les permite fijar en sus leyes alternativas políticas propias. Un nivel inferior de autonomía política se consigue en los casos de competencias legislativas concurrentes o de desarrollo de normas básicas federales, si bien en este caso el alcance real de la autonomía política depende de la extensión del contenido de la ley Federal al ejercer su competencia sobre las bases de una materia.

En definitiva, el grado de autonomía política de los Estados miembros depende de la aplicación estricta del federalismo dual, esto es, de la existencia de un reparto preciso de ámbitos materiales completos sobre los que los Estados miembros puedan ejercer libremente su capacidad legislativa.

e) La precisión de las materias. La forma en que debe concretarse jurídicamente el elemento material de la competencia presenta también diferencias. En algunos casos el texto constitucional se limita a unos enunciados genéricos de los títulos materiales, mientras que en otros supuestos se concretan de forma precisa las materias que corresponden a cada ente territorial, recurriendo en ocasiones al juego de materias y submaterias.

El recurso a una mayor precisión de los ámbitos materiales se considera como un instrumento útil para garantizar mejor la autonomía política de los Estados miembros. Así, se ha dicho que «la delimitación objetiva y generalizable garantiza la supremacía de las disposiciones constitucionales (y estatutarias) distribuidoras de competencias respecto a la actuación de los legisladores ordinarios». Esta mayor precisión «garantiza a los distintos entes —y fundamentalmente a las Comunidades Autónomas— la existencia estable de un ámbito material propio y exclusivo de autogobierno. En suma, contribuye a garantizar la autonomía política»²⁴.

Otros autores, sin negar la importancia de una clara delimitación de los respectivos ámbitos materiales de las competencias, alertan sobre los peligros de una excesiva confianza en los repartos formales de competencias recurriendo a la precisión de los respectivos títulos materiales. Estos autores ponen de relieve que no es posible dividir de forma precisa la realidad para luego atribuir a cada ente la competencia para regular de forma perfectamente diferenciable del resto este sector de la realidad y, por otro lado, entienden que esta confianza excesiva en el poder de la norma para diferenciar realidades materiales

²³ Sobre estas tipologías y los matices que pueden establecerse dentro de cada tipo, véase SALAS, J., *op. cit.*, pp. 309 y ss; y MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, pp. 415 y ss.

²⁴ VIVER I PI-SUNYER, C., *op. cit.*, p. 18.

supone *de facto* incrementar la conflictividad y trasladar la decisión final al razonamiento jurídico del Tribunal Constitucional, decisiones que deberían adoptarse en muchos casos en sede política²⁵.

4. Las garantías jurídicas y políticas

El reparto de competencias consagrado en la Constitución requiere algún mecanismo de garantía. Como acabamos de ver la norma jurídica difícilmente puede establecer ámbitos materiales de actuación perfectamente delimitados, y en muchas ocasiones la actividad que es objeto de discusión puede formar parte de diferentes títulos materiales, aún en los supuestos de Constituciones que incluyen amplias relaciones de títulos competenciales. Por otro lado, el alcance de la función legislativa básica, o lo que debe entenderse por competencias ejecutivas, puede ser objeto de controversia.

Por todo ello, la defensa del pacto constitucional que consagró en su día el reparto de poder entre Federación y Estados miembros exige contar con mecanismos de garantía eficaces.

Los mecanismos de garantía puede ser jurídicos y políticos, y ambos pueden coexistir.

En los modelos en los que la norma constitucional establece de modo preciso los diferentes ámbitos competenciales destaca el papel del Tribunal Constitucional como garante de la posición tanto de la Federación como de los Estados miembros²⁶.

Pero en todo caso el poder de interpretación del Tribunal Constitucional es muy amplio —aún en aquellos modelos en los que se ha querido establecer un reparto formal de competencias muy detallado—, lo que le permite actuar como poder constituyente, al crear con su doctrina el modelo constitucional. Por tanto, el Tribunal Constitucional es garantía de un modelo pactado, pero a su vez contribuye a definir ese modelo²⁷.

Esta realidad ha llevado a destacar la importancia de recurrir a otras garantías no jurídicas con el fin de garantizar el pacto constitucional y permitir su adap-

²⁵ Sobre la primera afirmación, véase DE LA QUADRA JANINI, T., *op. cit.*, p. 17; sobre la segunda, véase BIGLINO CAMPOS, P., *op. cit.*, p. 211.

²⁶ Por el contrario, cuando la norma constitucional es más abierta el papel de la justicia constitucional se resiente. Como dice DE LA QUADRA JANINI, T., *op. cit.*, p. 50., «...las garantías jurídicas tiene importantes limitaciones derivadas del amplio alcance de las competencias federales. Amplio alcance que supone el reconocimiento de una competencia cuasigeneral a la federación que tendría, sin embargo, como compensación la posibilidad de garantizar las prerrogativas estatales mediante los procedimientos políticos sin necesidad de exigir al poder judicial que dibuje líneas competenciales que difícilmente se puedan encontrar amparadas en un razonamiento jurídico y objetivo, sino que se sospecha que más bien se fundamentan en un razonamiento de corte político».

²⁷ Sobre esta función interpretativa del Tribunal Constitucional y las técnicas que suelen utilizar estos Tribunales, véase MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, pp. 475 y ss.

tación a la realidad socio-económica cambiante. La defensa de introducir garantías no jurídicas fue especialmente intensa en el federalismo norteamericano, en el que hay que recordar se contaba con un sistema formal de distribución competencial que incluía muchas cláusulas abiertas a favor de la Federación. En este país, como ha puesto de relieve De la Quadra²⁸, se llegó a plantear la supresión de las garantías jurídicas para favorecer las políticas. Sin llegar en todos los casos a este extremo si se ha defendido con carácter general que la garantía de la autonomía y de ámbitos propios de decisión se obtendrá primordialmente mediante la presencia de los intereses estatales (de los Estados miembros) en la composición del poder federal y, por tanto, mediante la presencia de los poderes estatales en la determinación de los mismos actos federales.

Por su parte Argullol²⁹, en la obra por él coordinada en la que se analiza el funcionamiento de diversos estados federales, al formular propuestas generales de mejora del federalismo, alude a la importancia del Senado o Cámara alta, la participación de los Estados en la configuración de órganos constitucionales federales, o la participación de los mismos en la configuración del propio Tribunal Constitucional. Así, frente a la confianza en las normas de reparto competencial y su interpretación por el Tribunal Constitucional, se trata de crear mecanismos que permitan interpretar de forma no conflictiva el texto constitucional, y dotar de confianza a los Estados miembros sobre la actuación de la Federación en el ejercicio de sus competencias mediante la integración de los Estados en órganos constitucionales de la Federación.

Por otra parte la realidad demuestra que la interpretación del texto constitucional puede llevarse a cabo en ocasiones en unos textos pactados en los que Federación y Estado miembro acuerdan el sentido y alcance de las normas atributivas de competencia. Así en el caso español, una norma en principio discreta, los Reales Decretos de traspasos, que deberían limitarse a concretar los medios materiales, personales y económicos vinculados a la distribución competencial, de hecho han sido utilizados en muchas ocasiones para delimitar el alcance de los conceptos que definen la función y la materia de las diversas competencias y establecer mecanismos de relación para el ejercicio de las respectivas competencias³⁰.

²⁸ DE LA QUADRA JANINI, T., *op. cit.*, pp. 38 y ss.

²⁹ ARGULLOL, E., *op. cit.*, p. 52.

³⁰ Véase, sobre este punto, MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 498.. En el caso de Cataluña la importancia de lo dispuesto en los Reales Decretos de traspasos para definir el verdadero alcance de las competencias puede comprobarse con la lectura de libro «El traspàs de serveis de l'Estat a la Generalitat. De l'Estatut de 1932 a l'Estatut de 2006, Departament d'interior, Generalitat de Catalunya, 2010. en el que se han recogido todos los Reales Decretos de traspasos aprobados tras la Constitución de 1978. Así, y a modo de ejemplo, puede citarse el Real Decreto 2646/1985, de 27 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de obras hidráulicas. Pues bien, dicho Real Decreto no se limita a identificar los medios personales, materiales y económicos que se traspasan vinculados a la competencia autonómica. El Real Decreto define el alcance de la competencia autonómica a través de un largo listado de

5. Flexibilidad

La distribución competencial se formaliza en la Constitución. De esta forma un texto jurídico, a través de conceptos jurídicos, determina las competencias de la Federación y los Estados miembros.

Al llevar a un texto rígido, como la Constitución, la distribución de poderes públicos, puede plantearse el problema de que la evolución de la realidad socioeconómica convierta el texto constitucional en disfuncional. Pero, por otro lado, la rigidez constitucional garantiza el pacto entre Federación y Estados para distribuirse sus competencias.

De este modo se hace presente el necesario equilibrio entre los principios de estabilidad y flexibilidad. Como ha dicho Croissat³¹ el federalismo es un proceso y por tanto el pacto inicial debe concebirse como un acuerdo que incluye su posterior adaptación a las nuevas realidades. En la misma línea De la Quadra³² ha afirmado que «todo sistema de descentralización territorial del poder debe buscar un equilibrio entre la estabilidad del sistema y la flexibilidad del mismo. La estabilidad dota de seguridad al sistema y permite que los ciudadanos perciban con claridad la responsabilidad de cada nivel territorial; la flexibilidad permite la adaptación del sistema a nuevos retos que se puedan plantear sin necesidad de acudir a costosos procedimientos de reforma».

Jurídicamente la flexibilidad puede llevarse a cabo a través de la interpretación del texto constitucional. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede adecuar el sentido de los preceptos constitucionales a la realidad de cada momento, en particular los principios constitucionales y los preceptos que contienen atribuciones de competencias horizontales, o las cláusulas abiertas. Sin que se altere la sustancia del pacto constitucional, los conceptos originarios pueden adaptarse a una realidad que cambia, sin que por ello deje de respetarse el texto constitucional.

Otra forma de flexibilizar la Constitución es introducir en la misma mecanismos de transferencia o delegación de competencias desde la Federación a los Estados miembros. Transferencia o delegación que puede ser general (para todos los Estados miembros), o singular para algunos Estados si se quiere atender a realidades territoriales con necesidades diferenciales. De este modo la Constitución se abre a necesidades futuras sin necesidad de tener que recurrir al gravoso proceso formal de su reforma.

competencias administrativas concretas, y también precisa las competencias que siguen en manos del Estado, así como las fórmulas de coordinación y colaboración que deberán ponerse en marcha.

³¹ CROISSAT, M., *op. cit.*, p. 118.

³² DE LA QUADRA JANINI, T., *op. cit.*, nota 13, pp. 24-31 y ss.

SEGUNDA PARTE. EL CASO ESPAÑOL

La segunda parte de este trabajo está destinada a formular algunas propuestas sobre los criterios que, a nuestro entender, y a partir de las consideraciones generales llevadas a cabo en la primera parte, deberían guiar una futura reforma de la Constitución española en lo relativo al modelo de organización territorial del Estado español y, en concreto, a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas.

La apuesta por una reforma constitucional no ignora que la misma sólo será posible si existe un consenso general para iniciar este proceso entre los principales partidos políticos de ámbito estatal, PSOE y PP, y los principales partidos de ámbito autonómico, CIU y PNV. Consenso que en este momento no existe y no parece fácil de conseguir en un futuro cercano.

Pero tampoco puede desconocerse que si se dan algunos elementos que puedan jugar a favor de iniciar, como mínimo, un debate sobre la necesidad de la reforma y sus principios básicos. Así, el fracaso del intento de redefinir el reparto competencial de forma singularizada a través de la reforma estatutaria³³, el transcurso del tiempo desde el pacto constitucional de 1978, el carácter excesivamente abierto de nuestro modelo constitucional lo que otorga a un desprestigiado Tribunal Constitucional un excesivo protagonismo, la crisis económica y el nuevo papel de los Estados en la ordenación de la economía, y el creciente protagonismo de la Unión Europea y la interpretación extensiva de sus competencias.

Con la finalidad de aportar algunas ideas a este debate se enumeran a continuación los principios que entendemos deberían estar en la base de un necesario proceso de discusión sobre la reforma del modelo de organización territorial contenido en nuestra Constitución. Si bien se formulan propuestas concretas, lo que queremos destacar de nuestra aportación es el intento por identi-

³³ Sobre el alcance de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 en los artículos del Estatuto de Autonomía de Cataluña, pueden verse los diversos trabajos publicados en la *REVISTA CATALANA DE DRET PÚBLIC*, «Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006», *EAPC*, Barcelona, 2010, pp. 249-381; VIVER I PI-SUNYER, C., «El Tribunal Constitucional, ¿siempre, només... i indiscutible?. La funció constitucional dels Estatuts en l'àmbit de la distribució de competències segons la STC 31/2010», en *Revista d'Estudis autonòmics i federals*, n.º 12, marzo de 2011, pp. 363-401; TORNOS MAS, J., «La sentencia del Tribunal Constitucional español 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Istituzioni del federalismo*, enero-marzo de 2011, pp. 34-41; y ORTEGA, L., *op. cit.* Todos los autores, si bien ofrecen lecturas diferenciadas de la sentencia, coinciden en decir que el Tribunal Constitucional ha vaciado de contenido el intento estatutario de ampliar unilateralmente el propio nivel competencial a través de marcar los límites de las competencias estatales y tratar de reinterpretar la jurisprudencia constitucional. Este objetivo se trató de alcanzar llevando al Estatuto la definición del alcance funcional de las competencias (qué significa competencia exclusiva, concurrente y ejecutiva), y mediante la definición muy pormenorizada de los títulos materiales mediante el juego de materia y submaterias.

ficar los puntos centrales de un debate ciertamente complejo y que requiere un desarrollo mucho más pormenorizado.

1. El reparto competencial debe establecerse en el texto constitucional

Una vez consolidado el Estado de las autonomías y la existencia de 17 Comunidades Autónomas y dos ciudades autónomas ya no tiene sentido mantener, en lo que concierne al sistema de reparto de poder, el esquema abierto adoptado en 1978 y que dio lugar al principio dispositivo. Si en 1978 no se sabía cuántas Comunidades Autónomas deberían existir y qué nivel de autonomía se les atribuiría, hoy la situación es totalmente diversa.

De acuerdo con el esquema federal general el texto constitucional es el que debe contener la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas. La Constitución, norma supraordenada a los ordenamientos estatal y autonómico, recoge el «pacto» entre Estado y Comunidades autónomas y fija el reparto de competencias (y por tanto de poder) entre los dos niveles de organización territorial.

La forma de llevar a cabo el reparto debería contenerse en un sistema de tres listas (competencias exclusivas del Estado, exclusivas de las Comunidades Autónomas y concurrentes), con una cláusula residual³⁴ a favor del Estado, y sin regla de prevalencia.

Al llevar al texto constitucional el reparto competencial se incidiría de forma sustancial en la naturaleza actual de los Estatutos de autonomía, ya que no sólo pierden la función de ser la norma creadora de la Comunidad autónoma, sino que además dejan también de establecer el alcance competencial de cada Comunidad autónoma y, por tanto, ya no formarían parte del bloque de la constitucionalidad en el momento de tener que resolver conflictos de competencia.

Despojados de una función que no es la propia de las normas institucionales básicas o «constituciones» de los Estados miembros, los Estatutos de autonomía se convierten en normas de cabecera de los ordenamientos autonómicos con un cometido esencialmente organizativo y sin afectación a cuestiones de interés estatal general. Consecuentemente, la aprobación de los nuevos Estatutos y su reforma no requerirá necesariamente la aprobación por el Congreso de los diputados. El Congreso se podrá limitar a ratificar el texto aprobado por el Parlamento autonómico tras comprobar que su contenido no vulnera la Constitución. A su vez, podría restaurarse un control previo de constitucionalidad, a re-

³⁴ Dado el carácter de federalismo de devolución que tiene España la cláusula residual debería establecerse a favor del Estado. Véase WATTS, R.L., *op. cit.*, p. 136. Por otra parte, la experiencia española demuestra el escaso valor de esta cláusula, ya que en caso de conflicto el Tribunal Constitucional siempre trata de buscar un título competencial existente para inculcar en él la «nueva» materia. El mismo Watts afirma: «lo más importante es la relación competencial y lo menos dichos poderes residuales».

solver en un breve plazo, para someter posteriormente a referéndum el texto estatutario definitivo.

2. De los sujetos del pacto constitucional

El procedimiento para llevar a cabo esta reforma constitucional está establecido en los artículos 166 y 167 de la Constitución (no creemos que deba acudirse al procedimiento reforzado del artículo 168). El procedimiento, que puede ser impulsado por el gobierno del Estado, Congreso, Senado o asambleas legislativas, requiere para su aprobación una mayoría reforzada de las dos cámaras, y en su caso, referéndum. En todo caso, por tanto, la reforma está en manos del órgano representativo estatal y del pueblo español (si se somete a referéndum). De este modo el protagonismo corresponde de hecho a los grandes partidos estatales que son los que pueden alcanzar la mayoría necesaria para acordar la reforma.

Éste hecho no deja de obviar una realidad. Si la reforma constitucional se limita a modificar el sistema de distribución competencial (artículo 148 a 151 y conexos), la reforma no tiene en cuenta a una de las partes fundamentales del nuevo pacto constitucional, las Comunidades autónomas.

Ciertamente el debate «soberanista» que marcó la creación de los primeros estados federales ya no se plantea en los mismos términos y no debe cuestionarse la existencia de una única soberanía, la del pueblo español, que es la que fundamenta la reforma constitucional³⁵. Pero a su vez tampoco puede olvidarse que la reforma actual se lleva a cabo contando con la existencia de 17 comunidades autónomas, que representan a diversas colectividades expresan su voluntad en la sede de sus respectivos parlamentos.

Por otro lado, tampoco puede desconocerse la existencia de partidos nacionalistas que representan a amplios sectores de la población de Cataluña y País Vasco, y en menor medida, de Navarra, Galicia y Canarias (la fuerza real y supervivencia del partido regionalista de Cantabria está aún por conocer, y otros partidos nacionalistas poseen muy escasa representación). Estos dos hechos deberían tener su reflejo en el proceso de reforma constitucional que afecta al sistema de distribución de poder entre el Estado y las Comunidades autónomas. Si formalmente la reforma sólo está sujeta a los requisitos de los artículos 166 y 167 de la Constitución, deberían establecerse medios informales

³⁵ En el caso español el debate soberanista estuvo especialmente presente en la elaboración de la Constitución de 1931 y el Estatuto catalán de 1932, pero prácticamente desaparece en el debate del Estatuto de 1979 y ya no aparece en la discusión del Estatuto de 2006. Véase, sobre estos debates, TORNOS MAS, J., *Los Estatutos de Autonomía de Cataluña*, ed. Iustel, Madrid, 2007. En el debate de la Constitución de 1931 debe destacarse el discurso de Azaña en el que reitera varias veces que los Estatutos son fruto de la Constitución, y que la única soberanía reside en el pueblo español. Véase, sobre este debate, la obra que acaba de citarse, p. 38 y pp. 45 y ss.

de participación de los parlamentos autonómicos en la tramitación de la aprobación del nuevo texto constitucional, y el consenso de las fuerzas políticas debería incluir a los partidos nacionalistas.

3. ¿Qué competencias?

La reforma constitucional, en lo relativo al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, debería ir más allá de una mera reinterpretación del texto vigente. Lo que procede es abrir una reflexión sobre qué competencias deben estar en manos del Estado y qué competencias deben pertenecer a las Comunidades autónomas al inicio del primer tercio del siglo XXI. Este debe ser el debate que merece la pena acometer, lo que supone, y de ahí la importancia y la dificultad del tema, tratar de articular un nuevo «pacto constitucional» que luego se deberá formalizar a través de las técnicas jurídicas adecuadas, sobre las cuales ya existe menos discusión. Este debate debe dar respuesta a tres cuestiones de orden general.

3.1. FEDERALISMO DUAL O COOPERATIVO

Como ya hemos señalado los dos grandes modelos del federalismo responden, de forma simplificada, a la voluntad de garantizar ámbitos de capacidad y responsabilidad política separados a Federación y Estados miembros (federalismo dual), o a la preocupación por buscar medios de articulación de los dos niveles con el fin de lograr una eficaz gestión de las tareas públicas, atribuyendo a la Federación las decisiones políticas esenciales y a los Estados miembros la ejecución de las mismas (federalismo cooperativo).

No cabe duda que en el caso de España, un sistema que por sus orígenes es «federalismo de devolución», el nuevo modelo constitucional debe responder a los principios del federalismo dual, reconociendo competencias exclusivas legislativas tanto al Estado como a las Comunidades autónomas, si bien estas competencias legislativas también pueden ser concurrentes, en virtud del juego bases más desarrollo³⁶.

Lo importante es consagrar en la Constitución la configuración de las Comunidades autónomas como entes territoriales dotados de la capacidad suficiente para elaborar políticas propias y, por tanto, con la competencia funcional para aprobar leyes con carácter exclusivo y concurrente. Qué debe

³⁶ En definitiva lo que defendemos es la fijación constitucional del alcance del «derecho a legislar» de las Comunidades Autónomas, en el sentido que da a esta expresión el profesor BAYONA ROCAMORA, A., *El dret a legislar en l'estat autonòmic*, EAPC, Barcelona, 1993.

entenderse por competencia exclusiva y concurrente debería llevarse al texto constitucional³⁷.

La defensa del federalismo dual no debiera olvidar, sin embargo, la importancia que poseen los mecanismos de colaboración y cooperación para el ejercicio de las respectivas competencias. Por ello la Constitución podría establecer los principios básicos de estas técnicas de relación entre Estado y Comunidades autónomas y disponer en qué supuestos debe acudir a las mismas. Por tanto, no puede pretenderse un sistema puro de federalismo dual, ya que el solapamiento competencial es inevitable debido a que es prácticamente imposible definir compartimentos estancos de competencias atribuidas en régimen de exclusividad. Federalismo dual y de ejecución conviven dentro de un mismo sistema en el que se aplican las técnicas de uno y otro modelo. Lo importante es poder determinar qué materias permiten un régimen de exclusividad, y cuales reclaman una gestión compartida.

La claridad del reparto competencial es esencial para asegurar la eficacia del sistema en su conjunto, pero también para garantizar la autonomía y la responsabilidad de cada nivel, clave del sistema democrático.

3.2. ¿QUÉ FUNCIONES Y MATERIAS DEBEN CORRESPONDER A CADA NIVEL?

La respuesta a esta pregunta es la que a mi juicio exige un mayor esfuerzo de reflexión y ulterior consenso, en la medida en que el fijar los respectivos ámbitos de competencias se ve siempre como la determinación del *quantum* de poder de cada nivel territorial.

Como cuestión previa debe reconocerse que en el momento actual la reforma constitucional ya no puede limitarse a la reinterpretación de los preceptos de la Constitución vigente o a la mejora de las técnicas jurídicas con las que se alcanzó el consenso en 1978. La reforma se justifica, si queremos adaptar el consenso de 1978 a la nueva realidad socioeconómica de la primera parte del siglo XXI, a una España integrada en Europa para, de acuerdo con la experiencia acumulada de 40 años de Estado autonómico, establecer un nuevo reparto de poder entre el Estado y las Comunidades autónomas. Por ello, el reparto de funciones y materias deben ser objeto de un nuevo acuerdo.

Situados en esta perspectiva entiendo que pueden aparecer dos grandes opciones como planteamientos generales de partida. Por un lado la reforma competencial puede tener como criterio rector la búsqueda de un mejor funcionamiento del «Estado federal» como sistema, tratando de identificar (en la línea de lo que exige el principio de subsidiariedad) qué funciones y materias

³⁷ En este sentido, un buen punto de partida para la redacción de los preceptos constitucionales son los artículos 110 y 111 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

pueden llevar a cabo con mayor eficiencia cada uno de los niveles, Estado y Comunidades autónomas (dejamos expresamente al margen el tema de los entes locales). En este punto se puede acudir a planteamientos próximos al federalismo fiscal, y por tanto introducir el criterio de eficacia, como instrumento que ayude a determinar los criterios en base a los que asignar las competencias.

La otra opción es plantear el reparto de competencias como un mero reparto de poder, de modo que se abre una discusión entre partes enfrentadas cuyo objetivo respectivo es lograr la máxima cuota de poder de decisión. En particular desde las Comunidades autónomas la reforma se puede defender exclusivamente como la vía para aumentar su poder político, ya que este incremento de poder es en todo caso bueno en sí mismo, es el fin a lograr³⁸.

En todo caso, a nuestro entender el reparto de competencias no debería verse simplemente como un reparto de poder en el que se enfrentan territorios, Estado y Comunidades Autónomas, con el respectivo objetivo de retener lo que se posee y en la medida de lo posible aumentar la cuota de poder, sino como un debate sobre cómo lograr la mejor distribución de competencias con el fin de conseguir la mejor acción de los poderes públicos al servicio de sus ciudadanos.

De alguna forma la visión limitada a la obtención del mayor poder posible es la que se planteó con la reforma del Estatuto catalán de 2006 tras entender que el «pacto constitucional» de 1978 se estaba incumpliendo por la interpretación extensiva de la legislación básica y de los títulos competenciales horizontales (condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles, art. 149,1-1 CE, y ordenación general de la economía, art. 149,1-13 CE)³⁹. Desde este convencimiento se planteó una reinterpretación del texto constitucional que tuvo como objetivo fundamental el tratar de ampliar hasta los máximos niveles constitucionales posibles el ámbito competencial autonómico⁴⁰. Con este fin se llevó a

³⁸ Como se ha dicho, SEVILLA-VIDAL, «El salto (a la necesaria eficiencia) federal», en W.AA., *Cómo reformar las Administraciones territoriales*, Círculo de Empresarios, Libro Marrón XXVII, Madrid 2011, p. 255: «hasta hace muy poco tiempo parecía que el objetivo central del desarrollo autonómico era el reparto de qué es lo tuyo y qué es lo mío entre el Gobierno y los nuevos Consejos de gobiernos autonómicos, donde ha primado la lógica de la confrontación, al plantearse en un marco de suma cero (en el que se luchaba por las competencias y se le añadía la financiación)». Ello se basaba, como ha recordado TUDELA, J., *op. cit.*, p. 257, en la «certidumbre de que toda descentralización implica desarrollo económico y social y mejora de la calidad de vida de los ciudadanos», por lo que toda pregunta sobre su bondad o posibilidad de mejora decrece sino desaparece. Pues bien, las preguntas deben formularse para poder alcanzar buenas respuestas sobre la bondad y los problemas de la descentralización y adoptar en consecuencia las medidas oportunas.

³⁹ Desde Cataluña se tiende a entender que la autonomía lograda es básicamente administrativa, extensa pero poco profunda, es una «autonomía de baja calidad».

⁴⁰ En este sentido, TUDELA, J., *El Estado desconcertado y la necesidad federal*, Civitas, Madrid 2009, p. 2003, donde se dice: «los Estatutos, al estar obsesionados por la idea del reparto de poder, por la idea política de afirmación frente al Estado, han olvidado su capaci-

cabo una tarea fundada exclusivamente en criterios jurídicos consistente en interpretar el significado de los títulos funcionales y materiales del artículo 149.1 CE a la luz de la jurisprudencia constitucional más favorable a las competencias autonómicas, para tratar de alcanzar el techo competencial máximo posible que permite la Constitución de 1978. Fijado este techo, se trataba de garantizar y consolidar este nivel máximo a través de la definición en el Estatuto de los títulos funcionales y de un amplio listado de materias y submaterias.

A partir de los principios generales antes expuestos (modelo de federalismo dual, supresión del principio dispositivo), y asumiendo la experiencia acumulada desde 1978, creemos que el objetivo fundamental a conseguir, en caso de llevarse a cabo la reforma constitucional, sería el de lograr una atribución de competencias que respondiera a la voluntad de los diferentes niveles territoriales y que permitiera una gestión eficiente de las diferentes responsabilidades que se distribuyen. El poder que se otorga a cada nivel territorial debe permitir la mejor satisfacción de los intereses de los ciudadanos gracias al buen funcionamiento del sistema de organización territorial en su conjunto.

Las competencias en materia de ordenación del crédito, comercio interior, medio ambiente u ordenación y gestión de los servicios aeroportuarios, por poner tan sólo unos ejemplos, deberían ser atribuidas atendiendo a la necesidad o no de una norma uniforme en todo el territorio para una mejor ordenación de los diferentes ámbitos materiales y del nivel más adecuado para la gestión de lo dispuesto en la norma. En definitiva, se trata de introducir el criterio de la eficacia, no como nuevo único principio, pero sí como un criterio a tener también en cuenta, en particular cuando se trata de repartir competencias que inciden de modo directo en el funcionamiento del mercado único estatal y europeo. Este reparto de competencias debe reconocer la diversidad de supuestos y al mismo tiempo tratar de conseguir bloques homogéneos de materias que permitan después, en la medida de lo posible, gestiones homogéneas y por tanto responsables desde los diferentes niveles. No es lo mismo aquello que afecta al gobierno de la economía y a la realidad de un mercado único europeo, que lo relativo al gobierno del propio territorio, a la organización interna o a la prestación de servicios personales.

La llamada de atención sobre el principio de eficacia no supone ignorar que existen también los «intereses de los territorios», la reivindicación por el respeto del poder de decisión autónomo en aquello que configura la identidad de la comunidad territorial y su subsistencia como realidad diferenciada. Este he-

dad de pensar jurídicamente, e incluso políticamente, su territorio. Se trata de una carencia notable y no sólo en lo que se refiere estrictamente a organización territorial. Los Estatutos podían y debían haber diagnosticado problemas; podían haber fijado objetivos concretos de modernidad, alejados de la retórica que muchas veces los cubre; podían haber avanzado en derechos concretos que sin afectar a la igualdad ideológica de los españoles hubiesen mejorado la posición de los ciudadanos, podían haber introducido fórmulas imaginativas para el desarrollo del principio democrático».

cho deberá igualmente tenerse en cuenta en el reparto competencial, lo que puede incidir en materias como educación, cultura, lengua, derecho civil propio u organización territorial, en definitiva, los hechos diferenciales. Reivindicaciones competenciales éstas últimas que tendrán mayor o menor intensidad según la naturaleza de las diferentes Comunidades autónomas.

Pero a su vez deberá reconocerse la realidad de poderes de regulación económica supraestatales en el mercado único europeo, la singularidad de determinados bienes (aguas, costas), o servicios (transporte, energía) o de la necesaria igualdad de las condiciones básicas en el acceso a los servicios esenciales de todos los ciudadanos del Estado, materias todas ellas que exigen tratamientos generales y en los que no parece racional crear ámbitos de decisión separados. Materias por otra parte de las que no depende la subsistencia de las diferentes nacionalidades, o naciones histórico-culturales, que conforman el Estado español.

Como se ha dicho, «ha de admitirse que el nivel ideal de descentralización no existe como tal, sino en función de cada caso y época particular, donde interactúan factores políticos, históricos, culturales y, como no, económicos. Es más: no se trata de una cuestión simplemente técnica, como algunos trabajos parecen sugerir, sino fundamentalmente política. En otras palabras, cualquier descentralización es una empresa política, por que se trata de un proceso en el que se distribuye o reasigna poder y el entramado institucional es entonces determinante para el resultado final y para el procedimiento que conduce al mismo»⁴¹. Pero precisamente por este contenido político de la cuestión es necesario un nuevo acuerdo que tenga en cuenta todos los factores implicados.

En todo caso lo que queremos destacar es que a la hora de proceder al reparto competencial los diferentes ámbitos materiales deben ser tratados de modo diverso en razón de su vinculación principal con aspectos propios de la realidad identitaria de una Comunidad Autónoma, o con cuestiones que afectan al funcionamiento general del sistema federal. El federalismo dual y el federalismo de ejecución deben aparecer de modo complementario. Del mismo modo el reparto de competencias deberá tener en cuenta la singularidad de algunas materias, que no responden a sectores concretos de la actuación administrativa, sino a funciones generales del Estado, justicia, a poderes de organización territorial, la organización local y su régimen jurídico, o a la posible ampliación de los derechos y deberes de los ciudadanos. En estos casos el texto constitucional deberá fijar una reglas singulares de distribución competencial.

Por todo lo dicho en este apartado, la construcción del nuevo modelo de reparto de competencias no debería quedar, en esta primera fase consistente en determinar qué debe corresponder a cada nivel, Estado y Comunidades au-

⁴¹ ÁLVAREZ, J.L. y MOLERO, J.C., «Federalismo fiscal y descentralización: España, un caso atípico», en la obra colectiva ya citada, *Cómo reformar...*, op. cit., p. 27.

tónomas, en manos de los juristas. No se trata de reinterpretar un texto a partir razonamientos jurídicos y de la relectura de la jurisprudencia constitucional, sino de alcanzar un nuevo «pacto de Estado». El jurista se debe situar en la segunda fase, consistente en articular a través de normas los criterios de reparto de materias que han decidido otros en razón de argumentos no jurídicos⁴².

3.3. UNIFORMIDAD O DIVERSIDAD

En esta fase previa en la que se debe acordar qué debe hacer cada nivel territorial se deberá abordar también la cuestión relativa a la uniformidad o diversidad en el reparto de competencias, lo que introduce un nuevo elemento de complejidad y de debate político que no puede desconocerse⁴³.

La Constitución de 1978 permitía un cierto nivel de diversidad con el recurso al principio dispositivo. Los Estatutos de autonomía podían fijar distintos niveles competenciales en función de la realidad o las aspiraciones de cada colectividad territorial. Pero lo cierto es que por razones esencialmente prácticas y de funcionamiento racional del sistema autonómico se impuso de forma paulatina la nivelación sustancial de los niveles competenciales⁴⁴.

Si se suprime el principio dispositivo, tal y como hemos propuesto, la diferencia deberá quedar establecida en el texto constitucional. Los derechos históricos de los territorios forales y los hechos diferenciales de otras Comunidades autónomas deberán precisarse en la Constitución⁴⁵.

⁴² En este sentido la reforma del Estatuto catalán, que tenía los límites inherentes a no ser una reforma constitucional, atribuyó a los juristas un protagonismo casi exclusivo. La crítica al desarrollo constitucional se basa en aspectos formales (exceso desarrollo de lo básico, abuso de las competencias estatales horizontales...), pero no examina las consecuencias reales del reparto competencial existente sobre el mejor o peor funcionamiento de los servicios públicos, sobre el funcionamiento de la economía o de las funciones públicas como justicia o seguridad. El nuevo título competencial del Estatuto catalán de 2006 se redactó con el único objetivo de alcanzar los máximos niveles competenciales posibles a partir de lo establecido en el artículo 149,1 de la Constitución y de la doctrina del Tribunal Constitucional más favorable a la autonomía. Los únicos argumentos en los que se sostuvo la defensa de este objetivo fueron los jurídicos y en última instancia la voluntad de incrementar la cuota de poder como valor absoluto en todos los ámbitos.

⁴³ La crítica al uniformismo del «café para todos» ha estado siempre presente en las Comunidades autónomas «históricas».

⁴⁴ Una completa exposición de la evolución del Estado de las autonomías y su incidencia en el sistema de reparto de competencias puede encontrarse en AJA, E., *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, 2.ª edición, Alianza editorial, Madrid, 2007.

⁴⁵ La supresión del principio dispositivo no creemos que plantee en todo caso los problemas de reforma constitucional que apunta FOSSAS, E., *op. cit.* La supresión del principio dispositivo no supone negar la iniciativa de la reforma estatutaria a favor de las Comunidades Autónomas, ni su plena autonomía organizativa, ni una amplia autonomía en el ejercicio de sus competencias legislativas. Lo que se propone es llevar al texto constitucional la definición de las competencias estatales y autonómicas, suprimiendo la situación actual en la que el ni-

Como es sabido la Constitución española de 1978, en su título séptimo, trató de dar solución a dos problemas diversos, por un lado la modernización de un Estado fuertemente centralizado mediante una distribución homogénea del poder hacia nuevas entidades territoriales infra-estatales y, por otro, dar respuesta a la histórica reivindicación de autogobierno de Cataluña, País Vasco y, como ya hemos apuntado, con mucho menor fuerza, Galicia.

Por esta razón la opción por un modelo de distribución competencial uniforme o diverso («asimétrico») posee en el caso español una importancia indiscutible. La Constitución española de 1978, con su modelo abierto, reconoció en diversos de sus preceptos la diferente realidad de los territorios que forman parte del Estado español. La referencia a regiones y nacionalidades, los diversos procesos de acceso a la autonomía, la referencia a las Comunidades autónomas que en el pasado habían plebiscitado un Estatuto de autonomía o el reconocimiento de los derechos históricos, no eran más que fórmulas con las que reconocer la diferente realidad de unos territorios que históricamente venían reclamando cuotas de autogobierno (Cataluña, País Vasco, en menor medida Galicia), de otros cuya identidad estaba mucho menos definida y que en ningún caso planteaban problemas de identidad diferenciada dentro de la nación española.

Esta singularidad inicial del modelo constitucional, que satisfizo las posiciones de los partidos nacionalistas catalanes y vascos, se fue no obstante diluyendo con el tiempo. La opción de Andalucía por situarse en el primer nivel de autonomía, a la que siguieron los casos de la Comunidad Valenciana, Canarias y Navarra, culminó con las reformas estatutarias de 1992. Se impuso el llamado «café para todos» y la nivelación sustancial de niveles competenciales. La diferencia entre nacionalidades y regiones quedó vacía de contenido y tan sólo se mantuvieron los «hechos diferenciales» admitidos por la Constitución y que no estaban reservados en todo caso a las nacionalidades o Comunidades autónomas «históricas». Así la lengua, el derecho civil propio, la insularidad o la organización territorial.

En el momento actual la realidad de las 17 comunidades autónomas constituidas es un hecho ya incontrovertible y el proceso de «nivelación sustancial» en los aspectos organizativos y competenciales de todas las Comunidades autónomas no tiene ya marcha atrás. Incluso creemos que el denostado «café para todos» ha tenido algunos efectos positivos para el rápido desarrollo del autogobierno y el proceso descentralizador del Estado español. Las estructuras del poder central se han podido desmontar con más facilidad cuando ya no tenían justificación alguna, al haberse atribuido las competencias que justificaban su existencia a todas las Comunidades autónomas.

vel de autonomía, dentro de la Constitución, se deja a cada Estatuto. Ciertamente la supresión del principio dispositivo es un cambio del sistema, pero si se lleva a cabo en los términos que proponemos no creemos que exija una reforma constitucional por la vía del artículo 168 de la Constitución vigente.

Pero tampoco puede desconocerse que la reivindicación de mayores cotas de autogobierno, y de una posición diferenciada dentro del sistema en razón del carácter «nacional» de la colectividad que se organiza en Comunidad autónoma, sigue presente en el caso de Cataluña y el País Vasco (las «naciones internas»). En el caso del País Vasco cabe recordar el plan Ibarretxe, propuesta de una nueva forma de articular la relación del País Vasco con el Estado español. En el caso de Cataluña la reforma del Estatuto aprobado por la ley orgánica 6/2006. La reforma del modelo de organización territorial se reivindica e impulsa desde estas Comunidades autónomas.

Iniciativas que en los dos casos han fracasado. La primera al ser abortada por el Tribunal constitucional, y la segunda al ser descafeinada en sus objetivos esenciales por el mismo Tribunal constitucional. Además, en el caso de la reforma estatutaria catalana, el objetivo de la singularidad también ha desaparecido por la puesta en marcha inmediata de procesos similares de reforma estatutaria en otras comunidades autónomas.

En razón de lo expuesto la reforma constitucional no puede desconocer la realidad de la reivindicación de un trato singular para Cataluña y País Vasco si se pretende lograr el necesario consenso que requiere una reforma de esta naturaleza.

Limitados ahora al aspecto competencial, el equilibrio entre unidad nacional y asimetría no parece fácil, más cuando la integración en Europa y la economía globalizada impone más bien una tendencia a la reducción de las competencias exclusivas.

En todo caso, si creemos que la nueva Constitución debería reconocer la realidad nacional del País Vasco y Cataluña y el alcance de los derechos históricos (País Vasco y Navarra) y hechos diferenciales (Cataluña) que se pueden derivar de esta realidad. Singularidad que no debe equipararse a «privilegio» y que no puede afectar al funcionamiento del sistema en su conjunto. Pero, y retomamos aquí lo expuesto anteriormente sobre la diversa la naturaleza de las competencias a repartir, la identidad nacional reivindicada sí que puede tener reflejos en los ámbitos competenciales más directamente más directamente vinculados con la realidad nacional como son los aspectos relativos a la lengua, la educación, cultura, en derecho civil propio, el orden público, la justicia o la propia organización territorial o las relaciones exteriores vinculadas a las anteriores materias.

La singularidad nacional no debe llevar necesariamente a un régimen totalmente diferenciado, a crear Comunidades autónomas de régimen especial que se integran en el Estado de modo diverso, que se relacionan con el mismo sólo a través de relaciones bilaterales y que poseen un régimen competencial totalmente diferenciado, pero sí a establecer un régimen de atribución competencial que module los principios de unidad y simetría con los de singularidad y asimetría.

Finalmente queremos señalar que la singularidad autonómica también puede manifestarse dentro de la simetría competencial en la medida en que se

reconozcan a las Comunidades autónomas competencias exclusivas sobre ámbitos materiales completos éstas podrán ejercer opciones políticas diversas en la regulación de estas materias. La singularidad se ejercerá con el ejercicio diferenciado de idénticas competencias⁴⁶. La ley de una comunidad autónoma no debe ser necesariamente la fotocopia de la ley dictada anteriormente por otra comunidad autónoma. Así como hay una asimetría de partida, que debería responder a la realidad nacional de algunas Comunidades Autónomas, hay una asimetría de llegada que dependerá del ejercicio de las respectivas competencias homogéneas.

4. Cómo articular el reparto de competencias

Una vez se ha alcanzado al acuerdo sobre qué debe hacer cada nivel territorial llega la hora del jurista, al que se pedirá que de forma a este «pacto político». Llegados a este punto, y aunque puedan quedar cuestiones abiertas, las respuestas son más sencillas. De forma sucinta apuntamos los principales temas a tener en cuenta, que hacen referencia exclusivamente a los aspectos competenciales.

- a) Establecer un sistema de dos o tres listas (competencias del Estado, de las Comunidades Autónomas y otra posible de competencias concurrentes), más una cláusula residual. Ya nos hemos manifestado a favor de un sistema de tres listas y cláusula residual a favor del Estado. No debe incluirse la regla de la prevalencia.
- b) Definir los títulos funcionales y su contenido. Qué se entiende por competencia exclusiva, concurrente, compartida, ejecutiva. El modelo del Estatuto de Cataluña de 2006 puede ser útil.
- c) Definir los ámbitos materiales de forma precisa, pero sin recurrir a largos listados de materias y submaterias. Se debe tratar de atribuir a cada nivel determinadas competencias exclusivas sobre sectores materiales integrados, de forma que las Comunidades autónomas puedan ejercer una verdadera autonomía política en estos ámbitos materiales.
- d) Definir los elementos diferenciales, la asimetría «constitucional».
- e) Potenciar las garantías no jurídicas de la autonomía de las Comunidades autónomas. El Tribunal constitucional debe mantenerse como garante último de la Constitución en los casos en que Estado y Comunidades autónomas no llegan a un acuerdo sobre su significado, pero teniendo en cuenta que la nueva Constitución habrá establecido ya de forma completa el sistema de distribución competencial ya no debe atribuir

⁴⁶ En este sentido, WATTS, R.L., *op. cit.*, p. 171, llama la atención sobre una asimetría política, al derivada de hechos —no es lo mismo una Comunidad Autónoma de 9 millones de habitantes que otra de 800.000— que la asimetría constitucional— la creada por la norma.

buirse al Alto Tribunal la función de construir el modelo de reparto de poderes territoriales. La garantía de la posición de las Comunidades autónomas, y también en su caso del Estado, se debe articular a través de cauces políticos, fundamentalmente el Senado (elaboración de leyes), conferencias sectoriales (actividad administrativa), vías previas al conflicto constitucional, participación de las Comunidades autónomas en la fase ascendente y descendente dentro de la Unión Europea, participación en órganos constitucionales estatales.

Estos cauces políticos deben permitir también una interpretación evolutiva del texto constitucional, adaptándolo a las necesidades de cada momento sin tener que proceder a su reforma.

- f) Establecer mecanismos que, más allá de la interpretación evolutiva a la que acabamos de hacer referencia, permitan flexibilizar el contenido del texto constitucional para reordenar el sistema de distribución competencial que, por esencia, está vinculado a la evolución de la realidad socioeconómica y a la posición del Estado en relación a la sociedad.

Con esta finalidad puede preverse un sistema de transferencias o delegación de competencias del Estado a las Comunidades autónomas (y también podría preverse un sistema de devolución de competencias al Estado), diferenciando los supuestos en que esta transferencia o delegación se hace para el conjunto de Comunidades autónomas o de forma singular para una o varias Comunidades autónomas.

La función del Tribunal Constitucional en el reparto competencial. Una visión crítica

José Antonio Montilla Martos
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Reparto competencial y delimitación de competencias en el Estado autonómico. 2. La autoafirmación de la función delimitadora del Tribunal Constitucional frente al Estatuto en la STC 31/2010. 3. Consecuencias de la doctrina de la STC 31/2010 sobre las competencias compartidas. 4. Crítica a la función delimitadora de las competencias que se arroga el Tribunal Constitucional.

1. REPARTO COMPETENCIAL Y DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS EN EL ESTADO AUTONÓMICO

Una de las singularidades de España en el contexto de los modelos descentralizados es la influencia del Tribunal Constitucional en la configuración de la estructura territorial. Es conocido el uso de la expresión «Estado jurisdiccional autonómico» para definir al Estado autonómico¹ y son numerosos los trabajos que han explicado su configuración y desarrollo a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional². En ese contexto, la incidencia del Tribunal Constitucional se advierte especialmente en el reparto competencial; es, fundamentalmente, una «doctrina competencial»³.

El origen de esta especial incidencia está en la tantas veces mencionada «desconstitucionalización» del reparto competencial. Como es conocido, la

¹ Por todos, ARAGÓN REYES, M., «¿Estado jurisdiccional autonómico?», en *RVAP*, n.º 16, septiembre-diciembre de 1986.

² Acaso la construcción más completa es la de FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid, 2005, aunque han sido numerosos los trabajos con ese objeto.

³ CRUZ VILLALÓN, P., «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre autonomías territoriales», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. IV, Madrid, 1991, p. 3350.

Constitución española de 1978 no ha precisado las facultades competenciales de titularidad estatal para luego cerrar el reparto con una cláusula federal, en virtud de la cual lo no atribuido por la Constitución al Estado es de competencia autonómica. El modelo es más impreciso. Incluye en el art. 149.1 CE un listado de materias de competencia exclusiva del Estado, en el que, por un lado, se utilizan títulos genéricos (sanidad exterior, inmigración, pesca marítima) y, sobre todo, son, en su mayoría, materias de competencia compartida, bien mediante la articulación normativa bases-desarrollo o a través de la reserva al Estado de la legislación, pudiendo ser autonómica la ejecución. En este marco, las CCAA podían asumir facultades competenciales en sus Estatutos de Autonomías, en virtud del principio dispositivo. No obstante, esos Estatutos de Autonomía incluían listados de materias con el mismo carácter genérico que la Constitución.

La consecuencia era, no conviene olvidarlo, que con la mera lectura de la Constitución y los Estatutos no podíamos determinar si una determinada facultad competencial referida a comercio interior, pesca, etc. era de competencia estatal o autonómica. Ni la Constitución ni los primeros Estatutos concretaban las facultades concretas que correspondían a cada cual, al utilizar una y otros referencias genéricas.

En este contexto, el Tribunal Constitucional ha realizado una labor fundamental en estos años. Ha delimitado en diversas materias competenciales las facultades o actividades públicas que se situaban en los respectivos espacios competenciales, estatal y autonómico.

Ciertamente, este proceso ha acentuado la compartición e incluso la concurrencia. Observémoslo desde la perspectiva de las materias de competencia exclusiva del Estado, que han terminado siendo compartidas, pese a la dicción literal del art. 149.1 CE como consecuencia de la intervención del Tribunal Constitucional. En relación a la «administración de justicia» (art. 149.1.4.º CE), el Tribunal ha aceptado la competencia autonómica sobre la «administración de la administración de justicia» (STC 56/1990) a partir de la interpretación de las «cláusulas subrogatorias» incluidas en los Estatutos. También en relación a la materia «relaciones internacionales» el Tribunal ha matizado su primera doctrina para permitir a las Comunidades Autónomas «actividades de relieve internacional» (STC 165/1994), pese al carácter de competencia exclusiva del Estado enunciado en el art. 149.1.3 CE.

A esta desconstitucionalización originaria del reparto competencial debe añadirse otra razón que explica la citada influencia del Tribunal Constitucional: la inexistencia de reforma constitucional en España. En aquellos países en los que la reforma constitucional constituye un proceso excepcional, la doctrina de los tribunales constitucionales adquiere una mayor importancia. Así ha ocurrido en Estados Unidos, Australia y Canadá⁴. No creo preciso abundar en la dificul-

⁴ Cfr. ARGULLOL I MURGADAS, E. y VELASCO RICO, C.I. (dirs.), *Instituciones y competencias en los Estados descentralizados*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2011, p. 21.

tad de la reforma constitucional en España. Tras treinta y tres años de vigencia la Constitución sólo se ha reformado dos veces; en ambos casos han sido reformas menores, vinculadas a exigencias europeas, formales o sustantivas, y se ha realizado por el procedimiento de urgencia, orillando un auténtico debate público. En el ámbito autonómico, pese a la reiterada defensa doctrinal de la «constitucionalización» del Estado autonómico⁵, esa reforma constitucional no tiene visos de abordarse.

En cualquier caso, conviene recordar que la mencionada «desconstitucionalización» del reparto competencial iba acompañada de una remisión a los Estatutos de Autonomía⁶. Son los Estatutos quienes establecen las competencias autonómicas, por remisión constitucional, en virtud del principio dispositivo. Esto les otorga una posición específica en el ordenamiento constitucional pues completan la Constitución territorial.

Se ha dicho antes que los Estatutos tampoco concretaban las facultades competenciales incluidas en el espacio autonómico sino que manejaban también materias genéricas, dejando al Tribunal Constitucional un amplio margen para delimitar las facultades competenciales respectivas.

Esta es la situación que se ha modificado en los últimos años con las reformas de los Estatutos de Autonomía de de Cataluña de 2006 (LO 6/2006), y en el de Andalucía de 2007 (LO 2/1997) en cuanto sustituyen las listas de materias genéricas de competencia autonómica, con carácter exclusivo o compartido, por el análisis detallado de cada una de estas materias, delimitando las facultades que corresponden a la Comunidad Autónoma en relación a ellas y, en su envés, por tanto, las que se reserva el Estado. El presupuesto de esta opción estatutaria fue establecido en el *Informe sobre la Reforma del Estatuto* elaborado en 2003 por el Instituto de Estudios Autonómicos de Cataluña, y en el que se sientan las bases de la posterior reforma estatutaria. Puesto que la Constitución no define ni concreta el significado de las competencias que permite asumir en los Estatutos, y a esas competencias se les puede asignar distinta amplitud y funcionalidad, nada impide que los Estatutos puedan hacer lo que la Constitución no ha hecho.

En principio, esa opción parece encajar en el art. 147.2 d) CE. Señala éste, entre los contenidos necesarios del Estatuto, «las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución». La Constitución prevé la delimitación del espacio competencial autonómico en el marco constitucional a través del Estatuto, como «norma institucional básica» en cuya producción concurre necesariamente la doble voluntad, autonómica y estatal, en cuanto cualquiera que haya sido el procedimiento de elaboración y reforma debe ser

⁵ FBALAGUER CALLEJÓN, F., «La constitucionalización del Estado autonómico», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 9, 1997.

⁶ CRUZ VILLALÓN, P., «La constitución territorial del Estado», en *Autonomías*, n.º 13, 1992.

aprobado por el parlamento autonómico y finalmente por las Cortes Generales, más allá de que se exija o no referéndum.

En el ejercicio de esa función constitucionalmente asignada: la determinación del espacio competencial autonómico, nada impide que el Estatuto en lugar de referirse a títulos genéricos, concrete las facultades competenciales asumidas por la Comunidad Autónoma, esto es, las tareas o actividades públicas de competencia autonómica. Por el contrario, esta técnica del desglose aporta una mayor garantía de seguridad jurídica en las relaciones de la Comunidad Autónoma con el Estado, con los operadores jurídicos y con los propios ciudadanos, que pueden tener una noción más clara del reparto competencial.

El propio Tribunal Constitucional ha aceptado los presupuestos de este desglose, en la STC 247/2007 cuando caracteriza por dos rasgos al art. 149.1 CE, en el que se incluyen las materias de competencia exclusiva del Estado. En primer lugar, nos dice el Tribunal que se refiere a materias cuyo contenido sólo se enuncia, es decir, no se describe ni se delimita; en segundo lugar, señala que la competencia exclusiva estatal se refiere en ocasiones a la totalidad de la materia enunciada en los términos generales descritos, pero en otros casos incluye sólo la función relativa a dicha materia (FJ 7). En consecuencia, concluye el Tribunal «la Constitución fija las materias de competencia estatal, pero no especifica directamente el contenido o alcance ni de las materias ni de las funciones materiales sobre las que se proyecta aquella» (FJ 7).

La cuestión era, por tanto, ¿a quien corresponde efectuar esa especificación, esa delimitación competencial en definitiva? Hasta el año 2006 esa tarea ha sido efectuada por el Tribunal Constitucional pues ni la Constitución ni los Estatutos precisaban el contenido de las respectivas competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, en las reformas estatutarias de Cataluña y Andalucía, los Estatutos se atribuyen esa función delimitadora, partiendo de que a los Estatutos corresponde la tarea de determinar las competencias, esto es, de describirlas o delimitarlas en el marco constitucional.

Ciertamente, lo que hacen estos Estatutos es, en buena parte, recoger la delimitación concretada en estos años por la «doctrina competencial» del Tribunal Constitucional o incluso la práctica desarrollada en el Estado autonómico, sin expreso reconocimiento estatutario (integración de inmigrantes, etc). Tras treinta años de desarrollo autonómico las relaciones competenciales se han perfilado mejor por la actuación del Tribunal Constitucional, o la propia práctica política, y resulta poco descriptivo de la realidad autonómica referirse a los títulos genéricos de agricultura, medio ambiente o comercio interior, cuando la legislación y la jurisprudencia han ido acotando diferentes perfiles en cada una de las materias.

El Tribunal Constitucional ha cumplido la función delimitadora en el periodo de construcción del Estado autonómico, pero el modelo necesita referencias normativas que ahora aportan algunos Estatutos con el presupuesto de que la Constitución no concreta el reparto competencial, pero el Estatuto, al que remite la Constitución, si lo hace.

2. LA AUTOAFIRMACIÓN DE LA FUNCIÓN DELIMITADORA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE AL ESTATUTO EN LA STC 31/2010

Este desglose estatutario, de alguna forma natural y consecuente con la propia evolución del Estado autonómico ha dado lugar a un importante debate doctrinal en el que el Tribunal Constitucional ha marcado su posición en la STC 31/2010, con un importante epígono en al STC 30/2011. En la STC 31/2010 el Tribunal autoafirma su función delimitadora en el reparto competencial. Y lo hace por el cauce de limitar la función y la posición constitucional del Estatuto de Autonomía. Esta es la cuestión que se quiere pergeñar en las páginas siguientes, transcurrido un tiempo desde la aprobación de la importante sentencia sobre el Estatuto de Cataluña.

La valoración de la actuación del Tribunal Constitucional en la delimitación competencial ha sido indudablemente positiva. Especialmente en sus primeros años definió la autonomía política, configuró el principio dispositivo, la cláusula de prevalencia, el concepto material de bases luego formalizado, el principio de colaboración o, unos años más tarde, la cláusula de supletoriedad, por mencionar algunos ejemplos bien conocidos. Incluso la STC 247/2007, aunque no ha tomado en serio los derechos estatutarios (G. Cámara)⁷ contiene una notable exposición propedéutica de la evolución del Estado autonómico. Sin embargo, la autoafirmación de su función delimitadora de competencias frente al Estatuto en la STC 31/2010 nos parece criticable tanto desde la perspectiva del funcionamiento del Estado autonómico por la posición a la que queda relegado el Estatuto de Autonomía como desde la propia legitimación del Tribunal Constitucional en un Estado democrático.

Los nuevos Estatutos de Cataluña y Andalucía desglosan y definen las competencias en el Estatuto. Desde una perspectiva de política constitucional en Cataluña no se presenta como una evolución natural tras veinticinco años de desarrollo autonómico sino como una estrategia, acaso errónea, para blindar el espacio competencial autonómico frente a la invasión de las competencias estatales, especialmente los títulos horizontales. Nos interesa especialmente el desglose, más que la definición de categorías competenciales (exclusivas, compartidas y de ejecución) que también pretenden estos Estatutos.

Se desglosan las submaterias (Viver) o perfiles competenciales (Balaguer) de cada una de las materias, en lugar de utilizar la técnica de títulos genéricos⁸, especialmente en aquellas materias en las puede existir riesgo de interferencia estatal, de forma que resulte más nítida la delimitación del espacio

⁷ CAMARA VILLAR, G., «Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana», en *REDC*, n.º 85, 2009.

⁸ Cfr. los respectivos trabajos de VIVER, C. y BALAGUER, F. sobre esta cuestión, en VIVER I PI-SUNYER, C.; BALAGUER CALLEJÓN, F. y TAJADURA TEJADA, J., *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, CEPC, Madrid, 2005.

competencial autonómico, y en ese sentido, más difícil la inmisión estatal a través de los títulos horizontales o el detallismo de las bases. Se pretende, en definitiva, la determinación objetiva del ámbito material de las distintas competencias asumidas por las CCAA, «delimitando con la mayor precisión los elementos que incluyen, especialmente en aquellos casos donde se han producido conflicto o existe un mayor riesgo de que se produzcan»⁹. De esta forma se pretende garantizar la integridad o la estabilidad del contenido de las competencias asumidas frente a futuras interpretaciones o aplicaciones reduccionistas. La delimitación que hace el Estatuto puede ser inconstitucional pues el Estatuto está subordinado a la Constitución, pero si no es declarada expresamente la inconstitucionalidad ha quedado concretado, delimitado en suma, ese reparto competencial y el marco configurado deberá ser respetado por los operadores jurídicos.

Seguramente más por la forma con la que se presenta (blindaje competencial) que por su contenido, se desarrolla una acerva crítica doctrinal a esa pretensión estatutaria, en concreto a la delimitación de las competencias autonómicas en el Estatuto. La crítica se sustenta en que el reparto competencial está establecido ya en la Constitución y, por tanto, ésta no puede ser suplantada por el Estatuto. La posición singular que ocupa esta fuente en el ordenamiento constitucional no la dispensa de su conformidad a la Constitución. Pero esa no es la cuestión. Los Estatutos no son Constitución, y sus normas no tienen la naturaleza de normas constitucionales. Por tanto, están subordinados a ésta, aunque la contradicción nunca se había resuelto hasta la STC 31/2010 mediante la declaración de inconstitucionalidad sino a través de la «interpretación conforme»¹⁰.

Desde la posición crítica se rechaza el denominado «mito del Estatuto-Constitución» (Muñoz Machado), esto es, la «formación paulatina del mito de que el Estatuto es paragonable en cuanto a la función normativa a la Constitución»¹¹. Se rechaza que el poder estatutario pueda revisar lo que el poder constituyente ha querido dejar cerrado, en este caso, el alcance de las competencias atribui-

⁹ ALBERTI ROVIRA, E., *op. cit.*, p. 31.

¹⁰ El TC lo ha expresado con claridad, sobre todo en su doctrina sobre las competencias autonómicas exclusivas. En ese sentido, indica que la Constitución «conserva intacta su fuerza normativa dominante como lex superior de todo el ordenamiento; fuerza normativa que no se agota ni disminuye con la promulgación de los Estatutos de Autonomía» (STC 20/1988/3). En todo caso, el Tribunal se inclina por la interpretación constitucionalmente conforme de los preceptos estatutarios. Así, en la STC 69/1982/1 había indicado que «los Estatutos de Autonomía deben ser interpretados siempre dentro de los términos de la constitución» y de forma más clara la STC 56/1990 señala que la aparente contradicción entre el Estatuto y la Constitución debe ser salvada «buscando una interpretación de aquellos conforme a la Constitución, en una línea hermenéutica de carácter general y afirmada específicamente de manera reiterada por este Tribunal».

¹¹ Cfr. MUÑOZ MACHADO, S., «El mito del Estatuto-Constitución», en *Informe Comunidades Autónomas 2004*, Marcial Pons, Barcelona, 2005, p. 731.

das al Estado por el art. 149.1 CE¹². En definitiva, se entiende que cuando se concretan las atribuciones de la Comunidad Autónoma en el Estatuto se quiere revisar desde el Estatuto el reparto competencial que ha efectuado la Constitución, elevando su función normativa¹³.

La debilidad de la argumentación radica, a mi juicio, en que presupone la existencia de una Constitución que, efectivamente, hubiera concretado los ámbitos respectivos en las competencias compartidas. Esto lo hace la Constitución alemana o la suiza, pero no la española. Aquí esa delimitación competencial la ha efectuado el Tribunal Constitucional. Reitero que, como ha señalado el propio Tribunal en la STC 247/2007, en el art. 149.1 CE únicamente encontramos títulos genéricos interpretados, en una doctrina casuística, por el Tribunal Constitucional. Basta comprobar la evolución de la jurisprudencia constitucional en diversas materias (relaciones internacionales, administración de justicia, etc.) para constatar que no existe una delimitación constitucionalmente precisa de las competencias estatales y autonómicas.

Esto es especialmente notorio en el supuesto de lo básico, por la peculiar forma de delimitación: actuación primera del legislador estatal y delimitación ulterior, en su caso, del Tribunal Constitucional. Sólo de forma genérica ha sido fijado por la Constitución. La concreción específica depende del legislador estatal y la casuística jurisprudencial. Precisamente, esa indeterminación permite al Estatuto modular de forma negativa los ámbitos competenciales respectivos pues a él compete determinar las competencias autonómicas en el marco genérico del art. 149.1 CE.

Esto no significa, lógicamente, que la delimitación estatutaria deba ser aceptada en todos sus términos pues el estatuyente puede haberse extralimitado y su actuación está sometida también al control de constitucionalidad. Simplemente, permite sostener que, al concretar las competencias autonómicas, el Estatuto está actuando en el marco que la Constitución ha dejado abierto, no suplantando a la Constitución. El problema no está, por tanto, en la metodología adoptada sino, en su caso, en la concreta delimitación de las competencias autonómicas que se pueda haber realizado en cada una de las materias.

En el contexto de este debate doctrinal se ha pronunciado el Tribunal sobre la relación Estatuto-Tribunal Constitucional en el reparto competencial y lo ha

¹² Cfr., por ejemplo, DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T., «¿Es el Estatuto de autonomía una norma capaz de modular la legislación básica del Estado», en *REDC*, n.º 72, 2004, pp. 148-149.

¹³ Extremando la argumentación se dice que estamos de ese modo ante una pretensión de modificar implícitamente la Constitución a través de la modificación de los Estatutos. Huelga reiterar la idea de la deseable reforma constitucional previa a la reforma estatutaria, pero en ese plano lo que debe lamentarse es la incapacidad política para proceder a la reforma constitucional no la iniciativa autonómica de reforma estatutaria. En cuanto a la reforma implícita de la constitución, utilizando los mismos trazos gruesos, entiendo que la reforma no existe pues si es conforme a la Constitución no se reforma nada y si es contraria deberá ser expulsada del ordenamiento o interpretada conforme a la Constitución.

hecho con presupuestos y consecuencias distintas en la STC 247/2007 y en la STC 31/2010.

En la STC 247/2007 se explica, de forma correcta, que nada impide al Estatuto precisar el espacio competencial autonómico; de la misma forma que nada impediría al poder de reforma precisar el espacio competencial del Estado. Se señala que el límite para esa concreción estatutaria de las competencias autonómicas es que no puede impedir el despliegue de las competencias reservadas al Estado, esto es, no puede adentrarse en el espacio competencial reservado al Estado. En cualquier caso, ante la genérica referencia constitucional, para determinar si se afecta ese despliegue únicamente contamos con la doctrina del Tribunal Constitucional que interpreta directamente la Constitución o la que pueda resultar en el futuro de la resolución de los conflictos que se le planteen. En estas condiciones, en el marco de la STC 247/2007, el Estatuto hace una delimitación positiva del espacio competencial autonómico que resulta directamente derivada de nuestro singular modelo de organización territorial y encaja en la Constitución territorial.

El Tribunal niega expresamente que esa concreción suponga una LOAPA invertida, contraria a la STC 76/1983¹⁴. Incluso ha aprovechado esta sentencia para precisar su doctrina de la prohibición de «leyes interpretativas» (STC 76/1983). Nos dice ahora el Tribunal que esa labor interpretativa resulta constitucional cuando no es genérica o abstracta del sistema constitucional y cuando sus normas se dirijan a su ámbito competencial ejerciendo sus competencias propias. Pero en el caso de los Estatutos de Autonomía esa innegable función interpretativa vinculada al desglose de las materias competenciales en sus concretas facultades tiene un alcance muy distinto a la que realiza el legislador estatal, «en atención a la doble dimensión normativa que tiene el Estatuto, que se concreta en que es una norma estatal, con categoría de ley orgánica, integrante del bloque de la constitucionalidad y en que es la norma institucional básica» de la Comunidad Autónoma y, por tanto, del subordenamiento que se configura en ese territorio. La consecuencia de su condición de norma institucio-

¹⁴ Véase esta idea en ORTEGA, L., *Reforma constitucional y reforma estatutaria*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 66-82. La tesis de la LOAPA invertida consiste en afirmar que cuando se concretan las competencias autonómicas delimitando su alcance material y funcional se están interpretando las normas constitucionales de reparto competencial, esto es, estaríamos ante normas interpretativas, prohibidas expresamente por el Tribunal en la sentencia sobre la LOAPA (STC 76/1983). Sin embargo, como se había apuntado en la doctrina y ahora recoge el Tribunal Constitucional nada tiene que ver la actuación del poder estatuyente con la prohibida en la STC 76/1983 pues el propio Tribunal había distinguido la operación interpretativa derivada necesariamente de la actividad legislativa y la interpretación abstracta del bloque de la constitucionalidad vedada por la mencionada sentencia (STC 227/1988/3). Como señaló CRUZ, P., el problema no estriba en que el legislador interprete los conceptos constitucionales sino en que pretenda que «su» interpretación sea la única posible («¿Reserva de Constitución? Comentario al Fundamento Jurídico 4 de la STC 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA» (1983), en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 1999, p. 160.

nal básica, nos explica el Tribunal, es que el Estatuto «se dirige hacia los propios poderes de la Comunidad Autónoma, ejerciendo una tarea de ordenación de sus respectivas potestades, esto es, fijando el marco normativo en el que deben actuar». Por ello, el Estatuto puede «fijar las competencias propias de la Comunidad y establecer su alcance», esto es, detallar las submaterias o perfiles competenciales, sin perjuicio, lógicamente, de que la delimitación concreta pueda ser objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional.

Actuando así el legislador estatutario no incurre en vicio de inconstitucionalidad aunque puede infringir una concreta atribución competencial del Estado pero esta infracción constitucional resultaría por completo independiente de la anterior (FJ 10). En consecuencia, no se impide la técnica del desglose sino en cualquier caso se podrá enjuiciar su alcance concreto en las distintas materias.

Este reconocimiento del desglose y, con ello, de la función del Estatuto en la delimitación del reparto competencial que reconoce la STC 247/2007 debería tener consecuencias respecto a la función que ha cumplido hasta aquí el Tribunal Constitucional en el reparto competencial. Vendría a significar la sustitución de un modelo desregulado y asentado, esencialmente, sobre la actuación de un órgano jurisdiccional por otro en el que la delimitación se hace desde la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, fruto del acuerdo de voluntades autonómico y estatal, siempre que esa concreción haya sido considerada conforme a la Constitución, expresa o implícitamente, y sin perjuicio de la competencia del Tribunal Constitucional para resolver los posibles que pudieran surgir, incorporando en su actuación normas paraconstitucionales.

Esa sustitución resultaba lógica, a mi juicio, consecuencia de la propia evolución del Estado autonómico. El Tribunal Constitucional ha desarrollado esa función delimitadora porque ni la Constitución ni los primeros Estatutos especificaron el contenido de los respectivos espacios competenciales. La función que ha desarrollado ha sido más una consecuencia del vacío creado por la forma de actuar de constituyente y estatuyente que una opción idónea: ni al Tribunal debería haber correspondido esa delimitación, sino únicamente resolver los puntuales conflictos que surjan, por el carácter fragmentario de su actuación a partir de contextos normativos previamente definidos; ni, por su forma de actuar, propia de un órgano jurisdiccional que interviene a instancia de parte, puede configurar un modelo completo y sistemático de reparto competencial que garantice la plenitud¹⁵. Por ello, no era un modelo que pudiera pervivir en el tiempo sino que era preciso definir contornos normativos.

Por tanto, a partir de estas reformas estatutarias y con el sustento de la doctrina establecida en la STC 247/2007 deberíamos haber entrado en una nueva fase, en la que la función delimitadora la ejerce el Estatuto en el marco constitucional, y a falta de reforma constitucional, mientras que el Tri-

¹⁵ Las características de la doctrina del Tribunal Constitucional que aplico a este supuesto en BALAGUER, F. (coord.); CÁMARA, G.; LÓPEZ AGUILAR, J.F.; BALAGUER, M.L. y MONTILLA, J.A., *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, sexta edición, Madrid, 2011, pp. 133-137.

bunal Constitucional no desarrolla una función delimitadora con contenido político sino su función como tribunal de conflictos. Sin embargo, no ha sido así pues la STC 31/2010 contradice la doctrina anterior y reafirma la función delimitadora de competencias del Tribunal Constitucional frente al Estatuto. La crítica doctrinal a la STC 247/2007¹⁶ parece haber hecho mella en el Tribunal Constitucional. Así, en la STC 31/2010, en lugar de aplicar la doctrina de la STC 247/2007 a la pretensión estatutaria de desglosar los títulos competenciales introduce determinadas afirmaciones que «desactivan» ese cambio en la función delimitadora que pretenden las reformas estatutarias de Cataluña y Andalucía¹⁷.

Recordamos algunas de las afirmaciones contenidas en esta sentencia que pretenden devaluar la función constitucional del Estatuto y, en consecuencia, su función delimitadora de competencias.

- a) En primer lugar, considera al Estatuto una ley orgánica más, con la posición en el sistema de fuentes que corresponde a esa fuente. En ese sentido, su calificación como fundamento de validez de las normas de los niveles primarios es puramente doctrinal o académica. El carácter de norma pactada, que expresa la doble voluntad, general y autonómica, y se sitúa, por tanto, en la cúspide del ordenamiento autonómico ha desaparecido. Se trata de una fuente inferior a la Constitución y superior al reglamento, que se relaciona con las restantes fuentes legales a través del principio de competencia. Incluso cuando luego, en el Fundamento Jurídico 4, reconoce la función constitucional del Estatuto de crear sistemas normativos autónomos en los que constituye la norma institucional básica su condición de parámetro de constitucionalidad es por remisión de la Constitución, de forma que «la inconstitucionalidad por infracción de un Estatuto es, en realidad, infracción de la Constitución, única norma capaz de atribuir la competencia necesaria para la producción de normas válidas».
- b) En segundo lugar, se afirma que el Estatuto puede atribuir una competencia legislativa sobre determinada materia pero qué haya de entenderse por competencia y qué potestades comprenda la legislativa frente a la ejecutiva son presupuestos de la definición misma del sistema en el que el ordenamiento consiste, reservados a la Constitución, y en consecuencia, a su intérprete, el Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica de las categorías y principios constitucionales. Ninguna norma infraconstitucional puede hacer las veces de poder constituyente prorrogado o sobrevenido.

¹⁶ FERNÁNDEZ FARRERES, G., *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado autonómico?*, Civitas, Madrid, 2008.

¹⁷ Sobre la actitud desactivadora de la STC 31/2010 sobre las novedades introducidas por el Estatuto de Cataluña (LO 2/2006), véase VIVER I PI-SUNYER, C., «Los efectos jurídicos de la sentencia sobre el Estatuto», en *RCDP*, Especial sentencia sobre el Estatuto, 2010.

- c) En tercer lugar, cuando el Estatuto, al concretar las competencias recoge la doctrina que ha ido decantando el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia pretende desarrollar una función más propia del Tribunal Constitucional que del Estatuto.
- d) En cuarto lugar, afirma el Tribunal en unos términos ciertamente sorprendentes que las categorías y principios que rigen el Estado autonómico han sido objeto de una definición jurisdiccional perfectamente acabada en su contenido sustantivo, que ha hecho posible reducirlos a unidad mediante su ordenación como sistema (FJ 58). Resulta difícil concebir como a través de una actuación casuística y a instancia de parte se ha logrado esa plenitud ordinamental.
- e) En quinto lugar, se afirma que los Estatutos pueden relacionar sin definir, sin otro ánimo que el descriptivo de una realidad normativa que le es indisponible. (FJ 58).
- f) Finalmente, en sexto lugar, afirma el Tribunal que los términos del Estatuto sólo pueden interpretarse, más allá de la expresión literal de los preceptos estatutarios, en los límites de la doctrina del propio Tribunal y a la luz del sentido que en ella han adquirido, a lo largo del tiempo.

La consecuencia de estos nítidos pronunciamientos es la configuración del Tribunal Constitucional como el «señor» de las competencias, con una rotundidad inadvertida hasta aquí, frente a la irrelevancia jurídica de lo que, en su caso, pueda establecer el Estatuto de Autonomía, al que remite la Constitución. El Tribunal Constitucional se arroga, por tanto, la función delimitadora del reparto competencial, negando a su vez el alcance de la actuación del Estatuto de Autonomía.

3. CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA DE LA STC 31/2010 SOBRE LAS COMPETENCIAS COMPARTIDAS

La posición del Tribunal Constitucional en relación al tratamiento estatutario de las competencias autonómicas tiene consecuencias concretas en el reparto competencial. La más señera es la limitación de la función delimitadora del Estatuto en el espacio competencial autonómico, especialmente en el supuesto de las competencias compartidas.

Seguramente el mayor alcance de esta nueva doctrina del Tribunal Constitucional se produce en relación a la limitación del legislador básico estatal que puede derivar de la concreción estatutaria del ámbito de actuación autonómico. Al incluirse una determinada facultad en el Estatuto se ubica expresamente en el espacio competencial autonómico y ya no puede ser objeto de regulación estatal en ejercicio de su competencia para establecer las bases. Lógicamente, puede ocurrir que el estatuyente se extralimite al hacer la configuración positiva de su espacio competencial. En ese supuesto estaríamos ante un

conflicto competencial que únicamente podría ser resuelto por el Tribunal Constitucional, a través del correspondiente conflicto con la expulsión del ordenamiento de la norma estatutaria o su «interpretación conforme», en el sentido que el propio Tribunal Constitucional ha expresado.

Esa delimitación de lo básico no la hace en sentido estricto la Constitución sino el legislador ordinario estatal que establece lo básico, las bases o la legislación básica. Ante este supuesto se ha planteado la cuestión de si puede el Estatuto delimitar la capacidad del Estado para establecer lo básico.

Debemos recordar nuevamente, como premisa insoslayable, la singularidad de nuestro Estado autonómico y la singular naturaleza jurídica del Estatuto de Autonomía. Realizan una función que ni siquiera pueden hacer las Constituciones de los Estados miembros de una federación, sino sólo la Constitución federal: la atribución de competencias a las entidades territoriales autónomas¹⁸. Esa capacidad de atribución debe hacerse en el marco de la Constitución y está limitada sólo por la propia Constitución. En consecuencia, el legislador básico estatal no puede limitar a quien habilita la Constitución para la atribución de competencias.

El Estatuto, efectivamente, pretende una delimitación negativa de las bases. Al determinar las facultades de actuación de una Comunidad Autónoma en una materia de forma implícita está limitando la capacidad delimitadora del legislador estatal. Esto no significa que esa delimitación negativa sea incólume pues el Estatuto ha podido vulnerar el marco constitucional. Pero esto es algo que deberá determinar el Tribunal Constitucional al resolver un conflicto competencial en este sentido. De esta forma no quedaría afectado el mínimo común normativo como contenido de lo básico que puede ser establecido por el Tribunal Constitucional al resolver un concreto conflicto; lo que sí quedaría mediaticada es la libertad absoluta del legislador ordinario estatal para determinar las bases y para cambiarlas en cualquier momento pues ese cambio ya no provocaría únicamente la inconstitucionalidad sobrevenida del desarrollo normativo autonómico de lo básico sino que podría contradecir una norma estatutaria y, con ello, el bloque de la constitucionalidad de lo que derivaría su inconstitucionalidad salvo que el Tribunal Constitucional considerara, al resolver el conflicto, que el Estatuto de Autonomía se había excedido al delimitar el espacio competencial autonómico.

Lo que rechazamos es que el Estatuto no pueda desglosar su espacio competencial, también en las competencias compartidas, porque de esta forma se estaría limitando la libertad del legislador estatal para establecer lo básico. Y ello por dos razones. Por un lado, el legislador básico estatal es un poder limitado por el bloque de la constitucionalidad, en el que se incluye el Estatuto de Autonomía, sin perjuicio de que los contenidos de éste puedan ser sometidos a control de constitucionalidad. Por otro lado, el límite no afecta a su capaci-

¹⁸ En este sentido, ARAGÓN, M., *op. cit.*, p. 19.

dad para regular lo básico en el marco delimitado por la Constitución territorial sino para redelimitar ese marco en el proceso de producción normativa de lo básico, proceso diferenciable del anterior en cuanto esta segunda operación debe atender a las normas sobre la producción del ordenamiento¹⁹.

En consecuencia, el desglose competencial limita implícitamente la capacidad del legislador estatal para delimitar lo básico, al menos en la práctica, pues ha sido delimitado en negativo por el Estatuto al concretar el espacio competencial autonómico como una consecuencia de nuestro modelo de organización territorial y esa delimitación incorporada al bloque de la constitucionalidad debe ser respetada por el legislador estatal al regular lo básico o modificar esa regulación.

La limitación de la capacidad delimitadora del legislador básico tiene una consecuencia positiva para el funcionamiento del Estado autonómico que no podemos soslayar: puede coadyuvar a la estabilización del contenido de lo básico en cada una de las materias competenciales. Se tiende a superar la conocida «variabilidad de lo básico»²⁰. Esta característica de nuestro modelo que en su origen resultó favorable a las CCAA en cuanto les permitía el desarrollo de lo básico aunque el Estado no hubiera regulado la materia ha ofrecido al Estado una absoluta libertad, en la forma y en el contenido, para determinar en cada momento lo que es básico y alterar esa delimitación con el consiguiente desplazamiento de la normativa autonómica y la conversión en obsoletas de previsiones normativas recientes, afectándose incluso la seguridad jurídica de los ciudadanos. Por tanto, estabilizar lo básico desde el bloque de la constitucionalidad es un proceso positivo e incluso necesario para el adecuado funcionamiento del Estado autonómico. Que lo haga el Estatuto y no la Constitución es la consecuencia de la posición del Estatuto en nuestro modelo y de la apatía del poder de reforma constitucional.

Esta pretensión de dar fijeza a la delimitación de lo básico no impide al legislador estatal cambiar la regulación para adaptarla a los cambios de la sociedad, esto es, no petrifica el tratamiento normativo de una determinada cuestión²¹. Lo que limita es su capacidad para delimitar lo básico al establecer un parámetro de constitucionalidad más preciso. Tampoco petrifica el reparto competencial. Ciertamente, las fuentes fundantes de los respectivos ordenamientos,

¹⁹ Sobre la distinción entre delimitación de lo básico y regulación de lo básico, cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Las cuestiones competenciales en los actuales procesos de reforma de los Estatutos de Autonomía», en *RGDC*, n.º 1, 2006, p. 41.

²⁰ Las referencias imprescindibles sobre esta cuestión son JIMÉNEZ CAMPO, J., «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico», en *REDC*, n.º 27, 1989; y GARCÍA MORILLO, J., «La versatilidad de lo básico», en *RAP*, n.º 139, 1996.

²¹ En cualquier caso, en esa regulación deberían participar las CCAA en cuanto incide en el desarrollo que pudieran hacer. Así habitualmente se ha mencionado la regulación de lo básico como una de las leyes en que pudiera participar de forma preponderante un Senado cámara de representación territorial. Pero en todo caso, deberían ser objeto de debate en un foro multilateral.

sea la Constitución o el Estatuto, caracterizadas por su rigidez, tienden a permanecer. En ese sentido, también el art. 149.1 CE petrifica el reparto competencial. Sin embargo, por un lado, su reforma no debe advertirse como un proceso traumático sino normalizado, para adaptarse a las nuevas circunstancias, y por otro, sus normas están más abiertas a la interpretación adaptativa que la de otras fuentes.

Esta interpretación ha sido rechazada por un sector doctrinal a partir de considerar que la Constitución remite al legislador básico y, en consecuencia, prevalece sobre las previsiones estatutarios. No creo que esa posición pudiera sostenerse desde la doctrina del Tribunal Constitucional anterior a la STC 31/2010. Por un lado, el Tribunal no ha incluido a la legislación básica en el bloque de la constitucionalidad; por otro, ha establecido el sometimiento de ésta no sólo a la Constitución sino también a los Estatutos. Recuérdese el pronunciamiento de la STC 141/1993 cuando establece que «tal regulación sólo corresponde hacerla al Estado mediante normas de carácter básico en la medida en que así lo permitan la Constitución y los Estatutos de Autonomía». A mi juicio, la tesis de que la legislación básica prevalece sobre lo establecido en los Estatutos de Autonomía soslaya las características singulares de nuestro modelo de organización territorial. Según esa posición, la Constitución delimita completamente las competencias estatales, de forma que quedaría constitucionalmente cerrado el reparto competencial. Sin embargo, la mera lectura del art. 149.1 CE permite comprobar que esto no es así. Por motivos genéticos, a los que antes hacíamos referencia, nada tiene que ver nuestro título VIII, y en concreto el art. 149.1 CE, con el título competencial de otras constituciones de Estados descentralizados en las que se concretan las competencias del Estado²².

La STC 247/2007 parece avalar esta interpretación en un doble sentido. Por un lado, en cuanto destaca que el art. 149.1 CE no describe con detalle el contenido de las materias de competencia estatal y, por otro, en cuanto en determinados casos sólo incluye algunas funciones en relación a la materia, y no toda ella. Sin duda, el caso más significativo es el de las bases. El límite que se establece en la sentencia es que la regulación normativa estatutaria no desnaturalice el contenido que sea propio de cada materia, «que permita su reconocibilidad como institución» (FJ 10). De esta forma, está estableciendo un límite a la delimitación estatutaria del espacio competencial autonómico, que lógicamente está sometido al control de constitucionalidad, pero ello no significa habilitación para que una hipotética delimitación estatal a través de normas básicas se imponga sobre lo establecido en los Estatutos. En el caso del alcance

²² No comparto, en este sentido, el planteamiento de T. de la Quadra Salcedo Janini, para quien desde esa concepción rechaza que «el poder estatutario revise la obra del poder constituyente en aquello que el poder constituyente ha querido dejar cerrado, caso precisamente del alcance de las competencias atribuidas al Estado por el art. 149.1 de la Constitución» (*op. cit.*, p. 196).

de lo básico esta cuestión es manifiesta. Es el legislador estatal quien hace esa delimitación y está sometido al Estatuto pues el Estatuto forma parte del bloque la constitucionalidad. Cuestión distinta sería plantear que éste no es el modelo ideal y debería ser la Constitución quien hiciera la delimitación de lo básico. Sin embargo, no es así en nuestro ordenamiento.

Esta interpretación no limita, obviamente, la capacidad del Tribunal Constitucional. Este puede declarar inconstitucional un precepto estatutario por invadir las bases estatales, pero no simplemente porque el legislador estatal lo considere básico sino porque al interpretar la Constitución el Tribunal Constitucional ha considerado básico ese determinado aspecto de la materia competencial ahora incluido en el Estatuto. Incluso resulta posible que se produzca la inconstitucionalidad sobrevenida de la regulación estatutaria al considerar que en un nuevo contexto obligue a ensanchar las bases estatales para el cumplimiento de su función. Lo que rechazamos es que esto pueda derivar de la actuación del legislador ordinario estatal, imponiéndose de esta manera al estatutario.

Sin embargo, la STC 31/2010 ha puesto en cuestión esa función delimitadora del Estatuto en las competencias compartidas. En realidad, el Tribunal ha afirmado en esta sentencia que no existen obstáculos constitucionales para el desglose de facultades competenciales, esto es, para que concrete, también en las competencias compartidas, qué facultades competenciales se ubican en el espacio autonómico. Sin embargo, a su vez, ha destacado que el legislador básico estatal no resulta obligado por la delimitación negativa que hace el Estatuto al concretar las competencias autonómicas. No existe «blindaje» derivado de la concreción de las facultades competenciales pues esa concreción no conlleva una limitación del ámbito competencial de lo básico, esto es, no puede restringir el ámbito competencial atribuido al Estado por la Constitución²³.

Sin embargo, no existe incompatibilidad entre la inexistencia de blindaje y la vinculación del legislador básico estatal a los contenidos estatutarios. Aun cuando el Estatuto no pueda condicionar lo básico, la reforma estatutaria incide en ese proceso de delimitación. Al detallar con exhaustividad las competencias autonómicas condiciona la delimitación de lo básico, sin que ello contradiga la afirmación de que puede corresponder finalmente al Tribunal Constitucional en caso de conflicto. Y esto por dos razones imbricadas: la alteración del parámetro de constitucionalidad que supone y lo que podemos denominar la «doble deferencia» del Tribunal, no sólo al legislador básico sino también al Estatuto.

La técnica del desglose de las competencias autonómicas conlleva la alteración del bloque de la constitucionalidad y, en consecuencia, del canon de

²³ Cfr., en este sentido, en la doctrina, DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T., «La reforma de los Estatutos de Autonomía y sus límites constitucionales. La imposibilidad de “blindar” las competencias autonómicas a través de una mera reforma estatutaria», en *CDP*, n.º 24, 2005, pp. 185-187.

constitucionalidad que utiliza el Tribunal Constitucional en el proceso de delimitación de lo básico, del que forma parte también el Estatuto²⁴. Ciertamente, esta alteración del parámetro debe tener consecuencias²⁵. Cuando el Estatuto establece con precisión el carácter autonómico de una determinada actividad pública, en el amplio margen que abre la indefinición constitucional, el Tribunal Constitucional sólo podría considerarla en el ámbito de la competencia básica estatal tras demostrar que se ha excedido al hacer la delimitación positiva de las competencias autonómicas, lo que conlleva la expulsión del ordenamiento de la norma estatutaria o su «interpretación conforme» o, aún sin excederse, concurren las circunstancias excepcionales que justifican la concurrencia de un título del Estado, pues, como se sabe, la interpretación de los títulos respectivos deberá ser sistemática.

Además, junto a la deferencia que debe al legislador básico estatal, en cuanto le corresponde inicialmente determinar lo básico se adiciona la deferencia a la delimitación del espacio competencial autonómico que ha efectuado el Estatuto por remisión constitucional. La cuestión de cual de las dos deferencias prevalece ya ha sido resuelta a favor del Estatuto en cuanto, por un lado, a él remite la Constitución para la delimitación de competencias y, por otro, la función del legislador básico estatal no es delimitadora sino regulatoria, sometida, por tanto, en cualquier caso, al bloque de la constitucionalidad. Esto no significa que deba aceptarse cualquier contenido estatutario pues la relación es competencial pero si contrarresta las consecuencias de la deferencia unilateral al legislador básico estatal que le ha permitido adentrarse en el espacio competencial autonómico.

A partir de aquí, entendemos que el Tribunal pierde la amplia libertad interpretativa que le brindaba el carácter genérico de los títulos competenciales autonómicos y, en ese sentido, ya no le correspondería la función delimitadora a partir de la propuesta del legislador básico estatal sino la de resolver en los términos expuestos el posible conflicto que pueda plantearse en el nuevo marco estatutario entre esa propuesta y la delimitación negativa que ha hecho el Estatuto al concretar el espacio competencial autonómico, de lo que podrá derivar, cierto es, una redelimitación de lo básico en una determinada materia.

Sin embargo, la STC 31/2010 a partir de las afirmaciones antes apuntadas rechaza esta concepción. Si el Estatuto es una ley orgánica más, las categorías y principios han sido objeto de una definición jurisdiccional perfectamente acabada o los términos del Estatuto sólo pueden interpretarse en los límites de la doctrina del Tribunal Constitución, resulta claro que está impidiendo la función delimitadora del Estatuto y configura al propio Tribunal como delimitador de las competencias compartidas, en lugar de órgano de resolución de conflictos.

²⁴ VIVER, C., «En defensa...», *op. cit.*, pp. 120-121.

²⁵ Lo que no comparto es la idea de que el contenido estatutario se impone al Tribunal como una norma constitucional secundaria a consecuencia de su función de complemento de la Constitución y la consiguiente inclusión en el bloque de la constitucionalidad (*ibidem*).

4. CRÍTICA A LA FUNCIÓN DELIMITADORA DE LAS COMPETENCIAS QUE SE ARROGA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se ha expuesto la pretensión del Tribunal Constitucional de configurarse de manera permanente en delimitador del reparto competencial, ante la ausencia de reforma constitucional que «constitucionalice» el Estado autonómico y frente a la pretensión del Estatuto de Autonomía de cumplir esa función. Lo hemos ejemplificado en el supuesto de la delimitación de lo básico. Frente a la pretensión de la STC 31/2010 sostenemos que un modelo de delimitación competencial a partir del reparto bosquejado en la Constitución asentado sobre la actuación del Tribunal Constitucional, sin referentes normativos, resulta inaceptable tras treinta años de desarrollo constitucional.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado una meritoria labor de delimitación, concreción y garantía en diversas materias competenciales. Incluso nos parece correcta la afirmación, ya tópica, de que sin la actuación delimitadora del Tribunal «el Estado autonómico sencillamente no hubiese podido funcionar». Más cuestionable es que pueda seguir haciéndolo en el futuro de manera adecuada asentado únicamente en la doctrina del Tribunal Constitucional. Y, por supuesto, entiendo que esa actuación jurisdiccional no ha «constitucionalizado» el reparto competencial²⁶. No ha podido hacerlo en cuanto el Tribunal actúa a instancia de parte y su actuación tiene los rasgos casuísticos propios de cualquier órgano jurisdiccional. Es una actuación fragmentaria y complementaria que, por su propia naturaleza, no puede garantizar la plenitud. La propia STC 31/2010 se ha referido a las «carencias características de toda obra jurisprudencial en términos de cognoscibilidad y reconocimiento por parte de la comunidad de sus destinatarios y obligados» (FJ 58).

Pero no sólo es que no pueda delimitar con plenitud la delimitación de competencias sino que, a nuestro juicio, tampoco debe hacerlo pues es una función que corresponde en su caso al poder constituyente, que ha decidido dejarlo abierto, remitiendo a los Estatutos y, en cualquier caso, son decisiones que deben estar sometidas al debate público democrático. Cuando el Tribunal Constitucional asume esa función delimitadora de competencias en lugar de limitarse a la resolución de conflictos se sitúa inevitablemente en pleno debate político. No se pretende negar el carácter político de cualquier conflicto competencial sino, en otro orden, apartar al Tribunal de la definición política que conlleva la delimitación competencial. Como señaló el Tribunal en una de sus sentencias fundacionales (STC 11/1981) deben situarse en un plano las decisiones políticas, entre las que se incluyen la delimitación de las competencias entre el Es-

²⁶ Esa es la respuesta que ofrece G. Fernández Farreres para negar la «desconstitucionalización». No se pretende negar la importancia de la doctrina constitucional en la configuración del Estado autonómico sino, como se apunta después, la imposibilidad de construir un modelo a partir de una jurisprudencia que lógicamente no puede ser sistemática. Cfr. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *op. cit.*, pp. 73-77.

tado y las CCAA, y el enjuiciamiento político de tales decisiones, y en otro la respuesta jurídica a los conflictos que puedan surgir. Si se quiere apartar al Tribunal Constitucional del debate político, con el riesgo de deslegitimación que conlleva, debe separarse también de una función esencialmente política cual es la de determinar las actividades y tareas de competencia estatal y autonómica ciñéndose al ámbito de la respuesta jurídica a los conflictos.

Debemos estar atentos al desarrollo de ese nuevo marco competencial. Lo más adecuado sería que el Tribunal retomara la doctrina de la STC 247/2007, reconociendo la capacidad delimitadora del Estatuto, y la aplicara a la ordenación de competencias más concreta derivada de los Estatutos de autonomía reformados, olvidando algunos pronunciamientos de la STC 31/2010, ciertamente sorprendentes y acaso vinculados a la situación de tensión política en la que fue dictada esta sentencia. Sin embargo, también puede perseverar en esa minusvaloración del Estatuto que refleja la STC 31/2010. En esa línea se ha pronunciado también la STC 30/2011 cuando ha declarado inconstitucional un precepto estatutario, en este caso del Estatuto de Andalucía. No atiende siquiera a la posibilidad de una interpretación conforme para matizar el carácter exclusivo de una competencia autonómica, cuando siempre había explorado esta vía (SSTC 69/1982, 20/1988 o la 56/1990).

Si persevera en esta línea habrá convertido su jurisprudencia constitucional en una auténtica «doctrina constituyente»²⁷, a la vez que devalúa el Estatuto de Autonomía. Ante esta ausencia de densidad normativa en la delimitación competencial parece necesario impulsar la reforma constitucional. Se trata de reconocer en la Constitución las concretas competencias estatales, con las facultades concretas que le correspondan, de la manera más precisa posible. Deberá añadirse una cláusula según la cual las competencias que no sean del Estado serán de las CCAA, para cerrar el modelo.

En este contexto, la «constitucionalización» del reparto competencial que tantas veces se ha sostenido no es sólo conveniente sino absolutamente necesaria.

De esta forma, no sólo resultarán desmontados buena parte de los conflictos competenciales sino sobre todo, se situará al Tribunal Constitucional en su función de resolver los conflictos, más allá de la delimitación de competencias, función que corresponde a otros actores de naturaleza política. En definitiva, se estará protegiendo la legitimidad del Tribunal Constitucional en el marco constitucional frente a sí mismo.

²⁷ Cfr. esta denuncia en DE CABO MARTÍN, C., *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003.

La reforma del Estado autonómico ante los retos de la ordenación e integración

José Tudela Aranda

Doctor en Derecho. Letrado de las Cortes de Aragón

SUMARIO: I. Premisas para un debate. II. Ordenación, desconcierto y crisis. 1. Del estado ordenado al estado desconcertado. 2. El estado desconcertado encalla en las arenas de la depresión económica. La recentralización como alternativa. III. El Estado autonómico y los desafíos de la integración. 1. El fracaso de la reforma estatutaria como instrumento de integración de los nacionalismos periféricos. 2. El jaque y el mate al pacto constitucional. IV. La respuesta ideológica e instrumental desde la constitución.

I. PREMISAS PARA UN DEBATE

Una de las decisiones políticas fundamentales del constituyente de 1978 fue la opción por la descentralización política del poder. Pocos cuestionan que la razón fundamental de adoptar esa decisión fue la de buscar respuesta a los nacionalismos periféricos de Cataluña y País Vasco, y, en bastante menor medida, de Galicia. Junto a ello, se pusieron encima de la mesa las ventajas de la descentralización para la dinamización de la España del interior y el consiguiente acercamiento del poder a los ciudadanos. En cualquier caso, tanto del debate constituyente como de la propia letra de la Constitución se deduce con claridad que la finalidad fundamental de la opción descentralizadora era satisfacer las pretensiones nacionalistas de los territorios mencionados y, de esta manera, resolver uno de los problemas seculares de nuestra historia¹. Un debate que debe siempre entenderse en el marco histórico en el que se produjo.

¹ Al respecto, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Estudios sobre autonomías territoriales*, pp. 453-455. En las mismas páginas, el autor subraya como, frente al debate que este tema suscitó en las Cortes constituyentes de 1931, la decisión de descentralizar el Estado, de manera mucho más acusada que en 1931, fue tomada por consenso y desnudada de todo dramatismo.

La visión histórica sobre el tema territorial en la España del siglo XX merece un tratamiento que no es posible dar en estas páginas. Son muchos los sobreentendidos al respecto, y algunos de ellos exigirían de notables matizaciones sino de simples negaciones. Por ello, un examen riguroso de esta cuestión es fundamental de cara disponer de los elementos de juicio necesarios en un momento como el actual cuando parece que es preciso reformar aspectos significativos de nuestro modelo de organización territorial. Así, establecer de manera correcta la evolución del debate jurídico y político del nacionalismo vasco y catalán; realizar un recordatorio objetivo del proceso de descentralización realizado o deshacer la presunción de que solamente en Cataluña, País Vasco y Galicia hubo deseos de autonomía, se antojan, entre otras, cuestiones necesarias.

Esa perspectiva histórica, como tantas otras cosas, aparecerá partida por la guerra civil. Hasta ésta, el debate se planteó en unos términos, si bien nunca uniformes pero sí de creciente consolidación de las demandas de autogobierno por los nacionalismos periféricos². Sin embargo, en los exilios posteriores a la guerra civil, la cuestión territorial no fue cuestión fundamental. Por encima de ella pesaba la necesidad de recobrar la democracia y la libertad, sobre la base de la reconciliación entre todos los españoles. Sin duda, es posible encontrar referencias, y numerosas, a esta cuestión³. También es un ejercicio necesario su recopilación para mejora no ya de nuestra memoria sino de nuestro entendimiento presente. Pero lo significativo es, precisamente, que incluso allí donde se encuentra presente, cedía el protagonismo a los objetivos de libertad y democracia, objetivos colectivos de todos los españoles.

Fue a partir de los años sesenta cuando la cuestión territorial vuelve a hacerse un hueco significativo en el debate político. Alrededor de este debate, es posible encontrar de forma reiterada un discurso anudado a palabras como autonomía, federalismo, nacionalidad o región. En este punto, resulta preciso recordar que la inclusión de la expresión «nacionalidades y regiones», no fue en ningún caso casual ni, menos, fruto de presiones de fuerzas fácticas que deseaban alejar la voz nación. La voz nacionalidad llega a la Constitución de la mano de una profunda carga política ligada a las necesidades y exigencias del nacionalismo. Su significado era profundo y así lo entendían tanto los de-

² Véase, W.A.A., *Documentos para la historia del nacionalismo vasco*, Ariel, 1998; PRAT DE LA RIBA, E., *La nacionalidad catalana*, Biblioteca catalana, 1925; CAMBÓ, F., *España, Cataluña y la Nueva Constitución*, Editorial Independencia, 1929.

³ Es significativo el libro *Diálogo sobre las Españas*. En el mismo, Bosch Gimpera defiende la necesidad de distinguir España de Castilla para concebir España «como el conjunto armónico en que todos pueden vivir fraternalmente, sin disminuciones ni imposiciones» (OSCH GIMPERA, P., «Cataluña, Castilla, España», en *Diálogo sobre las Españas*, Ediciones de las Españas, 1960, p. 30). Por su parte, en 1962 Fernando Valera publicaba un opúsculo abogando por la república federal como mejor régimen para España (VALERA, F., «Actualidad de la idea federal», en *Documentos y estudios sobre la República española*, Cuaderno n.º 2, 1962).

fensores de su inclusión en el texto constitucional como aquellos que recelaban de la misma. En este sentido, no debe olvidarse que su inclusión supondría, como compensación, la modificación de la propuesta del artículo 2, para incluir la referencia a la «indisoluble unidad de la Nación española»⁴.

Más allá de las circunstancias que rodearon el debate en los años de la transición, en todo caso de necesaria consideración para tener una cabal comprensión tanto de la evolución del modelo como de su situación actual, resulta preciso atenerse al desarrollo del marco institucional establecido en relación con esta cuestión por el constituyente. Al respecto, sabido es que la nota más característica de ese modelo es su indefinición o apertura. Esta misma flexibilidad obliga a poner en valor lo sucedido. Es decir, al igual que hoy hay casi coincidencia generalizada en afirmar que el Estado español se acerca a un modelo federal, podría haber sucedido que la descentralización territorial se circunscribiese a un modelo limitado tanto cuantitativa como cualitativamente. Dicho de otra manera, el alto grado de descentralización política es fruto básicamente de una voluntad política en la que confluyen agentes muy diversos. En todo caso, lo que en este discurso interesa es significar como el abierto marco constitucional ha sido desarrollado en una clave profundamente descentralizadora, hasta el punto de que España ha pasado de ser un ejemplo perfecto de Estado fuertemente centralizado a ser un Estado con un intenso nivel de descentralización tanto en términos cuantitativos como cualitativos⁵. Desde esta afirmación, que, lógicamente, admite muchos matices, habrá que acercarse al presente.

Si hoy, y cómo habrá ocasión de examinar, muchos y muy diversos agentes cuestionan el acierto de nuestro modelo de organización territorial, lo cierto, y también resulta preciso recordarlo, es que hasta hace poco más de cinco años todo eran loas para el mismo. El desarrollo económico de nuestro País se encontraba indisolublemente unido al proceso de descentralización; las tensiones nacionalistas habían sido, al menos, inteligentemente encauzadas. En pocos años, se había producido una intensa descentralización del poder sin demasiados costes y grandes beneficios. Socialmente, cuestión muy relevante, el Estado

⁴ Al respecto, JULIA, S., *Nación, nacionalidades y regiones en la transición política a la democracia*, Fundación Pablo Iglesias, pp. 22 y 23.

⁵ Un Estado básicamente equiparable a un Estado federal. Desde el exterior, Ronald Watts, entre otros, reforzó esta visión ya en una etapa pasada del Estado autonómico, WATTS, R.L. *Sistemas federales comparados*, Marcial Pons, 1999, pp. 129-131. Una visión que el mismo autor ha ratificado en un trabajo más reciente: WATTS, R.L., *España ¿Una federación multinacional encubierta?*, Fundación Giménez Abad, 2009, <http://www.fundacion-gimenezabad.es/>, (2009). Si se acude a las cifras, la conclusión no ofrece dudas: en la actualidad las Comunidades Autónomas gestionan el 36% del gasto no financiero total; el 24% de los ingresos no financieros; el 41% de la inversión pública estatal; el 54% de los empleados públicos. Por otra parte, el 72% del gasto autonómico es gasto social. Finalmente, 1978 y 2011 se han realizado 1967 traspasos del Estado a las Comunidades Autónomas (Fuente: LÓPEZ LABORDA, 2011).

de las autonomías había sido asumido por la población como una parte natural de su ser y los niveles de identificación con el mismo eran elevados y extendidos territorialmente a todas las Comunidades Autónomas⁶. Las sombras eran escasas y las luces estaban extendidas. Desde esta perspectiva, la pregunta inevitable es qué ha podido suceder para que hoy las sombras dominen los juicios de unos y de otros.

El cambio no es fruto del azar. Los últimos diez años han sido testigos de notables acontecimientos, algunos directamente relacionados con el Estado autonómico y otros que, sin estarlo, sí poseen notable incidencia sobre el mismo. Muy esquemáticamente, todo puede reducirse al renacimiento de la reivindicación nacionalista y a la profunda crisis económica. Desde perspectivas diferentes, ambas cuestiones van a influir en el juicio sobre la organización territorial. Y lo van a hacer sobre los dos objetivos de la misma: la eficiencia y mejor servicio a los ciudadanos y la resolución de las tensiones nacionalistas. Lo sorprendente no es que esto haya sucedido sino la intensidad y rapidez con la que se han erosionado las positivas premisas de las que se partía. Explicarlo no resulta sencillo, aunque sí lo sería enumerar los notables errores políticos que se han acumulado en este tiempo. En todo caso, no es lo menos grave la sensación de que la frivolidad en el juicio y la falta de reflexión sobre esta cuestión sigue instalada de modo generalizado en nuestros agentes políticos.

Si bien la resurrección de las tensiones nacionalistas tiene un precedente necesario, el debate acaecido en torno al denominado Plan Ibarretxe⁷, su concreción ha tenido lugar alrededor del debate suscitado por la aprobación del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y, en particular, por la STC 31/2010, recaída sobre el mismo⁸. Con el Estatuto de Autonomía de Cataluña se iniciaba una nueva etapa política y jurídica de la organización territorial marcada por la aprobación de los llamados Estatutos de segunda generación. Una etapa que, desde todas las perspectivas, implicaba un salto cualitativo en el desarrollo del Estado autonómico. Más allá de la profundización en el autogobierno, de las dudas sobre la constitucionalidad de algunos procesos o de la polémica política y social que rodeó al Estatuto catalán, hay que consignar la transcendencia de dos hechos. Por una parte, por vez primera se

⁶ Los barómetros autonómicos del CIS han reflejado de manera constante esta percepción, si bien puede apreciarse un cierto deterioro de la identificación con el Estado autonómico. En el barómetro de julio 20110, realizado entre enero y marzo de ese año, el 47,9% opinaba que la creación del Estado autonómico había sido positiva para España mientras que el 26,4 tenían una visión negativa.

⁷ Sobre el denominado Plan Ibarretxe, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., «Reflexiones constitucionales sobre la propuesta de modificación estatutaria de Ibarretxe», en *Tiempo de reformas. El Estado autonómico en cuestión*, Biblioteca Nueva, 2006, pp. 107 y ss.

⁸ Para una visión de los comentarios que ha merecido la Sentencia 31/2010 en la doctrina jurídica catalana, pueden verse los monográficos que a la misma han dedicado la *Revista catalana de dret públic* (especial, diciembre de 2010) y la *Revista d'Estudis Autonòmics y Federals* (n.º 12, marzo de 2011).

modificaban Estatutos de Comunidades que habían accedido a la autonomía por la vía del artículo 151 de la Constitución. Y lo hacían, cuestión muy relevante, procediendo no a la reforma del texto originario sino a la aprobación de un nuevo Estatuto. Por otra, el hecho de que por primera vez en la evolución del Estado autonómico iba a desaparecer la voluntad de emulación, imponiéndose las opciones individuales. Cada una de las 17 Comunidades Autónomas ha seguido un camino diferente, sin que puedan encontrarse textos homogéneos, como sucedía en el pasado. A lo sumo, pueden registrarse algunos parecidos más o menos intensos. El resultado, un mapa profundamente heterogéneo en cuanto a nivel de autogobierno se refiere. La paradoja, el hecho de que se reformasen/aprobasen diversos Estatutos tras el catalán, reforzó la imagen de la emulación, a pesar de las muy notables diferencias entre ellos⁹.

Pero no ha sido ésta la única ni la más importante de las paradojas producidas por el proceso de aprobación de los Estatutos de segunda generación. Más allá de cualquier consideración y de legítimas decepciones, resulta difícilmente cuestionable que la aprobación del nuevo Estatuto supuso para Cataluña un significativo avance en sus niveles de autogobierno. Sin embargo, ésta es la paradoja, el descontento social y, muy en especial, de la élite política catalana con el autogobierno es hoy notablemente mayor que antes de la aprobación del Estatuto. De hecho, ha sido ahora cuando notables líderes han comenzado a extender la máxima de la imposibilidad de que Cataluña pueda lograr satisfacción a sus aspiraciones integrada en el conjunto del Estado.

Esta toma de posición, unida a un previsible retorno al Gobierno vasco de los partidos nacionalistas, hace previsible que en los próximos años las tensiones nacionalistas ocupen la primera página del debate nacional. Sea cuál sea el posible devenir de las mismas, lo que parece poco probable es que la solución a las mismas se encuentre en el marco de los principios que rigen el Estado autonómico. Por flexible que éste sea, que no lo es tanto como algunos parecen querer ver, lo cierto es que la Constitución establece unos límites que a la postre deben ser respetados, tal y como ha demostrado el propio debate sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Por ello, no es difícil aventurar que el marco constitucional ha fracasado en cuanto a la solución de las tensiones nacionalistas y que la solución a las mismas, si la hay, habrá que buscarla en una reforma constitucional. Cuestión muy diferente sería el análisis de las causas de este fracaso. Es probable que el mismo no tenga raíces en la letra de la Constitución sino en el devenir de unos acontecimientos mal gestionados por unos y otros.

⁹ De esta manera se rompía la previsible emulación. Al respecto, VV.AA., «Encuesta sobre el Estado autonómico», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 24, pp. 11-108. Sobre el significado de la ruptura de la idea de emulación, TUDELA ARANDA, J. «Heterogeneidad y asimetría en un Estado indefinido. Una aceptación de la diversidad que es puerta de futuro», en TUDELA ARANDA, J. y KNÜPLING, F., *España y modelos de federalismo*, CEPC, 2010.

Si el proceso de reformas estatutarias ha finalizado por cuestionar casi radicalmente la capacidad del Estado autonómico para resolver las tensiones nacionalistas, la crisis económica ha erosionado profundamente su credibilidad como modelo de gestión eficiente. De una manera generalizada, y sorprendente por los silencios previos, el Estado autonómico aparece en boca de muchos como una de las razones más evidentes de la crisis económica y, lo que es peor, como uno de los obstáculos más serios para la recuperación. Multiplicidad legislativa, ruptura del principio de unidad de mercado, duplicidad de servicios, desigualdades en el acceso a los mismos... todas éstas y otras muchas razones se ponen día tras día encima de la mesa como explicación de los males que el desarrollo del Estado autonómico ha generado desde una perspectiva económica. De esta forma, la imagen que anudaba descentralización del poder a eficiencia económica y, sobre todo, mejora de los servicios públicos, ha comenzado a erosionarse.

Así, si el jurista persa retorna a nuestro País, no sólo va a ver incrementada su sorpresa por la divergencia entre la letra de la Constitución y la realidad de la organización territorial, sino que se va a plantear muy serias dudas sobre su futuro. Cuestionado desde una y otra perspectiva, con sus defensores perdidos en disquisiciones antaño relevantes y hoy desgraciadamente menores, el Estado autonómico se debate entre la perplejidad y la agonía. Al interlocutor del ilustre visitante no podrá sino escapársele un claro gesto de amargura. No sabe contestar a la gran pregunta de por qué se ha llegado hasta aquí y las respuestas que se le ocurren sólo merecen el silencio. Sólo en un último esfuerzo y tras escuchar desdichas verdaderas de las que el buen persa es testigo diario, se atreve a poner por escrito unas reflexiones de esperanza.

II. ORDENACIÓN, DESCONCIERTO Y CRISIS

1. Del Estado ordenado al Estado desconcertado

La aprobación de los primeros Estatutos de Autonomía, de aquellos que sirvieron a la sustantivación de las correspondientes Comunidades Autónomas, finalizó en un mapa de autogobierno sustancialmente heterogéneo pero básicamente ordenado. Cuatro Comunidades Autónomas, Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía gozaban del máximo nivel de autonomía, mientras que otras dos, Canarias y Valencia disponían de un estatus intermedio y, otra Navarra, reafirmaba su singularidad. Las diez Comunidades restantes aprobaron unos textos sustancialmente iguales¹⁰.

¹⁰ Para una visión general del Estado autonómico, AJA, E., *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, 2003; MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Iustel, 2007.

Desde entonces, y hasta 2005, dominó la tensión de la emulación y, con ella, la consecución de una sustancial homogenización de los niveles de autogobierno, aunque persistían asimetrías de hecho y de derecho¹¹. Tras el intento, a la postre frustrado, de cerrar el Estado autonómico con las leyes orgánicas de transferencia de 1992 y las consiguientes reformas de Estatutos de 1994, en 1996 Aragón y Canarias iniciaron una nueva y profunda reforma de sus Estatutos. Proceso que habría de acabar por afectar a todas las Comunidades que originariamente lo habían aprobado por el procedimiento del artículo 143 de la Constitución y que supondría de hecho una nivelación sustantiva de los niveles de autogobierno¹². Con independencia de lo que pueden denominarse hechos diferenciales objetivos, como la lengua, el derecho civil foral o la insularidad¹³, las diferencias entre las distintas Comunidades pasaban a ser en 1999, fecha de la aprobación de la reforma del último de los Estatutos, el de La Rioja, escasas. En materia competencial, se limitaban a la posibilidad de creación de una policía propia o a la competencia ejecutiva sobre prisiones (sólo Cataluña tenía esta competencia). En el aspecto institucional, la diferencia, ésta significativa, radicaba en la capacidad de disolución y correspondiente posibilidad de celebrar elecciones por separado, en fecha diferente a las municipales.

Sea cual sea el juicio que merezca esa evolución, lo cierto es que resultaba innegable su vinculación a un proceso de ordenación y racionalización del desarrollo del autogobierno. La homogenización del mapa de competencias autonómicas tenía el reverso de la homogenización de la proyección del Estado sobre todo el territorio nacional. En teoría, la coordinación y la colaboración entre las diferentes administraciones públicas deberían resultar más sencillas.

En todo caso, bajo esa apariencia de racionalidad y homogeneidad, se escondía una divergencia que necesariamente estaba llamada a ser motivo de futuras preocupaciones. Como es de suponer, me refiero al singular sistema de financiación del País Vasco y de la Comunidad Foral Navarra. Un sistema con anclaje en los denominados derechos históricos y que, paulatinamente, se iba a traducir en un sistema cualitativamente diferente de financiación para estas Comunidades, traducido en unas percepciones de renta per cápita para sus ciudadanos notablemente superiores a las que corresponden a los habitantes de las demás Comunidades Autónomas. Como no podía ser de otra manera, la existencia de esta situación, que difícilmente puede evitar el calificativo de privilegiada, había de abrir una brecha de reivindicación en otros territorios y, muy en particular, en Cataluña. Al respecto, resulta preciso subrayar que el pro-

¹¹ Al respecto, GARCÍA ROCA, J., «El riesgo de la generalización de asimetrías en las reformas estatutarias y los límites al principio dispositivo», en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (dir.), *La reforma del Estado Autonómico*, CEPC, 2005, pp. 92 y 93.

¹² Con este proceso de reformas, que incluyó la transferencia de sanidad a las Comunidades Autónomas afectadas, se produjo una sustancial homogenización competencial.

¹³ Al respecto, AJA, E., *El Estado autonómico. Federalismo y hechos...*, op. cit., pp. 169-206.; LÓPEZ AGUILAR, J.F., *Estado autonómico y hechos diferenciales*, CEPC, 1998.

blema sustancial no es tanto la existencia de los dos modelos de financiación, sino la forma con la que se ha calculado el resultante del modelo vasco y navarro. Dicho de otra manera, el modelo no prejuzga un resultado tan diferente del sistema ordinario de financiación¹⁴.

La consecuencia más profunda de este proceso fue la pérdida de singularidad de Cataluña. Una pérdida que se reflejaba en la incorporación de la voz nacionalidad a los Estatutos de Autonomía de Aragón e Islas Canarias, donde ésta era una reclamación antigua¹⁵. Detrás de ese reflejo nominativo, había una sustancial nivelación tanto en el plano competencial como en el institucional. Parecía que de las dos opciones que ofrecía el desarrollo constitucional, se había impuesto el de la homogeneidad de las Comunidades Autónomas.

Una matización debe hacerse inmediatamente a la afirmación anterior. Si bien es innegable que la reforma de los Estatutos de las Comunidades Autónomas que habían accedido a la autonomía por la vía del artículo 143 tuvo como consecuencia el citado efecto de homogenización, no lo es menos que el espacio políticamente más significativo de la singularidad permanecía en pie. Aquello que realmente había hecho especial la posición de Cataluña y País Vasco en el desarrollo de Estado autonómico, en la ordenación política del Estado en su conjunto, había sido la relevante posición, tanto en términos cualitativos como cuantitativos, que tenían los respectivos partidos nacionalistas en las Cortes Generales. Desde la misma, su influencia había llegado a ser decisiva para la conformación del Gobierno del Estado. Esa posición singular, evidentemente, no se modificaba por este proceso de reformas estatutarias. Hay que resaltar que éste es el terreno natural de la diferencia, aquel que viene dado por la diferente voluntad política de autogobierno de cada Comunidad Autónoma. Por ello, sólo cabe congratularse de un modelo que daba expresión y fuerza en la política nacional a los partidos nacionalistas en proporción a la fuerza de sus votos.

En todo caso, la citada nivelación de los textos estatutarios fue uno de los detonantes más significativos del inicio del proceso de aprobación de un nuevo Estatuto de Autonomía para Cataluña. Un proceso que, en todo caso, tiene lugar en el contexto de un revival ideológico del nacionalismo periférico. El resultado es sabido. Cataluña inaugura una nueva fase del Estado autonómico presidida por la aprobación de los denominados Estatutos de Autonomía de segunda generación. Fase que hoy, octubre del 2011, parece que puede darse por concluida. En medio, las Comunidades Autónomas ofrecen un reper-

¹⁴ Sobre las consecuencias de este modelo, ZUBIRI ORIA, J., *Los sistemas forales: características, resultados y su posible generalización*, Fundación Giménez Abad, 2010, www.fundacionmgimenezabad.es, (2010). Asimismo, NOVO ARONA, A., *La excepcionalidad del modelo federal foral vasco*, Tirant lo Blanch, 2010.

¹⁵ El descontento con la vía originaria de acceso a la ut y los consiguientes niveles de autogobierno fue una constante en la sociedad aragonesa. Sobre los avatares del proceso de creación de la Comunidad Autónoma aragonesa, GARRIDO LÓPEZ, C., *Demanda regional y proceso autonómico: la formación de la Comunidad Autónoma de Aragón*, Gobierno de Aragón, 1999.

torio verdaderamente rico. Hay Comunidades Autónomas que han aprobado un nuevo Estatuto de Autonomía como Andalucía, Aragón, Baleares o Castilla y León. Otras realizaron una profunda reforma en la estela de los primeros de este proceso, como la Comunidad Valenciana. Alguna, como Extremadura, han procedido a una reforma profunda de su texto pero que con la propia utilización del procedimiento de reforma han querido significar su rechazo expreso a aspectos fundamentales de lo que representaba el nuevo Estatuto de Cataluña y algunas de las cuestiones que asumieron otros Estatutos¹⁶. Navarra, por su parte, ha procedido a una mera y leve actualización de su texto foral. Un grupo significativo está representado por aquellas Comunidades que vieron fracasar su voluntad de reforma en el Congreso de los Diputados (País Vasco, Canarias y Castilla-La Mancha) o en el propio Parlamento autonómico (Galicia). Y, finalmente, está el grupo de Comunidades en las que o bien no ha habido voluntad alguna de cambio o bien esa voluntad no llegó a ningún puerto relevante (Asturias, Cantabria, La Rioja, Madrid, Murcia).

Si diferente ha sido la posición política de cada Comunidad Autónoma en lo relativo a la iniciativa, también lo ha sido en cuanto al resultado de la misma allí donde esa iniciativa tuvo lugar. En ese sentido, no sólo es significativo comprobar cómo ninguna Comunidad Autónoma imita en su totalidad el Estatuto de Cataluña, o que, con la excepción del de Andalucía, se mantienen a una distancia sustancial del mismo en contenido y forma, o que, ni siquiera se contempla la posibilidad de la reforma. Es particularmente interesante observar cómo en los textos que se debatieron en la fase final del proceso, el fallido texto de Castilla-La Mancha y el nuevo Estatuto de Autonomía de Extremadura, el rechazo a la vía seguida por Cataluña, llegaba a ser expresa.

El proceso de aprobación de los llamados Estatutos de Autonomía de segunda generación fue fuente de problemas objetivos para el desarrollo del Estado autonómico. Si bien en la mayoría de los casos hubo acuerdo entre Partido Socialista y Partido Popular, lo cierto es que la fractura política entre estos partidos alrededor del fundacional Estatuto de Cataluña, provocó que dominase el disenso frente al consenso, con una intensidad en la discrepancia desconocida hasta ese momento. Por otra parte, difícilmente nadie podía decir que el resultado final fuese conocido o que se disponía de un objetivo predeterminado. El resultado alcanzado, sea el que sea, no fue sino el fruto de la suma de circunstancias políticas volubles con dominio de lo coyuntural sobre lo estructural. Por otro lado, el Estado fue sujeto esencialmente pasivo del proceso, limitado a eliminar de los textos estatutarios aquello que con claridad pudiera vulnerar el texto constitucional. La iniciativa fue de las Comunidades Autónomas y ellas han fijado tanto las reglas de relación con el Estado como los rasgos esenciales de un modelo político que en buena medida cabe calificar como di-

¹⁶ Sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura, SOLOZABAL ECHAVARRIA, J.J. (coord.), *El nuevo Estatuto de Extremadura*, Fundación Alternativas-Marcial Pons, 2011.

ferente al preexistente, dada la importancia de los cambios introducidos. Finalmente, y quizá lo más importante. Como se dijo, lejos de cumplirse el objetivo inicial de favorecer la integración de Cataluña en el conjunto del Estado, el resultado final ha sido un incremento muy notable de la tensión política entre esta Comunidad Autónoma y el resto del Estado. Por todas estas circunstancias, podía decirse que el Estado, por lo que respecta a su organización territorial, se encontraba desconcertado y, en consecuencia, necesitado de reaccionar y fijar un rumbo para próximos años¹⁷.

2. El Estado desconcertado encalla en las arenas de la depresión económica. La recentralización como alternativa

Desde mediados de los ochenta, tiempo en el que se puede comenzar a hablar de consolidación de las Comunidades Autónomas, la evolución del Estado autonómico fue paralela a un fuerte crecimiento económico del conjunto del Estado que llevó consigo una notable expansión del Estado social. Autonomía, crecimiento económico y Estado social se iban a dar la mano en el imaginario político y social. La prosperidad económica y social hacía innecesario cualquier debate sobre eventuales disfunciones en el modelo de organización territorial. La máxima de que cualquier incremento en los niveles de autonomía para las Comunidades Autónomas era positivo para el conjunto, estaba instalada. En paralelo, dato éste fundamental, una nueva clase política y élite social se habían consolidado en las Comunidades Autónomas. Lo habían hecho con el poder suficiente para defender con fuerza el citado imaginario, ocultar problemas y demandar más autogobierno¹⁸.

Los problemas, sin duda, existían. Es cierto que el desarrollo del Estado autonómico y, muy en particular, la asunción por las Comunidades Autónomas de casi todo el protagonismo en lo relativo a la gestión del Estado social, se había realizado sin especiales problemas y que era objetivo atribuir a ese proceso méritos evidentes como haber contribuido a una mejor redistribución de la riqueza o haber enriquecido el mapa de las prestaciones sociales y de su gestión mediante la multiplicidad de experiencias y su emulación. Pero, era inevitable, algunos problemas debían existir. Algunos no eran especialmente relevantes sino normales disfunciones de un modelo joven que daba sus primeros pasos. Otros, sin embargo tenían una naturaleza más estructural. Entre ellos se pueden citar los problemas irresueltos que desde el inicio del desarrollo autonómico acompañaron a la financiación de las Comunidades Autónomas; los déficits en las relaciones de colaboración (verticales y horizontales) e inordinación; la inexistencia de una visión global de las relaciones entre los distintos entes te-

¹⁷ Al respecto, TUDELA ARANDA, J., *El Estado desconcertado y la necesidad federal*, Civitas, 2010.

¹⁸ Véase, ORTEGA ÁLVAREZ, I., «¿Estado federal, integral...», *op. cit.*, pp. 96 y 97.

territoriales, incluyendo a la administración local o, por finalizar esta relación, el progresivo crecimiento de estructuras administrativas cuando menos cuestionables en su necesidad y que poco a poco lastraban los presupuestos autonómicos. Cuestiones todas ellas profundamente relacionadas con la divergencia existente entre los niveles de descentralización alcanzados y lo imaginado por el constituyente.

La aprobación de los Estatutos de Autonomía de segunda generación no fue una respuesta a estos problemas. Su finalidad era incrementar el autogobierno de las respectivas Comunidades Autónomas y actualizar el correspondiente texto estatutario. Ello no significa que algunas cuestiones mencionadas como inserción del régimen local, financiación, colaboración o inordinación, no estuviesen presentes en los Estatutos. Lo estaban e, incluso, con fuerza y protagonismo. Pero no desde la perspectiva de la resolución global de un problema del Estado considerado en su conjunto, sino desde la perspectiva singularizada de cada Comunidad Autónoma. Precisamente, esta visión fragmentada de las distintas cuestiones, muy evidente en la financiación o en la sublimación de la bilateralidad, es lo que provocó que lejos de solventarse los principales problemas suscitados por la forma de desarrollo del Estado autonómico, se agravasen y se llegase al desconcierto mencionado¹⁹.

Nadie parece que se llegase a plantear qué podía suceder si el ciclo económico cambiaba y a la bonanza le seguía la depresión. Este escenario no estaba previsto en la arquitectura del Estado autonómico. Sin embargo, era evidente que un cambio de ciclo había de afectar a cuestiones significativas del modelo de organización territorial. Más si se tiene presente el mencionado protagonismo de las Comunidades Autónomas en relación con la gestión e incluso diseño del Estado social. Una expresión clara de la ajenidad con la que el diseño del modelo territorial ha vivido de espaldas a la coyuntura económica es la reforma del modelo de financiación de las Comunidades Autónomas aprobado en el año 2010, ya en el centro de una crisis económica de dimensiones históricas. Sin embargo, el contexto de crisis fue ignorado.

No es posible saber cuáles van a ser las consecuencias de la crisis económica sobre nuestro modelo de descentralización. Lo que parece difícil es que no existan. Ni siquiera que sean meramente coyunturales. Efectivamente, más allá de las dificultades financieras que muchas Comunidades Autónomas sufren en estos momentos, es previsible que puedan producirse modificaciones estructurales. De hecho, la reforma constitucional del artículo 135 de la Constitución ya ha sido interpretada como el otorgamiento al Estado de un nuevo y contundente instrumento de control sobre los presupuestos de las Comunidades Autónomas y, por tanto, un significativo cambio en el diseño del modelo

¹⁹ No puede pasarse por alto como el origen de estas cuestiones respondía, como en 1978, a la voluntad de más autogobierno del nacionalismo periférico, en este caso concreto de Cataluña.

de Estado. Junto a ello, resulta notorio como el paradigma de que cualquier incremento de la descentralización es positivo, ha desaparecido. Incluso, en un típico movimiento pendular, se observa una generalización de afirmaciones contrarias, en el sentido de que muchos de los males relacionados con la crisis económica tienen raíz en la descentralización política. No son infrecuentes las voces que reclaman la asunción por el Estado de determinadas competencias hoy en manos de las Comunidades Autónomas o, cuando menos, una racionalización del proceso de descentralización. Aunque creo que no puede afirmarse que se traten de posiciones mayoritarias, lo que sí parece claro es que se ha roto la luna de miel con la descentralización y que hoy se ponen en cuestión facetas de la misma que hace no mucho tiempo eran indiscutibles²⁰.

De esta manera, puede afirmarse que existe un cierto cuestionamiento del cumplimiento por la descentralización del objetivo inicial de mayor eficiencia y mejor servicio a los ciudadanos. Cuestionamiento que llega inevitablemente a la falta de objetividad. Si absurdo resultaba atribuir al Estado autonómico toda razón del progreso social y económico acaecido en España desde la aprobación de la Constitución, y negar cualquier eventual problema o disfunción, absurdo es hoy pensar que todos los males de la patria se encuentran asociados al proceso de descentralización política. En este aspecto, es oportuno recordar cómo, aun sin estudios concluyentes, todos los análisis realizados concuerdan en que la descentralización por sí misma ni incrementa costes ni asegura una mejor gestión. A lo sumo, se puede pensar en la existencia de una cierta renta positiva derivada de la flexibilidad y competitividad del modelo. Lógicamente, ello dependerá de virtudes y defectos en el desarrollo que puedan inclinar la balanza en uno u otro sentido. Como se indicó en líneas anteriores, es difícilmente discutible que el modelo de Estado autonómico hoy vigente en España padece de problemas estructurales que deberían ser resueltos para facilitar la mayor eficiencia en el funcionamiento de todas las administraciones públicas²¹. Pero todavía menos discutible resulta el hecho de la consolidación del mapa autonómico entre los ciudadanos y de su contribución a la expansión del Estado social. Por ello, en estos momentos de zozobra parece más necesario que nunca realizar un llamado a la calma y sugerir una reflexión pausada. Esta debiera ser la conclusión positiva a extraer de la confluencia del Estado autonómico con la crisis económica.

²⁰ La expresión política más significativa de este movimiento es la emergencia del partido Unión Progreso y Democracia que tiene como una de sus propuestas fundamentales, el reforzamiento del Estado central en materias como sanidad o educación. Este partido ha realizado el trabajo *El coste del Estado autonómico*, Grupo de Administración Pública de UPyD, 2010. Véase BARBERÍA, J.L., «¿Y si pensamos, racionalizamos el Estado de las autonomías?», en *El País*, 27 de octubre de 2011.

²¹ Sobre alguno de estos problemas, ya llamó la atención el profesor Aja (AJA, E., *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, op. cit., pp. 207-266). Sobre virtudes y carencias, SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J.J., *Tiempo de reformas...*, op. cit., pp. 27-56.

III. EL ESTADO AUTONÓMICO Y LOS DESAFÍOS DE LA INTEGRACIÓN

1. El fracaso de la reforma estatutaria como instrumento de integración de los nacionalismos periféricos

Como hubo ocasión de señalar al inicio de estas páginas, junto al objetivo de mejorar la eficiencia de las distintas administraciones y de dinamizar territorios del Estado en buena parte olvidados, la decisión del constituyente por la descentralización política tuvo como razón de ser buscar la manera de integrar la sensibilidad nacionalista periférica. En realidad, ésta fue la verdadera razón de la descentralización. Es difícil pensar que sin la cuestión vasca y catalana se hubiese optado por un modelo de organización territorial como el que hoy conocemos, al menos en lo referente a la intensidad del poder transferido a las Comunidades Autónomas.

Este objetivo pareció cumplido durante unos años. Sin embargo, en los primeros años del nuevo siglo se pudieron observar señales de que lo que había pasado a un segundo plano volvía a ser protagonista. La cuestión nacionalista recobraba presencia en el debate político nacional. En estas páginas se ha subrayado como la quiebra de la asimetría como desarrollo del modelo constitucional fue una de las razones de este resurgir de la cuestión nacionalista. Junto a ello, desde luego hubo otras. En todo caso, es importante hacer notar como el debate se planteaba en términos diferentes en Cataluña y en el País Vasco, comunidades protagonistas en exclusiva del debate sobre la integración nacional. Y en cada uno de estos territorios las razones convergían y divergían. No es posible realizar un análisis más pormenorizado de esas razones. Una determinada coyuntura política (la segunda Legislatura del Presidente Aznar); la coincidencia en el agotamiento del modelo diseñado por el constituyente o la ideología de la identidad, tan en boga por esos años, son algunas de las causas que pueden definirse como comunes.

El País Vasco, como es sabido, buscó la superación del marco estatutario con la propuesta del denominado Plan Ibarretxe. Un texto que si bien formalmente era una propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía, de fondo significaba una reforma esencial de la Constitución, al diseñar un marco de relaciones entre la Comunidad Autónoma y el Estado que quebraba todos los principios esenciales definidos en el texto constitucional. Como es sabido, el Congreso de los Diputados rechazó la toma en consideración de este texto y de esta manera concluyó su historia. Ante este rechazo, la reacción de la sociedad vasca fue de normalidad e, incluso, al Gobierno presidido por Ibarretxe le sucedió el primer Gobierno no nacionalista en la historia de la autonomía vasca.

En Cataluña, poco a poco, se abrió paso la necesidad de la reforma estatutaria como instrumento para profundizar en el autogobierno. Dos objetivos fundamentales se anudaban inicialmente a la misma. Por un lado, la mejora de la calidad de la autonomía. Bajo la citada expresión lo que se perseguía era

intentar asegurar en vía estatutaria un ejercicio más seguro y menos condicionado por la legislación básica del Estado de las competencias autonómicas²². Por otro, una mejora de la financiación que incrementase los recursos a disposición autonómica. Detrás de esta última cuestión cada día se levantaba como un agravio más insoportable la diferencia de financiación en relación con los territoriales forales. Pero si pueden definirse los anteriores como los objetivos iniciales de la reforma estatutaria, progresivamente se fue instalando en el imaginario político la voluntad de ir más allá, derogando el Estatuto de 1979 y aprobando un nuevo texto que, por forma y contenido, guardase parecido con una Constitución²³. Este cambio se simboliza bien en la importancia que adquirió la incorporación al texto estatutario de los elementos identitarios como la definición de Cataluña como nación, los símbolos nacionales, la lengua, los derechos estatutarios o los derechos históricos. El resultado de este proceso fue la aprobación por el Parlamento de Cataluña de un proyecto de Estatuto de Autonomía que si bien cuidaba notablemente más las formas que el texto del Plan Ibarretxe, no se alejaba en cuestiones esenciales de fondo mucho de él. Detrás del mismo se diseñaba con cierta claridad una relación confederal con el Estado²⁴.

La suerte de este proyecto en las Cortes Generales fue diversa a la del Plan Ibarretxe. El Congreso de los Diputados tomó en consideración el texto para su debate y eventual aprobación, aunque desde el principio se subrayó por el Gobierno y Grupo Parlamentario Socialista la necesidad de reformarlo para adecuarlo a la Constitución en aquellas cuestiones que podían plantear mayores dudas. Como es sabido, el texto sufrió profundas modificaciones durante su tramitación en las Cortes Generales pero finalmente fue aprobado, aunque estuvo a punto de no serlo. Su aprobación sólo fue posible gracias a que, ante la deserción Esquerra Republicana, el Gobierno encontró un aliado alternativo en CIU. A pesar de todo, el texto resultante continuaba planteando importantes dudas de constitucionalidad tanto al Partido Popular como a una parte de la doctrina.

El resto es conocido. Sometido a referéndum, el nuevo Estatuto fue aprobado con cifras alejadas del entusiasmo²⁵. A su vez, el Partido Popular y el Defensor del Pueblo plantearon recursos generales contra el Estatuto que cues-

²² La «calidad» en el sentido de esta expresión se proyectaba esencialmente sobre la forma de ejercicio de las competencias. VIVER, C. y PI-SUNYER, «El Estatuto de Cataluña en el marco de la Constitución», en *Las reformas estatutarias y la articulación territorial del Estado. Las reformas y la articulación territorial del Estado*, Fundación Pau i Vall Cortes de Aragón, Tecnos-AELPA, 2008, pp. 140-146.

²³ Es el profesor Muñoz Machado el primero en percibir esta identificación. MUÑOZ MACHADO, S., «El mito del Estatuto...», *op. cit.*, pp. 65-84.

²⁴ Sobre el proyecto de Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobado por el Parlamento de Cataluña, SOLOZABAL ECHAVARRIA, J.J., *Tiempo de reformas...*, *op. cit.*, pp. 27-56; CORRETTJA TORRENS, M., *La reforma del Estatuto de Autonomía...*, *op. cit.*, pp. 11-128.

²⁵ Sobre una participación del 49,41%, el porcentaje de votos afirmativos fue de 73,9%, el de negativos de 20,76% y en blanco 5,34%.

tionaban la mayoría de sus preceptos. Después de un largo y triste proceso, el Tribunal Constitucional dictó la Sentencia 31/2010 en la que limitaba la declaración de inconstitucionalidad expresa a poco más de diez artículos, la mayoría de ellos relacionados con el Poder Judicial, por lo que su tenor sería salvable mediante la oportuna reforma de la LOPJ. En todo caso, aspectos esenciales de la doctrina estatutaria quedaban cuestionados por la interpretación que de los mismos hacía la Sentencia.

Si frente al rechazo por el Congreso de los Diputados de la toma en consideración del Plan Ibarretxe, las reacciones sociales y políticas en el País Vasco fueron mínimas, no sucedió lo mismo en este caso. Con anterioridad a la Sentencia, las señales de conflicto por la mera intervención del Tribunal Constitucional fueron abundantes. La expresión más significativa fue la editorial conjunta de los periódicos catalanes «Por la dignidad de Cataluña»²⁶. Con posterioridad a la misma, y a pesar de que el Tribunal había tenido cuidado evidente en limitar la declaración de inconstitucionalidad al menor número de preceptos posibles y, además, de significación menor, la reacción política y social fue clamorosa en su literalidad, desde la muy inmediata manifestación que recorrió las calles de Barcelona en contra del pronunciamiento del Alto Tribunal.

Desde entonces, las proclamas de ajenidad, desapego e incluso rechazo abierto en relación con el Estado han sido continuas y progresivas. Las declaraciones oficiales del Presidente de la Generalitat en la diada de 2011 condensan con expresividad este devenir. Es difícil no entender que el nuevo Estatuto de Autonomía supone para Cataluña un notable avance en el autogobierno, tanto por su redacción literal como por la potencia que tiene su desarrollo. También parece claro que con su aprobación se abría una nueva etapa en la interpretación del Estado autonómico y sus posibilidades. El fallo de la STC 31/2010 puede llegar a matizar alguna de estas consideraciones. Pero en ningún caso las anula. Sin embargo, el juicio político por la mayoría de las fuerzas políticas catalanas ha sido realizado en clave contraria. También, como se subrayó, lo ha sido el académico²⁷.

Más allá de otras cuestiones, lo esencial es que ello supone el fracaso de la vía estatutaria para la integración del nacionalismo en el Estado. Puede pensarse que no existen razones objetivas para esa conclusión, al menos en términos tan radicales. Pero todo hace indicar que se ha entrado en una etapa del Estado autonómico que no va a estar presidida por la lógica racional que dibujó el pacto constituyente.

²⁶ Editorial conjunta publicada por doce periódicos catalanes el 26 de noviembre de 2009.

²⁷ En este sentido, es significativo el último capítulo, conclusivo, del monográfico que a la Sentencia dedicó la Revista catalana de dret públic que incluye una reflexión sobre la consecución de un Estado propio. LÓPEZ BOFILL, H., «L'évolució cap a un estat propi», en *Revista catalana de dret públic*, 2010, pp. 479-487.

2. El jaque y el mate al pacto constitucional

Aunque sea de manera obligadamente breve, es preciso hacer constar la potencia de la conclusión obtenida por el mundo nacionalista catalán del proceso citado. Para tener un alcance más preciso de las consecuencias de esta afirmación, sería conveniente delimitar cuál es ese mundo nacionalista, un ejercicio complicado en Cataluña por la posición del PSC-PSOE. En todo caso, puede haber coincidencia que la voz principal de ese sentimiento la aglutina CIU, partido en el Gobierno. Por tanto, y, evidentemente, por su propia posición institucional, la posición del Presidente de la Generalitat resulta a estos efectos especialmente significativa.

Como se subrayó, desde la interposición de los distintos recursos contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña, la sensibilidad nacionalista fue alterándose, sobre la base de la idea paulatinamente extendida de que un Tribunal, por constitucional que fuese, no podía pronunciarse sobre un texto aprobado por dos parlamentos y refrendado por el cuerpo electoral de Cataluña²⁸. La desgraciada historia del recurso, con los distintos avatares que sufrió en su seno el Tribunal Constitucional y los sucesivos retrasos en la emisión del pronunciamiento, sólo sirvieron de caldo de cultivo a este clima. Cuando al fin llegó la Sentencia, su recepción por el nacionalismo catalán, y en principio, por el conjunto de la sociedad catalana, fue radicalmente negativa. De la misma, habida cuenta el escaso número de preceptos declarados inconstitucionales y su no excesiva relevancia, se podía haber hecho otra, por lo menos más matizada. Pero todo hacía indicar que no había ningún interés en ello. Los tiempos de los matices y de los puntos de equilibrio pertenecían al pasado.

Junto a ello, otra circunstancia jurídico-política ha agravado la sensación de ruptura. La reforma del artículo 135 de la Constitución por acuerdo entre las dos grandes formaciones políticas de ámbito nacional, provocó que desde CIU se calificase la misma como el jaque y el mate al pacto constitucional. No es casualidad que durante el proceso de esta reforma por el PNV se presentase una enmienda que defendía la introducción del derecho de autodeterminación en la Constitución y que por CIU se presentase otra defendiendo la exclusión de Cataluña de la vigencia del citado precepto. Aún con la urgencia conocida con la que se tramitó la reforma, por el Gobierno y Grupo parlamentario Socialista se hicieron esfuerzos notables por lograr, al menos, la abstención de CIU. En esta ocasión, no fue posible ni ese acuerdo. Finalmente, CIU, como el PNV, votaron en contra y lo hicieron explicándolo en los términos más duros.

El jaque y el mate al pacto constitucional acompañaría el inicio de un proceso histórico. Las palabras del Presidente Mas en los actos de la Diada son bien elocuentes al respecto y resumen a la perfección lo que es posible leer co-

²⁸ En la doctrina, el máximo exponente de esta tesis fue el profesor PÉREZ ROYO, J., «La última palabra», en *El País*, 4 de septiembre de 2009.

tidianamente en artículos de opinión de la prensa catalana o escuchar de sus más significados dirigentes políticos. Si el 10 de septiembre, en un discurso solemne Mas afirmaba «afrontamos años de transcendencia histórica que marcarán por mucho tiempo el rumbo y nuestro futuro como País» y consideraba «definitivamente rotas las reglas del juego de la transición española», el 11 de septiembre abundaba en esta línea señalando «la transición nacional se está produciendo porque en las mentes y en los sentimientos de la gente de Cataluña está cuajando esta necesidad de mayor soberanía y libertad». Como fuentes del fortalecimiento del catalanismo citó la STC 31/2010; el déficit fiscal; los últimos pronunciamientos jurisdiccionales sobre la lengua y la reforma constitucional». El movimiento catalanista se ensancharía por «fidelidad de los que ya estaban y por todos aquellos que se dan cuenta que es la única manera de construir y defender nuestro País». En sentido muy parecido se expresó la Presidenta del Parlamento de Cataluña²⁹.

Más allá de las explicaciones que puedan encontrarse a estas palabras desde una perspectiva de partido o electoral, no puede ocultarse que las mismas son sólo el resumen solemne de un mensaje que se repite desde el debate alrededor del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Un mensaje reiterado no sólo por líderes políticos nacionalistas sino que también ha podido ser escuchado leído o de otros agentes sociales como empresarios, sindicalistas o intelectuales. Es como si la idea de la insuficiencia del Estado autonómico para acoger a Cataluña o, lo que es peor, la incapacidad del resto del Estado para comprenderla y, por ende, dar satisfacción a sus pretensiones, se hubiese consolidado entre un amplio espectro de las clases dirigentes catalanas, para, desde ellas, extenderse paulatinamente entre la ciudadanía. Es significativo subrayar que conocida la respuesta del Tribunal Constitucional, nadie ha planteado una posible reforma de la Constitución como solución al conflicto. Nadie habla de un nuevo pacto constituyente. Más bien se da, o se quiere dar, por sentado que ese pacto es imposible. La consecuencia inevitable no sería otra que la independencia. Es difícil no entender en este sentido las palabras del Presidente Mas, al que no cabe reprocharle ambigüedad al respecto.

IV. LA RESPUESTA IDEOLÓGICA E INSTRUMENTAL DESDE LA CONSTITUCIÓN

Puede argumentarse que lo expuesto se desenvuelve más en el campo de la teoría política, incluso de la acción política que en el del derecho. Podría decirse que al jurista nada le cabe hacer al respecto y que debe limitarse a buscar soluciones jurídicas a los problemas jurídicos concretos. No coincide con esta perspectiva. Son muchas las cuestiones más o menos concretas que plantea el Estado autonómico para el jurista. Todas ellas son de gran interés y de necesario estudio. Sin duda, los retos de eficiencia examinados en otras pá-

²⁹ Al respecto, *La Vanguardia* de 11 y 12 de septiembre de 2011.

ginas son hoy un desafío insoslayable no sólo para la pervivencia del Estado autonómico sino para la propia conservación de los estándares de desarrollo social alcanzados en las últimas décadas. Es ésta también una cuestión de la máxima importancia. Pero su importancia, su desgraciada actualidad, no puede ocultar la trascendencia de la deriva del objetivo de la integración. No percatarse de la misma, desentenderse de su examen, puede ser un error fatal. No son solo los agentes políticos quienes deben estar atentos al desafío que supone la necesidad de revisar los presupuestos de la integración de los nacionalismos periféricos. A los juristas les corresponde en primer lugar llamar la atención sobre la gravedad de la situación. En segundo lugar, buscar posibles soluciones. Porque si existe solución, deberá tener una expresión jurídica. Y, como en otras muchas ocasiones, la solución jurídica puede facilitar el encuentro político iluminando opciones desconocidas para los agentes políticos.

La respuesta necesariamente ha de ser constitucional. Desde esta perspectiva, lo primero que conviene realizar es volver la mirada al texto de 1978, a su espíritu y a las circunstancias históricas que hicieron posible su alumbramiento. En particular, revisar la ideología de la descentralización en la Constitución de 1978. Se dice con demasiada alegría que la organización territorial está desconstitucionalizada. El hecho evidente de que elementos muy importantes del modelo se encuentren fuera de la Constitución, no implica que en ella no sea posible encontrar la ideología con la que el constituyente de 1978 abordó esta cuestión. La Constitución de 1978 construye un modelo de organización territorial basado en el equilibrio de dos binomios fundamentales, el de unidad y autonomía y el de simetría y asimetría. Toda la tensión del primer binomio se concentrará en el artículo 149, auténtico núcleo de la ideología descentralizadora al traducir en competencias la unidad del Estado y, por ende, determinar el margen de autonomía de nacionalidades y regiones. La tensión del segundo binomio se dejará más abierta, al juego de las distintas fuerzas políticas y territoriales en el desarrollo de la Constitución, algo que parece sensato. Ello no obsta para indicar, como se señaló, que el dibujo inicialmente previsto fuese más cercano a la asimetría que a la homogenización de la descentralización. Y, en todo caso, una asimetría que no perdía de vista la opción de una homogeneidad sino perfecta, sí sustancial. Un esquema que, como se sabe, se completa con el protagonismo del principio dispositivo, en el que puede verse la raíz de algunos de los problemas del modelo y, desde luego, en buena medida la articulación técnica de la apertura de nuestro modelo de organización territorial³⁰.

³⁰ Al principio dispositivo dedica páginas notables el Informe del Consejo de Estado su-
brayando como su naturaleza inicial de principio de construcción del Estado autonómico, de
alguna manera se transforma al convertirse el principio «reformador» del mismo a impulso uni-
lateral de las Comunidades Autónomas (pp. 136 y ss). Sobre el mismo, FOSSAS, E., «El prin-
cipio dispositivo en el Estado autonómico», en *Revista de Derecho Político*, n.ºs 71-72, 2008.
GARCÍA ROCA, J., *El riesgo de la generalización de asimetrías...*, op. cit.

Con esas premisas cabe entender lo sucedido desde la aprobación de la Constitución. Al respecto, lo primero que es obligado hacer notar es la relevancia cuantitativa y cualitativa del poder descentralizado³¹. E inmediatamente señalar que ello no estaba escrito en la Constitución. Esa opción por una descentralización profunda, tan legítima constitucionalmente como una de sesgo diferente, ha sido el fruto básicamente de una acción política en la mayoría de las ocasiones basada en el consenso y en muchos casos propiciada por la posición de relevancia en el orden político estatal que han tenido los partidos nacionalistas. Tampoco, y hoy debe recordarse más que nunca, ha sido ajena a la misma el Tribunal Constitucional con decisiones tan significativas como la elaboración del concepto de legislación básica material; la interpretación dada a los principios de prevalencia y supletoriedad o el rechazo a todo lo que suponía una ley como la LOAPA. No es exagerado decir que la autonomía ha sido el valor preponderante en el desarrollo constitucional. Muy pocos de los protagonistas de las Cortes constituyentes, incluidos los representantes nacionalistas pensaron, si lo hizo alguno, en este puerto de llegada.

Pero de poco sirve recordar hoy lo que, por otra parte, resulta evidente. Lo cierto es que, como se ha visto, ello no ha servido para satisfacer los deseos de autogobierno de los nacionalismos periféricos. Cabe preguntarse cuál es la razón. Si se pregunta a los mismos, se enunciarán una serie de causas, como se vio en las palabras del Presidente Mas que tienen como origen al otro. Incluso desde los partidos estatales se suele ser comprensivo con esta visión. Pero no cabe compartirla. No es posible atribuir sólo a una parte las razones del desencuentro. Como se ha visto, los niveles de autonomía alcanzados por Cataluña y País Vasco son más que notables, superiores a los de la mayoría de los países federales y, desde luego, superiores a lo pensado en 1978. Por otra parte, aún con la carencia conocida de instrumentos e instituciones de inordinación, las Comunidades citadas han gozada de una posición privilegiada en la adopción de las decisiones políticas más relevantes para el Estado. Los respectivos Grupos parlamentarios en el Congreso han cumplido con responsabilidad esta tarea. Así, si se ha llegado a esta situación ha sido por una serie de torpezas e, incluso, errores, por parte de los actores estatales. Pero también por errores, conscientes e inconscientes, de los partidos nacionalistas, siempre necesitados de vivir en la frontera de la reclamación.

La respuesta a esta situación es compleja. El derecho ha de ocupar un lugar preferente en la misma. Pero con carácter previo es necesario construir una respuesta cultural. Una respuesta de la comprensión mutua. Cultura de la diversidad pero también de la unidad. Cultura que aproxime a la comprensión de la divergencia. No estar de acuerdo no significa estar en frente. Una cultura de relativización de las posiciones extremas que premie el diálogo y la reflexión.

³¹ Subrayando la intensidad de la descentralización como un éxito innegable del Estado autonómico, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., «Falsas y verdaderas reformas...», *op. cit.*, pp. 28 y 29.

Una cultura que entienda a la par que el catalán es una lengua española y el castellano una lengua catalana. Ahora bien, para construir esa cultura es preciso tener clara la voluntad de la convivencia. Si el presupuesto es la inexistencia de esa voluntad o, simplemente, su permanente puesta en cuestión, la solución, también cultural como premisa, deberá derivar inevitablemente hacia la claridad y sus posteriores consecuencias.

El reflejo jurídico de esa cultura no puede ser otro que el federalismo. Más allá de una arquitectura institucional determinada, el federalismo es una cultura. Una cultura que entiende que la unidad y la diversidad son valores que suman y se complementan, que juntos se es más y que ello es perfectamente compatible con el respeto a las diferencias. Puede alegarse que el federalismo convive mal con Estados con tensiones nacionalistas dada su raíz igualitaria. A ello es fácil oponer la existencia de estados federales contruidos desde la asimetría como Canadá o Bélgica o el mismo modelo de la descentralización británica. Pero más que estos ejemplos, desde luego no carentes de problemas, lo que puede aducirse es, en primer lugar, la flexibilidad de la idea federal como técnica y como cultura para adaptarse a las exigencias de cada territorio. En segundo lugar, que si el federalismo convive mal con esas diferencias no existe alternativa al mismo, al no ser que se opté conscientemente por reconducir las sensibilidades nacionalistas a la aceptación de la homogeneidad, si ello se considera posible³².

En estas circunstancias, la reforma de la Constitución parece más que una posibilidad, una necesidad. Nadie puede creer que por reformar la Constitución y denominar el Estado como federal se van a resolver los problemas. Pero el hecho de la reforma debe propiciar la ocasión de un nuevo pacto que integre en el Estado todas las sensibilidades territoriales. Una reforma inteligente ofrece todavía posibilidades diversas para alcanzar ese encuentro. Una mayor claridad en los conceptos fundamentales de la distribución territorial del poder que asegure una mejor calidad de la autonomía y una mayor seguridad del Estado en sus posiciones; el establecimiento de unas reglas financieras equitativas y esencialmente idénticas para todas las nacionalidades y regiones; un reconocimiento generoso de cuestiones identitarias y, con el equilibrio necesario, el reconocimiento de un determinado nivel de asimetría, pueden ser algunas de las guías en ese camino. Siempre, eso sí, con el sosiego, reflexión y rigor que exige un proceso de estas características.

Frente a esta posibilidad, sólo cabe gestionar el estatus quo, confiando en la conllevanza orteguiana. Para muchos, éste ha de ser el camino más prudente, ya que la apertura de un proceso de reforma constitucional supondría un riesgo cierto sin ninguna garantía de éxito. Puede que ello sea así y haya-

³² Muchas veces se dice que, precisamente, los problemas de estos países ejemplifican la mala solución del federalismo asimétrico. En realidad, es al contrario. Lo que hay que pensar es que sucedería si la flexibilidad del federalismo no hubiese dado una válvula de escape a las singularidades existentes en los mismos.

mos de contentarnos con soportar indefinidamente una situación como la actual. Pero hay signos de que la voluntad de mantener la conllevanza se ha roto por una de las partes. En ese caso, la prudencia puede llegar a ser fatal. No escuchar lo que muchos proclaman con claridad puede suponer acabar encontrándose ante una situación hecha³³. Hay que tener claro que hoy todavía es posible ganar la batalla por la construcción conjunta del Estado federal, la batalla, en fin por la conservación de un Estado y de una Nación que se explican en una vieja historia. Para ganarla será preciso comenzar a actuar, a tener la iniciativa. Para ofrecer soluciones. Pero también para hacer ver a los ciudadanos que la realidad es más compleja y rica de los que algunos vienen reiterando.

Las crisis de integración y eficiencia descritas hacen inconveniente enjuiciar desde el presente el Estado autonómico, el desarrollo del modelo de organización territorial que estableció el constituyente de 1978. Un modelo que, debe repetirse, merece un calificativo positivo por su contribución a cuestiones esenciales como la mejor distribución de la renta; la dinamización territorial o la mejor identificación de los ciudadanos con sus instituciones. Se dice que las crisis son una buena oportunidad para el cambio. Ello es cierto a medias. Lo son si se tiene la prudencia de abordar los cambios desde la serenidad y huyendo de los juicios precipitados tan recurrentes en los momentos difíciles. Pero pueden ser sumamente negativas si llevan a actuar sólo desde los referentes inmediatos que establece la propia crisis. Esa es la encrucijada actual del Estado autonómico español en las dos facetas de su crisis. De las dos se debe sacar provecho para resolver problemas que mezclan lo coyuntural con lo estructural. Pero por las dos se corre el riesgo de satisfacer las voces de los que más gritan, causando más daño que beneficio.

³³ Desde luego, ello no significa en ningún caso la identificación del conjunto de la sociedad catalana con las voces mencionadas de una parte, por relevante que sea, de la elite política nacionalista. La sociedad catalana, como todas y como demuestran los resultados electorales, es compleja y poliédrica también en este punto.

Comunicaciones



Exclusividad vs. Concurrencia competencial. Tipos legislativos en la República Federal de Alemania¹

Antonio Arroyo Gil

Profesor Asociado de Derecho Constitucional.
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. El debate alemán en torno a las llamadas «dobles competencias». 2. La exclusividad competencial como nota común a todos los tipos legislativos en la República Federal de Alemania antes de la reforma constitucional de 2006. 3. La legislación divergente de los *länder* (*Abweichungsgesetzgebung der Länder*) o el fin de la exclusividad competencial en el federalismo alemán. 4. Conclusión.

1. EL DEBATE ALEMÁN EN TORNO A LAS LLAMADAS «DOBLES COMPETENCIAS»

En la República Federal de Alemania, con anterioridad a la reforma constitucional de 2006, existe un acuerdo ampliamente generalizado sobre la imposibilidad de que para la regulación, con idéntico alcance, de un mismo ámbito material puedan ser competentes, simultáneamente, tanto el legislador federal como el de *Land*². Es esto lo que se conoce como negación de las llamadas «competencias dobles» («*Doppelzuständigkeit*»).

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2009-14235) sobre «Las reformas de los sistemas descentralizados» (Investigador principal: Prof. Dr. D. Tomás de la Quadra-Salcedo Janini).

² Es ésta una opinión apenas discutida en la jurisprudencia constitucional (*BVerfGE* 36, 193 (202 ss); 48, 367 (373); 61, 149 (204); 67, 299 (321); 68, 319 (328)) y mayoritaria en la doctrina científica (Stern, K.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I (*Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*), C.H. Beck, München, 2.º ed., 1984, p. 676; Münch, I. von: *Staatsrecht I*, (Einführung; Deutschland; Teilung und Vereinigung; Staatsform; Staatsorgane; Deutschland in der Europäischen Gemeinschaft), Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln, 6.º ed., 2000, p. 215; Badura, P.: *Staatsrecht* (Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland), C.H. Beck, München, 2.º ed. revisada, 1996, p. 298; Stein, E.: *Staatsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 16.º ed., 1998, pp. 123 ss; Maunz, T.: Artikel 75 GG (*Rahmenvorschriften*), en Maunz / Dürrig / Herzog / Scholz: *Grundgesetz Kommentar*, Tomo IV, C.H. Beck, Lfg. 25, 1986, pp. 7

No obstante, antes de dar cumplida razón de esta afirmación, resulta preciso reconocer que, aunque minoritarias, son relevantes las voces que discrepan a este respecto. Entre ellas, cabe destacar, en primer lugar, la de Michael Bothe, para quien, en casos excepcionales, existen ámbitos competenciales que se entrecruzan, en los cuales tanto la Federación como los *länder* están facultados para legislar. Ello se derivaría —según este autor— del art. 31 GG³, en el que se recoge el llamado principio de prevalencia del derecho federal sobre el derecho de los *länder* («*Bundesrecht bricht Landesrecht*»)⁴.

ss; Gubelt, M.: Artikel 31 GG (*Vorrang des Bundesrechts*), en Münch, I. von / Kunig, P. (ed.): Grundgesetz Kommentar, Tomo II (art. 21 bis Art. 69), C. H. Beck, München, 3.º ed., 1995, p. 404; Dreier, H.: Artikel 31 GG (*Vorrang des Bundesrecht*), en Dreier, H. (ed.): Grundgesetz Kommentar, Tomo II (Artikel 20-82), Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 631; Pieroth, B.: «Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)», en Jarass, H.D. / Pieroth, B.: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (*Kommentar*), C.H. Beck, München, 4.º ed., 1997, p. 556; Pernice, I.: «Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)», en Dreier, Horst (ed.), Grundgesetz Kommentar, Tomo II (Artikel 20-82), Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 597; Stettner, R.: «Artikel 70 GG (*Gesetzgebung des Bundes und der Länder*)», en Dreier, Horst (Ed.): Grundgesetz Kommentar, Tomo II (Artikel 20-82), Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, p. 1319; Erbguth, W.: «Artikel 30 GG (*Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern*)», en Sachs, Michael (ed.), Grundgesetz Kommentar, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2.º ed., 1999, p. 993; Ossenbühl, F.: «Pluralismo territorial y sistema normativo», en AA.VV., *Pluralismo territorial en la República Federal de Alemania* (trad. de Manuel Cancio Meliá), MAP/INAP, Madrid, 1989, pp. 42 ss).

³ BOTHE, M., «Artikel 30 GG (Funktion der Länder)», en WASSERMANN, R., *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare)*, Tomo I, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 2.º ed., 1989, pp. 1667 ss.

⁴ La bibliografía alemana a este respecto es muy amplia. Valga por todos: März, Wolfgang: *Bundesrecht bricht Landesrecht*. Eine staatsrechtliche Untersuchung zu Artikel 31 des Grundgesetzes, Tübingen Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht, Tomo 1, Duncker-Humboldt, Berlin, 1989; Böckenförde, Ernst-Wolfgang: «Kollisionsfälle und Geltungsprobleme im Verhältnis von Bundesrecht und Landesverfassung», DÖV, 1971, pp. 119-127; Gubelt, Manfred: «Artikel 31 GG (Vorrang des Bundesrechts)», en Münch, Ingo von / Kunig, Philip (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Tomo II (Art. 21 bis Art. 69), C. H. Beck, München, 3.º ed., 1995, p. 404; Dreier, Horst: «Artikel 31 GG (Vorrang des Bundesrechts)», en Dreier, Horst (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Tomo II (Artikel 20-82), Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 631.

Un posicionamiento en castellano en contra de la virtualidad práctica del principio de prevalencia en el ordenamiento jurídico alemán en ARROYO GIL, A. *El federalismo alemán en la encrucijada. Sobre el intento de modernización del orden federativo en la República Federal de Alemania*, Prólogo de Manuel Medina Guerrero, CEPC, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Madrid, 2006, pp. 106, 118 ss y 176; «Competencia versus Prevalencia en los Estados territorialmente descentralizados. Con especial referencia al Estado autonómico español», en *RJUAM*, n.º 20, 2009, p. 205; «Los principios de competencia y prevalencia en la resolución de los conflictos competenciales. Una relación imposible», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 80, 207 p. 416. Véase, también, GÓMEZ ORFANEL, G.; ARROYO GIL, A., «El reparto territorial de facultades legislativas y el Bundesrat en el federalismo alemán (1871-2006)», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 26, 2005 [publicado en febrero de 2007], pp. s233 ss.

En castellano, a favor de la convivencia pacífica en un mismo ordenamiento jurídico de los principios de competencia y jerarquía o prevalencia en la resolución de los conflictos normativos: DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *Mercado nacional único y Constitución* (Los

En opinión de Bothe, el objetivo pretendido por parte de la doctrina y de la jurisprudencia de interpretar las determinaciones competenciales y de calificar las normas jurídicas con el fin de asegurar una separación nítida de los ámbitos materiales es inalcanzable. Además, sostiene que el propio Tribunal Constitucional Federal, en su Sentencia sobre la Ley de responsabilidad estatal⁵, parece no querer excluir totalmente la existencia de dobles competencias, pues si bien es cierto que, por un lado, califica de «extraña (...) al sistema jurídico constitucional de las normas competenciales una competencia doble», poco después reconoce que la Federación, en virtud de su facultad legislativa para regular el derecho civil, por medio de una reforma de la responsabilidad funcional, puede «intervenir en ese terreno a ella si no vedado de la responsabilidad funcional de los *länder* y de este modo excluir o desplazar la regulación legal de *land* (art. 31)».

De esta formulación del Tribunal —concluye Bothe— lógicamente no se deriva otra cosa que la aceptación de una doble competencia para determinadas cuestiones del derecho de la responsabilidad, si bien, en todo caso, se ha de ser moderado en este ámbito, haciendo todo lo posible para que, en interés de la claridad jurídica, la interpretación de las determinaciones competenciales y la calificación de las normas hagan innecesaria la aceptación de esas dobles competencias. Ahora bien, en la medida en que las mismas no puedan ser excluidas, la cuestión se situaría en el terreno de las normas de colisión (art. 31 GG), aplicándose además el principio de la prevalencia de la norma especial, de modo que el derecho especial de *Land* competencialmente adecuado desplazaría al derecho federal general⁶.

También Christian von Pestalozza defiende la existencia de dobles competencias derivadas o bien de un mismo título competencial, cuando éste habilita tanto a la Federación como a los *länder* a regular idéntico ámbito material (caso de las competencias concurrentes), o bien de dos (o incluso más), cuando

artículos 149.1.1 y 139 de la Constitución), Prólogo de Manuel Aragón Reyes, CEPC, Madrid, 2008, pp. 164 ss.

Y, en general, un estudio muy completo sobre la idea de competencia en los distintos modelos federales (aunque contradictorio con la posición aquí mantenida) en BIGLINIO CAMPOS, P., *Federalismo de integración y de devolución (El debate sobre la competencia)*, CEPC, Madrid, 2007. Véase, por último, el comentario crítico de esta obra de ARROYO GIL, A., «El inacabado debate sobre la competencia», en *REDC*, n.º 83, 2008, pp. 337 ss, en donde se trata de poner de relieve las dificultades insuperables para aceptar la coexistencia de los referidos principios de prevalencia y competencia en la resolución de los conflictos normativos.

⁵ *BVerfGE* 61, 18 (20).

⁶ BOTHE, M.: «Artikel 70 GG (Gesetzgebung des Bundes und der Länder), en Wassermann, R., *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare)*», Tomo II, *Luchterhand*, Neuwied-Kriftel-Berlin, 2.º ed., 1989, pp. s426 y ss. Véase, en un sentido similar, KUNIG, P., «Artikel 70 GG (Gesetzgebung des Bundes und der Länder)», en Münch, I. von / Kunig, P. (eds.), *Grundgesetz Kommentar*, tomo III (art. 70 bis art. 146), C.H. Beck, München, 3.º ed., 1996, p. 9.

la habilitación de la Federación para la regulación de una concreta materia deriva de un título competencial y la de los *länder* de otro distinto. En este último supuesto, la regulación de *land* existiría mientras y en la medida en que la Federación no haya actuado con motivo de su título, pues, en caso contrario, por aplicación del art. 31 GG, la ley federal prevalecería sobre la ley de *Land* (coincidente o discordante)⁷.

Sin embargo, interesa realizar aquí algunas precisiones, pues parece que, una vez más, el empleo de un mismo término con significados diversos provoca confusiones. Ni las competencias concurrentes ni los supuestos pretendidamente encuadrables en el art. 31 GG tienen que ver —en mi opinión— con la específica cuestión de las dobles competencias, aunque presenten, a primera vista, puntos de contacto. En realidad, y el propio Pestalozza así lo reconoce, no cabe que dos legisladores simultánea y válidamente regulen una misma materia y, por consiguiente, habría que concluir, discrepando ahora de lo que ese mismo autor sostiene, que las dobles competencias (al menos, así entendidas) quedan excluidas en el ordenamiento constitucional alemán (hasta la reforma constitucional de 2006), tal y como aquí se sostiene.

Otra cosa es —tal y como Pestalozza afirma— que por competencia doble se haya de entender la eventual facultad de dos legisladores para establecer la regulación de una misma materia, lo que nunca podría traducirse en la práctica en la existencia de dos regulaciones simultáneas de esa materia provenientes de legisladores distintos. Lo expresa claramente en los siguientes términos: «El modo de hablar popular de que la Ley Fundamental no conoce competencias dobles es solo cierto cuando se incluye el hacer uso de la competencia. No obstante, aunque cercano al lenguaje corriente, este no es el uso del lenguaje de la Ley Fundamental, como muestra el artículo 72 GG»⁸. Ahora bien, lo que no está tan claro es que esa interpretación del uso del lenguaje de este último precepto sea la más adecuada. Al final, poco importa; baste con saber que no es (mejor dicho, era) posible que simultáneamente un mismo objeto sea (fuera) regulado válidamente por el legislador federal y el de *land*. A esto se le llama aquí negación de las dobles competencias.

Rüdiger Sannwald, por su parte, si bien admite que una competencia doble, en virtud de la cual tanto la Federación como los *länder* pudieran regular uno y el mismo objeto de manera distinta, sería extraña al sistema de las normas competenciales jurídico-constitucionales, reconoce, sin embargo, que se produce ya un cierto debilitamiento de este principio a partir de la reforma constitucional de 1994, con la introducción de la facultad de retransferencia

⁷ PESTALOZZA, Ch.V., «Artikel 70 GG», en MANGOLDT, H.V.; KLEIN, F.; PESTALOZZA, Ch. VOM, *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo VIII (artikel 70 bis artikel 75: Die Gesetzgebungskompetenzen), Verlag Franz Vahlen, München, 3.º ed., 1996, pp. 25 y ss.

⁸ PESTALOZZA, Ch.V., «Artikel 72 GG», en MANGOLDT, H.V.; KLEIN, F. / PESTALOZZA, Ch. VOM, *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, tomo VIII (artikel 70 bis artikel 75: Die Gesetzgebungskompetenzen), Verlag Franz Vahlen, München, 3.º ed., 1996, p. 162.

en los arts. 72.3 y 75.1 *in fine* GG, así como en la disposición transitoria del art. 125a.2 GG⁹, que a partir de ese momento admiten la posibilidad de que la misma materia (de modo igual o diferente) sea regulada exclusivamente por derecho federal en algunos *länder*, exclusivamente por derecho de *land* en otros o en parte por derecho federal y en parte por derecho de *land*, en otros ámbitos territoriales¹⁰.

Pues bien, sin negar la verdad de esta afirmación, se sigue manteniendo en este lugar que, de acuerdo con el concepto de «dobles competencias» aquí adoptado, en puridad ni siquiera en esos supuestos se podía dar válidamente al mismo tiempo una regulación federal y otra de *land* diferentes para el mismo ámbito territorial sobre idéntica materia. En todo caso, lo que se producía, de activarse las previsiones de esos preceptos, es una sustitución de la legislación federal por la de los *länder*, porque las condiciones para que aquélla se mantuviera hubieran dejado de darse, lo que es lo mismo que decir, a estos efectos, que la Federación había dejado de ser competente para regular la materia de que en cada caso se tratase.

En definitiva, de conformidad con la jurisprudencia constitucional y la doctrina científica dominante, a la que aquí me adhiero, se puede sostener con probados argumentos que con anterioridad a la reforma constitucional de 2006 en la República Federal de Alemania no cabían competencias dobles, como, por otro lado, es lo propio de un sistema en el que regía, sin excepción, el principio de exclusividad para cada tipo legislativo, tal y como tendremos ocasión de comprobar a continuación.

⁹ Las redacciones de estos preceptos previas a la reforma de 2006 eran del siguiente tenor:

Art. 72.3 GG: «Puede ser determinado por medio de ley federal que una regulación legal federal para la que ya no se dé más la indispensabilidad en el sentido del apartado 2 pueda ser sustituida por derecho de *Land*.» [El contenido de este precepto se mantiene en su literalidad, si bien a partir de la reforma de 2006 ha pasado a ser el apartado 4 del mismo art. 72 GG].

Art. 75.1 GG: «Bajo las condiciones del artículo 72, la Federación tiene el derecho a dictar disposiciones marco para la legislación de los *länder* sobre: (...)

El art. 72.3 se aplica por analogía.» [El art. 75 GG fue suprimido en su totalidad en la reforma de 2006].

Art. 125a.2 GG: «El derecho que haya sido aprobado en base al artículo 72 apartado 2, en la versión vigente hasta el 15 de noviembre de 1994, sigue siendo válido como derecho federal. Por ley federal puede determinarse que pueda ser sustituido por derecho de *Land*.» [El sentido de este precepto, a los efectos que aquí interesan, no sufrió modificación alguna en 2006].

¹⁰ SANNWALD, R., «Artikel 70 GG (Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern)», en SCHMIDT-BLEIBTREU B. y KLEIN, F., *Kommentar zum Grundgesetz*, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 9.ª ed., 1999, p. 1010.

2. LA EXCLUSIVIDAD COMPETENCIAL COMO NOTA COMÚN A TODOS LOS TIPOS LEGISLATIVOS EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA ANTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2006

Es doctrina comúnmente asentada que en la República Federal de Alemania, de acuerdo con la Ley Fundamental de Bonn, con anterioridad a la reforma constitucional de 2006, desde la perspectiva de la Federación, podemos diferenciar cuatro tipos legislativos: legislación exclusiva, concurrente, marco y básica federales¹¹.

Aunque de una primera lectura cabría derivar que solo aquella legislación que viene caracterizada como exclusiva responde a esa realidad, lo cierto es que un análisis detenido de cada uno de los tipos legislativos referidos nos conduce a la conclusión de que, pese a sus denominaciones, todos «esconden» facultades legislativas de carácter asimismo exclusivo, lo que no quiere decir que el alcance de cada uno de ellos sea el mismo.

De este modo, en el ámbito de la llamada legislación concurrente (*konkurrierende Gesetzgebung*), la Federación, cuando hace uso de su facultad legislativa porque se cumplen las condiciones habilitantes previstas a tal efecto en el art. 72.2 GG (y que, por cierto, el Tribunal Constitucional Federal durante muchos años apenas ha controlado), puede agotar la regulación de la materia, sin que le quede, por tanto, margen alguno a los *länder* para el establecimiento de su propia normativa de desarrollo. Esto es, la regulación legislativa concurrente federal, de darse, tiene (o puede tener) el mismo alcance que la de carácter exclusivo. De ahí que podamos hablar aquí de una falsa concurrencia. Falsa porque o bien nos encontramos con la legislación de la Federación o bien con la de los *länder*, pero no con ambas simultáneamente y con el mismo alcance.

A lo sumo, podríamos entender que en este terreno se da una concurrencia potencial, dado que cumplidas determinadas condiciones la regulación de ciertas materias, que hasta ese momento competía en exclusiva a los *länder*, puede a partir de ese instante corresponder también a la Federación, hasta el punto de que ésta se encontraría en condiciones de poder regular, de manera completa, tales materias objeto de este tipo legislativo.

Dado que se trata de una facultad, y no de una obligación, la Federación podrá, por tanto, o bien entrar a regular esas materias, o bien permanecer imparable. En el primer supuesto, su normativa desplazará a la de los *länder*, de modo que la concurrencia potencial, una vez que la Federación actúa, desaparecerá sin haber producido efecto alguno. Es más, como se señalaba, la Federación podrá actuar aquí con la misma libertad con que puede hacerlo en el ámbito de sus competencias exclusivas, dado que no tendrá límite alguno para regular la materia en cuestión con el alcance que considere conveniente. Si,

¹¹ Véase GÓMEZ ORFANEL, G. y ARROYO GIL, A., «El reparto territorial de facultades legislativas...», *op. cit.*, pp. 237 ss.

por el contrario, la Federación no actuare la legislación de los *länder* seguirá siendo perfectamente válida. En definitiva, no hay concurrencia alguna que valga, sino división competencial clara, si bien sometida al cumplimiento de determinadas condiciones y sujeta a la voluntad de una de las partes, la Federación, que tendrá libertad absoluta para actuar una vez que las referidas condiciones se hayan dado.

Por su parte, en el caso de la (extinta) legislación marco y de la legislación básica federal, tipos legislativos que, pese a sus diferencias, se encuentran muy cercanos, lógicamente, la situación no es equiparable. En estos supuestos, la Federación, en principio, solo puede establecer legislativamente los principios, bases o directrices de la regulación de la materia de que se trate, dejando un margen a los *länder* para que establezcan su correspondiente legislación de desarrollo. Pero más allá de que, particularmente en el caso de la legislación marco, la Federación, con la anuencia una vez más del Tribunal Constitucional Federal, haya establecido con frecuencia una regulación completa de la materia, lo cierto es que también en estos supuestos se puede hablar de una facultad legislativa exclusiva de la Federación y de los *länder*.

Y es que, en efecto, la Federación tiene reconocida en exclusiva la facultad de establecer esos principios, bases o directrices en la regulación de las materias a que se refieren los correspondientes preceptos constitucionales, sin que los *länder* puedan, por consiguiente, hacerlo. Y del mismo modo, la facultad que tienen reconocida estos últimos para establecer su respectiva legislación de desarrollo es también de carácter exclusivo, al margen de los supuestos excepcionales constitucionalmente previstos (art. 75.2 GG) y de que por una práctica legislativa viciada se haya permitido que también la Federación pueda establecer regulaciones de detalle a este respecto.

Este modo de entender los distintos tipos legislativos referidos (legislación exclusiva, concurrente, marco y básica) en la República Federal de Alemania confirma una regla que hasta la reforma constitucional de 2006 no parecía, a la vista de los hechos, admitir excepción: Que la exclusividad es una característica intrínseca al principio de competencia en el reparto de las tareas legislativas. O, dicho de otro modo, que la concurrencia competencial es extraña a la manera de repartir competencias de la Ley Fundamental de Bonn. Y ello con independencia de que haya tipos legislativos que formalmente se denominen «concurrentes», pues levantado el velo de las apariencias finalmente se constata que tales tipos legislativos responden también a la lógica de la exclusividad competencial, por más que su ejercicio esté sometido a determinadas condiciones o requisitos.

Como en tantas otras ocasiones, el problema, en este terreno, se encuentra seguramente en el hecho de que se produce una confusión entre dos conceptos o ideas aparentemente cercanos, pero que, en realidad, poco o nada tienen que ver entre sí. Esos conceptos no son otros que los que se esconden tras los términos «exclusividad competencial» y «regulación completa de una materia». Así, mientras que —según hemos tenido ocasión de ver ya— en el caso de la

llamada legislación exclusiva y, cumplidas las condiciones habilitantes preceptivas, en el de la concurrente, la regulación que la Federación haga de la materia en cuestión es o puede ser completa, en el supuesto de la legislación marco y de la legislación básica federal la regulación de la Federación, por el contrario, habrá de circunscribirse al establecimiento de las bases o principios. Sin embargo, tanto allí como aquí —insisto— la facultad legislativa de la Federación (y de los *länder*) es exclusiva: la Federación tiene la competencia exclusiva para la regulación completa de la materia en el caso de la legislación exclusiva y concurrente así como la competencia exclusiva para la regulación de las bases o principios en el caso de la legislación marco o básica. Por su parte, los *länder* también disfrutarán de una competencia exclusiva para el establecimiento de la legislación de desarrollo en este último supuesto.

Si se entendiesen de otro modo las relaciones competenciales en el seno del ordenamiento jurídico-constitucional alemán, de manera que se aceptase la concurrencia de dos legisladores, el de la Federación y el de los *länder*, para la regulación de una materia con idéntico alcance y en cualquier momento, sin que la intervención de uno y otro estuviese, por tanto, sujeta a condición alguna, no quedaría más remedio que aceptar, asimismo, que los eventuales conflictos que surgiesen entre las normas de una y otra parte, habrían de resolverse por aplicación o bien de la regla de prevalencia del derecho federal sobre el de los *länder* (art. 31 GG) o bien del criterio temporal (*lex posterior derogat anterior*).

Sin embargo, por las razones expuestas más arriba, no son estos los criterios de resolución de conflictos normativos en el seno del ordenamiento constitucional germano cuando las normas en pugna provienen de legisladores diferentes. Por el contrario, el propio ordenamiento se encarga de dar respuesta a tales conflictos normativos, que no son sino reflejo de una disputa competencial, mediante la aplicación, precisamente, del principio de competencia. Es por ello que se ha de entender que en la medida en que una norma federal entra en colisión con una proveniente de los *länder* (o viceversa), uno de los dos legisladores estará superando los límites de su ámbito competencial, o bien porque directamente la regulación de la materia en cuestión, con el alcance que sea (completo, en el terreno de la legislación exclusiva; y limitado en el de la legislación marco y básica), no le esté atribuida, o bien porque no se hayan cumplido las condiciones que la propia Ley Fundamental prevé para que la intervención, federal, en este caso, sea competencialmente legítima (ámbito de la legislación concurrente).

Esta regla general, así formulada, lógicamente, en la práctica, se encuentra con dificultades añadidas, pues no podemos ignorar que la realidad es un *continuum* que se resiste a su división en compartimentos estancos¹². En todo

¹² Véase ARROYO GIL, A., *El federalismo alemán en la encrucijada...*, op. cit., pp. 160 y ss; y *La reforma constitucional del federalismo alemán: Estudio crítico de la 52.ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, Prólogo de Juan José Solórzabal Echavarría, Colección Con(Textos)A, núm. 11, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2009, p. 142

caso, esta constatación práctica no obsta para que se siga manteniendo aquí la necesidad de efectuar una delimitación competencial concreta, vía legal, en primer término, y jurisprudencial, en último lugar, que permita diferenciar ámbitos competenciales de la Federación y de los *länder*, relacionados, en tanto que atinentes a un mismo objeto, pero separados, por mor de las propias prescripciones constitucionales, que han querido que la competencia federal llegara hasta donde empezaba la competencia de los *länder*, y viceversa, en virtud de un reparto de materias y funciones con pretensiones de distinción.

De acuerdo con este entendimiento de las normas constitucionales alemanas, no cabe, por consiguiente, que se produzca solapamiento competencial alguno, porque desde un punto de vista estrictamente jurídico la pretensión del constituyente alemán no fue otra que distribuir las competencias entre la Federación y los *länder*, no otorgándole ni aquella ni a éstos competencia universal alguna para la regulación completa de cualquier materia. De ahí que hasta la reforma de 2006, desde una interpretación sistemática del todo constitucional, carezca de sentido defender la concurrencia competencial en Alemania, entendida como posibilidad de que diferentes legisladores sean igualmente competentes para la regulación de una materia con el mismo alcance en cualquier momento.

Y cuando surjan casos dudosos, que serán inevitables, como consecuencia de la cercanía referida entre distintos ámbitos materiales, los mismos habrán de ser resueltos a través de la aplicación del método interpretativo, a fin de determinar a quién corresponde regular, si al legislador federal o al de *Land*, el objeto controvertido, y, en el supuesto de que solo el primero fuera el competente, qué tipo legislativo es el adecuado.

A este respecto, el Tribunal Constitucional Federal desde temprano demandó una «interpretación estricta de los arts. 73 ss GG»¹³. El primer criterio al que ha acudido es al de la «pertenencia natural e histórica de la materia» (*«wesentmäßige und historische Zugehörigkeit der Materie»*), aplicando consecuentemente el principio de la «continuidad competencial» (*«kompetentielle Kontinuität»*), es decir, la materia seguirá perteneciendo a quien por naturaleza e históricamente perteneció. La virtualidad de este criterio se manifiesta, sobre todo, en el caso de las materias que no han cambiado o, al menos, no sustancialmente, con el paso del tiempo. Respecto de aquellas otras que sean menos estáticas y que, en consecuencia, se encuentren más supeditadas a las evoluciones técnicas o sociales, habrá que acudir a otros métodos interpretativos generales y, en concreto, al de la «interpretación adecuada al objeto y función de la norma» (*«auf dem Wege sachgemäße und funktionsgerecht Auslegung»*), esto es, habrá que decidir si la correspondiente materia legislativa puede ser regulada, por su propia naturaleza, de manera más adecuada de modo unitario por la Federación o si, por el contrario, se ha de permitir que cada *Land* apruebe

¹³ BVerfGE 12, 205 (228 ss); 15, 1 (17); 26, 281 (297 ss).

su propia normativa. Y solo en el supuesto de que por este camino no sea posible encontrar una solución satisfactoria entra en juego el principio general de la Ley Fundamental que preside todo lo relativo a la distribución de competencias, tal y como se deriva de los arts. 70 y 72 GG (en conexión con el art. 30 GG), de conformidad con el cual en la medida en que la Constitución federal no establezca otra cosa, será el legislador de *Land* el facultado para establecer la regulación de una determinada materia¹⁴.

Junto a estos métodos de interpretación también se ha de tener en consideración la importancia de la conexión material preponderante de un objeto con otro que corresponda o bien a la Federación o bien a los *länder*, así como el principio de especialidad que, en ocasiones, serán determinantes para decidir si el facultado para legislar lo es el legislador federal o el de *land*¹⁵.

En definitiva, a través de esta vía habrá que acabar determinando, en cada caso concreto, a quién corresponde regular una materia y con qué alcance, porque por más interconectadas que se encuentren muchas materias en la realidad fáctica, desde una perspectiva jurídica, en la República Federal de Alemania, resulta preciso proceder a establecer una delimitación de las mismas, a fin de determinar si su regulación legislativa (completa o solo parcial) es cosa de la Federación o de los *länder*.

Sea como fuere, más allá del concreto caso alemán, esta forma de entender las relaciones competenciales y, por ende, normativas, entre las distintas partes que integran un Estado territorialmente descentralizado, resulta ser —a mi juicio— la más adecuada y respetuosa con el principio vertebrador de este tipo de Estados, el principio federal.

Este principio, en efecto, además de demandar un equilibrio constitucional de poderes entre las distintas partes de la relación federativa, que, por definición, no podría quedar al albur de una sola de ellas, pues si algo así sucediere resultaría en buena medida desvirtuado el reparto de competencias que la propia Constitución federal dispone, por otro lado, vendría a requerir que las competencias de cada una de esas partes quedaran bien definidas, pues solo así cabría discernir con nitidez a cuál de ellas le es atribuible la responsabilidad por su buen o mal ejercicio.

Equilibrio de poderes y determinación de la responsabilidad son dos notas características de los Estados organizados en base al principio federal. Ello no quiere decir que tanto el Estado central o Federación como los Estados miembros o *länder* (en el caso de Alemania) hayan de encontrarse en una relación de paridad absoluta en lo que respecta al contenido y alcance de su respec-

¹⁴ VOGEL, J.J., «El régimen federal de la Ley Fundamental» (Capítulo XII), en BENDA / MAIHOFFER / VOGEL / HESSE / HEYDE... (eds.), *Manual de Derecho Constitucional* (Edición, Prolegómena y Traducción de LÓPEZ PIÑA, A.), IVAP, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 646.

¹⁵ MAUNZ, T., «Artikel 75 GG (Rahmenvorschriften)», en MAUNZ / DÜRIG / HERZOG / SCHOLZ, *Grundgesetz Kommentar*, Tomo IV, C.h. Beck, Lfg. 25, 1986, pp. 7 y ss.

tivo poder (valga decir, competencias). Por el contrario, lo habitual es que con el fin de garantizar los intereses generales o, incluso, la unidad del propio Estado global, al primero le correspondan determinadas potestades de actuación o intervención que busquen, precisamente, garantizar esos bienes superiores, y que, en todo caso, no tendrían por qué ser entendidas, de manera simplificada, en términos de superioridad jerárquica.

Cabe pensar, en todo caso, que esa diferencia de posiciones y, por ende, responsabilidades ha sido ya tenida en cuenta por el constituyente a la hora de establecer el reparto de competencias. Y no parece que el mismo cumpla bien con esa importante finalidad de delimitación de las responsabilidades respectivas si finalmente un determinado ámbito material pudiera ser regulado simultáneamente y con el mismo alcance por dos legisladores diferentes, como es lo propio de la concurrencia competencial.

Es desde esta perspectiva general desde la que se ha de interpretar, en mi opinión, el reparto de facultades que establece la Ley Fundamental, que, como se ha señalado ya, hasta la reforma de 2006 no aceptaba las llamadas dobles competencias y, por derivación, los denominados solapamientos competenciales, por más que la terminología, en ocasiones, pudiera llamar a engaño, como era el caso de la legislación concurrente del art. 72 GG.

Sin embargo, esta situación cambia sustancialmente a partir de esa reforma constitucional y ello nos obliga a replantearnos el significado actual del principio de exclusividad competencial en el federalismo alemán (y, a mayores, en una teoría *ideal* del federalismo). Pero antes de ello, veamos en qué términos concretos se llevó a cabo la referida modificación constitucional de 2006 a este respecto.

3. LA LEGISLACIÓN DIVERGENTE DE LOS LÄNDER (ABWEICHUNGSGESETZGEBUNG DER LÄNDER) O EL FIN DE LA EXCLUSIVIDAD COMPETENCIAL EN EL FEDERALISMO ALEMÁN

La reforma constitucional del federalismo alemán operada en 2006, entre otras muchas cosas, supuso la introducción de un nuevo apartado 3 en el art. 72 GG, que, como recordaremos, es el que regula las competencias concurrentes federales. Se trata de la denominada «legislación divergente de los *länder*», a tenor de la cual éstos podrán regular, con el alcance que deseen, determinadas materias previstas en este mismo precepto en un sentido diferente a como lo haya hecho ya la Federación, igualmente competente para la normación, en cualquier momento, de esas mismas materias¹⁶.

¹⁶ Art. 72.3 GG: «Si la Federación ha hecho uso de su competencia legislativa, los *länder* pueden, a este respecto, por medio de ley, aprobar regulaciones divergentes sobre: 1. la caza (excluido el derecho sobre las licencias para cazar); 2. la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje (excluidos los principios generales sobre la protección de la naturaleza, el derecho sobre la protección de las especies o sobre la protección de la naturaleza

De conformidad con el tenor literal de este precepto, cabría entender que, en principio, los *länder*, solo podrían regular, por medio de ley formal¹⁷, esos campos materiales enumerados en el art. 72.3 GG¹⁸ si previamente existiese una regulación federal a ese mismo respecto, de la que pudieran distanciarse.

Sin embargo, esta interpretación no parece la más adecuada desde un punto de vista sistemático. Por el contrario, lo más acertado sería entender que todas las materias objeto de la legislación concurrente previstas en el art. 74 GG pueden ser reguladas por los *länder*, tal y como prevé el art. 72.1 GG, «mientras y en la medida en que la Federación no haya hecho uso por medio de ley de su competencia legislativa»; ahora bien, sólo respecto de las enumeradas en el apartado 3 de este mismo art. 72 GG podrán los *länder* establecer una regulación legal divergente de la aprobada por la Federación.

Esta peculiaridad, junto con otras, convierte a la legislación divergente de los *länder* en un tipo legislativo autónomo e independiente de la legislación concurrente, por más que su regulación constitucional se encuentre encuadrada en el art. 72 GG, que es el que contiene el régimen jurídico de esta última.

Lo más llamativo de este nuevo tipo legislativo es que el mismo permite la intervención legislativa de la Federación y de los *länder* con absoluta libertad, de manera que, al menos, en un plano teórico, sería perfectamente posible que tanto aquella como éstos «se enzarzasen» en una competición sin fin por esta-

marina); 3. la distribución del suelo; 4. la ordenación del territorio; 5. la administración de las aguas (excluidas las regulaciones relativas a las sustancias o a las instalaciones); 6. el acceso y la conclusión de la enseñanza superior universitaria.

Las leyes federales sobre estos campos materiales entran en vigor como mínimo seis meses después de su publicación, en la medida en que no sea determinada otra cosa con el asentimiento del Consejo Federal. En los campos del apartado anterior, en la relación entre el derecho federal y el de land prevalece la respectiva ley posterior.»

Un estudio general de este nuevo tipo legislativo en GRÜNEWALD, V., *Die Abweichungsgesetzgebung der Bundesländer - ein Fortschritt im föderalen Kompetenzgefüge des Grundgesetzes?*, Logos Verlag, Berlin, 2010; MEYER, H., *Die Föderalismusreform 2006 (Konzeption, Kommentar, Kritik)*, Duncker&Humblot, Berlin, 2008, pp. 164 y ss; STOCK, M., «Konkurrierende Gesetzgebung, postmodern: Aufweichung durch "Abweichung"», ZG, n.º 3, 2006, pp. 226 ss; SCHARPF, F.W., «Föderalismusreform: Weshalb wurde so wenig erreicht?», *ApuZ* 50/2006, pp. 6 ss; MÜNCH, U., «Materielles Abweichungsrecht der Länder und föderative Asymmetrien in der bundesdeutschen Bildungspolitik», en *Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung* (ed.), *Jahrbuch des Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008; GERHARDS, W., «Abweichungsrechte (art. 72 Abs. 3 -neu-) und Erforderlichkeitsklausel (art. 72 Abs. 2 GG)», en HOLTSCHEIDER, R./ SCHÖN, W. (ed.), *Die Reform des Bundesstaates (Beiträge zur Arbeit der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006)*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007.

¹⁷ Véase UHLE, A., «Art. 72 GG [Konkurrierende Gesetzgebung]», en KLUTH, W.E. [ed.], *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden, 2007, p. 145.

¹⁸ Que, por cierto, provienen de la derogada legislación marco del antiguo art. 75 GG, si bien no siempre existe una correspondencia exacta entre los mismos.

blecer su propia normativa, mediante la aprobación de leyes propias que, por aplicación del criterio temporal (*lex posterior derogat anterior*), acabarían sustituyendo (que no derogando, pues se trata de una prevalencia en la aplicación) las ya existentes de la otra parte, sin que fuera posible ponerle límite alguno a esta carrera desaforada. Es esto lo que en la jerga jurídica alemana se ha dado en llamar «efecto ping-pong», expresión muy gráfica que vendría a poner de relieve un intercambio continuo de leyes entre la Federación y los *länder*, como si de este célebre juego se tratara¹⁹.

La regla de resolución del conflicto entre la normativa federal y la de los *länder*, según hemos señalado, no es ya la de competencia, dado que ambos legisladores serán ahora igualmente competentes para la regulación de esas materias previstas en el art. 72.3 GG, ni la de prevalencia del art. 31 GG, ya que este precepto únicamente prevé la derogación del derecho de *land* por el derecho federal, pero no lo contrario, sino la temporal, dado que será, en todo caso, la norma posterior la que prevalecerá sobre la anterior, con independencia de que una y otra sean federal o de *land*. Prevalencia que, en ningún caso, implicará la derogación de la norma preválida, que podrá volver a ser aplicada si la norma que prevalece fuera, en algún momento, derogada²⁰.

4. CONCLUSIÓN

En definitiva, esta legislación divergente de los *länder* viene a poner de relieve algo que, según se ha destacado en las páginas precedentes, creíamos desterrado del ordenamiento jurídico germano, a saber, la existencia de dobles competencias, en el sentido de que para la regulación de una misma materia y con el mismo alcance fueran simultáneamente competentes tanto la Federación como los *länder*. La introducción de este nuevo tipo legislativo significa, por tanto, un giro radical en el modo de entender las relaciones federativas en el seno del orden constitucional alemán. Ya no bastará con determinar, en cada caso, quién es de qué competente, sino que, respecto de ciertos ámbitos materiales (los previstos en el art. 72.3 GG) habrá que asumir que pueden ser competentes simultáneamente dos legisladores, lo que no deja de tener su importancia en el terreno de la determinación de la responsabilidad política, pues ya no será suficiente con predicar ésta únicamente respecto de la parte que, en un momento dado, haya aprobado cierta regulación, sino también de la otra, que

¹⁹ Véase KLOEPFER, M., «Die neue Abweichungsgesetzgebung der Länder und ihre Auswirkungen auf den Umweltbereich», en PITSCHAS, R. y UHLE, A. (ed.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik (Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag)*, Duncker&Humblot, Berlin, 2007, pp. 659 ss; UHLE, A., «Art. 72 GG...», p. 156.

²⁰ Véase IPSEN, J., «Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle», en NJW, n.º 39, 2006, p. 2804; DEGENHART, Ch., «Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen...», p. 1212.

se encuentra habilitada para modificar esa normativa haciendo uso de su propia competencia.

Hasta el momento habíamos defendido que la concurrencia competencial, en el sentido en que aquí había sido entendida, era extraña al sistema alemán de distribución de competencias y, en general, poníamos en cuestión su virtualidad como técnica de reparto competencial en cualquier Estado territorialmente descentralizado. Lo propio de un orden competencial «ideal» es que el mismo esté basado en la idea de exclusividad de cada una de las competencias que corresponden a las distintas partes que integran el Estado descentralizado, pues solo de ese modo será posible determinar con claridad y nitidez a cuál de esas partes le es atribuible la responsabilidad por la regulación (o ausencia de ella) de la materia de que en cada caso se trate. Y eso es algo que desde el punto de vista del principio democrático no se puede, sin más, despreciar.

A los ciudadanos les interesa, en efecto, que quede despejada cualquier duda respecto a quién han de atribuir la responsabilidad por las actuaciones públicas, manifestadas, esta vez, en forma de legislación. Si ello no sucede así es muy probable que su desconfianza general sobre el sistema aumente. Es esto lo que conocemos como desafección democrática, cuyas consecuencias pueden ser más serias de lo que, a primera vista, cabría imaginar.

Es por eso que la introducción en un modelo de distribución competencial como el alemán de la categoría de la legislación divergente y, en consecuencia, la asunción de la categoría de las competencias dobles, genere dudas, muchas dudas.

Aunque es posible que su virtualidad práctica sea irrelevante, dado que los ámbitos materiales objeto de este tipo legislativo no son muy importantes, y aun cuando sea probable que ni la Federación ni los *länder* utilicen esta técnica para «torpedearse» legislativamente entre sí, lo que sí parece seguro es que la misma, precisamente como técnica legislativa, deja mucho que desear, siquiera sea porque, como hemos señalado, difumina responsabilidades políticas, lo que desde la perspectiva del principio democrático resulta altamente cuestionable.

En conclusión, concurrencia y exclusividad competencial son dos principios que conviven con dificultad en el seno de un mismo ordenamiento jurídico. Lo característico de la última es que se desenvuelve, fundamentalmente, en el terreno de las garantías jurídicas, dado que la operación que, en cada caso, habrá que hacer pasará por determinar la titularidad de la respectiva competencia. Por el contrario, la concurrencia competencial, aunque los conflictos a que dé lugar también se resuelven por aplicación de criterios jurídicos (el temporal, en el caso la legislación divergente, según hemos visto), despliega su ámbito de actuación, básicamente, en el terreno de las garantías políticas, y eso supone el inicio de un cambio de paradigma para el que no estoy del todo seguro que esté preparado el sistema jurídico-político alemán.

Competencias y facultades de las Comunidades Autónomas en el ámbito de la justicia: avances, límites y alternativas de reformulación¹

Miguel Ángel Cabellos Espiérrez
Profesor Titular de Derecho Constitucional.
Universidad de Girona

SUMARIO: 1. Poder judicial y federalismo. 2. El punto de partida en el caso español. 3. Los Estatutos de autonomía como cauce para la superación de las carencias iniciales. El caso del Estatuto catalán. 3.1. Introducción. 3.2. Tribunal Superior de Justicia (art. 95 EAC). 3.3. Previsión de un Consejo de Justicia de Cataluña (arts. 97 a 100 EAC). 3.4. Conocimiento de la lengua y el derecho propios. 3.5. Medios personales y materiales. Oficina judicial. 3.6. Otras cuestiones. 4. a relación entre Estatutos y LOPJ en la STC 31/2010. 5. Recapitulación. Bibliografía citada.

1. PODER JUDICIAL Y FEDERALISMO

Así como la pluralidad de poderes legislativos y ejecutivos es consustancial a la propia noción de federalismo, no ocurre en cambio lo mismo con el poder judicial. En cuanto a éste, hay Estados compuestos en que su estructuración, organización y regulación se otorga exclusivamente (o con matices meramente puntuales a esta exclusividad) a la federación, y otros en los que se otorga tanto a ésta como a las entidades integrantes, bajo diferentes sistemas, que se encuadran dentro de la noción de federalismo judicial.

Pudiera pensarse que en el primer caso (atribución exclusiva a la federación) ello se hace para mantener un Poder Judicial único y con él el principio de unidad jurisdiccional. Pero esto en realidad no es así: la intervención de las entidades integrantes en este ámbito es compatible tanto con la existencia de

¹ Este trabajo se integra en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación con referencia DER2010-15778, sobre «Los cambios en la relación entre Poder Judicial y Comunidades Autónomas: perspectivas de interpretación a la luz del Derecho comparado».

un poder judicial único como con el establecimiento de varios, y la unidad jurisdiccional no exige necesariamente que el poder judicial sea estructurado desde un único ente, la federación.

Hay, eso sí, un importante componente histórico en el modo como se acaba estructurando el poder judicial al formarse un Estado compuesto. Lucas Murillo de la Cueva hace notar cómo en los Estados que se han creado a partir de la unión de varios Estados o entidades políticas previamente existentes lo usual es que se mantenga la pluralidad de poderes judiciales preexistentes a dicha unión, y que igual que tanto la Federación como los Estados integrantes tendrán su respectivo gobierno y su respectivo parlamento, estos, y no solo aquella, tendrán también, como antes de acceder a la nueva entidad política, su propio poder judicial. Por contra, en el caso de los Estados compuestos que surgen de la descentralización operada en un Estado previamente unitario, lo usual es dividir los poderes ejecutivo y legislativo pero no el judicial².

En relación con el primer supuesto, ha hecho notar Comba cómo el proceso de federalización (*federalizing process*), por el que comunidades políticas separadas crean una estructura constitucional común para resolver problemas también comunes, o por el que (segunda posibilidad) un Estado unitario se descentraliza y reconoce autonomía política a una pluralidad de entidades territoriales bajo una estructura constitucional común, no constituye en realidad un solo proceso sino que es el resultante de una pluralidad de procesos, cada uno de ellos referido a uno de los poderes del Estado, y cuya dirección y velocidad puede ser diversa³. En cuanto al referido al Poder Judicial, la doctrina estadounidense habla de «federalismo judicial» para referirse a aquellos sistemas en que, como ocurre en el caso estadounidense, se acepta la coexistencia de la jurisdicción federal con las de los Estados como una manifestación más de la existencia y configuración del Estado federal⁴.

De todos modos, hemos de matizar que, dentro de los sistemas en que tanto la federación como las entidades federadas tienen participación en la estructuración del poder judicial, el modelo a seguir no es único, pues depende de si se quiere mantener o no el principio de unidad jurisdiccional. Como se ha indicado unas líneas más arriba, la intervención de las entidades federadas no determina necesariamente la ruptura de la unidad jurisdiccional, pues existen vías para mantener intacta ésta, como más adelante se verá.

Antes de profundizar en lo hasta ahora apuntado, no obstante, cabría formular una pregunta previa: ¿es útil el federalismo judicial? El propio hecho de que exista diversidad de opciones en los Estados compuestos existentes

² Véase LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «La posición del Poder Judicial a l'Estat Autòmic», en *Autonomia i Justícia*, IV, Generalitat de Catalunya, 1998, p. 17.

³ Véase COMBA M., *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il «judicial federalism» negli Stati Uniti*, Casa Editrice Jovene, Nápoles, 1996, pp. 43 y 44.

⁴ En tal sentido, véase RUIZ, G., *Federalismo judicial (el modelo americano)*, Civitas, Barcelona, 1994, p. 15.

impide dar una respuesta categórica. La eficacia de un sistema judicial, además, depende de más factores aparte de su estructuración bajo uno u otro modelo. Pero lo que está claro es que, desde el punto de vista de la coherencia institucional y del propio sistema político, si existen una pluralidad de parlamentos y gobiernos, y una pluralidad de ordenamientos (federal y estatales), la existencia de un poder judicial estructurado y gestionado esencialmente desde uno solo de los dos lados de la balanza no deja de constituir una cierta incoherencia.

Aun partiendo de la dificultad de establecer un concepto de federalismo judicial, pueden no obstante fijarse algunos puntos de partida. En concreto, siguiendo a Gerpe Landín⁵, puede constatarse que hay dos presupuestos y tres requisitos para poder hablar de federalismo judicial.

El primer presupuesto es, naturalmente, que exista una pluralidad de ordenamientos, lo que es al mismo tiempo consustancial a la idea de federalismo. El segundo es que la potestad jurisdiccional se ordene en dos escalones, de modo que existan dos circuitos de tribunales: los tribunales que aplican esencialmente derecho estatal, y los que aplican esencialmente derecho federal.

Se ha dicho anteriormente que no es imprescindible que exista más de un poder judicial, y debe subrayarse esta idea: el federalismo judicial no obliga a la ruptura de la unidad del Poder Judicial, creando tantos poderes judiciales como Estados haya, además del Poder Judicial federal. Por el contrario, el federalismo judicial puede ser plenamente coherente con la idea de unidad del Poder Judicial, de modo que exista un Poder Judicial único, solo que los Estados tengan encomendada la organización y funcionamiento de los tribunales que aplican esencialmente derecho estatal, y la Federación la de los que aplican esencialmente Derecho federal. En contraste con esto, como luego se indicará, en España la idea de unidad del Poder Judicial se ha entendido tradicionalmente en un sentido tal que la hacía absolutamente incompatible con la entrada de las CCAA en nada que no fuese la mera gestión de medios en la Administración de Justicia.

En cuanto a los requisitos, siguiendo igualmente a Gerpe Landín⁶ podemos concretarlos en los siguientes:

- autonomía institucional de la Federación y los entes integrantes entendida como competencia para regular cuestiones tales como el nombramiento de los jueces, la organización del ejercicio de la jurisdicción, o el gobierno de la judicatura.

⁵ Véase GERPE LANDÍN, M., «Introducción» al libro coordinado por GERPE LANDÍN, M. y BARCELÓ SERRAMALERA, M., *El federalismo judicial*, IEA, Barcelona, 2006, pp. 19-20.

⁶ *Idem*.

- autonomía jurisdiccional de cada circuito judicial, de modo que cada uno de ellos agota el conocimiento de las causas fundadas en su respectivo derecho.
- asimismo, deben existir mecanismos de articulación entre los tribunales estatales y los federales, que dispongan por ejemplo qué ocurre cuando un caso se funde en derecho federal y estatal, y eviten contradicciones en la aplicación de aquel por los tribunales estatales⁷.

Para el citado autor, aquellas dos vertientes de la autonomía (institucional y jurisdiccional) admiten graduaciones según los sistemas, y no siempre se darán en estado puro, pero ciertamente lo que está claro es que su implantación, se haga como se haga, deberá ir mucho más allá del mero reconocimiento a las entidades integrantes de competencias de mera gestión de la Administración de Justicia o del establecimiento de un único circuito de tribunales por más que teniendo en cuenta el factor territorial en tanto que mera demarcación de estos, como ocurre en España⁸.

Así pues, el federalismo judicial no es consustancial al federalismo pero sí coherente con éste. En esta constatación se pone de manifiesto la flexibilidad de la idea de federalismo en general. El federalismo es un sistema de organización que, más allá de unos requisitos sin los cuales no podríamos calificar a un sistema como federal, permite a los Estados que lo aplican una gran flexibilidad, matizando y variando muchos factores, hasta el punto de que podemos decir que no hay un único federalismo, sino que debe hablarse en plural de federalismos.

Y por ello, por esa flexibilidad del federalismo, allá donde existe federalismo judicial, organizado bajo los requisitos y presupuestos antes indicados con las adaptaciones, graduaciones o particularidades propias de cada sistema, puede el federalismo judicial estructurarse desde la aceptación expresa de la existencia de una pluralidad de poderes judiciales, o bien desde la existencia de un poder judicial único pero cuyos tribunales son organizados en función de las diversas instancias bien por la Federación o bien por las entidades integrantes, de modo que cabe un entendimiento del federalismo judicial compatible con el mantenimiento del principio de unidad jurisdiccional, interpretado éste desde los presupuestos que de inmediato se indicarán.

Como es bien conocido, la Constitución española, como suele suceder en los Estados compuestos surgidos de la descentralización de un Estado previamente unitario, establece un Poder Judicial único de organización y gestión dependientes del Estado. Así, el avance en el proceso de descentralización de los poderes legislativo y ejecutivo no se ve en casos como el nuestro acompañado de otro comparable en el judicial. Como señala Aparicio Pérez: «nuestra Constitución no innova en sus líneas básicas el modelo judicial tradicional y, so-

⁷ Sobre este concreto aspecto, véase, también, LÓPEZ AGUILAR, J.F., *Justicia y Estado autonómico*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 60-61.

⁸ *Idem*, p. 20.

bre todo, no tiene en cuenta las nuevas realidades políticas y jurídicas sobre las que opera ese Poder (...). La Justicia es el conjunto orgánico y funcional que, en la práctica, menos ha seguido el proceso de desarrollo autonómico y, en la teoría, ni tan sólo ha sido planteado globalmente»⁹.

En ello ha pesado, como se dijo, un determinado entendimiento del principio de unidad jurisdiccional según el cual el reconocimiento de autonomía institucional a cualquier otro ente que no fuera el Estado supondría la ruptura de aquel principio. Pero como demuestran casos como el alemán dicho entendimiento resulta sesgado: lo consustancial al Estado de Derecho es el aseguramiento de la independencia judicial, y respecto de ésta el principio de unidad es un medio más que, por otra parte, no tiene por qué entenderse en un sentido netamente territorial obligando a organizar la jurisdicción excluyendo a los entes integrantes del Estado. Lo ha subrayado de manera precisa Arozamena Sierra: el principio de unidad jurisdiccional apunta de modo inmediato a la prohibición de jurisdicciones especiales, y se conecta con el principio de independencia de los jueces y magistrados y con los derechos del justiciable por cuanto en las jurisdicciones especiales las garantías de los justiciables suelen disminuir y la independencia de los jueces no acostumbra a poder predicarse del mismo modo que en la jurisdicción ordinaria. Por ello el aseguramiento de la unidad jurisdiccional, entendida como negación de las jurisdicciones especiales, se dirige directamente al aseguramiento de la unidad jurisdiccional. No habría por qué extender este entendimiento de la unidad al aspecto territorial en el sentido de excluir a todo aquél que no fuese el Estado (bajo el axioma de la existencia de un único poder judicial en todo el territorio del Estado, que queda, pues, en manos de éste). Como ha recordado el mismo autor, aseguradas unas garantías y procedimientos comunes, una estructura judicial básica, nada impediría que los entes integrantes del Estado dotados de autonomía política pudieran incidir directamente en la organización de la impartición de la jurisdicción, sin perjuicio de la unidad jurisdiccional salvo que ésta se entienda en un sentido territorial y extremo¹⁰. Valgan estas palabras de Arozamena para expresar esta idea de manera inequívoca:

⁹ Véase APARICIO PÉREZ, M.A., «Jueces y justicia en la Constitución española», en ASENSI SABATER, J. (ed.), *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, Tirant lo Balch, Valencia, 1997, pp. 969-971.

¹⁰ Sobre ello, véase AROZAMENA SIERRA, J., «El principio de unidad jurisdiccional», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3036 y ss. Resulta también de interés, en torno al principio de unidad, la consulta de las obras de REVERÓN PALENZUELA, B., *Poder Judicial, unidad jurisdiccional y Estado autonómico*, Comares, Granada, 1996, y JIMENA QUESADA, L., *El principio de unidad del Poder Judicial y sus peculiaridades autonómicas*, CEPC, Madrid, 2000. Este último autor, también en la línea de deslindar el aspecto territorial del principio de unidad jurisdiccional, hace notar cómo en su opinión el principio de unidad jurisdiccional es asegurado básicamente «por el Tribunal Supremo a través del ejercicio de la función judicial plasmada en las distintas modalidades del recurso de casación». Véase JIMENA QUESADA, L., *El principio de unidad...*, op. cit., p. 34.

«La independencia, la exclusividad (o monopolio judicial o reserva de jurisdicción) y la unidad jurisdiccional son, en la historia de la justicia, y en la misma idea conceptual, principios confluyentes a un mismo objetivo. Que la jurisdicción se encomiende a jueces independientes, integrados en un sistema autónomo e independiente de todo otro poder; que la función jurisdiccional debe hacerse por jueces; que se excluya la institución de jueces extraordinarios o jueces especiales. Éste es, me parece, el sentido profundo de la «unidad jurisdiccional»¹¹.

Es, por ejemplo, ilustrativo el caso de Alemania, donde se parte de la unidad del Poder Judicial pero ello no impide que determinados tribunales sean creados, organizados y gobernados desde el nivel de los *länder*¹². Como recuerda Lucas Murillo de la Cueva, «es significativo que la Ley Fundamental de Bonn incorpora bajo un epígrafe único y general todas sus normas sobre la Jurisdicción. Y que señala que, en su ejercicio, participan el Tribunal Constitucional, los tribunales federales y los tribunales de los *länder*. Es decir, que no establece una separación o cesura entre el Poder Judicial federal y el federado»¹³, idea en la que también abunda, por ejemplo, Heyde¹⁴: los tribunales federales y los federados integran un único sistema jurisdiccional. En él, las cuestiones principales son reguladas y los tribunales superiores son organizados por el Bund, mientras que a los *länder* corresponde la organización de los restantes tribunales. Éste es uno de los posibles modelos que, de haber sido adoptados por nuestro constituyente, hubieran permitido una ade-

¹¹ Véase AROZENA SIERRA, J., «El principio...», *op. cit.*, p. 3036. El autor lleva la desvinculación del principio de unidad jurisdiccional respecto del factor territorial hasta el extremo: incluso en Estados Unidos, donde hay una pluralidad de poderes judiciales, podría entenderse que rige el principio de unidad jurisdiccional. Sin embargo, estimo que esta idea resulta discutible: una cosa es mantener que hay unidad jurisdiccional cuando la única jurisdicción ordinaria es organizada por dos entes (Federación y Estados) y otra mantener que la hay cuando hay varias jurisdicciones ordinarias separadas.

¹² Como señala Degenhart, «El Estado federal de la Ley Fundamental de Bonn (...) ha mostrado, respecto a la función jurisdiccional, sus componentes unitarios. Por eso, el establecimiento y la garantía de la unidad del ordenamiento jurídico a través de la unidad del poder judicial han pesado más que el elemento de la diversidad de los Estados miembros en un Estado federal. (...) La jurisdicción del Bund y la de los *länder* no son independientes la una de la otra, sino que más bien se organizan una sobre la otra y se entrecruzan entre ellas». Véase el capítulo de C. Degenhart dedicado a la jurisdicción en Alemania en el libro coordinado por GERPE y BARCELO, *El federalismo judicial...*, *op. cit.*, pp. 304 y 310.

¹³ Véase LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «La posición del Poder Judicial...», *op. cit.*, p. 26. El autor está aludiendo al Título IX de la Constitución alemana, encabezado por el art. 92: «El Poder Judicial es confiado a los jueces; es ejercido por la Corte Constitucional Federal y por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los *länder*».

¹⁴ Véase HEYDE, W., «La Jurisdicción», en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de Derecho constitucional*, Marcial Pons/IVAP, Oriati, 1996, p. 767.

cuación más lógica entre Estado autonómico y Poder Judicial sin merma para la unidad jurisdiccional.

Frente a esto, el modelo español, como es obvio, se aleja netamente del concepto de federalismo judicial al partir de un concepto de unidad jurisdiccional de naturaleza fuertemente territorial que tiene en su base el principio de exclusión de todo ente que no sea el Estado del ámbito de la organización de la jurisdicción; unidad como equivalente a la presencia de un único ente con competencia en este ámbito y para todo el territorio estatal¹⁵. Partiendo de esta premisa, el objeto de las siguientes páginas será estudiar cuál ha sido entonces el papel de las CCAA.

2. EL PUNTO DE PARTIDA EN EL CASO ESPAÑOL

La principal particularidad del modelo español, puesta de manifiesto de manera especialmente evidente con el proceso de reforma de los Estatutos iniciado en 2006, es que en nuestro sistema son tres las normas que entran en juego a la hora de diseñar el esquema de participación de cada uno de los entes en la Administración de Justicia: dos de ellas, la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, establecidas desde el inicio, pues aquella remitía a ésta (por ejemplo en sus arts. 122.1 o 152) la concreción de toda una serie de cuestiones. El tercer tipo de normas, los Estatutos de Autonomía, ha entrado en juego con posterioridad, sin una previsión constitucional expresa (pero tampoco, desde luego, contra sus previsiones) y en una posición compleja al existir como se ha visto la remisión constitucional a la LOPJ.

Lo primero que puede constatarse es que la Constitución establece un marco constitucional en el que ocupa un lugar central el art.149.1.5 y que restringe fuertemente las posibilidades competenciales autonómicas¹⁶, en tanto que declara competencia exclusiva del Estado la materia «Administra-

¹⁵ Las características del modelo federal en el plano judicial, y sus posibles variantes, se aprecian bien estudiando los modelos alemán y estadounidense, en los que aquí no se entrará por razones de espacio. De entre la numerosa bibliografía al respecto, ofrecen una visión general muy valiosa CAPPELETTI, M., *The judicial process in comparative perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989, y COMBA, M., *Esperienze federaliste...*, *op. cit.* En España, es de interés, desde el punto de vista comparado, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «La posición...», *op. cit.*, pp. 17-27, y lógicamente la obra ya citada de Gerpe y Barceló, que además es la más reciente en el tiempo.

¹⁶ Menos restrictivo era la versión de este artículo en el Anteproyecto constitucional, art. 138.28, donde se decía también que la Administración de Justicia era competencia exclusiva del Estado, pero se añadía que «el Estado fijará las bases que permitan armonizar el ejercicio de la función judicial en todo el territorio del Estado, de acuerdo con el principio de unidad judicial y de los distintos cuerpos profesionales que la integran, sin perjuicio de la intervención de los territorios autónomos en la organización de la misma». Con ello, la exclusividad era más bien compartición, y se reconocía expresamente en la última frase la intervención (y la competencia subsiguiente) autonómica en la organización de la Administración de Justicia.

ción de Justicia». Ello no impidió que los Estatutos, a través de las cláusulas subrogatorias, quisieran subrogarse en la posición que correspondiera al Gobierno central. La LOPJ respetó en principio tales previsiones, aunque interpretándolas a la baja, y el TC dio por buena dicha aceptación añadiendo una serie de límites.

Desde luego las cláusulas subrogatorias resultaron una vía ciertamente imaginativa para superar el límite que aparentemente fijaba el art. 149.1.5 CE, aunque fuera a costa de interpretar éste de un modo desde luego poco apegado a su tenor literal. Como pone de manifiesto Balaguer, «las CCAA sólo pueden asumir en sus Estatutos aquellas competencias que no hayan sido previamente atribuidas al Estado por la Constitución de acuerdo con el artículo 149.3 CE, y la competencia sobre «Administración de Justicia» ha sido expresamente atribuida al Estado por la Constitución sin que en la Constitución se distinga entre un sentido amplio y uno estricto, y mucho menos entre las facultades que le correspondan al Gobierno de la Nación o las que correspondan al Parlamento (...). Es al legislador orgánico al que le corresponde decidir si esas facultades serán del Gobierno de la Nación o de los Gobiernos de las CCAA, no a los Estatutos de Autonomía»¹⁷.

Sea como fuere, ésta fue la única vía para atenuar aunque fuera mínimamente los efectos de una regulación del Poder Judicial al margen de la estructura compuesta del Estado que resultaba, ciertamente, poco coherente con el entramado institucional general que la propia Constitución establecía. A partir de ella, y de sucesivas reformas de la LOPJ, fueron estableciéndose desde los años ochenta hasta los primeros años de la década de 2000 una serie de competencias y de facultades de intervención de las CCAA en ámbitos diversos¹⁸:

- en el de la organización de la jurisdicción, con algunas facultades relativas a la organización de las demarcaciones, su capitalidad o la posibilidad de ser consultadas en la creación de secciones y juzgados.
- en el del ejercicio de la jurisdicción, con facultades como la de instar del CGPJ la convocatoria de oposiciones, colaborar con éste a través de diversos órganos en la gestión de las mismas, o proponer una terna de candidatos para la provisión de una plaza de magistrado en la Sala Civil y Penal del correspondiente TSJ.

¹⁷ Véase BALAGUER CALLEJÓN, F., «Poder Judicial y Comunidades autónomas», en *Revista de Derecho Político*, n.º 47, 2000, p. 60.

¹⁸ Véase, sobre ello, GERPE LANDÍN, M., «La regulació estatutària i la seva delimitació per la Llei Orgànica del Poder Judicial», en Informe PI I SUNYER sobre la *Justícia a Catalunya*, Fundació Pi i Suñer d'Estudis Autònoms i Locals, Barcelona, 1998, pp. 52-57; JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Dos estudios sobre Administración de Justicia y Comunidades Autónomas*, IVAP/Civitas, Madrid, 1998, pp. 32-40; y CABELLOS ESPÍERREZ, M.A., «La adecuación del Poder Judicial al modelo de Estado», en *RVAP*, n.º 68, 2004, pp. 77-124.

- en el de la relación con el CGPJ, previendo una limitada competencia reglamentaria autonómica, así como una serie de mecanismos de relación entre aquél y las CCAA (arts. 108 a 110 LOPJ).
- y, especialmente, competencias relacionadas con los medios materiales y el personal de la Administración de Justicia.

La regulación progresivamente plasmada en la LOPJ arroja como resultado un modelo en el que se dan cita, en desigual medida, tres actores: Estado, CCAA y CGPJ, y en el que las posibilidades de las Comunidades se hallaban fuertemente limitadas por factores como el de la configuración como cuerpos nacionales de los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, configuración que reduce notablemente las posibilidades autonómicas de actuación y que además se proyecta sobre ámbitos conexos, como el del conocimiento de las lenguas autonómicas por parte de los funcionarios, que se ha conceptualizado tradicionalmente como un simple mérito. Añádase a ello por ejemplo que, por lo que respecta al gobierno del Poder Judicial, el CGPJ no ha experimentado mecanismos de desconcentración más allá de la figura del vocal territorial encargado de supervisar en particular uno o varios territorios autonómicos. O que las vías de participación autonómicas en los procesos de toma de decisiones del Ministerio de Justicia y el CGPJ carecen muchas veces de relevancia. O, por último, que los Tribunales Superiores de Justicia, que vienen a suponer (aunque de modo meramente simbólico) una cierta adecuación de la organización del Poder Judicial a la realidad compuesta del Estado, se hallan en no pocos aspectos infrutilizados, mientras que el Tribunal Supremo es incapaz de hacer frente al creciente desbordamiento de asuntos que padece.

Las sucesivas propuestas de reforma que han ido planteándose, bien procedentes del TS (a través del documento que elaboró en el año 2000¹⁹), del CGPJ (en su Libro Blanco de 1997 y en su Informe de 1999²⁰) o del Ministerio

¹⁹ Las líneas que guían el documento, a tenor de lo que se indica en su punto primero, son dos: redefinir las competencias del Tribunal Supremo y hacerlo de modo que se favorezca una mayor incidencia de la estructura compuesta del Estado en la organización del Poder Judicial. Esto último puede conseguirse de diversas formas, una de las cuales pasa por potenciar las atribuciones de los TSJ, descargando al TS de algunas de las suyas.

²⁰ El Pleno del CGPJ, en su reunión de 25 de septiembre de 1999, acordó dirigirse a las Salas de Gobierno de los TSJ, de la Audiencia Nacional y del TS, a fin de que formularan al Consejo propuestas de reforma legislativa tendentes a mejorar la situación de la Administración de Justicia. Al mismo tiempo, constituyó una comisión (por acuerdo del Pleno de 14 de octubre) que sobre esas propuestas y el propio Libro Blanco del Consejo redactase un informe que pudiera dirigirse al Gobierno y a las Cortes. El Informe fue redactado en su versión inicial por dicha comisión compuesta por vocales del Consejo, y recibió posteriormente enmiendas de otros vocales. Uno y otras fueron debatidas en tres sesiones del Pleno del CGPJ (18, 19 y 25 de julio de 2000). El resultado de las mismas fue la adopción del texto definitivo, que como se verá reduce sensiblemente el número de innovaciones que en relación con la descentralización del Poder Judicial, la potenciación de las competencias de los TSJ y la reforma del sistema de recursos pretendían el informe inicial y algunas de las enmiendas planteadas al mismo.

de Justicia, impulsor de un Pacto de Estado finalmente frustrado²¹, abordaron de manera variable estos temas, sin que finalmente se plasmaran en cambios mínimamente sustanciales²².

3. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA COMO CAUCE PARA LA SUPERACIÓN DE LAS CARENCIAS INICIALES. EL CASO DEL ESTATUTO CATALÁN

3.1. Introducción

Si tras casi treinta años de vigencia de la Constitución las CCAA continuaban en una situación de práctica irrelevancia en relación con la Administración de Justicia, limitadas *de facto* a gestionar los medios de ésta pero bajo una serie de límites que vaciaban sustancialmente toda capacidad propia de decisión, era lógico que, con el inicio de la nueva fase de reformas estatutarias, algunas de ellas pudieran plantearse utilizar el Estatuto como vía de superación del *statu quo* al que se había llegado. Al fin y al cabo, también al aprobarse la Constitución ésta parecía excluir a las CCAA de toda intervención (véase el art. 149.1.5 CE) y los Estatutos modificaron ese estado de cosas a través de unas cláusulas en absoluto previstas con anterioridad y que pese a ello fueron acogidas (con límites, ciertamente) por la LOPJ y por el TC.

Reiterar el intento era, ciertamente, una apuesta arriesgada: ir más allá de lo que se había conseguido con las cláusulas subrogatorias, cuando ya éstas fueron aceptadas, como se acaba de decir, con límites, era una operación de cuyo éxito no podía tenerse *a priori* ninguna certeza. Y más aún si la ampliación se refería no solo a medios materiales y personales, sino también a intentar incidir en el gobierno del poder judicial o las competencias del TSJ, entre otras cuestiones.

Los nuevos Estatutos no siguieron un modelo único. Aun a riesgo de simplificar, puede decirse que el catalán y el andaluz siguieron un patrón semejante (en el segundo caso por adaptación del previamente establecido por aquél)

²¹ Tras el llamado «Plan de choque para la agilización de la Administración de Justicia», cuyo objeto fue sobre todo el de solucionar el problema del apreciable número de vacantes de jueces, y que se plasmó en la L.O. 9/2000, el diálogo entre las fuerzas políticas en torno a un variado elenco de temas (sistema de elección de los miembros del CGPJ, estatuto de la carrera judicial, papel del Ministerio Fiscal, potenciación de la figura del secretario judicial, diseño de la oficina judicial y sus sistemas de organización —servicios comunes...—, impulso del traspaso de competencias a las CCAA pendientes, etc.) se tradujo en la firma por el Ministerio, el PP y el PSOE el Pacto de Estado por la Justicia el 28 de mayo de 2001, lo que abrió paso a su concreto desarrollo (el pacto era sumamente genérico) plasmado en la reforma de la LOPJ (arts. 112 y ss) mediante L.O. 2/2001 de 28 de junio en lo relativo a la elección de los miembros del CGPJ, y en cuanto al resto de los puntos a través de la reforma de idéntica norma llevada a cabo por la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre. En septiembre de 2003 el PSOE anunció su desvinculación del Pacto, que quedaba así formalmente roto.

²² Sobre dichas propuestas y su incidencia en los temas antes señalados véase CABELLOS ESPÍERREZ, M.A., «La adecuación...», *op. cit.*, *passim*.

que intentaba explorar al máximo todas las posibilidades de mejora a través del Estatuto. El resto de Estatutos reformados, por su parte, llevaron a cabo una regulación más sucinta y menos ambiciosa.

En las líneas que siguen tomaremos como punto de referencia para el análisis la regulación del Estatuto catalán. Y ello, por dos razones: la primera, porque como se dijo es el intento más ambicioso de acercamiento del Poder Judicial a la Comunidad; la segunda, porque fue objeto de enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional en su sentencia 31/2010, en la que éste estableció los límites que en este ámbito no podrían traspasar los Estatutos, así como la relación de estos con la LOPJ. Se analizarán, pues, a continuación, las novedades principales de la regulación estatutaria respecto de la anteriormente existente.

3.2. Tribunal Superior de Justicia (art. 95 EAC)²³

En primer lugar, se introduce expresamente una referencia a su competencia para proteger los derechos estatutarios, y se enumeran los órdenes en que será competente, que son los cuatro tradicionales (civil, penal, social, contencioso) y «los otros que puedan crearse en el futuro». Esta última referencia debe entenderse en relación con la idea, que había estado presente en algunos momentos de la elaboración del proyecto de Estatuto en el Parlament, de prever en el propio Estatuto una Sala del TSJ dedicada a la protección de los derechos estatutarios. Esta idea, finalmente, no prosperó pero con esa referencia abierta se hace, aunque sea de manera muy velada, alusión a esa posibilidad.

En segundo lugar se establece su competencia sobre los recursos que se tramiten en el ámbito territorial catalán, «sea cual sea el Derecho invocado como aplicable». Se hace referencia con ello por una parte a los recursos mixtos, es decir, a aquellos en los que se invoque tanto Derecho propio de Cataluña como Derecho estatal. En estos casos, que serán una gran mayoría, se había planteado inicialmente la duda de si podía el TSJ resolver el recurso íntegramente o si la parte estatal debía ser remitida al Tribunal Supremo (con las consiguientes dilaciones y complicaciones procesales). En el ámbito civil, que es en el que se darán con mayor frecuencia estos casos, la LEC, en su art. 478.1, previó la competencia del TSJ para los recursos mixtos²⁴. Pero como se ha visto, el precepto estatutario habla de «sea cual sea el Derecho invocado», es

²³ Sobre la posición y competencias de los TSJ, véase, en detalle, SÁIZ GARITAONANDIA, A., *La Administración de Justicia en las Comunidades Autónomas. Situación actual y perspectivas de reforma*, Tirant lo Blanch/IVAP, Valencia, 2009, pp. 245-386.

²⁴ «El conocimiento del recurso de casación, en materia civil, corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo. No obstante, corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución».

decir, que también se refiere a los supuestos, por ejemplo, en que se invoque únicamente Derecho estatal; en tales casos la casación correspondería también al TSJ. Y ello es coherente con lo que a continuación el precepto dice: «sin perjuicio de la competencia reservada al Tribunal Supremo para la unificación de doctrina». Es decir: la función del TS se limita, a decir del propio Estatuto, a unificar doctrina. Como veremos, esta limitación que el Estatuto quiere imponer será uno de los aspectos impugnados y sobre el que el TC debió pronunciarse en su sentencia de 2010.

Por último, se le reconoce competencia sobre todos los recursos de revisión contra las resoluciones firmes dictadas por órganos jurisdiccionales sitos en Cataluña, y no solo en los casos en que dichas resoluciones hubieran tenido como objeto Derecho propio, pues como es bien sabido la revisión no tiene nada que ver con el tipo de norma aplicada, sino con la aparición de una serie de circunstancias que justifiquen reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme.

3.3. Previsión de un Consejo de Justicia de Cataluña (arts. 97 a 100 EAC)

Ésta es sin duda una de las novedades más relevantes del Estatuto catalán: la previsión de la creación de un consejo de justicia entendido como órgano desconcentrado del CGPJ, que desempeñe en el territorio de la Comunidad una serie de funciones en relación con los órganos jurisdiccionales sitos en ella.

Lo primero que debe subrayarse guarda relación con el modelo escogido. En los nuevos estatutos podemos ver cómo se dan cita dos modelos distintos: por una parte éste, el de un órgano desconcentrado perteneciente al propio CGPJ (y no a la Comunidad) que el Estatuto simplemente prevé remitiéndose a la LOPJ para que implemente de modo efectivo dicho consejo; es el modelo del estatuto catalán y del andaluz. Y por otra parte hallamos el modelo de consejo entendido como comisión asesora de la Comunidad, perteneciente por tanto a ésta, y que por ello no desempeña ninguna de las funciones que por encargo del CGPJ podría desempeñar el consejo del primer modelo, que al fin y al cabo es un órgano interno de éste. En el segundo tipo de consejo lo que habría simplemente sería una labor de asesoría a la consejería de justicia autonómica en aquellas cuestiones que sean de la competencia de la Comunidad en materia de Administración de Justicia. Nada que ver, por tanto, con el gobierno del Poder Judicial²⁵.

²⁵ Sobre esta dualidad de modelos, puede verse CABELLOS ESPIÉRRIZ, M.A., «Los Consejos de Justicia en el actual proceso de reformas estatutarias y sus perspectivas de futuro», en *Revista de Derecho Político*, n.º 80, especialmente pp. 94-98. Véase, también al respecto, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «El Poder Judicial en Andalucía y las competencias autonómicas en materia de justicia», en MUÑOZ MACHADO, S., y REBOLLO PUIG, M. (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Civitas, 2008, p. 980.

En segundo lugar, debe destacarse igualmente que la mayor parte de las funciones que el art. 98.2 le atribuye al Consejo (previa previsión por parte de la LOPJ) son de carácter no decisorio, y suponen realizar propuestas al CGPJ, elaborar informes para éste, o participar en determinados procesos (por ejemplo, la inspección de juzgados y tribunales o la designación de determinados cargos). Hay, no obstante, puntuales excepciones a ello: en particular, «ejercer las funciones disciplinarias sobre Jueces y Magistrados en los términos previstos por las leyes» y «precisar y aplicar, cuando proceda, en el ámbito de Cataluña, los reglamentos del Consejo General del Poder Judicial».

La regulación estatutaria inicialmente aprobada, finalmente, incluye referencias a la necesidad de que el Consejo de Justicia siga los criterios establecidos por el CGPJ cuando dicte resoluciones en materia de nombramientos, autorizaciones, licencias y permisos (art. 98.3); a los recursos que procederán contra los actos del Consejo de Justicia (art. 100) y por último en relación con la composición del mismo (art.99) estableciendo que lo presidirá el Presidente del TSJ y lo formarán, de acuerdo con lo previsto por la LOPJ, Jueces, Magistrados, Fiscales o juristas de reconocido prestigio, con una participación del Parlament en el proceso de nombramiento que se traduce según el mismo precepto en que éste «designa a los miembros del Consejo que determine la Ley Orgánica del Poder Judicial».

3.4. Conocimiento de la lengua y el derecho propios

Tratándose de cuerpos nacionales, la determinación de los requisitos que deban cumplir los candidatos a ingresar en ellos corresponde al Estado a través de la LOPJ y sus normas de desarrollo. Ello no impide, no obstante, que el Estatuto pueda introducir previsiones que muestren el interés de la Comunidad tanto en proponer la convocatoria de oposiciones y concursos (art. 101 EAC) como en que en estos se deba acreditar el conocimiento de la lengua y el derecho propios.

Respecto de magistrados, jueces y fiscales se dice que deberán acreditar un conocimiento «adecuado y suficiente» del catalán, a fin de hacer efectivos los derechos lingüísticos de los ciudadanos. Destacan aquí dos elementos: el primero, que no se establece un baremo rígido en cuanto al conocimiento, sino una cláusula abierta, que concretará la ley (habría que discernir aquí si la LOPJ o la ley autonómica de política lingüística; también podría aquella remitirse a lo que ésta determinase); el segundo, la vinculación de dicha previsión con los derechos lingüísticos de los ciudadanos, cuyo ejercicio se ve imposibilitado en la práctica si, como no es infrecuente en la Administración de Justicia, jueces y fiscales desconocen la lengua propia de la Comunidad. El conocimiento de la lengua propia, además, «se valorará específica y singularmente» en los concursos de traslado. Respecto del personal al servicio de la Administración de Justicia y de la fiscalía la regulación es casi idéntica: se indica que deberán acre-

ditar «un conocimiento adecuado y suficiente de las dos lenguas oficiales que los hace aptos para ejercer las funciones propias de su cargo o puesto de trabajo». Llama la atención que en este caso se haga referencia a las dos lenguas, y que no se mencionen los derechos de los justiciables; ambas carencias quedan no obstante suplidas por lo dispuesto en el art. 33.3 EAC, que sí que contiene dichas previsiones y se refiere también a este tipo de personal²⁶. Finalmente, ni en relación con jueces, magistrados y fiscales ni con el resto del personal se dice cómo y cuándo deberán acreditar el conocimiento lingüístico, lo que se deja a la decisión de la LOPJ.

De las diversas opciones que en este ámbito había (valoración de la lengua propia como simple mérito; exigencia de su conocimiento como requisito y, como término medio, valoración como mérito determinante o de especial peso) se escoge una opción que oscila entre un requisito cuyo modo de acreditación no se establece (como tampoco las consecuencias de la no acreditación) y, en relación con lo dicho respecto de los concursos de traslado, la valoración como mérito determinante. Todo queda, en definitiva, en manos de la posterior regulación por parte de la LOPJ.

En relación con el conocimiento del Derecho propio, también se pide la acreditación de un conocimiento «adecuado y suficiente» a magistrados, jueces y fiscales que ocupen una plaza en Cataluña, y se valorará específica y singularmente en los concursos de traslado.

3.5. Medios personales y materiales. Oficina judicial

El ámbito de los medios materiales y personales había venido siendo tradicionalmente el campo prioritario de actuación de las CCAA en materia de justicia, por aplicación de las cláusulas subrogatorias estatutarias. La principal novedad radica aquí en la precisión de las submaterias sobre las que se establece en cada uno de esos ámbitos la competencia de la Generalitat. En materia de medios personales, se hace excepción expresa del «estatuto jurídico» de dicho personal que, por mandato constitucional, se halla reservado a la LOPJ. Las competencias autonómicas, por tanto, deberán partir de ese marco y respetarlo. Tales competencias son de dos tipos: normativas y ejecutivas, y el art. 103 EAC establece como se ha dicho las submaterias sobre las que recaen. Puede subrayarse también que el mismo precepto prevé asimismo la posibilidad de que la Generalitat cree cuerpos propios de personal al servicio de

²⁶ Art. 33.3 EAC: «Para garantizar el derecho de opción lingüística, los Jueces y los Magistrados, los Fiscales, los notarios, los registradores de la propiedad y mercantiles, los encargados del Registro Civil y el personal al servicio de la Administración de Justicia, para prestar sus servicios en Cataluña, deben acreditar, en la forma establecida en las leyes, que tienen un nivel de conocimiento adecuado y suficiente de las lenguas oficiales, que los hace aptos para ejercer las funciones propias de su cargo o su puesto de trabajo».

la Administración de Justicia. Debe interpretarse que dichos cuerpos no podrán en ningún caso duplicar las funciones de los actuales cuerpos estatales, sino que deberán orientarse a cubrir ámbitos que actualmente no correspondan a estos.

Lo propio se hace con los medios materiales, identificando en el art. 104 EAC las submaterias en que dentro de estos la Generalitat podrá actuar. Puede destacarse, por la litigiosidad que había generado, la relativa a la gestión de las cuentas de depósitos y consignaciones judiciales, gestión sobre la que el Estatuto establece la participación de la Generalitat. Los términos en que dicha participación se verifique deberán ser fijados por el Estado. La decisión del Tribunal Constitucional en su STC 50/2006 de considerar dicha gestión ligada a la materia Hacienda General y no a la de Administración de Justicia (con la consiguiente exclusión de la aplicación de las cláusulas subrogatorias) dificultará, no obstante, que las CCAA puedan llegar a tener una participación relevante²⁷.

Finalmente, en relación con la oficina judicial (art. 105 EAC) el Estatuto reconoce a la Generalitat la competencia para «determinar la creación, el diseño, la organización, la dotación y la gestión de las oficinas judiciales y de los órganos y servicios de apoyo a los órganos jurisdiccionales», todo ello en el marco de lo que disponga la LOPJ.

3.6. Otras cuestiones

Por último, el Estatuto regula otras cuestiones: la figura del Fiscal Superior de Cataluña, que asumirá el Fiscal Jefe del TSJ, facultades de propuesta en relación con la revisión de la demarcación y planta judiciales, competencias en relación con la ordenación de los servicios de justicia gratuita o con la justicia de paz o, finalmente, la inclusión en el art. 109 EAC de la cláusula subrogatoria que, habida cuenta del detalle con que el Estatuto recoge las facultades de la Generalitat en todos los ámbitos, no parece que tenga mucha oportunidad de ser aplicada, a diferencia de lo que ocurría en el anterior estatuto.

4. LA RELACIÓN ENTRE ESTATUTOS Y LOPJ EN LA STC 31/2010

Como se ha visto, el Estatuto catalán (y, con una regulación prácticamente idéntica, el andaluz) intentan agotar hasta donde resulta posible las posibilidades de que la Comunidad respectiva intervenga en el ámbito de la Administración de Justicia. Dicho intento sigue colocando el modelo, como es lógico, muy

²⁷ Véase, sobre ello, GERPE LANDÍN, M. y CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., «La gestión de los depósitos y consignaciones judiciales», en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 4, n.º 105, 2006, pp. 1073-1086.

lejos de cualquier atisbo de federalismo judicial porque la Constitución no deja margen alguno para éste, pero al menos se produce un intento de profundizar dentro de lo que ésta permite.

La pregunta subsiguiente es si verdaderamente la Constitución permite dicho intento. La clave para hallar la respuesta está en determinar el papel y el alcance de la reserva que la Constitución hace a la LOPJ, y en establecer si dicha reserva excluye totalmente la intervención estatutaria en una serie de ámbitos (reserva absoluta en favor de la LOPJ en todos los casos) o tolera en algunos de ellos la colaboración estatutaria (reserva relativa) sobreentendiéndose naturalmente que la última palabra siempre la tendrá la LOPJ.

Los Estatutos han partido, lógicamente, de esta segunda interpretación, y han regulado una serie de materias que hasta ahora no regulaban haciendo al mismo tiempo constantes remisiones a la LOPJ. Se produce así una colaboración internormativa por la que el Estatuto propone una serie de regulaciones en los ámbitos ya indicados, pero es la LOPJ la que finalmente ha de recogerlas y con ello «activarlas». En ello no hay obligación alguna para el legislador orgánico, que podría optar por no hacerlo o por regular de modo divergente, en cuyo caso prevalecería su decisión, pero en cualquier caso lo lógico sería que, surgiendo ambas normas (Estatutos y LOPJ) del mismo legislador (aunque en el caso de los Estatutos con la intervención previa de otro) las previsiones de la primera norma fueran acogidas por la segunda.

El Estatuto catalán fue objeto de impugnación también en su título III. No es posible aquí hacer un análisis en detalle del contenido del pronunciamiento del TC en relación con este título²⁸, pero sí estudiar sus líneas esenciales. El recurso se basaba en la tesis de la inidoneidad absoluta de los estatutos para regular cualquier cosa que pueda estar afectada por la reserva constitucional en favor de la LOPJ. Se parte, pues, de una concepción muy amplia de reserva absoluta hacia ésta que excluiría por completo la intervención de la norma estatutaria bajo cualquier régimen. El Gobierno y el Parlamento catalanes, en sus alegaciones, entendieron que la reserva absoluta puede darse en concretos ámbitos expresamente designados por la Constitución, pero que más allá de estos rige una reserva relativa en la que es admisible la colaboración estatutaria, y en la

²⁸ Sobre ello, véase GERPE LANDÍN, M. y CABELLOS ESPIÉRRER, M.A., «La regulación estatutaria del Poder Judicial y su tratamiento en la STC 31/2010», en *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, n.º 12, 2011, pp. 302-330; PORRAS RAMÍREZ, J.M., «El Poder Judicial en Cataluña, según el Estatuto y el Tribunal Constitucional. Limitaciones y posibilidades de desarrollo de un modelo», en *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, n.º 12, 2011, pp. 331-362; APARICIO PÉREZ, M.A., «Comentario a la STC 31/2010. Sobre el Poder Judicial», en *Revista Catalana de Dret Públic*, número extraordinario, 2010, pp. 199-205. Sobre el tratamiento que la sentencia hace de la cuestión del Consejo de Justicia, véase CABELLOS ESPIÉRRER, M.A., «Los Consejos de Justicia en el actual proceso...», *op. cit.*, *passim*, y CÁMARA VILLAR, G., «Reformas estatutarias y consejos autonómicos de justicia a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 27, 2011, pp. 197-220.

que la normativa estatutaria podría prescindir incluso de lo que la LOPJ dispusiera²⁹. El Abogado del Estado, por su parte, incidía en esta idea de colaboración pero sin suscribir esta última tesis y partiendo de la distinción entre validez y eficacia de las normas estatutarias en materia de Administración de Justicia: para ser, además de válidas, eficaces, las normas estatutarias necesitarán que la LOPJ haga suya la normativa estatutaria, no pudiendo por tanto reclamar eficacia mientras la LOPJ no haga tal cosa.

El Tribunal acoge esta tesis de la colaboración internormativa con preeminencia de la LOPJ en la mayor parte de los aspectos enjuiciados, pero se aparta de ella, como veremos, en relación con los Consejos de Justicia. Vale la pena, no obstante, antes de entrar en esta cuestión, poner de manifiesto hasta qué punto el Tribunal juzga imposible cualquier rastro de federalismo judicial, en una proclamación tan enfática como innecesaria a los efectos del enjuiciamiento que debía llevarse a cabo. En efecto, el Tribunal indica que:

«Los sistemas normativos (...) producen normas propias, a partir del ejercicio de unas potestades legislativa y ejecutiva también propias. Sin embargo, la función jurisdiccional, mediante la que tales normas adquieren forma y contenido definitivos, es siempre, y sólo, una función del Estado. En definitiva, si el Estado autonómico arranca con una Constitución única, concluye con una jurisdicción también única, conteniéndose la diversidad de órganos y funciones en las fases del proceso normativo que media entre ambos extremos. La unidad de la jurisdicción y del Poder Judicial es así, en el ámbito de la concreción normativa, el equivalente de la unidad de la voluntad constituyente en el nivel de la abstracción» (FJ 42).

Tan rotunda afirmación se asienta sobre unas bases más que discutibles. Para empezar, como ha indicado Aparicio Pérez, si atendemos a las palabras

²⁹ «Si las previsiones estatutarias tienen cabida en la Constitución es que respetan las reservas a favor de la Ley Orgánica del Poder Judicial; reservas que han de conectarse con la apertura del modelo constitucional de configuración del Poder Judicial. Una apertura que no podría hacerse depender del contenido que en cada momento pueda tener la repetida Ley Orgánica. En este punto se insiste en la necesidad de distinguir entre los ámbitos de reserva absoluta y de reserva relativa, pues la relación entre el Estatuto y la Ley Orgánica no es una cuestión de competencia, sino de respeto a la reserva absoluta que la Constitución contiene a favor de la Orgánica del Poder Judicial. Las reservas constitucionales a favor de las leyes orgánicas se expresan en términos amplios, pudiendo el legislador elegir entre distintas opciones legítimas de desarrollo constitucional. Pues bien, el legislador estatal, al aprobar el Estatuto se habría decantado por una de esas opciones sin invadir la reserva constitucional absoluta a favor de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Para discernir la constitucionalidad de las previsiones estatutarias relativas al Poder Judicial no cabría confrontarlas con una Ley Orgánica del Poder Judicial que supera el ámbito constitucional de reserva» (síntesis realizada por el Tribunal de las alegaciones del Gobierno de la Generalitat en el FJ 42 c).

del Tribunal, toda norma, mientras no sea aplicada por los Tribunales, no tendrá «forma y contenido definitivos» y será por el contrario provisional, lo que resulta ciertamente novedoso³⁰. Tampoco dice el Tribunal qué órgano deberá aplicar la norma, o cuántas veces, etc., para que se entienda ya definitiva. Además, esa unidad en los extremos no es tal, pues como señala Aparicio, en uno de ellos la unidad de la jurisdicción y del Poder Judicial no se da en el grado y la medida que la sentencia da a entender³¹. Independientemente de todo ello, la conclusión del Tribunal es no menos rotunda:

«La estructura territorial del Estado es indiferente, por principio, para el Judicial como Poder del Estado. La Constitución limita la relevancia del principio autonómico en el ámbito de la jurisdicción a términos muy concretos, que hacen del territorio de la Comunidad Autónoma una de las unidades vertebradoras de la articulación del Poder Judicial en el conjunto del territorio nacional. Vale, pues, como criterio de ordenación territorial de los órganos de la jurisdicción y de las instancias procesales, pero sin perjuicio alguno de la integración de aquéllos en un Poder del Estado. Unidad orgánica y funcional que, asegurada en su sustancia con la atribución al Estado de la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia, es perfectamente compatible con el reconocimiento a las Comunidades Autónomas de determinadas competencias en el ámbito de la «administración de la Administración de Justicia», cuando así resulta de su titularidad sobre competencias propias de la vertiente puramente administrativa al servicio de la función jurisdiccional del Estado» (FJ 42).

Con semejante punto de partida («La estructura territorial del Estado es indiferente, por principio, para el Judicial como Poder del Estado») sorprende incluso que el Tribunal no haya declarado inconstitucional todo el Título III del Estatuto. De hecho, no solo no lo hace, sino que acoge la tesis del Abogado del Estado de la validez sin eficacia para salvar todas las regulaciones estatutarias impugnadas excepto en el caso del Consejo de Justicia³², en el que considera inadmisibles que el Estatuto contenga su regulación, pero entonces, en vez de

³⁰ APARICIO PÉREZ, M.A., «Comentario...», *op. cit.*, p. 201.

³¹ Como también señala APARICIO PÉREZ, M.A., «Comentario», en *op. cit.*, pp. 201 y 202, la jurisdicción no es única (existe también la del TC, la del TJCE, la del TEDH,...) y el Poder Judicial «no opera unitariamente en el ámbito de la concreción normativa por muchas causas: gran número de instancias fenecen ante los tribunales superiores y otras antes de llegar a ellos; no está nada clara la naturaleza de fuente del derecho de las decisiones judiciales y qué nivel ocupa; y esa tan invocada unidad como poder lo cierto es que sólo se le puede atribuir al Tribunal Constitucional, que no forma parte del poder judicial».

³² Sobre ello, véase, en detalle, GERPE LANDÍN, M., CABELLOS ESPÍERREZ, M.A., «La regulación estatutaria...», *op. cit.*, pp. 313-321.

declarar la inconstitucionalidad de toda ella declara tan solo inconstitucional una parte y deja que perviva un Consejo de Justicia entendido como mero órgano asesor de la Comunidad, que no tiene nada que ver con el que el Estatuto había querido establecer (un órgano desconcentrado del CGPJ)³³.

En este punto, pues, se prescinde de la técnica de la colaboración inter-normativa que se había aceptado en el resto de temas (algunos de ellos, por cierto, no menores, como el de la regulación de las competencias del TSJ, tema sobre el que ya se ha visto que el EAC incidía de un modo que, de aplicarse el mismo criterio que se aplica con el Consejo de Justicia, hubiera habido que declarar inconstitucional). Para el TC:

«Atendida la configuración constitucional del Poder Judicial a la que nos hemos referido en los Fundamentos precedentes, es notorio que el Estatuto catalán incurre en un evidente exceso al crear en el art. 97 un Consejo de Justicia de Cataluña al que se califica como «órgano de gobierno del poder judicial en Cataluña» y cuyos actos lo serían de un «órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial», siendo así que el Poder Judicial (cuya organización y funcionamiento están basados en el principio de unidad ex art. 117.5 CE) no puede tener más órgano de gobierno que el Consejo General del Poder Judicial, cuyo estatuto y funciones quedan expresamente reservados al legislador orgánico (art. 122.2 CE). En esas condiciones, es obvia la infracción de los arts. 122.2 CE y 149.1.5 CE, según es doctrina reiterada (por todas, STC 253/2005, de 11 de octubre, FJ 5), pues ningún órgano, salvo el Consejo General del Poder Judicial, puede ejercer la función de gobierno de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial, exclusivo del Estado, ni otra ley que no sea la Orgánica del Poder Judicial puede determinar la estructura y funciones de aquel Consejo dando cabida, en lo que ahora interesa, y en su caso, a eventuales fórmulas de desconcentración que, no siendo constitucionalmente imprescindibles, han de quedar, en su existencia y configuración, a la libertad de decisión del legislador orgánico con los límites constitucionales antes expresados» (FJ 47).

Decir que ningún órgano puede ejercer la función de gobierno de los órganos jurisdiccionales salvo el CGPJ parece ignorar las funciones que llevan a cabo las Salas de Gobierno de los TSJ, los jueces decanos, etc., y decir que ninguna ley que no sea la Orgánica del Poder Judicial puede determinar la estructura y funciones de aquel Consejo supone como se ha dicho prescindir radi-

³³ Sobre ello, véase CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., «Los Consejos de Justicia...», *op. cit.*, *passim*.

calmente de la previa aceptación del Estatuto como norma que podía proponer a la LOPJ regulaciones que luego ésta podría aceptar.

5. RECAPITULACIÓN

La introducción de cualquier variante de federalismo judicial en España es imposible sin reforma constitucional y el Tribunal se ha encargado de recordárnoslo. Lo ha hecho, sin embargo, de manera innecesariamente rotunda y dogmáticamente discutible, como se vio antes al señalar lo que en el FJ 42 se decía. Tampoco, no obstante, pretendían estatutos como el catalán o el andaluz (mucho menos aún el resto) introducir ningún atisbo de federalismo. Más bien perseguían, únicamente, aprovechar algún resquicio que aún pudiera quedar en el camino de la adecuación, modesta, del Poder Judicial al modelo de Estado. El Tribunal da una de cal y una de arena: lo acepta, haciendo suya en la mayoría de los ámbitos enjuiciados una tesis tan prudente como la sostenida por el Abogado del Estado de la validez sin eficacia de las normas estatutarias y la preeminencia en cualquier caso de la LOPJ. Es un misterio, al menos desde un punto de vista jurídico, determinar por qué en el ámbito del Consejo de Justicia cambia completamente de criterio y, en vez de decir igualmente que tal Consejo solo existirá cuando y como la LOPJ decida que exista, siendo mientras tanto la norma estatutaria válida pero ineficaz, resuelve el Tribunal la inconstitucionalidad (además, parcial) de la regulación y la conversión del órgano en otro (suplantando así la voluntad del legislador).

Las posibilidades de intervención autonómicas en el ámbito de la Administración de Justicia siguen siendo, pues, modestas, aunque de la voluntad de la LOPJ dependerá ir dando vida a esas regulaciones válidas pero ineficaces e, incluso, retomar la creación de los Consejos de Justicia como órganos desconcentrados. Ello dependerá de las coyunturas políticas de cada momento, y además, con la tesis de la validez sin eficacia, las normas estatutarias pueden devenir en un momento dado eficaces y ulteriormente (mediante nueva reforma de la LOPJ en sentido opuesto) ineficaces. Así de precaria es la adecuación del Poder Judicial al modelo de Estado conseguida con las últimas reformas estatutarias. Ir más allá de esto exigiría una reforma constitucional, lo que en España, a diferencia de lo que es usual en la mayor parte de Estados compuestos, es un empeño casi imposible, al menos a la vista de la experiencia de estas últimas tres décadas y sus dos únicas y muy limitadas reformas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

APARICIO PÉREZ, M.A., «Comentario a la STC 31/2010. Sobre el Poder Judicial», en *Revista Catalana de Dret Públic*, número especial sobre la sentencia 31/2010. pp. 199-205.

- APARICIO PÉREZ, M.A., «Jueces y justicia en la Constitución española», en ASENSÍ SABATER, J. (ed.), *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 969-971.
- AROZAMENA SIERRA, J., «El principio de unidad jurisdiccional», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., «Poder Judicial y Comunidades Autónomas», en *Revista de Derecho Político*, n.º 47, 2000, pp. 53-68.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., «La adecuación del Poder Judicial al modelo de Estado», en *RVAP*, n.º 68, 2004, pp. 77-124.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., «Poder Judicial y modelo de Estado en la sentencia sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña», en *Revista Catalana de Dret Públic*, número especial sobre la sentencia 31/2010, pp. 206-211.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., «Los Consejos de Justicia en el actual proceso de reformas estatutarias y sus perspectivas de futuro», en *Revista de Derecho Político*, n.º 80, 2011, pp. 89-116.
- CÁMARA VILLAR, G. «Reformas estatutarias y consejos autonómicos de justicia a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 27, 2011, pp. 197-220.
- CAPPELETTI, M., *The judicial process in comparative perspective*, Claredon Press, Oxford, 1989.
- COMBA, M., *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il «judicial federalism» negli Stati Uniti*, Casa Editrice Jovene, Nápoles, 1996.
- GERPE LANDÍN, M., «La regulació estatutària i la seva delimitació per la Llei Orgànica del Poder Judicial», en *Informe Pi I SUNYER sobre la Justícia a Catalunya*, Fundació Pi I Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, Barcelona, 1998, pp. 52-57.
- GERPE LANDÍN, M. y BARCELÓ SERRAMALERA, M. (coords.), *Federalismo judicial*, IEA, Barcelona, 2004.
- GERPE LANDÍN, M. y CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., «La gestión de los depósitos y consignaciones judiciales», en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 4, n.º 105, 2006, pp. 1073-1086.
- GERPE LANDÍN, M. y CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., «La regulación estatutaria del Poder Judicial y su tratamiento en la STC 31/2010», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 12, 2011, pp. 302-330.
- JIMENA QUESADA, L., *El principio de unidad del Poder Judicial y sus peculiaridades autonómicas*, CEPC, Madrid, 2000.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Dos estudios sobre Administración de Justicia y Comunidades Autónomas*, IVAP/Civitas, Madrid, 1998.
- LÓPEZ AGUILAR, J.F., *Justicia y Estado Autonómico*, Civitas, Madrid, 1994.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «La posició del Poder Judicial a l'Estat Autonòmic», en *Autonomia i Justícia, Generalitat de Catalunya*, vol. IV, Barcelona, 1998.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «El Poder Judicial en Andalucía y las competencias autonómicas en materia de justicia», en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Civitas, 2008.
- PORRAS RAMÍREZ, J.M., «La Justicia en los Estatutos de Autonomía de segunda generación», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 24, 2009, pp. 264-292.

- PORRAS RAMÍREZ, J.M., «El Poder Judicial en Cataluña, según el Estatuto y el Tribunal Constitucional. Limitaciones y posibilidades de desarrollo de un modelo»; en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 12, 2011, pp. 331-362.
- REVERÓN PALENZUELA, B., *Poder Judicial, unidad jurisdiccional y Estado autonómico*, Comares, Granada, 1996.
- RUIZ, G., *Federalismo judicial (el modelo americano)*, Civitas, Barcelona, 1994.
- SÁIZ GARITAONANDIA, A., *La Administración de Justicia en las Comunidades Autónomas. Situación actual y perspectivas de reforma*, Tirant lo Blanch/IVAP, Valencia, 2009.

Las leyes orgánicas de transferencia o delegación (artículo 150.2 CE): una puerta abierta a la modificación del reparto constitucional de competencias

Juan María Bilbao Ubillos
Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. Las leyes del artículo 150 CE: la atribución extra-estatutaria de competencias. 2. Las leyes orgánicas de transferencia o delegación. 2.1. Antecedentes. 2.2. Las facultades transferibles o delegables. 2.3. El binomio transferencia/delegación. 2.4. Límites. 2.5. Controles. 3. Rendimiento real del instrumento contemplado en el artículo 150.2. 4. Iniciativas fallidas. 5. ¿Cuál es el papel que pueden jugar en el futuro las leyes del artículo 150.2 CE?

En el ordenamiento español, que descansa en buena medida en la afirmación del principio dispositivo, la Constitución no es la única norma que regula la distribución de competencias. Otras normas infraconstitucionales completan esa operación de delimitación o deslinde. Es, en concreto, el Estatuto de Autonomía, como norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma, el que determina «*las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución*» [147.1.d)]. Pero el Estatuto es una norma rígida, que sólo puede reformarse mediante un procedimiento complejo en el que participan los órganos de la propia Comunidad. La autonomía constitucionalmente reconocida está garantizada justamente por eso, porque el Estado no puede modificar el Estatuto de manera unilateral, sin el consentimiento de la institución que representa a los ciudadanos de la Comunidad.

1. LAS LEYES DEL ARTÍCULO 150 CE: LA ATRIBUCIÓN EXTRA-ESTATUTARIA DE COMPETENCIAS

El cuadro que resulta de la asunción por los Estatutos de Autonomía de las competencias no reservadas al Estado en exclusiva por el artículo 149.1 CE puede verse alterado por una atribución extraestatutaria de competencias a las

Comunidades Autónomas. La Constitución prevé en su artículo 150 la posibilidad de modificar en uno u otro sentido, y con carácter excepcional, el reparto acordado en los distintos Estatutos, mediante la aprobación de tres tipos de leyes que pasan a integrar el bloque de la constitucionalidad. Este precepto encierra un importante significado: el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas no puede considerarse cerrado definitivamente, de una vez para siempre, cuando los Estatutos alcanzan el techo establecido en la Constitución. Se introduce así un elemento de flexibilidad, de apertura y dinamismo, en el modelo constitucional, que facilita su adaptación a las nuevas circunstancias¹.

En sus dos primeros apartados, el artículo 150 CE ofrece la posibilidad de ampliar las competencias asumidas en los Estatutos, mediante dos instrumentos que permiten el traspaso a las Comunidades Autónomas de competencias que el constituyente ha reservado en exclusiva al Estado, lo que no deja de resultar contradictorio o paradójico. Se deja la puerta abierta a un desarrollo del sistema en sentido centrífugo, de expansión de las competencias de las Comunidades Autónomas, a una vuelta de tuerca más en el proceso de descentralización, un proceso sin fin que puede reanudarse o reactivarse cuando se estime oportuno. Pero, eso sí, siempre como resultado de una decisión unilateral del Estado y bajo unas condiciones que aseguran la reversibilidad de esa decisión.

Lo cierto es que son dos vías apenas exploradas, lo que explicaría en parte la incertidumbre que rodea todo lo relativo a esta especie de escotilla o válvula de escape prevista por el constituyente. Todo se discute, no se ha alcanzado un consenso doctrinal sobre las notas que caracterizan ambas figuras.

a) La primera modalidad, poco utilizada hasta el momento, es la llamada ley marco prevista en el apartado 1.º de este precepto: «*las Cortes Generales*,

¹ Esta posibilidad de flexibilizar el modelo de distribución de competencias sin modificar la Constitución, mediante la transferencia a las Comunidades Autónomas de competencias propias del Estado (no se contempla la hipótesis inversa) no está prevista en otros ordenamientos. No desde luego en los Estados Unidos (la Federación no puede transferir competencias a los Estados), en Austria, en Bélgica (sólo cabe entre regiones y comunidades), o en Alemania (la Federación podrá delegar competencias a los Estados —el ejercicio de la potestad reglamentaria, por ejemplo— en los casos expresamente previstos en la Constitución). Sí cabe en Suiza, México (mediante los convenios previstos en la fracción VII del art. 116 de la Constitución federal), en Brasil (una ley puede autorizar a los Estados a legislar sobre materias cuya regulación corresponde a la Federación). En Italia no se puede alterar el reparto constitucional de competencias legislativas, pero sí cabe la delegación en las regiones de la potestad reglamentaria en materias reservadas a la legislación del Estado; al igual que en Canadá (sólo cabe la delegación administrativa). En Australia se admite la transferencia de facultades legislativas bajo ciertas condiciones, pero únicamente en la dirección contraria (de los Estados a la Commonwealth) y lo mismo sucede en la India (la Federación puede aprobar leyes sobre materias de competencia estatal en situaciones de emergencia o para proteger el interés nacional). ARGULLOL, E. y VELASCO, C.I. (dir.), *Instituciones y competencias en los Estados descentralizados*, Institut d'Estudis Autònoms, 2011, pp. 375-385.

en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a algunas de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar para sí mismas normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal»². La atribución se hace en este caso mediante ley ordinaria, es revocable y las Cortes se reservan además un control sobre esas normas (que se añade al que pudiera ejercer eventualmente el Tribunal Constitucional), cuyo alcance se fijará en cada caso por la propia ley. Algo parecido a una ley de bases (un supuesto de delegación legislativa). Ahora bien, como en el caso de las leyes del 150.2, hay competencias que no se pueden delegar por su propia naturaleza, porque forman parte del núcleo duro de poderes cuyo ejercicio es consustancial a la propia existencia del Estado. Tampoco cabe esta operación en materias reservadas a ley orgánica.

A diferencia de la legislación delegada, que se agota con el ejercicio de la misma por una sola vez, esta delegación permite un ejercicio continuado o

² Hasta la fecha, ninguna ley ha sido aprobada con esa denominación o etiqueta de ley marco, pero en diversas leyes de cesión de tributos a las Comunidades Autónomas (las leyes 25 a 36/1997 y 17 a 31/2002, aprobadas con la finalidad de poner en marcha dos reformas sucesivas del sistema de financiación autonómica que tuvieron como objetivo incrementar la corresponsabilidad fiscal), se invoca el artículo 150.1 como fundamento para la atribución a dichas Comunidades de capacidad normativa sobre esos impuestos cedidos (cuya titularidad sigue correspondiendo al Estado). Y ciertamente el contenido de estas leyes encaja bien dentro de esta categoría, porque se trata de una cesión revocable de potestades reguladoras que corresponden en principio al Estado (y que las Comunidades Autónomas han ejercido sobre todo para establecer deducciones). Cuestión distinta es si dicha cesión reúne las condiciones exigidas en el precepto constitucional: por un lado, la fijación de los principios, bases y directrices (del «alcance y condiciones» de la cesión) se hace mediante una remisión genérica a las Leyes 14/1996, de 20 de diciembre, de cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común, respectivamente, leyes que establecen el régimen general de dicha cesión, en el bien entendido de que la titularidad de las competencias normativas y de gestión sobre los tributos cuyo rendimiento se cede corresponde al Estado (art. 37.1 de la Ley 21/2001). Esta última norma ha sido derogada por la vigente Ley 22/2009, de 18 de diciembre, a cuyo amparo se aprobaron las Leyes 16 a 30/2010, de 16 de julio, que fijan el alcance y las condiciones de la cesión de tributos del Estado a las 15 Comunidades de régimen común. En el art. 2.2 de cada una de estas Leyes se apela expresamente al art. 150.1 CE: *De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150.1 de la Constitución..., se atribuye a la Comunidad Autónoma... la facultad de dictar para sí misma normas legislativas, en los casos y condiciones previstos en la Ley 22/2009...*. Por otro lado, las fórmulas de control parlamentario que se arbitran en todas estas leyes son claramente insuficientes (se establece un control político de carácter preventivo que consiste en la obligación de remitir a la Comisión General de Comunidad Autónoma del Senado los proyectos de normas elaborados en el ejercicio de las facultades normativas cedidas, antes de su aprobación definitiva). Véase MONTILLA, J.A., «Art. 150. Ley marco. Ley orgánica de transferencia y delegación. Ley de armonización», en *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, CASAS, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (dirs.), Fundación Wolters Kluwer, 2008, pp. 2515-16; y CARMONA, A., «Ley marco, en temas básicos de Derecho constitucional», en ARAGÓN, M. y AGUADO, C., *Organización general y territorial del Estado*, tomo II, Civitas/Thomson-Reuters, 2.ª ed., 2011, p. 434.

sucesivo de la potestad legislativa, sin un plazo definido, mientras no se revoque³. La norma autonómica ha de ajustarse a lo dispuesto en la ley estatal. Y la infracción de esos principios establecidos en la ley marco determinaría la nulidad de la ley autonómica. En todo caso, la titularidad de la competencia sigue correspondiendo al Estado y la puede recuperar en cualquier momento, mediante la derogación o modificación de la ley marco.

b) Otra posibilidad de ampliación del acervo competencial de las Comunidades Autónomas es la que se contempla en el apartado 2º: «*el Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación*». Se trataría, pues, de una decisión unilateral del Estado, revocable en cualquier momento por las propias Cortes. O más exactamente, por el legislador orgánico, porque es una norma que no está a disposición del legislador ordinario. La ley «*preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado*». A diferencia del anterior, este apartado sí ha tenido aplicación en varias ocasiones, aunque no siempre de forma correcta o canónica. Porque, como enseguida veremos, se ha utilizado como expediente o paso previo para la subsiguiente reforma de los Estatutos. Y no para superar o perforar el techo del 149, sino para acercarse a ese límite.

2. LAS LEYES ORGÁNICAS DE TRANSFERENCIA O DELEGACIÓN

2.1. Antecedentes

Puestos a buscar un precedente de esta figura, podemos remontarnos a la Constitución republicana de 1931, cuyo artículo 18 rezaba así: *Todas las materias que no estén explícitamente reconocidas en su Estatuto a la región autónoma, se reputarán propias de la competencia del Estado; pero éste podrá distribuir o transmitir las facultades por medio de una ley.*

Más interés tienen para nosotros las vicisitudes del proceso de elaboración del precepto en cuestión. El contenido del artículo 150.2 de la vigente Constitución se recogía, en términos no muy diferentes, en primer apartado del artículo 139 del Anteproyecto⁴: *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.* Lo más destacable de esta regulación es la especificación que se hace en relación con el objeto de la delegación:

³ En buena lógica, la atribución de la potestad legislativa lleva aparejada la cesión de la correspondiente potestad reglamentaria para desarrollar y concretar las previsiones legales. CARMONA, J.A., *op. cit.*, p. 433, y MONTILLA, J.A., *op. cit.*, p. 2514.

⁴ Publicado, junto a los votos particulares, en el BOC n.º 44, de 5 de enero de 1978.

sólo podrá autorizarse el traspaso de facultades de gestión o ejecución, con exclusión por tanto de las legislativas.

Aunque también se presentó alguna enmienda dirigida a suprimir este apartado del precepto⁵, lo cierto es que la influencia de los grupos nacionalistas, que veían con buenos ojos una cláusula que abría la puerta a una redistribución de competencias, más allá incluso del límite establecido en el artículo 149.1, e incluso a la «restauración foral», se hizo notar en el texto aprobado finalmente, que modificó en este aspecto la redacción inicial, menos ambiciosa. En efecto, en el informe de la ponencia designada para el estudio de las enmiendas presentadas al Anteproyecto se eliminó la alusión al carácter administrativo de las funciones que el Estado puede delegar⁶. Y en el dictamen de la Comisión Constitucional del Senado se recoge ya la redacción que acabaría siendo definitiva⁷.

2.2. Las facultades transferibles o delegables

A tenor de lo dispuesto en el artículo 150.2, pueden ser objeto de delegación o transferencia las «*facultades correspondientes a materia de titularidad estatal*». Es posible, por tanto, la cesión de algunas o de todas las facultades sobre cualquier materia de titularidad estatal a una o varias Comunidades Autónomas, siempre que sean facultades que ostente el Estado con carácter exclusivo (art. 149.1 CE) o en virtud de la cláusula residual (art. 149.3 CE), esto es, facultades no asumidas aún por la Comunidad Autónoma por vía estatutaria. Para algunos autores no cabe delegar o transferir una materia en bloque, ínte-

⁵ La n.º 35, suscrita por Licinio de la Fuente (AP) proponía la supresión del punto 1.º del artículo 139 al entender que dejaba prácticamente sin efecto lo dispuesto en los artículos anteriores. En su intervención en el Pleno del Congreso en defensa de la enmienda (BOC, Congreso, n.º 115, 20 de julio de 1978, p. 4510 y ss), este diputado señaló que no tenía sentido cuando se acababa de aprobar la relación de las competencias exclusivas del Estado decir a renglón seguido y sin limitación alguna que esas funciones pueden delegarse en las Comunidades Autónomas. La reserva constitucional queda entonces sin fuerza, ya que podría ser anulada por una determinada mayoría electoral, dejando al Estado sin armazón. Incluir esta disposición es «mantener vivo un permanente estado de reivindicación... (...). No satisfacer esas reivindicaciones, después de estimularlas, conduciría a un estado de frustración. Satisfacerlas para todas las Comunidades conduciría a un desarme, a una desvertebración del Estado.». Y al contrario, «delegar en unas Comunidades sí y en otras no, conduciría a una profunda desigualdad entre los españoles» y generaría agravios comparativos.

⁶ Artículo 143: «*El Estado podrá delegar en las Comunidades autónomas, mediante ley orgánica y previa solicitud de las mismas, la ejecución de funciones de titularidad estatal*». La modificación no fue consecuencia de la expresa aceptación de una enmienda concreta, aunque pudo influir la presentada *in voce* en la sesión de la Comisión Constitucional del Congreso celebrada el 20 de junio por el diputado del PNV Arzallus, en cuya virtud el Estado podía transferir o delegar *materias de su competencia*. En el informe de la ponencia tampoco se ofrece una explicación de la decisión adoptada.

⁷ BOC n.º 157, 6 de octubre de 1978, p. 3443.

gramente. Otros, en cambio, creen que sí es posible porque el límite no está en la cantidad de facultades sino en la naturaleza de las mismas.

Y esa es precisamente una de las cuestiones más discutidas. En un primer momento, prevaleció en la doctrina la tesis de que el constituyente, que ya había previsto la atribución a las Comunidades Autónomas de facultades legislativas en el apartado anterior (no tendría sentido la duplicación), se refería únicamente a la transferencia de facultades ejecutivas, una interpretación avalada por la mención en el inciso final a la transferencia de medios financieros. Pero esta lectura no resultaba convincente. En primer lugar, porque el precepto no excluye la posibilidad de transferir facultades normativas. En segundo lugar, porque la delegación de facultades ejecutivas sería acordada por un órgano que no es el titular de las facultades cedidas. En tercer lugar, porque no parece lógico que para la delegación de facultades ejecutivas se prevea un procedimiento más agravado (ley orgánica) que para la cesión de facultades legislativas (ley ordinaria). Y en cuarto lugar, porque en rigor no puede hablarse de duplicación entre los dos primeros apartados del artículo 150: en el 150.1 el trasvase de facultades no se concibe como un instrumento de redistribución de competencias sino como una técnica de colaboración normativa entre dos órganos, del mismo género que la delegación legislativa del artículo 82 CE, con la peculiaridad de que el órgano receptor (el Parlamento autonómico) se integra en una organización distinta.

Y, efectivamente, la interpretación más restrictiva fue desmentida muy pronto por la propia aplicación del precepto, concretamente con la aprobación de las Leyes Orgánicas 11 y 12/1982, de 10 de agosto (LOTRACA y LOTRAVA), al mismo tiempo que se aprobaban los respectivos Estatutos por la vía del artículo 143 CE. Estas leyes transferían competencias legislativas a Canarias y Valencia, sometidas, eso sí, a condiciones y controles particulares. Con este precedente, a nadie puede sorprender que de siete leyes aprobadas hasta la fecha al amparo del artículo 150.2, cinco hayan transferido facultades legislativas⁸.

2.3. El binomio transferencia/delegación

El artículo 150.2 CE hace expresa referencia a ambos términos, pero no aclara cuál es la diferencia, si la hay, entre estos dos modos o técnicas de traslación de competencias. Se ha discutido ampliamente sobre el alcance y significado de estos dos términos en este contexto. Y sobre la libertad que tiene el le-

⁸ No obstante, en su Informe sobre modificaciones de la Constitución (2006) y más concretamente en el apartado relativo a la posible reforma del art. 150.2, el Consejo de Estado sugiere, para evitar las graves disfunciones derivadas de una utilización abusiva o masiva de este instrumento, potencialmente perturbador, circunscribir expresamente la posible transferencia o delegación a las facultades de gestión o ejecutivas. Pero es consciente de la inviabilidad política de una opción como esa (sería interpretada como un paso atrás, como una bofetada).

gislador para escoger una u otra modalidad. Un sector de la doctrina puso en circulación la tesis de que son nociones o categorías distintas, con un régimen jurídico también diferente, entendiendo por transferencia una atribución de la titularidad y ejercicio de la competencia a otro órgano o ente y por delegación, la cesión del ejercicio (no de la titularidad), limitada a facultades ejecutivas y con controles más amplios. Para otros, la transferencia encierra una operación de descentralización, entendida como competencia para decidir asuntos sin sujeción a la tutela o control de otro sujeto superior, mientras que la delegación es una modalidad de desconcentración: el órgano en quien se delega tiene competencia para resolver definitivamente en su propio nombre, pero bajo la supervisión y tutela del órgano delegante.

Pero un sector no menos cualificado de la doctrina⁹ discrepa de este enfoque y considera que tanto en un caso como en otro lo que se traslada es sólo el ejercicio de la competencia, no la titularidad. Buena prueba de ello sería la facultad que se reserva el Estado para revocarla en cualquier momento. Aunque Montilla no aprecia la existencia de diferencias cualitativas, sí admite diferencias de grado, de matiz: la tutela tiende a ser más intensa (de oportunidad incluso) en las leyes de delegación, aptas únicamente para ceder facultades ejecutivas¹⁰. Y ciertamente es ésta la pauta observada, en términos generales, en las leyes que se han aprobado hasta hoy. En todo caso, la delegación a que se refiere el artículo 150.2 CE no es equiparable a la homónima figura administrativa, porque la delegación no se acuerda por el órgano titular de las facultades ejecutivas y la relación entre cesionario y beneficiario de la cesión no es, como en el ámbito administrativo, de subordinación o jerarquía.

Aunque en la práctica es posible que se haya reservado el término *transferencia* para las cesiones de mayor relieve y menos condicionadas, no hay razones de peso para afirmar que existen materias que sólo pueden delegarse (las del artículo 149.1) y otras susceptibles de delegación o transferencia (las del 149.3)¹¹. En ambos casos, la Constitución permite que el Estado se reserve fórmulas de control sobre el ejercicio y en ambos supuestos también es posible la modificación y revocación de la cesión. La Constitución autoriza al legislador orgánico para calificar cada operación de traspaso competencial de una u otra manera. Serán las circunstancias concretas de cada caso, como la materia sobre la que verse el traspaso, el alcance de las facultades que se quieran tras-

⁹ MONTILLA, J.A., *Las leyes orgánicas de transferencia y delegación*, Tecnos, 1998, pp. 189-193, y 323, sería su principal exponente.

¹⁰ *Op. et loc. cit.*

¹¹ Tesis defendida en su día por AJA, E. y TORNOS, J., «La ley orgánica de transferencia o delegación del artículo 150.2 de la CE», en *Documentación Administrativa*, n.ºs 232-233, 1992, p. 191. En contra, VIVER PI SUNYER, C., «Transferencia y delegación de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas», en *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, dirigido por ARAGÓN, M. y AGUADO, C., *Organización general y territorial del Estado*, tomo II, Civitas/Thomson-Reuters, 2.ª ed., 2011, p. 437.

pasar y los controles que el Estado se reserve, las que harán que el legislador se incline por una u otra calificación¹².

2.4. Límites

La Constitución impone un límite al legislador orgánico: sólo puede ceder facultades *que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación*, lo que parece excluir el traspaso de las relacionadas con aquellas materias (defensa o política exterior, entre otras) en las que, como ha dicho el Tribunal Constitucional, las Comunidades Autónomas no pueden tener una política propia.

El debate sobre las materias o facultades intransferibles se remonta al proceso constituyente. Desde entonces son dos las propuestas interpretativas que han circulado:

- a) el traslado de competencias sólo cabe en materias que corresponden al Estado en virtud de la cláusula residual del artículo 149.3 CE¹³.
- b) la traslación no encuentra límites materiales en la lista del 149.1, que, por cierto, ya abre en muchos casos la posibilidad de participación de las Comunidades Autónomas (mediante legislación de desarrollo o competencias de ejecución), sino en el núcleo duro e irreductible de la soberanía. En el curso del debate constituyente, se abandonó la idea de un listado de materias intransferibles y se incluyó (enmienda *in voce* de Pérez Llorca) la referencia a la «naturaleza» de las facultades, un límite que operaría solamente en relación con las materias reservadas al Estado en el art. 149.1 CE, no respecto de las que ostenta en aplicación del 149.3 CE.

Son mayoría los autores que sostienen que no existen materias intransferibles o indelegables¹⁴. Si bien se mira, lo relevante no es la materia, sino el

¹² En el Informe antes citado y con el fin de simplificar el texto vigente, que crea no poca confusión al referirse a la transferencia y la delegación como opciones alternativas, el Consejo de Estado se mostró partidario de prescindir de ese binomio y emplear únicamente el término «transferencia», o el de «delegación», o tal vez el de «cesión». Siendo mayoritaria la opinión de que no existen diferencias cualitativas que justifiquen tal disyuntiva, no tiene mucho sentido mantener una dualidad cuyo incierto significado no se alcanza a comprender. Sí lo tendría, en cambio, aclarar, para disipar cualquier duda al respecto, que lo que se cede por este procedimiento es únicamente el ejercicio.

¹³ Esa es la postura defendida por RUIZ RICO, G., *Los límites constitucionales del Estado autonómico*, CEPC, 2001, pp. 211-212. Para este autor, es preciso respetar la división constitucional de atribuciones entre Estado y Comunidades Autónomas: «no sería lógico entregar al poder constituido (legislador orgánico unilateral) la facultad discrecional de subvertir el modelo autonómico en su vertiente competencial». El artículo 149.1 CE sería un límite infranqueable. El Estado no puede abdicar de sus responsabilidades.

¹⁴ Véase, por todos, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. y VELASCO, F., «Límites a la transferencia o delegación del artículo 150-2.º CE», en REDC, n.º 55, 1999, p. 110.

grado de poder que se traslada, el tipo de facultades y los controles que se prevén. Así, en materia de defensa, no es lo mismo la dirección de las Fuerzas Armadas que el tallado de mozos previo al cumplimiento del extinto servicio militar, una tarea de gestión que podría transferirse perfectamente. Son pocas las materias tan directamente ligadas a la soberanía estatal que no permitan una cesión de determinadas facultades al menos en el plano de la mera ejecución. Si, por el contrario, fijamos un límite material estricto para la transferencia de facultades, condenamos a la inoperancia o esterilidad a esta técnica de ampliación de competencias.

El límite establecido en el artículo 150.2, que no deja de ser un tanto tautológico (la propia aptitud para la cesión), no puede interpretarse como un límite político, como una simple remisión al juicio político, de pura conveniencia u oportunidad, del legislador. Se refiere más bien a competencias inherentes al ejercicio de la soberanía y a la preservación de la unidad y la cohesión del Estado, en la medida necesaria para que éste pueda cumplir cabalmente las funciones que tiene encomendadas. Una noción que admite diversas interpretaciones. En todo caso, esta cláusula, que ha de interpretarse siempre en el contexto de las demás previsiones constitucionales (interpretación sistemática), no puede servir de cobertura a un vaciamiento competencial de los órganos centrales del Estado.

¿Cuáles son los criterios que cabe aplicar a la hora de apreciar si las facultades cedidas son o no susceptibles de transferencia o delegación?. A diferencia de las competencias asumidas en los Estatutos, que encuentran un límite claro en la lista del artículo 149.1, aquí el canon de validez es más general e impreciso. Parámetros razonables que pueden servir de referencia a la hora de emitir ese juicio son el modelo de Estado diseñado en nuestra Constitución, que debe respetarse, y la propia subsistencia o continuidad del Estado. Del modelo constitucional de organización territorial del poder G. Ruiz-Rico¹⁵ ha extraído tres límites generales:

- a) El principio de unidad estatal, compatible con una profunda descentralización política. No se invoca aquí la unidad o soberanía nacional, como soporte de un poder constituyente indivisible, porque ese no es un límite, sino el presupuesto (dato político previo) para la existencia del Estado, sino la unidad de acción y dirección del Estado. Lo que se quiere poner de relieve con este principio es que el Estado tiene que concebirse como organización principal (y no residual) del poder, de manera que sus poderes o competencias no pueden trasladarse ilimitadamente a las Comunidades Autónomas. Si las instancias centrales del Estado renunciasen al ejercicio de competencias esenciales para el cumplimiento de sus obligaciones, el modelo constitucional quedaría desvirtuado,

¹⁵ RUIZ RICO, G., *Los límites constitucionales...*, op. cit., pp. 221 y ss.

con grave riesgo para la propia supervivencia del Estado. La determinación de las facultades cuya cesión es compatible con el principio de unidad de acción y dirección del Estado sólo puede hacerse caso por caso. Pero con esa reserva podrían apuntarse algunos límites concretos, como el carácter intransferible de las facultades de control del Estado (artículos 153 y 155 CE) sobre el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias. O la competencia que en numerosos apartados del artículo 149.1 se le atribuye al Estado para dictar las bases o la legislación básica, una competencia para definir el denominador común normativo que, en buena lógica, no puede ser cedida a una Comunidad Autónoma.

- b) El principio de igualdad, como elemento inherente también al orden constitucional, tanto en su dimensión de igualdad entre territorios, como en el de igualdad entre ciudadanos¹⁶.
- c) El principio de unidad económica, que implica la existencia de un único orden o espacio económico. Tal y como está enunciado en el artículo 139.2 CE, se plasma en la garantía de la libertad de circulación de personas y bienes en todo el territorio nacional y en la competencia estatal de dirección global de la economía (149.1.13: *bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*). No sería lícita, en términos constitucionales, una cesión de facultades estatales que pusiera en peligro esa unidad de mercado.

En este punto, hay que consignar un reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional que trasluce una visión bastante restrictiva del radio de acción de

¹⁶ La primera encuentra acogida en los artículos 2 y 138.1 CE y debe entenderse no como mandato de uniformidad, sino como límite a la diversidad, con el fin de amortiguar las disparidades y garantizar a todas un nivel mínimo. La igualdad formal de los españoles está garantizada en su específica proyección territorial por el artículo 139.1 CE. En principio, todos disfrutamos de los mismos derechos (al menos de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución) y tenemos las mismas obligaciones en cualquier parte del territorio nacional. Del mismo modo que las diferencias entre los Estatutos de las diferentes Comunidades Autónomas no pueden implicar en ningún caso privilegios económicos o sociales (art. 138.2 CE), las leyes orgánicas del artículo 150.2 tampoco pueden causar discriminaciones entre los españoles. El hecho de transferir o delegar facultades a una Comunidad Autónoma y no a otras no es en sí mismo discriminatorio (las diferencias pueden fundarse en motivos razonables). Otra cosa es la cesión de facultades que el Estado necesita para garantizar ese *minimum* o sustrato básico de igualdad en el disfrute de los derechos. Así, la transferencia de la potestad legislativa estatal para regular el ejercicio de un derecho fundamental en su integridad supondría la pérdida de la capacidad para asegurar la igualdad sustancial en el disfrute del derecho. No está de más recordar que la facultad de las Comunidades Autónomas para regular el ejercicio de los derechos constitucionales en relación con materias de su competencia, tiene su límite en otro título competencial del Estado, el derivado del artículo 149.1.1 CE: le corresponde «*la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*».

este instrumento. Me refiero a la Sentencia 32/2011, de 17 de marzo, que estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Extremadura contra el art. 75.1 del Estatuto de Castilla y León, reformado en 2007. El Pleno no se limita a declarar la nulidad del precepto impugnado por infringir el art. 149.1.22 CE, sino que va más allá y rechaza la posibilidad de una futura asunción de las competencias sobre las aguas de la cuenca del Duero mediante la transferencia de las mismas por una ley orgánica de las previstas en el art. 150.2¹⁷.

2.5. Controles

Es este un aspecto crucial. Lejos de constituir un cheque en blanco, la cesión prevista en el artículo 150.2 está sujeta a ciertas condiciones. A diferencia de lo que sucede con las competencias asumidas estatutariamente por las Comunidades Autónomas, cuyo ejercicio no está sometido a un poder general de corrección por parte del Estado (salvo el mecanismo excepcional del artículo 155 y los controles jurídicos previstos en el 153), en el caso de las facultades cedidas por la vía del artículo 150.2, los poderes de supervisión del Estado se intensifican. Como mínimo, el Estado se reserva la facultad de revocación de la transferencia o delegación mediante ley orgánica (siguiendo el mismo procedimiento previsto en el art. 81.2 CE, sin ningún requisito adicional)¹⁸. En líneas

¹⁷ El Abogado del Estado consideraba que las competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos sobre ciertas aguas de la cuenca del Duero podrían adquirirse en un futuro por la vía del art. 150.2 CE. Pero la Sentencia rechaza en su FJ 9º esa alegación. Aunque reconoce que «no es el momento de entrar a considerar el alcance del art. 150.2 CE en términos generales», advierte que «para ser coherentes con la apreciada inconstitucionalidad que acabamos de razonar, hemos de concluir en la imposibilidad de que la referida Comunidad Autónoma pudiera asumir, por cualquier vía (incluida la de dicho precepto constitucional) las competencias anteriormente mencionadas con el alcance y en los términos previstos en el art. 75.1 EACYL». Es verdad que el Abogado del Estado le da pie, pero dudo de que fuese necesario entrar al trapo y zanjar de ese modo la cuestión. Pero la postura del Tribunal cobra más sentido a la vista de lo dispuesto en el R. Decreto-Ley 12/2011, de 26 de agosto, que añade una Disposición Adicional 14 a la Ley de Aguas (texto refundido de 2001) por la que en las cuencas hidrográficas intercomunitarias «se confiere a las Comunidades Autónomas que tengan prevista en su Estatutos de Autonomía la competencia ejecutiva sobre facultades de policía de dominio público hidráulico el ejercicio en su ámbito territorial de las funciones señaladas en el art. 94.2 de esa Ley, así como la tramitación de los procedimientos a que den lugar dichas actuaciones hasta la propuesta de resolución». ¿No sería una ley orgánica de transferencia el vehículo más apropiado para esa cesión?. Montilla ya denunció en su momento la aprobación como ley ordinaria y no como ley orgánica de delegación, que era lo que procedía, de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que cedió a las Comunidades Autónomas determinadas facultades de gestión en relación con los puertos de interés general, materia reservada al Estado por el artículo 149.1.20 CE (*op. cit.*, p. 335).

¹⁸ No cabe la revocación o derogación tácita por una ley posterior que contradiga lo dispuesto en ella. MONTILLA, J.A., *Art. 150...*, *op. cit.*, 2508.

generales, habría que considerar lícitas todas aquellas formas de control dirigidas a garantizar que la voluntad del Estado sea respetada por el órgano autonómico que ejerce las facultades cedidas y las autoridades centrales tengan la posibilidad de reaccionar con la debida contundencia cuando se produzcan desviaciones o abusos. Pero ese control no puede llegar al extremo de someter al órgano de la Comunidad Autónoma que ejerce las facultades delegadas a un régimen de tutela, como si fuese un órgano jerárquicamente subordinado (STC 118/1996).

La Constitución no desglosa los distintos tipos de control que pueden establecerse. Sólo encontramos la referencia que el artículo 153.b) hace al control del Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, sobre la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas cuando se trate del ejercicio de facultades delegadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 150.2 CE. Pero no se precisa en qué consiste.

Son las propias leyes dictadas al amparo de ese precepto las que establecen, en cada caso, las formas de control que se reserva el Estado. Y es lógico que sea así, porque la pertinencia o no de los dispositivos de control o tutela no puede valorarse en abstracto. Dependerá de la materia y sobre todo del tipo de facultades que se ceden. La experiencia de estos años nos indica que el control es más intenso en las leyes de delegación, pudiéndose extender incluso a cuestiones de oportunidad.

El control no tiene por qué limitarse a una fiscalización *ex post* de la actividad de la Comunidad Autónoma. Puede comprender también la fijación de directrices o criterios de actuación y la verificación del cumplimiento de esas instrucciones. Para hacer efectiva esa supervisión el Estado se sirve de dos instrumentos: el deber de los órganos de las Comunidades Autónomas de facilitar información sobre el ejercicio de las competencias cedidas y el poder de inspección por parte de la Administración del Estado, que realiza un seguimiento constante de dicho ejercicio. Cuando se observa un incumplimiento por parte de una Comunidad Autónoma, se activan las técnicas o facultades de corrección, que pueden conducir en último término a la suspensión o revocación de la propia cesión.

El control suele vincularse también al mantenimiento de un determinado nivel de eficacia de los servicios que se transfieren o delegan: así, en las leyes de transferencias de 1992 y 1995 (y en proposiciones de ley presentadas en sucesivas legislaturas), se exigía expresamente que ese nivel fuese, como mínimo, el que tenían los servicios en el momento de transferencia.

En la práctica, ¿cuáles han sido los controles que el legislador ha establecido? Las leyes de transferencia han previsto un control por parte del Estado consistente en la facultad de requerir formalmente al Gobierno de la Comunidad Autónoma si incumple sus obligaciones en el ejercicio de competencias transferidas (por ejemplo, la obligación de informar sobre su gestión). Y en el caso de que persista el incumplimiento, el Gobierno central podrá suspender a partir de los tres meses la transferencia de las facultades y servicios, dando

cuenta de ello a las Cortes Generales, que se pronunciarán definitivamente sobre la decisión del Gobierno¹⁹.

Algo más compleja es la cuestión del control en la ley de delegación aprobada en 1987: no sólo se condicionaba la cesión a la garantía de determinados estándares de eficacia sino también a la observancia de las reglas de coordinación que pudiera imponer el Ministerio de Transportes (artículo 16.2). En esta ley se establecieron dos tipos de controles. En primer lugar, la posibilidad de revocación a los dos meses del obligado requerimiento previo (con dictamen del Consejo de Estado), y en segundo lugar, la suspensión de acuerdos y actos concretos de las Comunidades Autónomas por parte del Ministerio de Transportes (artículo 20), suspensión que sólo podía levantar la jurisdicción contencioso-administrativa tras la interposición del oportuno recurso por la Comunidad Autónoma afectada. Llama la atención que la facultad de la Administración central no consista en la impugnación ante los órganos jurisdiccionales de la actuación presuntamente ilegal de la Administración autonómica, sino directamente en la suspensión, acordada además por un ministro, no por el Gobierno en pleno. La STC 118/1996, FJ 6, declaró la inconstitucionalidad de ese precepto, por ser contrario a lo dispuesto en el artículo 153.b) CE, que prevé únicamente el control por el Gobierno de la Nación del ejercicio de las funciones delegadas. En este caso, la suspensión prevista en el precepto impugnado está reservada al Gobierno, como órgano colegiado (y previo dictamen del Consejo de Estado), y no podía confiarse al Ministro de Transportes²⁰.

¹⁹ En las Leyes Orgánicas 11 y 12/1982 se emplea la siguiente fórmula, que en lo esencial se reproducirá en leyes sucesivas: «Sin perjuicio de la competencia de los tribunales, así como de las específicas modalidades de control que sobre las facultades legislativas puedan establecer las leyes estatales a que se refiere el artículo 150 de la Constitución, la CA ajustará el ejercicio de las facultades transferidas a los siguientes principios y controles: a) la CA está obligada a facilitar a la Administración del Estado la información que ésta solicite sobre la gestión del servicio; b) las facultades y servicios transferidos han de mantener, como mínimo, el nivel de eficacia que tenía antes de la transferencia; no podrá ser causa de desequilibrios financieros de la Comunidad o de destrucción grave de los recursos naturales y económicos, así como tampoco podrán introducir desigualdad entre los individuos o grupos, ni ir contra la solidaridad individual o colectiva de los españoles; y c) en caso de incumplimiento de los requisitos anteriores, el Estado advertirá formalmente de ello a la Comunidad, y si ésta mantiene su actitud, el Gobierno podrá suspender a partir de los tres meses las facultades y servicios, dando cuenta de ello a las Cortes Generales, quienes resolverán sobre la procedencia de la decisión del Gobierno, levantando la suspensión o acordando la revocación del ejercicio de la facultad transferida». En todo caso, las facultades de control se extinguen cuando las competencias cedidas son asumidas como propias por la Comunidad Autónoma mediante la correspondiente reforma de su Estatuto.

²⁰ En su momento, las previsiones de la LO 5/1987 relativas al control fueron objeto de una severa crítica por parte de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La revisión del sistema de autonomías territoriales: reforma de los Estatutos, leyes de transferencias y delegación, federalismo*, Civitas, 1988, p. 72: aun en el supuesto de que hubieran sido conferidas al Gobierno, se trataba de una técnica de tutela que ya había desaparecido entonces del ámbito del régimen local, precisamente por su incompatibilidad con la garantía constitucional de autonomía local.

Conviene insistir en que la revocabilidad unilateral es uno de los rasgos esenciales de estas leyes. Mientras que las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas por los Estatutos no son disponibles unilateralmente por el Estado, porque la reforma del Estatuto no depende únicamente de la voluntad del Estado, la atribución de facultades mediante estas leyes no se puede calificar de plena o definitiva: puede revocarse unilateralmente mediante otra ley orgánica (otra cosa es que políticamente sea improbable esa reversión). Precisamente por eso no pueden incorporarse al texto estatutario como competencias propias de las Comunidades Autónomas²¹.

Es más, la eventual revocación es una decisión que las Cortes Generales pueden tomar con plena libertad. El legislador del presente no está vinculado por el legislador precedente. No podemos compartir, por tanto, la tesis sostenida por García de Enterría²², que admite la existencia de un límite que podría llegar a invalidar esa operación: la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE). En su opinión, la revocación *ad nutum* de la transferencia o delegación, sin una causa objetiva y razonable, sería una actuación arbitraria.

3. RENDIMIENTO REAL DEL INSTRUMENTO CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 150.2

Como ya señalamos al principio, la senda abierta por este precepto apenas ha sido transitada. Si tomamos en consideración las expectativas generadas en su momento, esta infrutilización resulta llamativa. Y no sólo eso: cuando se ha acudido a este expediente, no ha sido siempre con la finalidad prevista por el constituyente. Un breve repaso cronológico nos permitirá conocer con más precisión lo que ha dado de sí hasta ahora esta previsión constitucional.

En el año 1982 se promulgaron dos leyes de este tipo con el propósito declarado de completar el limitado elenco de competencias que entonces podían asumirse válidamente mediante los Estatutos de Autonomía de Canarias y Valen-

²¹ Sobre la relación entre las leyes orgánicas del art. 150.2 CE y los Estatutos de Autonomía, tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en su Sentencia 56/1990, de 23 de marzo. En contra de la tesis defendida en su recurso por la Junta de Galicia, el Tribunal sostuvo con meridiana claridad 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». 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». Por otra parte, «este último precepto implica una decisión formalmente unilateral por parte del Estado, susceptible de renuncia y de introducción de instrumentos de control; el Estatuto, en cambio, supone una doble voluntad».

²² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La revisión del sistema...*, op. cit., pp. 74-78.

cia, aprobados en esas mismas fechas²³ con arreglo al procedimiento regulado en el artículo 143 CE. Mediante la LO 11/1982 de transferencias complementarias para Canarias y la LO 12/1982, de transferencia a la Comunidad Valenciana de competencias en materia de titularidad estatal, fechadas ambas el 10 de agosto, se consiguió (de forma discutible en términos jurídico-constitucionales²⁴) salvar el límite impuesto por el artículo 148 CE, sin esperar al transcurso de los cinco años de preceptivo «rodaje».

Ambas leyes fueron derogadas con ocasión de la aprobación de las respectivas reformas estatutarias en 1994 y 1996. En todo caso, lo que interesa retener de este episodio es que hasta el momento de la reforma del Estatuto y la consiguiente asunción de su plena titularidad, las competencias transferidas correspondieron a la Comunidad Autónoma en virtud de la correspondiente ley orgánica dictada al amparo del artículo 150.2 CE, y no en virtud del Estatuto. Las competencias son las mismas, pero ahora su ejercicio se sustenta en otro título y se someten por tanto a otro régimen.

Diez años más tarde, se escogió de nuevo esta vía para ampliar las competencias de las Comunidades Autónomas de régimen común, una vez transcurrido con creces el plazo de cinco años desde la fecha de aprobación de los correspondientes Estatutos establecido en el artículo 148.3 CE. Como la propia Exposición de Motivos pone de relieve, la LO 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, tiene su origen en los Pactos Autonómicos suscritos en febrero de 1992 por los principales partidos, con la finalidad de satisfacer, por un lado, las aspiraciones de mayor autogobierno expresadas por dichas Comunidades y evitar, por

²³ En realidad, los proyectos respectivos comenzaron a tramitarse en un principio (1980) con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 151 CE. Tanto en Canarias como en Valencia se habían cumplido holgadamente las exigencias impuestas por dicho precepto. Es en julio de 1981 cuando los dos grandes partidos firman los Pactos Autonómicos y acuerdan que todos los Estatutos pendientes se aprobasen por la vía del artículo 143 CE. Ante las dificultades de orden político que planteaba la aplicación de este criterio a Canarias y Valencia, se hizo una excepción, que se materializó mediante una extraña fórmula: para no frustrar las expectativas creadas se mantiene el nivel de competencias, equiparable al fijado en los Estatutos vasco y catalán, pero se supedita la cesión efectiva de las competencias que exceden el límite provisional del art. 148 a la aprobación de la correspondiente ley del 150.2. La redacción del art. 1.1 de la LOTRAVA no deja lugar a dudas: *«Por la presente Ley el Estado, de acuerdo con el artículo 150.2 de la Constitución, transfiere a la Comunidad Autónoma Valenciana todas aquellas competencias correspondientes a materias de titularidad estatal comprendidas en el Estatuto de la Comunidad Valenciana que excedan de las competencias configuradas en el artículo 148 de la Constitución»*.

²⁴ No obstante, la constitucionalidad de esta fórmula ha sido avalada de modo implícito por el propio Tribunal Constitucional. Véase, respecto de la LOTRACA, la STC 17/1990, de 7 de febrero, dictada en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley canaria de Aguas (10/1987), en respuesta a una de las alegaciones de los recurrentes, que cuestionaban la validez constitucional de la citada ley orgánica por la abusiva utilización del instrumento previsto en el art. 150.2 CE.

otro, la perturbadora heterogeneidad de regímenes autonómicos, un escenario perfectamente posible bajo una Constitución que deja a la libre iniciativa de las Comunidades Autónomas la revisión del reparto competencial. Para ordenar y racionalizar el proceso y evitar disfunciones en el funcionamiento del Estado, derivadas de la proliferación y dispersión de los títulos competenciales, que podrían aparecer enunciados en cada Estatuto con una dicción o formulación diferente, las Cortes Generales aprobaron la transferencia de un conjunto homogéneo de competencias, que colocaban a estas Comunidades a la misma altura que las que siguieron el procedimiento de acceso previsto en el artículo 151 CE²⁵.

Este expediente técnico se combina con una reforma sucesiva de los propios Estatutos (11 Comunidades en marzo de 1994 y Canarias en 1996) para consolidar y hacer irreversible la cesión. No es difícil convenir en que el empleo de esta figura es algo forzado, porque las Cortes se adelantan de forma unilateral a la decisión de las Comunidades Autónomas de asumir estatutariamente esas competencias (con la consiguiente quiebra del principio dispositivo). Las facultades transferidas dejan de estar a disposición de los poderes centrales del Estado, quedando sin efecto las modalidades de control previstas en la correspondiente ley. Lo cierto es que si todos los Estatutos aprobados en el momento fundacional estaban cortados por el mismo patrón, tanto en su estructura como en su contenido, lo mismo cabe decir de los textos que resultan de las reformas introducidas sucesivamente.

En todos estos casos, no se utiliza la vía del 150.2 para ceder a las Comunidades Autónomas competencias intrínsecamente estatales (del 149.1 CE), sino para transferir competencias que dichas Comunidades podían asumir perfectamente, pero que el Estado retenía aún en virtud de la cláusula residual del artículo 149.3 CE. Esta posibilidad ya estaba contemplada en los propios Estatutos como vía para la futura asunción («diferida») de competencias²⁶.

En esta breve recapitulación histórica, las dos secuencias que siguen tienen un denominador común: es la CA de Galicia la única destinataria de la transferencia. Las Cortes aprobaron, en primer lugar, la LO 16/1995, de 27 de diciembre, de transferencia de competencias a la CA de Galicia, en diversas materias no incluidas en 1981 en el texto inicial del Estatuto. Se trata de títulos competenciales ya transferidos a las Comunidades de régimen co-

²⁵ De las competencias cedidas, unas lo son con carácter exclusivo, mientras que otras son facultades de desarrollo legislativo y ejecución. Mención aparte merece la transferencia de competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia educativa, en todos los niveles de enseñanza.

²⁶ En efecto, en muchos Estatutos se incluyó una cláusula en virtud de la cual se atribuyen también a la Comunidad Autónoma, de modo genérico, todas aquellas competencias que le fuesen transferidas por el Estado mediante Ley Orgánica. En otros muchos se reconoce además la posibilidad que la Comunidad tiene de solicitar del Estado dichas transferencias, de acuerdo con el art. 150.2 CE.

mún por la LO 9/1992 y definitivamente asumidos tras la posterior reforma de sus Estatutos²⁷. Nos movemos en todo caso dentro de los límites marcados por el art. 149.1 CE (no son competencias exclusivas del Estado). Para evitar que esta Comunidad volviera a quedar descolgada, se aprobaría después la LO 6/1999, de 6 de abril, de transferencia de competencias a Galicia. Esta vez son competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de ordenación del crédito, banca y seguros, otro título competencial asumido ya por las demás Comunidades Autónomas (facultades de ejecución) o sólo por las Comunidades «históricas» (desarrollo legislativo). Como en la ley anterior, el objetivo que se persigue es la equiparación en el plano competencial, corrigiendo el desfase que se había producido por la ausencia de ese título competencial en el Estatuto gallego y el juego de la cláusula residual del art. 149.3 CE.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 150.2 CE se dictó también la LO 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de ordenación del comercio minorista. Mediante esta ley se transfirió a la CA de las Islas Baleares la competencia de ejecución de la legislación estatal en materia de comercio interior, no asumida aún, a diferencia de otras Comunidades, en el correspondiente Estatuto. Esta iniciativa, con la que se trata de subsanar otro error u olvido involuntario, venía motivada por la necesidad de asegurar la homogeneidad de títulos competenciales en relación con los horarios comerciales.

Una finalidad bien distinta (no precisamente equiparadora) tuvo la LO 6/1997, de 15 de diciembre, de transferencia de competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos de motor a la Comunidad Autónoma de Cataluña, fruto de una Proposición de Ley presentada conjuntamente por los Grupos parlamentarios Popular y Catalán (CIU). Tras su aprobación, la Administración catalana pasó a ejercer importantes facultades de ejecución de la legislación del Estado en materia de expedición, revisión, revocación o suspensión de permisos y licencias para conducir vehículos a motor, incluyendo la verificación de las pruebas reglamentarias para su obtención; matriculación y expedición de permisos de circulación. La Ley contenía también una Disposición Transitoria en virtud de la cual las unidades de tráfico de los Mossos d'Esquadra asumirían gradualmente el ejercicio de funciones de vigilancia de tráfico en las vías interurbanas, completándose el despliegue en el territorio de la Comunidad Autónoma en el año 2000.

Prescindiendo ahora de cualquier valoración sobre la coyuntura política en la que se aprueba (en la legislatura iniciada tras las elecciones de 1996, con mayoría relativa del PP y un acuerdo de investidura y colaboración par-

²⁷ Entre las facultades transferidas destacan la competencia exclusiva en materia de cooperativas y espectáculos públicos y la competencia de ejecución de la legislación del Estado en materia de asociaciones. Esta ley, por cierto, no prevé ningún tipo de control por parte del Estado. Para MONTILLA, J.A., *Las leyes orgánicas de transferencia...*, op. cit., 1998, 334-335, es inconstitucional.

lamentaria con CIU), esta ley sí es un buen ejemplo de aplicación del instrumento previsto en el artículo 150.2 CE²⁸. Porque el tráfico y la circulación de vehículos a motor es una materia cuya competencia corresponde en exclusiva al Estado (149.1.21 CE) y las facultades que se ceden, de carácter ejecutivo, son, sin duda, susceptibles de transferencia. Para justificar la viabilidad de esta operación, se subraya en la Exposición de Motivos la conexión con el apartado 29 del mismo precepto, que contempla la posibilidad de que las Comunidades Autónomas creen sus propios cuerpos de policía. Al amparo de esa habilitación, el artículo 13 del Estatuto catalán autoriza a la Generalitat a crear una policía autónoma y efectivamente así se hizo mediante la Ley que creó los Mossos d'Esquadra. La vinculación entre el tráfico y la seguridad ciudadana se funda en el hecho de que la función de vigilar el tráfico ha estado encomendada tradicionalmente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Y este dato es decisivo: Cataluña dispone de una policía autonómica, que constituye «la infraestructura indispensable» para el ejercicio de las funciones transferidas.

Hemos dado cuenta del contenido de las 7 leyes orgánicas de transferencia aprobadas hasta el momento. Sólo nos queda referirnos para cerrar este capítulo a la única norma dictada al amparo del 150.2 bajo la forma de ley orgánica de delegación de competencias. Se trata de la LO 5/1987, de 30 de julio, de delegación de facultades del Estado en materia de transportes por carretera y por cable. Mediante esta ley de alcance sectorial, el Estado delegó en las Comunidades Autónomas una serie de facultades de gestión (tramitación y resolución de expedientes) sobre tramos parciales o fragmentos de líneas regulares de viajeros supracomunitarias que se encuentran íntegramente comprendidos en el ámbito territorial de una sola Comunidad. Y algunas otras relacionadas, por ejemplo, con la adquisición, acreditación y control de la capacitación profesional necesaria para realizar transportes que transcurran por el territorio de más de una CA, sin perjuicio de la competencia estatal en lo relativo a la regulación de las condiciones básicas del ejercicio de la actividad de transportista, así como, en general, de las condiciones de obtención y homologación de títulos profesionales²⁹.

²⁸ Montilla, que critica la ausencia en esta ley de verdaderos instrumentos de control, más allá de la obligación de informar, destaca el hecho de que por primera vez se utilice esta técnica no para equiparar el nivel de competencias de las distintas Comunidades, sino para marcar diferencias entre unas y otras, una función respecto de la cual confiesa sus reservas. MONTILLA, J.A., *Las leyes orgánicas de transferencia...*, op. cit., 1998, pp. 335-341.

²⁹ Se pretendía con dicha ley una equiparación competencial, tratando de homogeneizar las facultades de todas las Comunidades Autónomas en determinados aspectos relativos al transporte. Así, en su artículo 18.2 se disponía la supresión de los órganos de gestión específica del transporte terrestre que pudieran existir dentro de la Administración periférica del Estado. De esta forma, podría avanzarse con la necesaria prudencia en la dirección de una Administración única. Pero no ha servido de precedente.

4. INICIATIVAS FALLIDAS

En diversas ocasiones se ha reclamado sin éxito en sede parlamentaria la utilización de la vía prevista en el artículo 150.2 CE. Hemos de mencionar, en primer lugar, las iniciativas relacionadas con la convocatoria de consultas populares. Como bien se sabe, la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum es una competencia atribuida en exclusiva al Estado por el artículo 149.1.32 CE³⁰. En el año 2001, J. Puigercós, diputado de ERC integrado en el Grupo Mixto, presentó una Proposición de Ley Orgánica de transferencia a la Generalidad de Cataluña de las competencias en materia de autorización para la convocatoria de referéndum, reclamando la transferencia de las facultades de ejecución de la legislación del Estado en esta materia, para que la Generalitat pueda consultar directamente a los ciudadanos de Cataluña cuando se trate de decisiones políticas de especial trascendencia. Proposiciones con ese mismo contenido se han presentado con posterioridad en las Cortes Generales. Ese mismo grupo político presentó dos: una en junio de 2004, que fue rechazada por el Pleno del Congreso en marzo de 2007, y otra en octubre de 2006, que caducó al final de la legislatura. Y el Parlamento de Cataluña presentó otra en febrero de 2004 (al final de la VII Legislatura) siendo rechazada su toma en consideración en febrero de 2006.

Entre las iniciativas frustradas, cabe destacar las siguientes: en la III legislatura, la Proposición de Ley Orgánica sobre transferencia de competencias en materia de educación a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, presentada en junio de 1988 por las Cortes de Castilla y León; en la VI legislatura, la Proposición de Ley de transferencia de competencias a la Comunidad Valenciana, promovida por un diputado de Unió Valenciana en marzo de 1999 y caducada en febrero de 2000³¹; en la VII legislatura (2000-2004), la Proposición relativa a la transferencia de competencias a la CA de Galicia en materia de aeropuertos y tráfico aéreo, presentada en mayo del 2000 y rechazada en diciembre de 2001.

En la VIII legislatura (2004-2008) siguió tramitándose la Proposición de LO de transferencia de los servicios meteorológicos situados en Cataluña que dependen del Estado, presentada en mayo de 2003 y tomada en consideración en diciembre de 2004³², y la relativa a competencias en materia notarial, presentada por el Parlamento de Cataluña en julio de 2003, y se presentaron otras cinco proposiciones, que corrieron distinta suerte. Una fue retirada: la

³⁰ Véase, también, el art. 2 de la LO 2/1980, reguladora de las distintas modalidades de referéndum, que aclara que la autorización será acordada por el Gobierno, a propuesta del Presidente, salvo que esté reservada al Congreso.

³¹ La iniciativa se justifica por el retraso en la reforma del Estatuto imputable a las fuerzas políticas firmantes del Pacto Autonómico y la necesidad de profundizar en el autogobierno.

³² Pese a ello, tras encomendar Dictamen sobre la misma a la Comisión Constitucional y abrir el plazo para presentar enmiendas, terminó caducando al final de la VIII legislatura.

Proposición de LO sobre la transferencia de competencias a la CA de Aragón en lo relativo a aeropuertos y tráfico aéreo, presentada por J.A. Labordeta, de Chunta Aragonesista, en septiembre de 2004 y retirada meses después. Otras dos fueron rechazadas por el Pleno del Congreso: no superaron el trámite de la toma en consideración ni una nueva Proposición de LO relativa a transferencia de competencias a Galicia en materia de aeropuertos y tráfico aéreo (idéntica a la de la anterior legislatura), presentada por los dos diputados del BNG, en septiembre de 2004 y rechazada en junio de 2005, ni la Proposición de LO de transferencia a la Generalitat de Cataluña de las competencias de gestión del dominio público marítimo-terrestre del Estado correspondiente a la ribera del mar, a los paseos marítimos y a la regeneración de playas, del territorio de Cataluña, presentada en julio de 2004 y rechazada en diciembre de ese mismo año. Y las dos últimas, la Proposición de LO de transferencia de la gestión, control del espacio aéreo, ordenación del tránsito y transporte aéreo de los aeropuertos de interés general situados en Cataluña y que dependen del Estado, registrada en marzo de 2005 por el Grupo de ERC y la Proposición de LO sobre la transferencia a la Generalitat de Cataluña de la titularidad del aeropuerto de Barcelona-El Prat, presentada por ese mismo grupo en septiembre de 2006, caducaron con el final de VIII legislatura.

En la última legislatura, la IX, no sólo no se ha presentado ninguna iniciativa nueva, sino que la única que continuaba tramitándose desde la VII legislatura, la Proposición de LO de transferencia a la Generalidad de Cataluña de las competencias en materia notarial, fue retirada por sus promotores. Quizá la resistencia de los dos grandes partidos nacionales a utilizar esta vía (no se ha aprobado ninguna en los últimos doce años) explique el creciente escepticismo de las fuerzas nacionalistas.

5. ¿CUÁL ES EL PAPEL QUE PUEDEN JUGAR EN EL FUTURO LAS LEYES DEL ARTÍCULO 150.2 CE?

Nuestro análisis ha de partir de una constatación: se mire como se mire, el margen que queda para un incremento de competencias mediante la reforma de los Estatutos es estrecho. Las Comunidades Autónomas han asumido ya casi todas las competencias a las que pueden aspirar sin forzar el marco constitucional. Sólo quedaría un camino para prolongar de algún modo el proceso de descentralización (avanzando en una dirección asimétrica o no) y romper este techo o límite infranqueable establecido para los Estatutos en el artículo 149.1: las leyes del 150.2.

¿Es bueno que el modelo de organización territorial del poder esté indefinidamente abierto?. Seguramente no. Puede sorprender, de entrada, que se pueda disponer de lo que la Constitución ha atribuido al Estado con carácter exclusivo. Pero es una decisión del constituyente, que consagró el principio dispositivo e incluyó además la cláusula del 150.2 para inyectar más elasticidad

aún en el sistema. ¿Con qué finalidad? Es verdad que los nacionalistas (los catalanes, sobre todo) han sugerido en ocasiones esta fórmula como instrumento para elevar las cotas de autogobierno y acentuar así la asimetría del sistema. Pero lo cierto es que no se ha apostado decididamente por esta vía. El terreno en el que la cesión resulta más factible es el de las facultades de gestión, en la línea de lo que se conoce como federalismo de ejecución (una sola Administración ordinaria: la Administración única). Pero esa operación puede orientarse en dos direcciones: la de reforzar la simetría del sistema o la de aumentar la dosis de asimetría.

Una característica del modelo territorial español: la distinción entre las normas atributivas de competencias y las normas meramente delimitadoras de aquellas¹

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini
Profesor Titular de Derecho Constitucional.
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La distinción entre las normas atributivas de competencias y las normas meramente delimitadoras de competencias. 3. Las bases, normas meramente delimitadoras de competencias, como parámetro para juzgar la validez de las normas autonómicas. 4. Las reglas de relación entre las normas atributivas de competencias y las normas meramente delimitadoras de competencias. 5. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Como es bien conocido, el modelo de descentralización política español no se establece en la Constitución sino que se aplaza su conformación a un momento posterior a través de la aprobación de normas formalmente infraconstitucionales.

La Constitución española, en lo que se refiere al modelo de distribución territorial del poder, es una norma doblemente abierta.

Por un lado, es una norma abierta en cuanto encomienda a los Estatutos de Autonomía la concreción del modelo al atribuirles la fijación de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas dentro del marco establecido en la Constitución².

Por otro, es una norma abierta en cuanto permite que sea el legislador estatal el que realice la delimitación de algunas de las competencias que han sido atribuidas a las Comunidades Autónomas por los Estatutos de Autonomía.

¹ Este estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «Las reformas de los sistemas descentralizados». Ref. DER2009-14235 (subprograma JURI).

² FOSSAS ESPADALER, E., *El principio dispositivo en el Estado autonómico*, Marcial Pons-IVAP, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007.

La atribución de competencias, esbozada en la Constitución y desarrollada en los Estatutos de Autonomía, no determina, por tanto, de modo definitivo lo que las Comunidades Autónomas pueden y no pueden hacer en cada momento concreto, sino que lo que las Comunidades Autónomas puedan y no puedan hacer va a depender, en buena medida, del modo en el que el Estado haya ejercido sus propias competencias constitucionalmente reservadas en un momento dado. Consecuencia ésta derivada del hecho de que las regulaciones estatales, adoptadas, por ejemplo, en ejercicio de sus competencias sobre las bases, permiten delimitar en cada momento, de acuerdo con el principio de competencia, el alcance de las competencias autonómicas estatutariamente atribuidas.

En la posibilidad de variación del ámbito propio de decisión mantenido por las Comunidades Autónomas en cada momento como consecuencia del ejercicio de las competencias estatales sobre las bases reside, en buena medida, la indeterminación permanente del sistema.

2. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS NORMAS ATRIBUTIVAS DE COMPETENCIAS Y LAS NORMAS MERAMENTE DELIMITADORAS DE COMPETENCIAS

El Tribunal Constitucional realiza tempranamente en su jurisprudencia una distinción entre las normas atributivas de competencias y las normas meramente delimitadoras de aquellas³.

Las primeras, las atributivas, serían, fundamentalmente, los Estatutos de Autonomía —y también, en su caso, las Leyes Orgánicas de transferencia o delegación— pues son las normas llamadas a fijar «las competencias asumidas [por las Comunidades Autónomas] dentro del marco establecido en la Constitución», según establece para los Estatutos el art. 147.2.d) CE.

Las segundas, las meramente delimitadoras, serían tanto aquellas leyes estatales a las que se remite la propia Constitución para precisar el alcance de la competencia que las Comunidades Autónomas han asumido vía normas atributivas de competencias, como aquellas leyes estatales a las que eventualmente se puedan remitir los propios Estatutos de Autonomía para realizar tal precisión.

En ambos supuestos el reenvío operado, ya sea por la Constitución o por el respectivo Estatuto, permitiría a la norma estatal delimitar, directa o indirectamente, el contenido de las competencias autonómicas que han sido, no obstante, asumidas vía Estatuto de Autonomía⁴.

³ Por ejemplo, en la STC 76/1983.

⁴ Así se desprende de la STC 76/1983 cuando afirma «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

Se produce, por tanto, la posibilidad de que la atribución estatutaria de una competencia sea completada, en lo que se refiere al alcance de la competencia atribuida, por una norma estatal por haberlo así querido la Constitución o el propio Estatuto.

El Tribunal Constitucional pareció, en un primer momento, interpretar restrictivamente cuales serían aquellas normas estatales a las que se remitiría la Constitución para delimitar competencias previamente atribuidas en los Estatutos y así en la STC 76/1983 se refirió, por ejemplo, a los excepcionales supuestos previstos en los artículos 149.1.29⁵ o 150.3⁶.

La restrictiva interpretación realizada de aquellos supuestos en los que la Constitución habría remitido al legislador estatal para delimitar, directa o indirectamente, las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas en los Estatutos de Autonomía, parecía llevar a considerar que la delimitación de competencias por el legislador estatal era una excepción y la regla general sería que tal delimitación había quedado ya hecha por la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía al atribuir competencias, sin perjuicio de reconocer las dificultades interpretativas que tal delimitación realizada directamente por las normas atributivas de competencias pudiera conllevar.

La afirmación jurisprudencial de que «el legislador estatal no puede incidir, con carácter general, en el sistema de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sin una expresa previsión constitucional o estatutaria» unida a la enumeración de los supuestos en que tal previsión se daría, los artículos 149.1.29 o 150.3, llevaba implícita la consideración de que tales supuestos de previsión expresa eran excepcionales.

los que éstos ocupan una posición jerárquicamente subordinada a aquélla. Sin embargo, de ello no cabe deducir que toda Ley estatal que pretenda delimitar competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sea inconstitucional por pretender ejercer una función reservada al Estatuto. La reserva que la Constitución hace al Estatuto en esta materia no es total o absoluta; 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 en su contenido como ha reconocido este Tribunal en reiteradas ocasiones. Tal sucede cuando la Constitución remite a una Ley del Estado para precisar el alcance de la competencia que las Comunidades Autónomas pueden asumir, lo que condiciona el alcance de la posible asunción estatutaria de competencias —tal es el caso previsto en el artículo 149.1.29 de la Constitución— y lo mismo ocurre cuando los Estatutos cierran el proceso de delimitación competencial remitiendo a las prescripciones de una Ley estatal, en cuyo supuesto el reenvío operado atribuye a la Ley estatal la delimitación positiva del contenido de las competencias autonómicas. En tales casos la función de deslinde de competencias que la Ley estatal cumple no se apoya en una atribución general contenida en la Constitución, como ocurre en el caso de los Estatutos, sino en una atribución concreta y específica».

⁵ Que reserva al Estado la competencia exclusiva sobre seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica.

⁶ Que atribuye al Estado la capacidad de leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas cuando así lo exija el interés general.

Sin embargo, a los supuestos aparentemente excepcionales de normas meramente delimitadoras de competencias señalados por el Tribunal Constitucional en la primera jurisprudencia referida se vino pronto a añadir un nuevo supuesto, el de aquellas normas estatales que se dictan en ejercicio de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado sobre las bases o la legislación básica.

Así, lo parece asumir el Tribunal Constitucional cuando afirma que el acto mismo de la fijación de las bases es simultáneamente norma de delimitación de competencias⁷. La definición de lo básico tiene, sin perjuicio de su justiciabilidad, un alcance delimitador de las competencias estatales y por reflejo de las autonómicas.

Tal doctrina parece negar aquella concepción que considera que la delimitación competencial en el caso de las bases ha sido ya realizada por la Constitución. Así, por ejemplo, para Montilla en el caso de la distribución de competencias a través de la técnica de las bases «es la Constitución quien determina los espacios competenciales y, más allá de la delimitación primera que efectúa el legislador estatal, únicamente su «intérprete supremo» es competente para delimitar esos espacios competenciales. No puede hacerlo el legislador básico estatal, como poder constituido; ni tampoco el Estatuto, que no es Constitución»⁸.

No parece ser ésta, sin embargo, la concepción jurisprudencialmente acogida que ha afirmado la capacidad del legislador estatal para delimitar, con ciertos límites, en cada momento el alcance de su propia competencia y por reflejo el de las Comunidades Autónomas, concepción que tiene como corolario la aceptación de que «siendo mudables las bases también lo es, en correspondencia inevitable, el ámbito disponible por la legislación de desarrollo»⁹.

El resultado de entender que la Constitución ha remitido al Estado la delimitación de competencias al reservarle la competencia sobre las bases es que, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional, «se deja el sistema abierto

⁷ Así lo afirma el Tribunal, por ejemplo, en la STC 68/1984 pues «cuando se fija que se ha de entender por bases o se regulan materias básicas se esta delimitando en esa misma actividad cual es el contenido de la competencia del estado en una determinada materia» FJ 3 y por reflejo cual es la competencia de las Comunidades Autónomas.

⁸ Para Montilla «únicamente el Tribunal puede ocupar la posición delimitadora que corresponde a la Constitución; ni la legislación básica, ni el Estatuto de Autonomía pueden suplantarla» en pp. 131 y 132. Señala igualmente Montilla que «el legislador estatal no delimita lo básico, sino que lo hace el Tribunal Constitucional, pero de la misma forma que efectúa la propuesta inicial también puede proponer cambios en esa delimitación, por ejemplo para restringir su alcance que podrán ser aceptados por el TC, alterando con ello la delimitación anterior», p. 133. MONTILLA MARTOS, J.A., «La legislación básica tras las reformas estatutarias», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 78, 2006. En el mismo sentido señala Rubio Llorente que «las normas básicas no son normalmente reglas de delimitación competencial... la delimitación competencial viene establecida en estos casos por la propia Constitución y no requiere de norma ulterior alguna», en FAVOREAU, L. y RUBIO LLORENTE, F., *El bloque de la constitucionalidad*, Civitas, 1991, pp. 126 y ss.

⁹ STC 31/2010, FJ 60.

en el sentido de que aun careciendo las normas básicas estatales de efectos atributivos de competencias que puedan alterar el sistema constitucional y estatutario, tienen por objeto delimitar, con alcance general, el espacio normativo al que las Comunidades Autónomas deben circunscribirse cuando ejercitan las competencias propias que tengan en relación con la materia que resulte delimitada por dichas normas básicas»¹⁰.

La apertura del sistema competencial que se produce como consecuencia de la capacidad estatal de delimitar el alcance de las competencias, propias y por reflejo las de las autonómicas, vía determinación de lo básico no sería en sí mismo distorsionador del sistema de distribución de competencias establecido por las normas atributivas de competencias, Constitución y Estatutos, si los supuestos en los que el Estado puede realizar tal delimitación fuesen interpretados de forma restrictiva. En efecto, dada la importancia que adquiere la definición de lo básico correspondería al Tribunal Constitucional controlar que la definición de lo básico «no quede a la libre disposición del Estado en evitación de que puedan dejarse sin contenido o inconstitucionalmente cercenadas las competencias autonómicas»¹¹. El establecimiento por parte del Estado de las bases no puede llegar a tal grado de desarrollo que deja vacía de contenido la correlativa competencia de las Comunidades Autónomas¹², lo que sucedería, por ejemplo, si su regulación fuese excesivamente minuciosa y detallada¹³. Correspondería, por tanto, al Tribunal Constitucional asegurar que el Estado a través de su capacidad de delimitar el alcance de lo atribuido no convierta lo atribuido en un mero *flatus vocis*.

Sin embargo, un sector de la doctrina científica viene denunciando que «la reproban (del Tribunal Constitucional) del detallismo ha sido aplicada únicamente a cuestiones de carácter organizativo, como la inclusión en lo básico de la organización y funcionamiento interno de órganos colegiados¹⁴, pero no a los aspectos sustantivos»¹⁵.

El Tribunal Constitucional, en la práctica, habría dejado, en buen medida, en manos del Estado la determinación del alcance de sus propias competencias y por reflejo el alcance de las de las Comunidades Autónomas, devaluando en cierta medida la distribución de competencias realizada por las normas atributivas de competencias y convirtiendo a las normas meramente delimitadoras de competencias en las verdaderas configuradoras del sistema competencial.

¹⁰ STC 69/1988 FJ 5.

¹¹ STC 69/1988 FJ 5.

¹² Desde la temprana STC 1/1982 FJ 1. El Tribunal Constitucional viene, por tanto, realizando en su jurisprudencia dos operaciones sucesivas; la primera, la comprobación de si la normativa estatal es o no básica, y la segunda, la comprobación de en que medida la normativa autonómica contradice o no las bases estatales.

¹³ Por ejemplo en la STC 147/1991.

¹⁴ Por ejemplo las SSTC 50/1999; 275/2000.

¹⁵ MONTILLA MARTOS, J.A., «La legislación básica», *op. cit.*, p. 117.

Tal consecuencia se produciría fundamentalmente como consecuencia de comenzar el Tribunal Constitucional a vincular a finales de los años ochenta una amplia competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía con la competencia reservada al Estado por el art. 149.1.13.º CE sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica¹⁶.

La vinculación entre ambos conceptos será clara en la STC 186/1988, FJ 2.º, donde el Alto Tribunal señalará que «las facultades de ordenación ge-

¹⁶ Ello no fue siempre así, pues con anterioridad, el Tribunal Constitucional había parecido diferenciar entre la competencia que le reserva al Estado el art. 149.1.13.º CE y una competencia del Estado sobre ordenación general de la economía, la cual parecería ser una competencia estatal derivada del hecho de no haber sido asumida por las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos y corresponder por tanto al Estado en virtud del art. 149.3 CE. Así, por ejemplo, para el Tribunal Constitucional «la comunidad autónoma es titular de las competencias asumidas en su Estatuto, con los límites derivados de la Constitución (en particular del art. 149.1.13.º que reserva a la competencia exclusiva del Estado las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica), y (con los límites derivados) de los términos en que se ha asumido la competencia (en el Estatuto), que aparece limitada por la ordenación de la actuación económica general» (STC 29/1986, FJ 4.º).

Gómez-Ferrer, magistrado ponente de la STC 29/1986, en sus textos académicos, ha sostenido el fundamento estatutario de la competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía. Así, para Gómez-Ferrer, los Estatutos de autonomía no se limitan a respetar las competencias que la Constitución reserva al Estado, en el art. 149.1.13, sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, pues al atribuir competencias a las respectivas comunidades lo hacen «de acuerdo con la ordenación general de la economía», concepto más amplio que el recogido en el art. 149.1.13 CE. Para este autor, la competencia preconstitucional del Estado de ordenación general de la economía constituiría, así, un límite a las competencias asumidas por las comunidades autónomas, porque así se ha establecido en los respectivos Estatutos. Dado que sólo corresponden a las comunidades autónomas aquellas competencias que hayan asumido de forma expresa, y que los Estatutos respetan explícitamente la competencia del Estado de ordenación general de la economía, entiende Gómez Ferrer que la competencia del Estado queda plenamente fundamentada por el respeto expreso contenido en los Estatutos. GÓMEZ FERRER MORANT, R., «Bases y ordenación general de la economía», en PÉREZ CALVO, A. (coord.), *Normativa básica en el ordenamiento español*, Ministerio de Administración Pública, Madrid, 1990, p. 125.

La diferencia entre la competencia sobre ordenación general de la economía y la competencia reservada al Estado en el art. 149.1.13.º CE parecía clara: la competencia del Estado sobre la ordenación de la actuación económica general permitiría a éste establecer una *planificación de detalle*, mientras que la competencia reservada en el art. 149.1.13 CE únicamente le permitiría *la fijación de bases y medidas de coordinación*.

Así, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al afirmar que «cuando para conseguir objetivos de la política económica nacional, se precise una acción unitaria en el conjunto del territorio del Estado, por la necesidad de asegurar un tratamiento uniforme de determinados problemas económicos o por la estrecha interdependencia de las actuaciones a realizar en distintas partes del territorio nacional, el Estado en el ejercicio de la competencia de *ordenación de la actuación económica general podrá efectuar una planificación de detalle*, siempre, y sólo en tales supuestos, que la necesaria coherencia de la política económica general exija decisiones unitarias y no pueda articularse sin riesgo para la unidad económica del Estado *a través de la fijación de bases y medidas de coordinación*» [la cursiva es nuestra] (STC 29/1986, FJ 4.º).

neral de la economía (están) reservadas con carácter general al Estado por el art. 149.1.13.º CE...» y se mantendrá en la jurisprudencia posterior.

La competencia estatal para realizar una «ordenación general de la economía»¹⁷ se habría definido jurisprudencialmente de manera muy extensa, pues puede abarcar «tanto las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de un sector concreto como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector»¹⁸

Ciertamente, la jurisprudencia constitucional ha tratado de afirmar la existencia de límites a la competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía. Así, el Tribunal Constitucional ha considerado que el referido título competencial no puede alcanzar a «incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general»¹⁹. De no ser así, se afirma «se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico (el de la Comunidad Autónoma)»²⁰. Vaciamiento que quedaría proscrito y que se traduciría en la «exigencia de que las decisiones que el Estado adopte con base en el artículo 149.1.13 CE se ciñan a aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los fines de política económica que aquellas persigan»²¹.

Sin embargo, en la práctica, en contadas ocasiones se ha declarado por el Tribunal Constitucional una extralimitación estatal sustantiva al controlar sus reglamentaciones en el ámbito económico.

La consecuencia de la renuncia práctica del Tribunal Constitucional a controlar al Estado cuando ejerce su competencia sobre ordenación general de la economía ha sido la restricción de la capacidad autonómica de adoptar políticas propias en materia económica²².

¹⁷ La jurisprudencia constitucional también se ha referido a «ordenación de la economía en su conjunto», «dirección de la actividad económica general», «ordenación de la actividad económica general» y otras expresiones similares.

¹⁸ Entre otras muchas las SSTC 95/1986, FJ. 4º, 213/1994, FJ. 4ºa) o 95/2001, FJ. 3º.

¹⁹ SSTC 186/1988 y 133/1997.

²⁰ SSTC 112/1995, FJ. 4º, 21/1999, FJ. 5º o 95/2001, FJ. 3º.

²¹ Entre otras muchas las SSTC 152/1988 FJ 4 y 201/1988, FJ 2.

²² Así ocurre, por ejemplo, cuando la jurisprudencia constitucional tras considerar constitucional la atribución que realiza el Estatuto de una competencia sobre horarios comerciales, declara que las Comunidades Autónomas deben ejercer su competencia sobre horarios comerciales en el marco de los principios básicos que el Estado haya establecido al amparo de su competencia sobre las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» del art. 149.1.13 CE. Competencia del Estado que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, podría suponer el establecimiento por aquel de la libertad de horarios con la consecuencia de desplazar absolutamente la competencia autonómica, pues la base estatal no permite ni requiere de actuación autonómica alguna. Este es uno de los supuestos en que la delimitación competencial que realizan las bases depara la eliminación, haciéndola irreconocible, de la competencia autonómica de desarrollo. JIMÉNEZ CAMPO, J., «¿Qué es lo básico?. Legislación compartida en el Estado autonómico», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 27, 1989, p. 67.

El Tribunal Constitucional «habría seleccionado la competencia sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica reconocida al Estado en el art. 149.1.13.º CE como el cajón de sastre en el cual incluir todas las facultades permitidas al Estado a partir de una apreciación coyuntural de lo que en cada caso y circunstancia pueda considerarse necesario para el mantenimiento de la unidad económica»²³.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha justificado la inclusión de la ordenación general de la economía en el art. 149.1.13.º CE en la necesidad de salvaguardar determinados principios constitucionales, como son los de unidad de mercado o unidad de la política económica. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha afirmado que «en correspondencia con el presupuesto de un único orden económico nacional y la consiguiente existencia de un mercado nacional único, esta competencia estatal (la del 149.1.13.º CE) se extiende a un conjunto muy amplio de materias; justificándose la intervención del Estado siempre que para la necesaria coherencia de la política económica general sea preciso adoptar decisiones unitarias»²⁴.

El artículo 149.1.13 CE se habría convertido en una suerte de «clausula de comercio» que permitiría al Estado una amplia regulación de todo aquello vinculado con la economía. La consecuencia fundamental de tan amplio entendimiento de la competencia del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica sería que la delimitación de competencias por el legislador estatal deja de ser una excepción para convertirse en regla general quedando como excepción aquellos supuestos en los que tal delimitación ha quedado ya hecha por la propia Constitución y los Estatutos al atribuir competencias.

Consecuencia que se ha tratado de aminorar en las recientes reformas estatutarias a través, como analizaremos, del denominado *blindaje* competencial, *blindaje* que ha sido, sin embargo, desautorizado por el Tribunal Constitucional en su STC 31/2010.

La amplia capacidad del Estado para configurar el sistema a través de las normas meramente delimitadoras de competencias pondría en cuestión el papel

²³ CARRASCO DURÁN, M., *El reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas sobre la actividad económica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 25. Así lo señala Albertí cuando afirma que el Tribunal Constitucional habría procedido a reconstruir las competencias estatales en política económica a partir del principio de unidad económica, principio del que el Alto Tribunal habría derivado a su vez la necesidad de asegurar una dirección unitaria de la política económica ALBERTÍ ROVIRA, E., *Autonomía política y unidad económica*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 231-232.

²⁴ STC 225/1993, FJ 9. Señala Azpitarte que «esta vocación por extender la uniformidad de las normas respondería, siquiera de manera latente, a uno de los clásicos prejuicios en el análisis de los Estados de matriz federal: la diversidad normativa conduce a la desigualdad». AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «El Estado autonómico unitario y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español», en REAF, n.º 9, octubre de 2009, p. 145.

que jugaría en nuestro modelo territorial el denominado principio dispositivo. Principio de acuerdo con el cual la decisión política acerca de la asunción de competencias debe adoptarse por los representantes de las Comunidades Autónomas conjuntamente con las instituciones representativas del Estado. Frente a ello, la configuración de la capacidad de actuar de cada nivel territorial se encontraría entregada, en buena medida, al legislador estatal, esto es desconstitucionalizada, sin que se precisase, sin embargo, de las entidades territoriales para la concreta configuración del alcance de las competencias asumidas estatutariamente²⁵.

Una vez analizado cómo las normas meramente delimitadoras de competencias se han convertido en la regla general de nuestro sistema y no en la excepción, como consecuencia de una amplia interpretación del alcance de las competencias sobre las bases, se hace necesario analizar, en primer lugar, las reglas que rigen la relación entre las bases y las normas autonómicas para, en segundo lugar, analizar las reglas que rigen la relación entre el Estatuto de Autonomía, norma atributiva de competencias, y las bases, normas meramente delimitadora de aquellas.

3. LAS BASES, NORMAS MERAMENTE DELIMITADORAS DE COMPETENCIAS, COMO PARÁMETRO PARA JUZGAR LA VALIDEZ DE LAS NORMAS AUTONÓMICAS

Analizaremos en el presente epígrafe las reglas que rigen la relación entre la legislación básica y la legislación autonómica.

La doctrina del Tribunal Constitucional va a extraer una importante consecuencia de considerar que las bases que dicta el Estado delimitan el alcance de las competencias atribuidas en la Constitución y en los Estatutos. Para el Alto Tribunal las normas autonómicas que entren en contradicción con la legislación básica estatal, cuando ésta se haya dictado legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución ha reservado al Estado, estarán infringiendo el orden constitucional de distribución de competencias de manera mediata o indirecta y serán inconstitucionales²⁶.

El Tribunal Constitucional acoge así la concepción de que las normas básicas al delimitar las correlativas competencias autonómicas estatutariamente atri-

²⁵ Las Comunidades Autónomas si participarían en el momento de la atribución de las competencias vía reforma estatutaria pero no en el momento de la delimitación de las mismas a través de la adopción de las bases. Sobre el juego del principio dispositivo y la diferencia con el concepto de desconstitucionalización ver el estupendo análisis de FOSSAS ESPADALER, E., *El principio dispositivo...*, op. cit.

²⁶ Entre otras muchas STC 60/1993, fundamento jurídico 1; y en términos prácticamente idénticos se pronuncian los mismos fundamentos jurídicos de las SSTC 61/1993 y 62/1993.

buidas son, por ello, condición de validez de las disposiciones autonómicas dictadas en su virtud²⁷.

Para el Tribunal, las normas básicas, en la medida en que vienen a fijar indirectamente el alcance preciso del ámbito en el que las Comunidades Autónomas pueden ejercitar legítimamente las competencias atribuidas, operan como canon en el control de constitucionalidad de las normas autonómicas de tal manera que la infracción de aquellas por estas últimos determinaría su nulidad por vulneración del bloque de constitucionalidad.

La inclusión de las bases en el bloque de constitucionalidad ha sido doctrinalmente discutida, pues se trataría de unas normas, las básicas, que se impondrían a los legisladores autonómicos pero no al legislador estatal, con la consiguiente degradación de la capacidad de vincular a todos los legisladores ordinarios de las normas integrantes del bloque. Las bases no tendrían, respecto del propio legislador estatal, el carácter indisponible que, según algún sector doctrinal, sería predicable de las normas integrantes del bloque de la constitucionalidad. Sin embargo, tal inclusión es inevitable que se produzca, si el bloque se entiende como integrado por aquellas normas que tienen como función la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas²⁸.

Así parece entenderlo el Tribunal Constitucional al afirmar que «cuando el juicio de constitucionalidad haya de producirse por el contraste no sólo con la Constitución, sino con el llamado bloque de la constitucionalidad, de acuerdo con lo que dispone el art. 28.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal al hablar de leyes que dentro del marco constitucional se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas, es claro que el Tribunal habrá de considerar las leyes vigentes y las bases materiales establecidas en el momento de formularse el juicio y dictarse la Sentencia»²⁹.

No obstante frente a la concepción jurisprudencial señalada que considera que las normas autonómicas que contradicen las bases del Estado incurrirían en nulidad por vulneración indirecta de la distribución de competencias, un sector de la doctrina ha sugerido que el conflicto que se puede producir entre las normas estatales básicas y las normas autonómicas de desarrollo pudiera resolverse mejor mediante la inaplicación del derecho autonómico en lo que resultase contrario a la legislación básica.

²⁷ Tal concepción es mantenida, por ejemplo, en JIMÉNEZ CAMPO, J., «¿Qué es lo básico?. La legislación compartida en el Estado autonómico», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 27, 1989, pp. 86 y 92. Si bien y simultáneamente a mantener la capacidad del Tribunal Constitucional de controlar la validez de la normativa autonómica a través del conflicto de competencias y del recurso de inconstitucionalidad mantendrá, este autor, la capacidad de los jueces ordinarios de aplicar la prevalencia de la norma básica sobre la autonómica que quedará desplazada o inaplicada. P. 84.

²⁸ Sobre la posibilidad de la inclusión de las bases en el bloque ver FAVOREAU, L. y RUBIO LLORENTE, F., *El bloque...*, op. cit.; JIMÉNEZ CAMPO, J., «Qué es...», op. cit.

²⁹ La STC 137/1986 o 163/1995.

Para Rubio Llorente la eventual contradicción normativa entre la legislación autonómica y la legislación básica no genera en rigor un vicio de incompetencia sino «un defecto de muy otro género (no el de incompetencia) que desaparece al modificarse, sin variación alguna de las definiciones competenciales, el ámbito ocupado por el legislador estatal». Parece apuntar Rubio a la consecuencia de la ineficacia de la ley descartando su invalidez³⁰. Ello supondría la afirmación de la prevalencia del derecho estatal sobre el autonómico y ofrecería la ventaja de la posible vigencia del derecho autonómico sin necesidad de una nueva promulgación si en el futuro el Estado replanteara su definición de lo básico³¹.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece rechazar tal concepción y viene declarando la invalidez de la norma autonómica que se opone a las bases del Estado, incluso si estas últimas son posteriores, por vulneración indirecta de la distribución constitucional de competencias.

La concurrencia normativa que genera la utilización por el Estado del art. 149.1.13.º convierte, en la práctica, las competencias exclusivas de las comunidades autónomas en materia económica en competencias compartidas, pues el Estado, al utilizar el art. 149.1.13.º, está delimitando lo básico. Ello supone que las regulaciones autonómicas (en principio dictadas en ejercicio de competencias propias estatutariamente atribuidas) que se opongan a las regu-

³⁰ RUBIO LLORENTE, F., *El bloqueo...*, *op. cit.*, p. 128.

³¹ GÓMEZ FERRER MORANT, R., «Relaciones entre las leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», en *RAP*, n.º 113, CEPC, 1987, pp. 27 y ss; RUBIO LLORENTE, F., *El bloque...*, *op. cit.*, p. 31; GÓMEZ MONTORO, A.J. y CAAMAÑO DOMINGUEZ F., «De nuevo sobre quién debe resolver los conflictos territoriales de competencia», en *REDA*, n.º 99, 1998, p. 392; y SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., *Las Bases constitucionales del Estado autonómico*, McGraw-Hill, 1998, p. 167. En esta línea, no compartirán la consideración de las bases como parámetro para juzgar la validez de las normas autonómicas en determinados casos, los magistrados del Tribunal Constitucional Jiménez de Parga, Delgado Barrio y Rodríguez-Zapata que firman un voto particular a la STC 1/2003 en el que sostienen que «las colisiones entre leyes autonómicas y leyes básicas estatales modificadas después de la aprobación de aquéllas, pueden y deben ser resueltas directamente (por el juez ordinario)... dando aplicación a la normativa básica estatal, pues la legislación básica debe prevalecer sobre las leyes autonómicas que, a pesar de haber sido aprobadas válidamente en su momento, no resultan del ejercicio de competencias exclusivas —en sentido estricto— de las Comunidades Autónomas, sino de competencias de «desarrollo legislativo» de las bases del Estado».

Lo anterior les lleva a concluir que «todos los Tribunales de Justicia tienen la facultad de resolver directamente las colisiones que se producen —cada vez con mayor frecuencia— entre las normas autonómicas, aprobadas válidamente en su momento, y las posteriores leyes del Estado que modifican las bases de una materia. Si el Juez estima que la ley estatal no es realmente básica, a pesar de declararse como tal, y que por tanto la ley estatal vulnera el art. 149 CE, debe elevar cuestión de inconstitucionalidad (a tenor de los arts. 35 LOTC y 5 LOPJ). Sin embargo, si el Juez estima que la ley estatal es básica, tanto material como formalmente deberá fallar de conformidad con la ley estatal, en su caso inaplicando la ley autonómica que resulta incompatible con ella, exactamente igual que si la ley de la Comunidad Autónoma contradijera disposiciones del Derecho comunitario».

laciones del Estado, dictadas en ejercicio de su competencia sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, deben ser consideradas nulas por inconstitucionalidad sobrevenida, por parte del Tribunal Constitucional, pues de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el Estado, al dictar lo básico, delimita competencias. La amplia interpretación dada al alcance de la competencia reservada al Estado en el art. 149.1.13.º CE, y la frecuente utilización de la misma por el legislador estatal, han supuesto que las Comunidades Autónomas hayan pasado a tener una exigua competencia de desarrollo de la ordenación general de la economía, con la consecuencia añadida de que las regulaciones autonómicas que entren en contradicción con las normas del Estado devienen nulas por haberse dictado sin tener competencia para ello³².

4. LAS REGLAS DE RELACIÓN ENTRE LAS NORMAS ATRIBUTIVAS DE COMPETENCIAS Y LAS NORMAS MERAMENTE DELIMITADORAS DE COMPETENCIAS

Analizaremos en el presente epígrafe las reglas que rigen la relación entre el Estatuto de Autonomía y la legislación básica.

La doctrina científica ha venido discutiendo si la relación entre las bases y el Estatuto de Autonomía debe regirse por el principio de jerarquía o por el de competencia.

³² El uso de la competencia reservada al Estado en el art. 149.1.1.º CE ha sido reclamado como más razonable que el uso de la competencia del art. 149.1.13.º CE, para legitimar, por ejemplo, la adopción de determinadas medidas estatales en ámbitos económicos y sociales. En esta línea se sitúa el voto particular de Rubio Llorente a la STC 152/1988. El art. 149.1.1.º CE supone en sus términos literales la reserva al Estado de una amplia competencia; competencia que permite al Estado establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de la actividad económica, lo que se traduce en la capacidad del Estado de establecer una política unitaria en el ámbito económico, como consecuencia de tener atribuida la garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, derechos entre los que se encontraría, por ejemplo, el derecho a la libertad de empresa.

El uso de la competencia reservada al Estado en el artículo 149.1.1 CE situaría los términos de la cuestión en el plano de la concurrencia de normas (a través de reconducir la intervención del Estado en materia económica al ejercicio de una competencia transversal no compartida, como es la del art. 149.1.1.º CE). Concurrencia que se resuelve mediante la aplicación del principio de prevalencia de la norma estatal y la inaplicación por los jueces ordinarios de la norma autonómica, por no haberse producido, propiamente, una extralimitación competencial de la Comunidad Autónoma que pueda suponer la invalidez de la norma autonómica. Ciertamente los efectos prácticos sobre la capacidad de acción de las Comunidades Autónomas serían parecidos a los que produce el uso de la competencia sobre ordenación general de la economía, puesto que la regulación del Estado desplazaría las regulaciones autonómicas en materia económica, pero lo haría sin tener que afirmar la nulidad de las regulaciones autonómicas. DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T., *Mercado nacional único y Constitucional*, CEPC, 2008.

Desde el punto de vista de aquellos que promovieron la reforma del Estatuto de Cataluña en el año 2006, la relación entre ambos tipos de normas sería una relación basada en el principio de superioridad jerárquica de la norma estatutaria sobre las bases estatales.

La reforma estatutaria catalana habría tenido como propósito el denominado *blindaje* de las competencias autonómicas, *blindaje* que se pretendió conseguir a través, por un lado, de una mayor precisión en el Estatuto de Autonomía del alcance de las funciones o facultades asignadas a la Comunidad Autónoma³³ y, por otro, de una ampliación o desglose en el Estatuto de los ámbitos materiales atribuidos a la misma³⁴. Todo ello con el propósito, más o menos confesado, de determinar indirectamente el alcance, funcional y material, de las competencias reservadas al Estado en el artículo 149.1 CE, entre las que se encontrarían las competencias sobre lo básico. A través de los dos mecanismos referidos, la definición del alcance de las funciones y la definición del alcance de las materias autonómicas a través de su desglose, se pretendería vincular al propio Estado y al Tribunal Constitucional³⁵.

A la hora de actuar en ejercicio de las competencias constitucionalmente reservadas, el Estado se vería condicionado por la interpretación indirecta que del alcance de las mismas se haya dado en el Estatuto de Autonomía. La interpretación indirecta en el Estatuto del alcance de las competencias estatales, incluyendo aquellas sobre las bases, supondría, entonces, que el Estatuto de Autonomía se constituiría en una norma parámetro para juzgar la validez no sólo de la actuación de la Comunidad Autónoma, sino también de la del Estado cuando ejerce sus competencias sobre las bases.

La capacidad del Estatuto de Autonomía de vincular al Estado cuando ejerce su competencia sobre lo básico se fundamentó en la posición que ocuparía, para esta concepción, el Estatuto de Autonomía en el sistema de fuentes, su carácter *cuasiconstitucional*, por su inclusión en el bloque de la constitucionalidad y las peculiaridades procedimentales de su reforma que le otorgan la garantía de la rigidez, propia de las normas constitucionales.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la STC 31/2010 rechazará que la relación entre el Estatuto y las bases sea una relación fundamentada en

³³ El nuevo Estatuto de Autonomía intenta en el artículo 111 limitar el alcance de las bases fijadas por el Estado mediante la reducción de las bases a principios o al mínimo común normativo de cada una de las materias y mediante la exigencia de que las bases se incluyan en normas del Estado con rango de ley.

³⁴ El nuevo Estatuto de Autonomía pormenoriza y desglosa en submaterias muchas de las materias hasta ahora atribuidas a la Comunidad Autónoma con el confesado propósito de blindar el ámbito propio de decisión autonómico frente al alcance de algunas de las competencias reservadas al Estado en el artículo 149.1.

³⁵ Sobre todo ello hay una ingente producción doctrinal imposible de reproducir. Véase QUADRA SALCEDO JANINI, T., «El Tribunal Constitucional en defensa de la Constitución. El mantenimiento del modelo competencial en la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 90, 2010.

el principio de jerarquía al afirmar, por un lado, que no cabe que el Estatuto defina el concepto funcional de bases pues se «excluye como cometido del Estatuto de Autonomía la definición de categorías constitucionales»³⁶ y, por otro, que en aquellos casos en los que el Estatuto atribuya competencias sobre determinadas submaterias a la Comunidad Autónoma «dicha atribución debe entenderse en sentido meramente descriptivo o indicativo de que dichas submaterias forman parte del contenido de la realidad material de que se trate, pero sin que las competencias del Estado, tanto si son concurrentes como si son compartidas con las de la Comunidad Autónoma, resulten impedidas o limitadas en su ejercicio por esa atribución estatutaria»³⁷.

No obstante, la relación entre el Estatuto de Autonomía y las bases tampoco sería una relación basada en el principio de competencia. En efecto, para Montilla sostenedor de tal concepción, cuando exista un conflicto entre el contenido del Estatuto y el de las bases se resolverá por el Tribunal Constitucional, el cual «si considera que la legislación básica se ha dictado en el marco de las competencias que la Constitución reserva al Estado, el Estatuto cederá frente a esa legislación básica. De la misma forma, si considera que excede esas competencias e invade las autonómicas, la legislación básica estatal cede frente al Estatuto o, en su caso, frente a la legislación autonómica que desarrolla esas competencias estatutarias». Bajo esta concepción no puede existir contradicción entre lo establecido en el Estatuto y lo establecido en las bases, pues en el caso de existir el Tribunal Constitucional deberá determinar qué norma invade el ámbito reservado constitucionalmente a la otra.

Sin embargo, de la jurisprudencia constitucional se deriva que el Estatuto y la legislación básica cumplen un función diferenciada. Al Estatuto le corresponde atribuir competencias a la Comunidad Autónoma, mientras que a las bases les corresponde indirectamente delimitar las competencias atribuidas en el Estatuto.

Así, las competencias autonómicas son de atribución estatutaria, no legislativa, pero de delimitación estatal indirecta vía determinación de lo básico. El Estado cuando dicta las bases no altera teóricamente el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias pero lo delimita.

Denuncia Viver que la STC 31/2010 «supone el reconocimiento expreso de la libertad casi absoluta de los órganos centrales del Estado a la hora de determinar el contenido y el alcance de las competencias estatales e indirectamente de las competencias autonómicas, en detrimento de los Estatutos de autonomía»³⁸. Se produce una devaluación del papel de los Estatutos de Au-

³⁶ STC 31/2010, FJ 57.

³⁷ STC 31/2010, FJ 64. La doctrina del Tribunal Constitucional en la STC 31/2010 no significa tampoco que la legislación básica se constituya en parámetro de validez del Estatuto de Autonomía que tiene como único canon la Constitución.

³⁸ VIVER PI I SUNYER, C., «El Tribunal Constitucional, ¿"siempre, solo... e indiscutible"? La función constitucional de los Estados en el ámbito de la distribución de competencias según la STC 31/2010», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 91, 2011.

tonomía, normas atributivas de competencias, que ven reducida su función a la de realización de una declaración estatutaria nominal, sin contenido, de las competencias autonómicas.

Fue la preservación de la libertad de los órganos centrales del Estado a la hora de configurar el contenido de sus propias competencias uno de los aspectos nucleares del debate político a lo largo de todo el proceso de reforma estatutaria y, tal como afirma Viver, la sentencia zanja este debate a favor de esta libertad de configuración³⁹.

Sin embargo, ello no es consecuencia de haber rechazado el Tribunal Constitucional la construcción realizada por el Estatuto de Cataluña, que suponía colocar a éste como parámetro de validez de la legislación básica del Estado⁴⁰, sino consecuencia de la amplia interpretación dada de las competencias del Estado sobre lo básico.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

En España, como ocurre también en otros sistemas de descentralización política, la relativización de la capacidad de decisión de las entidades regionales como consecuencia de la proyección o reflejo que sobre sus competencias pueda tener el ejercicio efectivo de los títulos competenciales centrales alberga como riesgo que se produzca un «vaciamiento» del ámbito propio de decisión autonómico.

La solución ante tal riesgo se encuentra en la realización por parte del Tribunal Constitucional de una interpretación restrictiva de la capacidad del Estado para delimitar el alcance de las competencias atribuidas en los Estatutos⁴¹.

Pera además, y sobre todo, y para el caso de que se asuma la necesidad de mantener la capacidad del Estado para delimitar el alcance de las competencias atribuidas como una forma de atribuir al Estado su capacidad de ga-

³⁹ VIVER PI I SUNYER, C., «El Tribunal...», *op. cit.*, 2011.

⁴⁰ No consideramos admisible la construcción realizada en el Estatuto pues la razón de que tenga que ser el legislador estatal y no, por ejemplo, el Estatuto el que determine el alcance de lo básico, no es otra que garantizar las dos funciones que cumplen las bases en nuestro ordenamiento según el Tribunal Constitucional: la primera es la de establecer un mínimo común normativo en todo el territorio nacional, la segunda es la de permitir la posibilidad de una cierta variación del alcance de las competencias estatales y por reflejo de las autonómicas en función de las circunstancias políticas de cada momento. Algo que no sería posible si el alcance de las bases estuviera determinado estatutariamente. DE LA QUADRASALCEDO JANINI, T., «¿Es el Estatuto una norma capaz de modular el alcance de la legislación básica del Estado?», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 72, 2004.

⁴¹ Compartimos así con Montilla la conveniencia de recuperar las garantías formales en el proceso de producción normativa de lo básico, pues es cierto que más allá de su formulación jurisprudencial es necesaria su aplicación por parte del Tribunal Constitucional en MONTILLA MARTOS, J.A., «Los elementos formales en el proceso de producción normativa de lo básico», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 68, 2003.

rantizar la unidad, la solución frente al riesgo de vaciamiento o afectación de la capacidad de decisión territorial, se debe buscar en la potencial participación que se dé a los representantes de las Comunidades Autónomas en los órganos estatales encargados de ejercer aquella delimitación competencial. La pérdida de capacidad de decisión de las Comunidades Autónomas quedaría relativizada si existiese un Senado como verdadera Cámara de representación territorial con la función de dar cauce de participación a los intereses autonómicos en la elaboración de las leyes del Estado⁴².

El hecho de que en las instituciones del Estado estuviesen representados los intereses de los entes territoriales constituye también una garantía de su autonomía y de su ámbito propio de decisión. Garantía política y no garantía jurídica, pero garantía al fin y al cabo de un ámbito propio de decisión territorial. Ciertamente, las garantías políticas no son alternativas o excluyentes de las garantías jurídicas, son complementarias, pero aquellas se demuestran como más efectivas que éstas en los actuales Estados compuestos —donde se ha atribuido al poder central una amplia capacidad de decisión con la finalidad de garantizar la igualdad y la unidad— como mecanismo para garantizar un ámbito propio de decisión territorial considerado suficiente por los propios niveles territoriales.

⁴² AJA FERNÁNDEZ, E. y ARBÓS I MARÍN, X., «El Senado, cámara posible de las autonomías», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 17, 1980. En el mismo sentido de posibilitar la participación de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias del Estado se pronunció tempranamente CRUZ VILLALÓN, P., «La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número monográfico 4, 1981, p. 61.

Presente y futuro de la distribución competencial sobre la Administración de Justicia entre el Estado y las Comunidades Autónomas

Alberto Saiz Garitaonandia

Facultad de Derecho. Sección de Bizkaia
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

SUMARIO: 1. El gobierno del Poder Judicial en el Estado autonómico español. 2. El ámbito jurisdiccional u organizativo-judicial: 2.1. Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas 2.2. Participación en la organización de las demarcaciones judiciales de sus territorios 2.3. Finalización de las sucesivas instancias procesales en el territorio de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre situado el órgano judicial que conoció de la primera instancia. 3. La competencia de las Comunidades Autónomas sobre los medios materiales y el personal no jurisdiccional al servicio de jueces y magistrados. 4. Conclusión. Bibliografía.

Tras la promulgación de la Constitución española de 1978, la distribución territorial del poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas permitió a estas últimas tener sus propios gobiernos y parlamentos. En este sentido, el paso dado en la descentralización política de ambos poderes es innegable. No se puede llegar a la misma conclusión, no obstante, en el caso del Poder Judicial pues, de hecho, el artículo 117.5 de la Constitución española (CE) estableció la unidad jurisdiccional como uno de los principios del Estado. Además, el art. 149.1,5.º CE recoge la «Administración de Justicia» como una de las competencias exclusivas del Estado, lo que parece alejar todavía más a las autonomías de la participación en ese ámbito.

Pero si bien es cierto que las Comunidades Autónomas no puedan tener sus propios Poderes Judiciales, ello no implica que éstas no puedan participar en absoluto en el funcionamiento y organización de dicho Poder. Es más, la propia Constitución abre la puerta a dicha participación en algunos de sus preceptos, y prevé que estos entes territoriales sean tenidos en cuenta en la organización de los distintos juzgados y tribunales a implementarse en el territorio del Estado.

En las siguientes líneas resumiremos cómo se materializa actualmente la distribución de las competencias relativas a la Administración de Justicia entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Por otro lado, examinaremos las posibilidades de

aumentar las funciones desarrolladas por los entes territoriales en este área, siempre por supuesto con respeto de los límites marcados por la Constitución española de 1978. Para ambas cuestiones deberemos tener presente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, fundamentalmente la reciente STC 31/2010, de 28 de junio, aunque sin olvidar otras que, como las STC 56/1990 y 62/1990, la precedieron analizando muchos aspectos capitales sobre el tema aquí debatido. Para una mejor comprensión de la cuestión nos centraremos en los principales asuntos y las implicaciones de los mismos en la distribución de funciones entre los territorios autonómicos y el Estado: 1) el gobierno del Poder Judicial; 2) el área o ámbito jurisdiccional u organizativo-judicial; y 3) la competencia sobre los medios materiales y personales que prestan sus servicios a los jueces y magistrados.

1. EL GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL EN EL ESTADO AUTONÓMICO ESPAÑOL

El art. 122.2 CE establece que el Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno de la Judicatura, añadiendo que una Ley Orgánica regulará su estatuto, funciones y el régimen de incompatibilidades de sus miembros. Además, se indica que el Consejo General estará integrado por un Presidente, que a su vez presidirá el Tribunal Supremo, y por veinte miembros nombrados para un período de cinco años. Cada una de las Cámaras del Estado —Congreso y Senado— nombrarán diez de esos miembros, seis entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales y cuatro entre abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de quince años de experiencia profesional (art. 122.3 CE).

Así, el Consejo General del Poder Judicial creado por la Constitución se constituye como un órgano centralizado, sin ningún tipo de participación de las autonomías en la designación de sus miembros. Esta idea de centralización fue incluso en aumento cuando se aprobó la Ley Orgánica del Poder Judicial en 1985. Esta Ley Orgánica, que regula no sólo el órgano de gobierno de la judicatura sino también las cuestiones principales relativas al Poder Judicial en su conjunto (juzgados y tribunales, su organización y competencias, formas de acceso a la judicatura, independencia e imparcialidad judicial...), sólo previó una participación simbólica de los entes autonómicos en el ámbito del gobierno del Poder Judicial. De hecho, a pesar de crear órganos de gobierno inferiores al Consejo General, las autonomías no podían participar en los mismos ni intervenir en el nombramiento de sus miembros. Este elemento era especialmente notorio en las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, pues la Ley Orgánica implementó estos Tribunales Superiores de Justicia en todas las Comunidades Autónomas y, por lo tanto, sus Salas de Gobierno se constituían como la institución de referencia en el ámbito gubernativo-judicial en el territorio de cada Comunidad Autónoma. A pesar de este hecho, no se estableció ningún tipo de participación autonómica sobre las mismas: al contrario de lo mencionado para los miembros del Consejo General, todos ellos nombrados por el Parlamento del Estado, las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia estaban formadas

sólo por jueces y magistrados, miembros natos u elegidos por y entre los propios jueces y magistrados, sin ningún tipo de intervención de los Ejecutivos o Legislativos autonómicos en el proceso de selección de los mismos.

Algunas autonomías —principalmente aquéllas con una fuerte tradición nacionalista y un mayor espíritu de autogobierno en su territorio, como Cataluña y el País Vasco— han solicitado insistentemente la participación en este ámbito a lo largo de las últimas décadas. Como respuesta a dichos requerimientos, aunque también en gran medida debido al apoyo político otorgado por el partido nacionalista catalán Convergència i Unió al partido en el gobierno —Partido Socialista— ante la debilidad parlamentaria de éste, el Gobierno socialista presentó a comienzos del año 2006 un Proyecto de Ley para la creación de Consejos de Justicia en cada una de las autonomías españolas. Paralelamente el *Parlament de Catalunya* aprobaba un Proyecto de nuevo Estatuto de Autonomía que recogía expresamente la creación del Consejo de Justicia en dicho territorio. La regulación que en ambos Proyectos se realizaba de los Consejos de Justicia establecía importantes competencias para dicho órgano. Con todo, no se trataba de textos coincidentes pues, sin ir más lejos, se establecía una diferente participación del legislativo autonómico en la designación de sus miembros: mientras que sólo un tercio de todos ellos eran elegidos por el legislativo catalán en el Proyecto de Ley, todos excepto el Presidente eran nombrados por dicha cámara en el Proyecto de nuevo Estatuto.

Tras numerosos trámites en el Congreso y Senado, el final de la legislatura y las consecuentes elecciones generales de 2008 impidieron la aprobación definitiva del Proyecto de Ley Orgánica del año 2006. Por el contrario, tras importantes enmiendas promovidas por el Partido Socialista en las Cortes Generales del Estado (entre ellas su artículo 99, relativo a la composición del Consejo de Justicia, que pasó a establecer genéricamente que el *Parlament de Catalunya* nombrará los miembros del Consejo «de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial»), en julio de 2006 fue aprobado el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña. Este texto se convierte en la primera ley vigente en prever el Consejo de Justicia con participación del parlamento autonómico en su composición —a pesar de no quedar ésta definida, pues se indica que esta cuestión deberá ser concretada en una futura modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial—.

El dato anterior no debe hacernos suponer que el Consejo de Justicia tuviera un fácil camino hacia su implementación, pues tras la aprobación del nuevo Estatuto de Cataluña el Partido Popular, por aquel entonces principal partido de la oposición y tradicionalmente centralista, interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra el mismo arguyendo que muchos de sus preceptos —la regulación principal del Consejo de Justicia incluida— era contraria a la Carta Magna.

Tras cuatro años de intenso debate interno el Tribunal Constitucional emitió su decisión sobre el asunto referido (STC 31/2010, de 28 de junio). En la misma se declaró la inconstitucionalidad de algunos de los preceptos del nuevo *Estatut* y, además, se estableció una específica interpretación para algunos otros.

Los principales artículos relativos al Consejo de Justicia se encuentran en el primer grupo y, por lo tanto, fueron declarados inconstitucionales. Con un confuso ar-

gumento (FJ 47), el Tribunal Constitucional estableció que «ningún órgano, salvo el Consejo General del Poder Judicial, puede ejercer la función de gobierno de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial, exclusivo del Estado, ni otra ley que no sea la Orgánica del Poder Judicial puede determinar la estructura y funciones de aquel Consejo dando cabida, en lo que ahora interesa, y en su caso, a eventuales fórmulas de desconcentración que, no siendo constitucionalmente imprescindibles, han de quedar, en su existencia y configuración, a la libertad de decisión del legislador orgánico con los límites constitucionales antes expresados».

Así, el Tribunal Constitucional ofreció dos argumentos para rechazar el Consejo de Justicia de Cataluña. En primer lugar, el Consejo General del Poder Judicial se constituye el único órgano de gobierno en la judicatura. Además, como segundo motivo para rechazar el Consejo de Justicia se indica que toda la regulación del gobierno judicial debe ser establecida por parte de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no por un Estatuto de Autonomía.

El primer argumento, que implicaría que el Consejo General es el único órgano de gobierno del Poder Judicial constitucionalmente aceptable, carece de sentido, pues olvida la existencia de otros órganos de gobierno judicial inferiores creados por la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, como por ejemplo las anteriormente mencionadas Salas de Gobierno de los Tribunales de Justicia en el nivel autonómico.

El segundo argumento abandona la teoría de la «validez sin eficacia», aceptada por el propio Tribunal Constitucional en otras ocasiones. Según esta teoría, los artículos serían válidos —y por lo tanto constitucionales— pero no serían efectivos hasta que la Ley Orgánica del Poder Judicial fuera modificada creando y regulando los Consejos de Justicia en el sentido establecido por el Estatuto de Autonomía catalán.

En todo caso, la sentencia del Tribunal Constitucional no dice que los Consejos de Justicia sean inconstitucionales en sí mismos, sino que éstos no pueden ser regulados de manera primigenia por un Estatuto de Autonomía de forma previa a su regulación por parte de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así, si el Proyecto de Ley del año 2006 hubiera sido aprobado, modificando la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Consejos de Justicia serían actualmente órganos de gobierno judicial vigentes en el nombramiento de cuyos miembros intervendrían las Comunidades Autónomas en la forma establecida en la propia Ley Orgánica. De esta manera, y a pesar de la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las Comunidades Autónomas conservan la esperanza de tener un cierto ámbito de actuación en el gobierno del Poder Judicial en sus propios territorios.

2. EL ÁMBITO JURISDICCIONAL U ORGANIZATIVO-JUDICIAL

El principio de unidad jurisdiccional establecido en el art. 117.5 CE parece *a priori* excluir totalmente a las Comunidades Autónomas de la organización de los órganos judiciales a implementarse en su territorio. No obstante, un

somero análisis del resto del texto constitucional muestra que esta primera impresión no es totalmente cierta pues, de hecho, el art. 152.1 CE, previsto originalmente sólo para las Comunidades históricas, estableció que los Estatutos de Autonomía debían prever la participación de los entes territoriales en dicho ámbito a través de tres vías diferentes:

1. En primer lugar, a través de la creación de «un Tribunal Superior de Justicia» que, «sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito de la Comunidad Autónoma».
2. En segundo lugar, a través de la participación de la Comunidad Autónoma «en la organización de las demarcaciones judiciales» en sus respectivos territorios.
3. En tercer lugar, estableciendo que, sin perjuicio de lo dispuesto para el Tribunal Supremo, «las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia».

Por otro lado, la Constitución española también dejó establecido que todas las disposiciones sobre los puntos anteriores fijadas por los Estatutos de Autonomía debían ser conformes a las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los principios de unidad e independencia de dicho Poder. Este precepto subrayaba la posición superior de la Ley Orgánica y limitaba las opciones autonómicas en el desarrollo de ese ámbito de autogobierno. No obstante, al mismo tiempo, y a pesar de la anteriormente mencionada unidad jurisdiccional y la competencia exclusiva del Estado en materia de «Administración de Justicia», compelió a la futura Ley Orgánica —que fue aprobada en 1985, siete años más tarde que la Constitución de 1978— a dar entrada a las Comunidades Autónomas en algunas cuestiones de este ámbito competencial.

Fueron las históricas País Vasco y Cataluña las primeras autonomías en aprobar sus Estatutos en 1979 y, como no podía ser de otra forma, aprovecharon las posibilidades otorgadas por el art. 152.1 CE de cara a incrementar su acervo competencial. Posteriormente, incluso a pesar de que esa disposición había sido originariamente establecida sólo para las Comunidades históricas, la gran mayoría del resto de autonomías también recogieron en sus Estatutos las disposiciones relativas a la creación de un Tribunal Superior de Justicia, la participación en la organización de las demarcaciones judiciales de su territorio y la finalización de las instancias procesales en órganos del mismo territorio en el que se encontrara el de primera instancia. Finalmente, el Tribunal Constitucional validó esa asunción generalizada de competencias también para las Comunidades Autónomas comunes, argumentando que la obligación de las comunidades históricas establecida en el art. 152.1 CE no implicaba que el resto de territorios, potestativamente, no pudieran hacer dicha previsión: era obligatorio para las primeras, y opcional para las segundas (SSTC 56 y 62/1990, de 29 y 30 de marzo).

Así, cuando se aprobó la Ley Orgánica del Poder Judicial en 1985 buena parte de las autonomías «comunes» habían recogido en sus normas constitutivas las posibilidades que sobre la Administración de Justicia la Constitución originariamente había otorgado sólo a las Comunidades históricas. Bajo estas premisas la Ley Orgánica llegó todavía más allá, generalizando la regulación incluso para aquellas pocas autonomías que no habían previsto dichas competencias en sus Estatutos. Analizaremos a continuación más pormenorizadamente dicha regulación.

2.1. Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas

El artículo 70 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 estableció que «el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma culminará la organización judicial en el ámbito de aquélla, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo». Este precepto generalizó los Tribunales Superiores a todas las autonomías —incluida La Rioja, única región que no había previsto en su Estatuto—, y uniformizó la existencia de los diferentes tribunales en todos los territorios, independientemente de la consideración histórica de los mismos.

Por lo que respecta a las competencias de estos Tribunales Superiores de Justicia, la Ley Orgánica los excluyó del conocimiento del recurso de casación de normas comunes, que quedó reservado al Tribunal Supremo español. Además, concedió a los Tribunales Superiores escasas competencias en los órdenes civil y penal.

2.2. Participación en la organización de las demarcaciones judiciales de sus territorios

A pesar de que las funciones relativas al establecimiento de demarcaciones judiciales se encuentran en el núcleo de la competencia sobre la Administración de Justicia, y por lo tanto le corresponden exclusivamente al Estado ex art. 149.1,5 CE, la mención constitucional sobre la participación de las autonomías en dicho ámbito realizada por el art. 152.1 CE obligaba a la Ley Orgánica a hacer previsión de alguna forma.

Bajo la premisa anterior, la Ley Orgánica recogió la citada participación autonómica más a nivel formal que real. Ésta se limitaba a que las autonomías realizaran una propuesta sobre dichas demarcaciones judiciales al Ministerio de Justicia español. Así, según el art. 35 LOPJ, el Ministerio debería tomar en consideración la propuesta autonómica cuando definiera las demarcaciones judiciales, pero sin que la misma tuviera ningún tipo de efecto vinculante para las instituciones centrales. Por otro lado, el art. 35.6 LOPJ fue más generoso con las autonomías, pues estableció que las capitales de las citadas demarcaciones serían determinadas mediante ley autonómica.

Considerando que la propuesta es realizada por los entes que mejor conocen su propio territorio —las Comunidades Autónomas—, estimamos que una modificación en la Ley Orgánica que incrementara los efectos vinculantes de dicha propuesta constituiría un elemento positivo. En el sentido anterior, el Ministerio de Justicia podría emitir algún tipo de criterio general relativo a mínimos o máximos de población o de extensión territorial para las demarcaciones judiciales y permitir a las autonomías que definan sus propios partidos judiciales, siempre sobre la base del respeto de las premisas generales establecidas previamente desde el Ministerio. Esa modificación no sólo implicaría una importante mejora cualitativa de la participación autonómica en este punto específico, sino que también acercaría el ámbito de decisión a los ciudadanos afectados por esa medida.

2.3. Finalización de las sucesivas instancias procesales en el territorio de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre situado el órgano judicial que conoció de la primera instancia

La cuestión aquí analizada, vinculada con la organización de los distintos órganos judiciales pero tal vez en mayor medida con la regulación de las leyes procesales en todos los órdenes, implica que si el órgano judicial que conoció un asunto en primera instancia se encuentra ubicado en el territorio de una específica Comunidad Autónoma, los recursos que traigan causa de ese asunto deberán ser juzgados por tribunales situados en la misma Comunidad Autónoma.

A pesar de lo anterior, hemos comentado ya que el conocimiento del recurso de casación se reserva al Tribunal Supremo, al ser considerado un recurso extraordinario. Además, la Ley Orgánica del Poder Judicial estableció la Audiencia Nacional que, con jurisdicción en todo el Estado, tiene importantes competencias, especialmente en el ámbito penal. La implementación de este órgano resta potencial al ámbito funcional de los Tribunales Superiores, pues conoce en primera instancia de importantes asuntos, excluyendo así a otros juzgados y tribunales que se encuentran en las Comunidades Autónomas de dicha primera instancia, y desactivando por tanto la cláusula constitucional en relación con el conocimiento de las sucesivas instancias en órganos situados en las diferentes autonomías.

Dejando a un lado el ámbito competencial y la propia existencia de la Audiencia Nacional, consideramos que no se puede excluir a priori una modificación que otorgue el conocimiento del recurso de casación general a los Tribunales Superiores de Justicia. Somos conscientes de la disposición constitucional relativa a la superior posición del Tribunal Supremo en todos los órdenes (art. 123.1 CE); no obstante, debemos cuestionarnos si el conocimiento del recurso de casación es la única forma de preservar dicha superior posición —e incluso si es la más apropiada, teniendo en cuenta el enorme retraso en el conocimiento de asuntos que ostenta el Tribunal Supremo—. Esa posición se encontraría también garantizada si se otorgara al Tribunal Supremo la competen-

cia para revisar las resoluciones emitidas por los distintos Tribunales Superiores de Justicia en conocimiento de los recursos de casación. Este nuevo «último recurso» garantizaría la uniformidad de las interpretaciones y, de cara a evitar cargas excesivas, podría asumir la forma del «writ of certiorary» norteamericano, dejando a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas el conocimiento de las casaciones ordinarias.

3. LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE LOS MEDIOS MATERIALES Y EL PERSONAL NO JURISDICCIONAL AL SERVICIO DE JUECES Y MAGISTRADOS

Una primera aproximación a la cuestión exige un análisis del art. 122.1 CE; dicho precepto establece que «la Ley Orgánica del Poder Judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales, así como el estatuto jurídico de jueces y magistrados de carrera, que formarán un cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia».

Según este artículo, la Ley Orgánica del Poder Judicial se constituía de nuevo en la norma básica en el ámbito del Poder Judicial: la Constitución de 1978 indicaba que dicha Ley, aprobada en 1985, debía regular la administración general tanto de los tribunales españoles como del personal que sirve en los mismos, tanto el jurisdiccional —jueces y magistrados— como el no jurisdiccional. Existía una única limitación constitucional a la futura Ley Orgánica: el personal jurisdiccional debía formar un cuerpo único en todo el Estado. Es éste un importante límite para las Comunidades Autónomas, puesto que excluye que éstas puedan crear sus propios cuerpos judiciales, quedando todo el personal jurisdiccional bajo la dependencia de las instituciones estatales correspondientes —principalmente del Consejo General del Poder Judicial, órgano de gobierno de la Judicatura (art. 122.2 CE)—.

Como hemos mencionado, antes de que la Ley Orgánica del Poder Judicial fuera aprobada en 1985, los distintos territorios aprobaron sus Estatutos de Autonomía, convirtiéndose en Comunidades Autónomas. Catorce de las diecisiete autonomías acogieron la posibilidad de asumir funciones en el ámbito de la «Administración de Justicia» por medio de la adición en sus Estatutos de la denominada cláusula subrogatoria. Gracias a esta cláusula las autonomías asumían las competencias que la Ley Orgánica del Poder Judicial reconociera al Gobierno del Estado o le reservara al mismo. Una vez más la Ley Orgánica que iba a ser finalmente aprobada en 1985 se constituía como elemento definitorio en la distribución competencial Estado-Comunidades Autónomas en materia de Administración de Justicia.

Cuando finalmente la Ley Orgánica fue sancionada, las expectativas autonómicas de asumir un número importante de competencias en este ámbito se vieron incumplidas. De esta manera, si bien las funciones vinculadas a los medios materiales vinculados al Poder Judicial fueron atribuidas al Gobierno (art. 37 LOPJ)

y, por lo tanto, a las Comunidades Autónomas vía cláusulas subrogatorias, todos los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia quedaban constituidos como «cuerpos nacionales» (art. 464 LOPJ). Este dato implicaba que, debido a su especial caracterización como cuerpos nacionales, la regulación tanto de los Secretarios Judiciales como de los funcionarios inferiores a éstos dependientes de la Administración de Justicia quedaba residenciada en el Ministerio de Justicia, e incluso a pesar de la cláusula subrogatoria, el Ministerio de Justicia —y no las Consejerías correspondientes de las distintas autonomías— conservaba la competencia sobre dichos funcionarios públicos.

Algunas Comunidades Autónomas interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra diferentes artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre ellos los anteriormente citados, arguyendo que *de facto* éstos limitaban el potencial de las cláusulas subrogatorias. Así, en su STC 56/1990, de 29 de marzo, el Tribunal Constitucional estableció que existía un núcleo inaccesible de la competencia sobre Administración de Justicia vinculado íntimamente con la función jurisdiccional que nunca podía ser transferido a las Comunidades Autónomas y que, por lo tanto, debía permanecer en todo caso como competencia del Estado. Por otro lado, según la citada sentencia, el personal de apoyo y los medios materiales al servicio de juzgados y tribunales se encontraba fuera del citado núcleo inaccesible, lo que facultaba que las autonomías asumieran las funciones propias de ese ámbito; no obstante, dicha asunción competencial autonómica debía en todo caso ser realizada conforme a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así, incluso aunque el Tribunal Constitucional señalara en su sentencia que no se trataba de la única opción constitucional admisible, aceptó la caracterización de cuerpos nacionales de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia que, a su vez, implicaba la necesaria existencia de una regulación común para estos cuerpos, que debía ser emitida por instituciones estatales y no autonómicas.

La autonomización de los Secretarios Judiciales y del resto del personal de apoyo no judicial, dejando la competencia sobre los mismos en manos de las Comunidades Autónomas, se constituiría así como una opción totalmente constitucional. En este sentido, otorgaría a los gobiernos autonómicos la responsabilidad de gestionarlos y de encontrar de esta manera la mejor forma para maximizar tanto medios materiales como personales de cara a ofrecer la mejor Administración de Justicia posible en cada uno de sus territorios.

4. CONCLUSIÓN: IDEAS PARA ACERCAR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Después de analizar las principales cuestiones relativas a la Administración de Justicia y las Comunidades Autónomas, podemos extraer varias conclusiones. Estas conclusiones deben tener en cuenta la unidad jurisdiccional establecida por la Constitución española para todo el Estado; no obstante, tal y como

hemos visto, dicha unidad no excluye la participación autonómica en algunas importantes áreas del Poder Judicial, tanto aquéllas actualmente previstas como otras que pueden ser asumidas en el futuro.

En primer lugar, a pesar de que la STC 31/2010 anulaba la regulación principal de los Consejos de Justicia establecida en el Estatuto de Autonomía de Cataluña, los argumentos utilizados en dicha resolución muestran que la inconstitucionalidad provenía de la inidoneidad del Estatuto para regular dicha institución, y no de la propia naturaleza del órgano de gobierno judicial autonómico en sí misma. De esta manera, una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial que creara dichos Consejos de Justicia se constituiría como totalmente constitucional. Esta nueva regulación debería permitir la participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de nombramiento de los miembros de dicho órgano de gobierno, en la línea establecida por la propia Constitución cuando otorga competencia al Congreso y Senado de cara al nombramiento de los vocales del Consejo General del Poder Judicial.

Por otro lado, el ámbito cognitivo de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas podría ser ampliado, especialmente en lo relativo al conocimiento del recurso de casación. La superior posición del Tribunal Supremo quedaría garantizada por medio de un nuevo recurso que permitiera al Alto Tribunal revisar las resoluciones emitidas por los Tribunales Superiores de Justicia de cara a unificar las interpretaciones realizadas por los mismos.

Finalmente, dejando aparte a los jueces y magistrados —que *ex constitutione* deben formar un cuerpo único en todo el Estado—, la competencia sobre los diferentes cuerpos de Secretarios Judiciales y otros funcionarios al servicio de la Administración de Justicia podría ser transferida a las Comunidades Autónomas. Conjuntamente con las funciones relativas a los medios materiales de la que ya gozan distintas autonomías, la competencia sobre el personal no jurisdiccional podría ser utilizada para implementar una nueva política de personal que maximizara los recursos disponibles, mejorando así la Administración de Justicia en cada territorio.

BIBLIOGRAFÍA

- BORREL MESTRE, J., *Estado autonómico y Poder Judicial*, Atelier, Barcelona, 2002.
- GERPE LANDÍN, M.; CABELLÓS ESPIÉRREZ, M.A., «La regulación estatutaria del Poder judicial y su tratamiento en la STC 31/2010», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 12, 2011, pp. 302-330.
- PORRAS RAMÍREZ, J.M., «El Poder Judicial en Cataluña, según el Estatut y el Tribunal Constitucional. Limitaciones y posibilidades de desarrollo de un modelo», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 12, 2011, pp. 331-362.
- SAIZ GARITAONANDIA, A., *La Administración de Justicia en las Comunidades Autónomas. Situación actual y perspectivas de reforma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- SAIZ GARITONANDIA, A. «Otras formas de gobierno judicial en Estados compuestos. Los casos de Italia y los Estados Unidos de América», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 83, enero-abril de 2009, pp. 149-182.

La naturaleza competencial de las reservas de Ley Orgánica en la jurisprudencia constitucional. En particular, el caso de la Ley Orgánica del Poder Judicial

María del Mar Navas Sánchez
Profesora Titular de Derecho Constitucional.
Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las reservas de ley y las normas constitucionales sobre distribución de competencias estatales y autonómicas. Breve planteamiento de la cuestión. 3. La incidencia de la reserva de Ley Orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (art. 81.1 CE) en el sistema de distribución de competencias, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. 4. La reserva de Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en la jurisprudencia constitucional. Su consideración como norma atributiva de competencias al Estado. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Es indudable que uno de los ámbitos en los que más se ha dejado sentir la intervención y contribución del Tribunal Constitucional (TC) ha sido precisamente en relación con el reparto territorial del poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA). Prueba de ello es el conjunto de sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC) por las que se resuelven los diferentes recursos de inconstitucionalidad planteados contra los nuevos Estatutos de Autonomía (EEAA) aprobados por algunas CCAA (también denominados Estatutos de segunda generación)¹.

Precisamente estas sentencias, en especial la STC 31/2010, nos ofrece la oportunidad de detenernos nuevamente sobre una cuestión que ya, con ocasión de los primeros Estatutos de Autonomía, suscitó la atención de doctrina y

¹ Se trata de las SSTC 247/2007 (Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, de 2006), 31/2010, 137 y 138/2010 (Estatuto de Cataluña, de 2006); 30/2011 (Estatuto de Andalucía, de 2007); 32/2011 (Estatuto de Castilla y León, de 2007) y 110/2011 (Estatuto de Aragón, de 2007). Además han aprobado nuevos Estatutos de Autonomía: Baleares (2007) y Extremadura (2011).

jurisprudencia. Nos referimos a la naturaleza jurídica de las reservas de Ley Orgánica previstas en la CE, desde el punto de vista del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Es decir, a cuál es la relación entre estas normas constitucionales (art. 81.1 CE, art. 122 CE,...) y aquellas otras que se refieren específicamente a la distribución competencial. Cuando la CE reserva una determinada materia a la Ley Orgánica, ¿está simplemente estableciendo una previsión relativa al sistema de fuentes o, por el contrario, está también, siquiera sea de modo implícito, atribuyendo una competencia al Estado, al margen, incluso, de lo previsto en el art. 149 CE?

Constituye, así, el propósito de nuestro trabajo analizar el papel que la jurisprudencia constitucional ha atribuido a las reservas de Ley Orgánica en relación con la articulación de competencias estatales y autonómicas. Se tratará, pues, de un análisis esencialmente jurisprudencial con el que se pretende contribuir de un modo muy modesto al debate doctrinal sobre el Estado autonómico. Se trata, fundamentalmente, de llamar la atención sobre el modo en que el Tribunal Constitucional está utilizando la reserva de Ley Orgánica como una técnica de distribución competencial. Especialmente en el caso del Poder Judicial, en la que la usa a modo de complemento de su propia jurisprudencia por la que limitó el alcance del título competencial específico, el art. 149.1.5ª, al núcleo de tal Poder, con exclusión de todo lo que excediera del mismo.

2. LAS RESERVAS DE LEY Y LAS NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ESTATALES Y AUTONÓMICAS. BREVE PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El marco básico (o sistema ordinario) de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, dentro del cual corresponde a los Estatutos de Autonomía fijar las competencias asumidas por las respectivas Comunidades Autónomas, viene dado por los artículos 148 y 149 CE.

No obstante, en la CE se contienen, además, otras normas con posible incidencia en este sistema de reparto competencial y que, por tanto, es preciso tener en cuenta para determinar cuál es el papel que desempeñan en relación con la articulación competencial Estado-Comunidades Autónomas, si es que desempeñan alguno. Entre estas y por lo que se refiere específicamente a la delimitación (cuáles y con qué alcance) de las competencias estatales destacan los preceptos constitucionales que configuran distintas reservas de ley, especialmente cuando lo es a una Ley Orgánica. ¿Cuál es la relación que se establece entre estas normas constitucionales y aquellas otras referidas específicamente al reparto del poder político entre el Estado y las Comunidades Autónomas?

Tratándose de una reserva a la Ley Orgánica la cuestión plantea ciertos problemas, por la propia particularidad que presenta este tipo de Ley: ser una norma que sólo puede provenir del Estado. De acuerdo con el art. 81.2 CE sólo las Cortes Generales —y, por tanto, el Estado— pueden elaborar estas leyes que habrán de seguir, además, un procedimiento específico para ello. Así

pues, aquí la *forma* de la ley predetermina al único ente habilitado para su producción: el Estado, con exclusión de las CCAA. No se trata pues, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias, de una *forma* que esté a disposición de ambos, Estado y CCAA.

Dado que es incuestionable que sólo el Estado —a través de las Cortes Generales— puede elaborar una Ley Orgánica surge, casi de modo natural, la cuestión relativa a su alcance competencial. Cuando la Constitución reserva una determinada materia a la Ley Orgánica ¿está también atribuyendo al Estado una competencia, la de regular la materia sobre la que ésta recae y en los términos y con el alcance que quepa deducir de la propia norma constitucional que la contiene? ¿Es posible, entonces, estimarla como un título competencial del Estado y, en definitiva, como una norma atributiva de competencias estatales? O por el contrario, ¿lo correcto es entender que se trata de una simple reserva de ley, de una norma sobre una *forma* concreta de producción jurídica, cuyo contenido material necesariamente viene dado por las normas específicas de distribución competencial (art. 149 CE)?

A estas cuestiones ha tratado de dar respuesta, además de la doctrina, el Tribunal Constitucional en una jurisprudencia que, con ocasión de la reserva prevista en el art. 81.1 CE («desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas») él mismo ha calificado como *no rectilínea*. Una jurisprudencia que no ha dispensado un tratamiento homogéneo a esta cuestión, dado que el TC, a pesar de algunos intentos de formular afirmaciones de alcance general, ha abordado cada reserva de Ley Orgánica de modo independiente. Por eso conviene analizarlas por separado. No nos ocuparemos, sin embargo, de todas ellas sino tan sólo de dos. Especialmente del art. 122 CE y la reserva que establece a favor de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Pero también de la relativa al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (art. 81.1 CE) que nos servirá como contrapunto a las conclusiones que se alcancen en relación con el art. 122 CE. Empezaremos por la reserva de Ley Orgánica del art. 81.1 CE. Precisamente, de todas ellas, la que mayor atención ha suscitado en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional.

3. LA INCIDENCIA DE LA RESERVA DE LEY ORGÁNICA PARA EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS (ART. 81.1 CE) EN EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS, DE ACUERDO CON LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Ha sido, justamente con ocasión de esta reserva de Ley Orgánica que la mayoría de la doctrina ha formulado su postura sobre la cuestión que nos ocupa. Unos (Baño León. 1988, p. 208; Pemán Gavín. 1992, pp. 213-214) partidarios de considerar que la reserva de Ley Orgánica otorga simultáneamente al Estado una competencia exclusiva sobre la materia reservada. Otros, contrarios a tal entendimiento. Aún, dentro de este último grupo cabe diferenciar dos posi-

ciones básicas. Por un lado, la de quienes consideran que no tiene naturaleza competencial puesto que reserva de Ley Orgánica y normas de reparto territorial del poder operan en dos planos o a dos niveles diferentes (Lucas Murillo de la Cueva. 1999; Villaverde Menéndez. 2007a, pp. 213 y ss y 2007b, pp. 328 y ss). Por otro, la de quienes estiman que la reserva de Ley Orgánica sólo puede ser concebida como una norma relativa al sistema de fuentes, una norma sobre la forma cuyo contenido ha de venir determinado por los títulos competenciales con incidencia en la materia reservada (Barceló i Serramalera. 2004, pp. 50 y ss y 1991, p. 88 y ss; Cabellos Espiérrez. 2007, pp. 234 y ss y 2001, pp. 232 y ss; De Otto. 1984, pp. 66-67; Tudela Aranda. 1994, pp. 253 y ss).

Por su parte, la doctrina definitiva del TC sobre esta cuestión se contiene en la STC 173/1998, relativa al derecho de asociación. No obstante, para llegar aquí la jurisprudencia constitucional ha experimentado una titubeante evolución cuyos principales hitos vienen constituidos por las SSTC 5/1981 y 137/1986, referidas ambas al derecho a la educación. En la primera de ellas, el TC no diferencia realmente entre el ámbito propio de la Ley Orgánica del art. 81.1 CE y los títulos competenciales de los artículos 149.1.1 CE y 149.1.30 CE. Por el contrario, en la STC 137/1986 trata de definir cuáles de los preceptos de la Ley Orgánica son indisponibles para las Comunidades Autónomas, por contener normas básicas para el desarrollo del derecho y cuáles, por el contrario, pueden éstas modificar a través de sus propias leyes autonómicas, por constituir derecho estatal supletorio. No obstante, ninguna de estas sentencias daría una solución ni definitiva ni satisfactoria al tema que nos ocupa, como evidencian las críticas formuladas por Chofre Sirvent (1994) y Lasagabaster Herrarte (1987), entre otros. Habrá que esperar a la STC 173/1998, en la que el TC formula la que constituye, al menos hasta el momento, su jurisprudencia definitiva sobre esta cuestión.

Una jurisprudencia que se mueve entre dos parámetros aparentemente contrapuestos. De un lado que «la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE no contiene, en puridad, ningún título competencial habilitante a favor del Estado» [STC 173/1998, fundamento jurídico (f.j.) 7]. De otro, que no obstante lo anterior, lo cierto es que «en virtud del art. 81.1 CE, sólo el Estado puede dictar esta forma de leyes en desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas y que las Comunidades Autónomas al ejercer sus competencias deben respetar el contenido de las mismas so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad por vulneración del art. 81.1 CE.» (STC 173/1998, f.j. 7). En este sentido, se ha destacado que el principal obstáculo para entender el contenido (*desarrollo*) de los derechos fundamentales como una materia ajena al reparto competencial lo constituye, precisamente, el papel atribuido a la Ley Orgánica (Rodríguez. 2012, p. 216).

El TC trata de resolver esta contradicción distinguiendo entre el desarrollo directo del derecho fundamental, considerado en abstracto o en cuanto tal, y la regulación de su régimen jurídico. Mientras que lo primero está constitucionalmente reservado a la Ley Orgánica y, por tanto, sólo puede corresponder al

Estado, lo segundo está sujeto a las normas sobre distribución de competencias (arts. 148 y 149 CE). El TC precisa el alcance de la reserva de Ley Orgánica: la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas. Sobre el resto de la regulación posible, esto es, sobre la regulación de la materia sobre la que se proyecta el derecho, corresponderá actuar al legislador ordinario, bien estatal, bien autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma (STC 173/1998, f.j. 7).

En todo caso, a pesar de los intentos del TC por diferenciar la diversa naturaleza y finalidad de la reserva de Ley Orgánica y de las normas distributivas de competencia y a pesar de su afirmación de que la primera no otorga ninguna competencia al Estado, sigue quedando la impresión de que también esta reserva de Ley Orgánica tiene alcance competencial. Esto es así desde el momento en que el TC atribuye al Estado una facultad (el desarrollo directo del derecho) que hace derivar directamente del artículo 81.1 CE; no de ninguno de los títulos competenciales del art. 149 CE.

En este sentido, varias han sido las propuestas y tesis formuladas por la doctrina para salvar la contradicción en la que parece incurrir la STC 173/1998. Entre ellas, destacamos la tesis formulada por Villaverde Menéndez (2007a, pp. 213 y ss y 2007b, pp. 328 y ss), aunque el autor parte justamente de la impresión contraria: de la identificación, por el TC, del objeto de esta reserva de Ley con el alcance de la competencia estatal a que se refiere el art. 149.1.1 CE. La idea principal es que los derechos fundamentales no son materia competencial al formar parte de la Constitución global (*Gesamtverfassung*) del Estado compuesto y ser, por tanto, indisponibles a los legisladores, estatal y autonómico. De este modo, cuando el legislador orgánico desarrolla el contenido de un derecho fundamental no actúa como legislador del Estado central sino de la *Gesamtverfassung*. Para Fernández Farreres (2005, pp. 70-72), por el contrario, la doctrina contenida en esta sentencia es acertada, siempre que se entienda que la Ley Orgánica no puede ir más allá de las competencias estatales para establecer normas básicas. Es decir, que sólo pueden incorporarse a la Ley Orgánica normas que, desde el punto de vista de la distribución competencial, tengan el carácter de básicas. Otros autores, como Barceló i Serramalera (2004, p. 57) y Cabellos Espiérrez (2007, pp. 102-106 y 2001, pp. 238-260) se muestran, sin embargo, abiertamente críticos con esta jurisprudencia constitucional, al entender que el TC acaba dando un contenido competencial a esta reserva de Ley Orgánica que no debería tener.

En cualquier caso, queremos poner el acento, no en esta jurisprudencia y sus contradicciones, sino justamente en los esfuerzos argumentativos que realiza el TC para rechazar que la reserva de Ley Orgánica del art. 81.1 CE pueda ser considerada como una norma atributiva de competencias a favor del Estado. Tratando de descartar, así, que la misma suponga una alteración de las normas de reparto competencial entre el Estado y las CCAA. Esfuerzos que se completan, además, con la concepción que el TC sostiene, y que

aplica aquí, acerca de la Ley Orgánica como una norma excepcional, que requiere una interpretación restrictiva. Tanto por lo que se refiere a la materia reservada (derechos fundamentales y libertades públicas) como respecto del objeto de la reserva, es decir, de la regulación que en su virtud corresponde realizar al legislador orgánico y, por tanto estatal (desarrollo directo del derecho).

Es más, incluso podría entenderse que, en el fondo, esta jurisprudencia no supone, ciertamente una ampliación de las competencias que respecto de los derechos fundamentales corresponde al Estado. Aunque la STC 173/1998 no lo hace y por eso es objeto de crítica doctrinal (Cabellos Espiérrez. 2001), cabría la posibilidad, al menos teórica, de referir el contenido del art. 81.1 CE al art. 149.1.1 CE. Es decir, de reconducir ese ámbito normativo (desarrollo directo) que el TC sitúa ahora en la órbita del art. 81.1 CE al art. 149.1.1 CE. Como parte del contenido que la STC 61/1997 atribuyó a la «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos». Que habilita al Estado para regular el contenido primario del derecho, las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos) (STC 61/1997, f.j. 8). En cuyo caso, nos encontraríamos simplemente con un defectuoso entendimiento de la reserva de Ley, en este caso Orgánica. Muy diferente es, sin embargo, la situación cuando se trata de la reserva de LOPJ. No sólo porque desaparece aquí todo ese esfuerzo argumentativo, las cautelas e interpretación restrictiva que despliega el TC en el caso del art. 81.1 CE sino, sobre todo, porque el TC no duda en atribuirle el carácter de una auténtica norma de distribución de competencias, capaz de alterar el régimen de reparto que, de otro modo, se deduciría del art. 149.1.5º CE.

4. LA RESERVA DE LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL (LOPJ) EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. SU CONSIDERACIÓN COMO NORMA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIAS AL ESTADO

En efecto, la perspectiva es completamente diferente cuando se trata de abordar la reserva de Ley Orgánica relativa al Poder Judicial y a su órgano de gobierno, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Ni rastro hay aquí acerca del carácter excepcional de este tipo de norma, como tampoco hay referencia alguna a la necesaria interpretación restrictiva que debería guiar la delimitación del ámbito sujeto a la misma. Además, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos anteriores, el TC no duda en atribuir expresamente naturaleza competencial tanto al art. 122 CE como a la propia Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

No obstante, antes de continuar es preciso distinguir dos ámbitos diferenciados sobre los que se proyecta la reserva a favor de la LOPJ (art. 122 CE).

De un lado, la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales; el estatuto jurídico de Jueces y Magistrados de carrera (art. 122.1 CE); el estatuto y funciones del Consejo General del Poder Judicial y el régimen de incompatibilidades de sus miembros (art. 122.2 CE). De otro, el estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia (art. 122.1 CE). Aún cuando la LOPJ aparece concebida en la Constitución como un texto único, su tratamiento, a los efectos que aquí interesan, no puede, sin embargo, serlo, al no ser idénticos los ámbitos sobre los que se proyecta. Así, en el primero de los supuestos, la reserva va referida a un conjunto de materias que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, forman parte de la competencia exclusiva que el art. 149.1.5º CE atribuye al Estado. Por el contrario, en el segundo caso, se refiere a un ámbito respecto del cual las CCAA podrían, en principio, asumir competencias propias.

Esta distinción es, pues, coherente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de cómo se articula el reparto de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de Administración de Justicia (SSTC 56/1990, 62/1990, 158/1992, 105/2000, 253/2005, 31/2010). Clave en esta doctrina ha resultado ser la distinción que el TC establece entre un sentido amplio y otro estricto de dicha noción («Administración de Justicia»). *Strictu sensu*, la Administración de Justicia abarca tan sólo el ejercicio de la función jurisdiccional por Jueces y Magistrados, la ordenación de aquellos elementos que resultan esenciales a la independencia judicial, es decir, la función de gobierno atribuida al CGPJ y el diseño de la estructura judicial del Estado (planta y demarcaciones judiciales). Fuera de este núcleo, aún queda un conjunto de medios materiales y personales, que sin ejercer funciones jurisdiccionales, se colocan a su servicio, realizando funciones auxiliares o de ayuda. Son estos medios materiales y el personal no judicial los que integran la Administración de Justicia en un sentido amplio. También denominada «administración de la Administración de Justicia».

Partiendo de esta distinción, el TC concluye que la competencia estatal exclusiva a que se refiere el art. 149.1.5º («Administración de Justicia») se proyecta únicamente sobre la Administración de Justicia en sentido estricto. En lo restante, esto es, en relación con la gestión de los medios materiales y del personal judicial, pueden asumir competencias las CCAA. Siempre que así lo hayan previsto en los respectivos Estatutos de Autonomía.

Aún cuando esta jurisprudencia ha sido objeto de diversas críticas por parte de la doctrina (Balaguer Callejón. 2000; García Herrera y López Basaguren. 2006, entre otros) lo cierto es que, en última instancia, hizo posible que las CCAA pudieran asumir ciertas competencias en materia de Justicia, más allá de las expresas previsiones constitucionales al respecto (art. 152.1 párrafo 2.º CE). En efecto, la distinción antes referida le sirvió al TC para declarar constitucional las «cláusulas subrogatorias» contenidas en los primeros Estatutos de Autonomía. Así denominadas porque en ellas se preveía que las Comunidades Autónomas se subrogarían en la posición del Gobierno de la Nación respecto de todas aque-

llas facultades atribuidas a éste por la Ley Orgánica del Poder Judicial o de su Consejo General. Entiende el TC que son perfectamente válidas y compatibles con la CE en tanto que se refieren a ese ámbito respecto del cual pueden las CCAA asumir competencias en materia de Administración de Justicia. Lo que no impide, sin embargo, que el Tribunal Constitucional haya precisado cuál es el alcance de las mismas, fijando una serie de limitaciones a sus posibilidades de actuación.

No obstante, también es preciso distinguir aquí dos tipos de limitaciones. Unas (SSTC 56/1990, f.j. 8; 62/1990, f.j. 5) perfectamente lógicas y razonables, a nuestro juicio, referidas, en general, a las condiciones que deben concurrir para que tales cláusulas puedan actuar. Entre ellas, la imposibilidad de que las Comunidades Autónomas asuman competencias supracomunitarias, o el hecho de que no podrán actuar tales cláusulas respecto de aquellas facultades encuadrables en la noción estricta de Administración de Justicia. Tampoco lo harán respecto de aquellas otras que, pese a pertenecer a su concepción amplia, no hayan sido atribuidos al Gobierno de la Nación por la LOPJ. Igualmente, y dado que remiten a las facultades del Gobierno, las únicas competencias que podrán asumir las CCAA serán reglamentarias y ejecutivas, nunca legislativas.

Distinta consideración nos merece, sin embargo, las otras limitaciones que el TC establece específicamente en relación con el personal no judicial que, recordemos, forma parte de ese ámbito que, por no integrarse en el núcleo a que se refiere el art. 149.1.5º CE, corresponde a las CCAA, si así lo han previsto en sus Estatutos de Autonomía.

Aplica aquí el TC no sólo las limitaciones anteriores, sino otras adicionales que hace derivar directamente de la reserva de Ley Orgánica del art. 122.1 CE [«la ley orgánica del poder judicial determinará (...) el estatuto jurídico (...) del personal al servicio de la Administración de Justicia.»].

A juicio del TC, esta reserva implica no sólo que se reserva al Estado, a través del legislador orgánico, la determinación de los elementos básicos o comunes de dicho estatuto sino, también, que queda excluida toda potestad legislativa autonómica. Es más, aún cuando considera que no es la única opción posible de que dispone el legislador para garantizar ese núcleo de regulación homogéneo, el TC estima perfectamente constitucional la configuración de este personal no judicial como un Cuerpo Nacional, con las subsiguientes limitaciones adicionales a las posibilidades de actuación autonómicas. Que se ven, así, privadas incluso de facultades típicamente gubernamentales si se entiende que su ejercicio puede poner en entredicho tal carácter de Cuerpo Nacional (SSTC 56/1990, f.j. 10; 105/2000, f.j. 5).

De este modo, el TC atribuye a la reserva de Ley Orgánica, en este punto, una naturaleza competencial que, en principio, no le corresponde. Máxime si tenemos en cuenta que el TC, en otro lugar y respecto de una reserva diferente, pero con aparente vocación de generalidad, ha proclamado que la re-

serva de Ley orgánica no contiene ningún título competencial a favor del Estado (STC 173/1998).

Incluso en el supuesto de que se estimase, como parece lógico a tenor de lo dispuesto en el art. 122.1 CE, que únicamente el Estado es competente para regular el estatuto jurídico del personal no judicial se requeriría, en todo caso, de una adecuada interpretación por parte del Tribunal Constitucional. Que no sólo diese cumplida cuenta de por qué esta se impone como la única interpretación posible, sino, sobre todo, que se guiase por un criterio restrictivo a la hora de delimitar el alcance de la reserva de LOPJ en este punto. Una interpretación restrictiva que vendría impuesta no sólo por el carácter extraordinario que el TC atribuye a este tipo de norma, la Ley Orgánica, sino también porque se trataría de un supuesto de atribución competencial especial o excepcional (Viver Pi-Sunyer. 1989). Es decir, un supuesto mediante el cual se estaría atribuyendo al Estado una competencia adicional, no reconducible, dada la interpretación jurisprudencial, al art. 149.1.5º CE y, por tanto, mediante una norma ajena a las específicamente destinadas a la distribución de competencias. Capaz, además, de alterar el reparto competencial que cabría deducir de estos preceptos específicos dejando, prácticamente sin contenido un ámbito que, de otro modo, correspondería a las CCAA.

Nada de esto hay, sin embargo, en la jurisprudencia constitucional que se limita a afirmar lacónicamente que la configuración de este personal no judicial como Cuerpo Nacional ha sido la opción elegida por el legislador para «garantizar en forma homogénea, en todas las Comunidades Autónomas, los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración de Justicia». (STC 56/1990, f.j. 10).

Otro tanto puede decirse en relación con la afirmación del TC según la cual la LOPJ es libre de atribuir determinadas facultades, más allá del ámbito estricto de gobierno del Poder Judicial, aquél que se proyecta sobre Jueces y Magistrados con la finalidad de garantizar la independencia de éstos, al CGPJ en vez de al Gobierno, impidiendo así el juego de las cláusulas subrogatorias [SSTC 56/1990, f.j. 8. b); 105/2000, ff. 2 y 4]. Entendemos, por el contrario, que la libertad de legislador no es aquí absoluta, dado que sólo estaría justificado la atribución de aquellas facultades que, pese a no estar incluidas en el núcleo duro del Poder Judicial, al no formar parte necesaria de la función estricta de gobierno, se estimen absolutamente imprescindibles para garantizar la independencia judicial. Sólo así podría estimarse justificado la sustracción de facultades del ámbito de competencias de las CCAA. Ello aún cuando se considere al CGPJ como un órgano ajeno al reparto territorial por formar parte, no del conjunto de órganos centrales del Estado, sino del ordenamiento constitucional. Lo que, por lo demás, sería coherente con la propia consideración del Poder Judicial como un Poder que se integra en el Estado global (Balaguer Callejón. 2010). Pero que, no obstante, no eximiría, de esta interpretación restrictiva, íntimamente ligada a su función de garantía de la in-

dependencia judicial que es, en definitiva, lo que justifica la existencia de este órgano.

Este protagonismo que la jurisprudencia constitucional otorga a la LOPJ se ha visto nuevamente confirmada en la STC 31/2010². Así, por ejemplo, el TC ha declarado inconstitucional el nuevo Estatuto de Autonomía catalán en cuanto creaba el Consejo de Justicia de Cataluña al estimar incompetente a la norma estatutaria para crear tal órgano, concebido como un órgano de gobierno del Poder Judicial en Cataluña. Sólo la LOPJ puede crear tal órgano. Ley Orgánica a la que, sin embargo, el TC otorga una libertad aparentemente absoluta para llevar a cabo tal desconcentración del CGPJ (fundamento jurídico 47). De igual modo, ha reiterado el papel decisivo que la LOPJ desempeña como límite y condicionante de la validez de las disposiciones estatutarias, incluso en ámbitos no integrados en el núcleo de la Administración de Justicia, como el relativo al personal no judicial (fundamento jurídico 52). Previsiones estatutarias que, en no pocas ocasiones, no son declaradas inconstitucionales, pero al precio de verse desplazadas por la LOPJ (Torres Muro y Álvarez Rodríguez. 2011).

En definitiva, a tenor de toda esta jurisprudencia constitucional resulta lícito concluir que el TC viene utilizando la reserva de Ley Orgánica del Poder Judicial como una técnica de distribución de competencias (Balaguer Callejón. 1997). O, lo que es lo mismo, como una norma atributiva de competencias. Que utiliza, además, para complementar su propia jurisprudencia sobre el alcance la norma constitucional propiamente competencial, el art. 149.1.5.º CE, que el propio TC circunscribió a la función jurisdiccional, a la función de gobierno que corresponde al CGPJ y al diseño de la estructura judicial del Estado. Una doctrina que, si bien le sirvió para salvar la constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía en este punto (cláusulas subrogatorias) ha acabado siendo matizada por el propio TC mediante el uso que hace aquí de la reserva de Ley Orgánica como una técnica adicional de distribución de competencias. No duda, pues, el TC en atribuir naturaleza competencial al art. 122 CE y, por extensión, a la propia ley en la que se plasma la previsión constitucional: la LOPJ. Resulta así que, en esta materia, el TC basa el reparto del poder entre los diferentes órganos y entes: hasta donde es posible, en el art. 149.1.5.º CE; y cuando no lo es, en el art. 122 CE, alterando así el sistema de distribución de competencias que, de otro modo, se deduciría de las previsiones constitucionales específicamente competenciales.

² Sobre este pronunciamiento jurisprudencial existe una abundante bibliografía de la que no es posible dar cuenta aquí. Por eso, nos limitaremos a destacar algunas de ellas, relativas a la concepción del Poder Judicial en los nuevos Estatutos de Autonomía y/o en la STC 31/2010: Balaguer Callejón. 2011; Cabellos Espíerrez. 2011; Cámara Villar. 2011; y Porras Ramírez. 2009.

BIBLIOGRAFÍA

- BALAGUER CALLEJÓN, F. «Las cuestiones institucionales en la STC 31/2010, de 28 de junio», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 15, 2010, pp. 62-69.
- , «Poder Judicial y Comunidades Autónomas», en *Revista de Derecho Político*, n.º 47, 2000, pp. 53-68.
- , «La constitucionalización del Estado autonómico», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 9, 1997, pp. 129-160.
- BAÑO LEON, J.M., *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1988, p. 360.
- BARCELÓ I SARRAMELERA, M., *La ley orgánica. Ámbito material y posición en el sistema de fuentes*. Atelier, Barcelona, 2004, p. 173.
- , *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*. Civitas, Madrid, 1991, p. 141.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A. «Los Consejos de Justicia en el actual proceso de reformas estatutarias y sus perspectivas de futuro», en *Revista de Derecho Político*, n.º 80, 2011, pp. 89-116.
- , «La regulación de los derechos: el papel del Estado y de las Comunidades Autónomas a partir del artículo 149.1.1 CE», en HOFMANN, R.; BIFULCO, R.; ORTEGA ÁLVAREZ, L.; CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A. y NIEVA FENOLL, J., *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2007, pp. 83-111.
- , *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 471.
- CÁMARA VILLAR, G. «Reformas estatutarias y Consejos de Justicia autonómicos a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 27, 2011, pp. 197-220.
- CHOFRE SIRVENT, J.F., *Significado y función de las leyes orgánicas*. Tecnos, Madrid, 1994, p. 335.
- DE OTTO, I., «Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 10, 1984, pp. 53-72.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 470.
- GARCÍA HERRERA, M.A. y LÓPEZ BASAGUREN, A., «Constitución y Poder Judicial: la incompleta realización del Poder Judicial», en *Poder Judicial y unidad jurisdiccional del Estado autonómico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 127-207.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., «Sobre las leyes orgánicas», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 17, 1987, pp. 51-69.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., *Igualdad y autonomía. Las competencias sobre asociaciones en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1999, p. 173.
- PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Universidad de Zaragoza-Civitas, Zaragoza-Madrid, 1992, p. 331.
- PORRAS RAMÍREZ, J.M., «La Justicia en los Estatutos de Autonomía de segunda generación», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 24, 2009, pp. 265-292.

- RODRÍGUEZ, A. «Comentario al artículo 12. Titulares», en CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía, vol. I, Sevilla, 2012, pp. 203-233.
- TORRES MURO, I. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., «El Poder Judicial en Cataluña en la STC 31/2010, de 28 de junio», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 27, 2011, pp. 345-376.
- TUDELA ARANDA, J., *Derechos constitucionales y autonomía política*, Civitas, Madrid, 1994, p. 471.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, «La función de los derechos fundamentales en el marco del Estado de las autonomías», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 5: 2007^a, pp. 203-239.
- , «La intangibilidad competencial de los derechos fundamentales. Forma de Estado y derechos fundamentales», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20: 2007^b, pp. 321-357.
- VIVER I PI-SUNYER, C., *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*. Ariel, Barcelona, 1989, p. 251.

El papel del Estado en la materialización del derecho a la vivienda.

Especial referencia a la vivienda protegida

Pilar Garrido Gutiérrez

Departamento de Derecho Constitucional e Historia del Pensamiento Político
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)*

SUMARIO: 1. Las actuaciones del Estado en política de vivienda: El carácter económico de las medidas adoptadas. 2. Hacia un nuevo papel del Estado en relación al derecho a una vivienda digna.

La proyección del Estado social sobre un modelo territorial descentralizado lleva implícito un factor de homogeneización, en la medida que la igualdad real no se puede alcanzar sin unos niveles prestacionales equivalentes desde el punto de vista territorial. Por ello, la diversidad de actuaciones que las Comunidades Autónomas (CCAA) pueden desarrollar en este campo debe de conjugarse con la uniformidad derivada de la realidad estatal de la que participan¹.

En relación al derecho a la vivienda la Constitución española recoge este derecho en el artículo 47. Este precepto recoge lo siguiente:

«Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

* Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco IT743-13. Este trabajo forma parte del proyecto HIRIA 20, Gobernanza y regeneración urbana, SAIOTEK 2013.

¹ RUIZ RICO, G., «El Estado social autonómico: Eficacia y alcance de las normas programático- sociales de los Estatutos de Autonomía», en *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 65, 2002, p. 29.

Desde el punto de vista competencial las CC.AA. han asumido a través de sus Estatutos de Autonomía (EEAA) la vivienda como competencia exclusiva. Sin embargo, esta distribución competencial se ve trastocada por la importancia que el sector de la vivienda tiene para el desarrollo económico o, dicho de otro modo, para la creación de las condiciones de reproducción social. De esta forma, en la política de vivienda la relación de influencia del subsector vivienda sobre el mercado y el sector económico ha permitido al Estado asumir un papel preponderante en la definición de las actuaciones a desarrollar en esta área. La vivienda detenta una faceta económica importante, por lo que el Estado también podrá actuar sobre esta materia aún siendo competencia exclusiva de las CC AA².

En estos momentos, España está sumida en una crisis económica y financiera de gran calado, que va asociada a una crisis inmobiliaria fruto del estallido de la burbuja inmobiliaria³. Esta situación debería llevar a replantear algunos de los elementos fundamentales sobre los que se ha elaborado la política de vivienda en España. Uno de ellos, aunque no el único, tiene que ver con la necesidad de un cambio en el papel desempeñado por el Estado durante estos años en relación al Derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada.

En este sentido, en nuestro Estado autonómico la competencia sobre vivienda, asumida como exclusiva por todos los Estatutos de Autonomía, plantea la posición del Estado en este ámbito material desde dos perspectivas: una, que deriva de la interpretación de esta materia desde su dimensión económica y, otra, que entiende este bien, la vivienda, como componente de un derecho social fundamental, el cual debe ser garantizado en unas condiciones básicas en todo el Estado. No nos cabe duda de que es la primera de ellas la que el Estado ha desarrollado en los últimos 30 años. Sin embargo, nosotros pensamos que el Estado debería empezar a actuar como garante de las condiciones básicas del disfrute del derecho a la vivienda en todo el Estado español.

Trataremos en la próximas páginas de exponer algunas ideas relacionadas con lo arriba apuntado.

² GARRIDO, P., «El derecho a una vivienda digna y adecuada», en TAJADURA, J. (coord.), *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, pp. 369 y ss.

³ NAREDO, J.M. y MONTIEL MÁRQUE, A., *El modelo inmobiliario español y su culminación en el caso valenciano*, Icaria Editorial, Barcelona, 2010.

1. LAS ACTUACIONES DEL ESTADO EN POLÍTICA DE VIVIENDA: EL CARÁCTER ECONÓMICO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS

En España, será la promoción de vivienda protegida, bajo las diversas formas que ha ido adoptando a lo largo de la segunda mitad del siglo xx, la manifestación más tangible en cada momento de la política de vivienda⁴.

La incentivación de la promoción privada de vivienda protegida para venta ha constituido desde la aprobación de la Constitución el núcleo central de la política pública de vivienda, mientras que las actuaciones de prestación directa o de promoción pública dirigidas a personas con escasos recursos o con problemas de exclusión social han sido contempladas de manera puntual y secundaria⁵. Estas actuaciones se regularán en los sucesivos Planes estatales de vivienda.

La actuación del Estado, sus intervenciones sobre el ámbito de vivienda a través de la aprobación de los Planes Estatales de Vivienda se fundamentan en el carácter económico de las medidas acogidas. El apoyo al sector de la construcción es visible en todos ellos⁶. La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC)⁷ respalda la intervención del Estado sobre el ámbito competencial de la vivienda a través de las competencias estatales sobre planificación y coordinación de la actividad económica (art. 149.1.13) y bases de la ordenación de crédito (art. 149.1.11). El Tribunal destaca la estrecha vinculación de la actividad promocional en materia de vivienda con la política económica general, en razón de la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor de desarrollo económico y, en especial, como elemento generador de empleo. En materia de vivienda sólo los títulos citados son los que permiten incidir desde dichos ámbitos sobre la vivienda. Así, el Estado no está legitimado para fomentar cualquier actividad en materia de vivienda, regulándola directamente, sino en tanto en cuanto las medidas de fomento se justifiquen por razón de sus atribuciones sobre las bases de planificación y la coordinación de la actividad económica y sobre las bases de ordenación del crédito⁸.

La política de vivienda en España ha sido principalmente una actividad de fomento centrada en la aportación de recursos económicos estatales que ha consistido fundamentalmente en la financiación cualificada⁹ dirigida a apo-

⁴ TRILLA, C., «Una reflexión sobre el modelo español de política de vivienda», en *La política de vivienda en España*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 2010, pp. 134 y ss.

⁵ MUÑOZ CASTILLO, J.M., *El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa*, Colex, Madrid, 2000, p. 360.

⁶ BELTRÁN ABADIA, R., «Sobre vivienda, urbanismo y ciudad», en *Acciones e investigaciones sociales*, n.º 21, 2005, pp. 5 y ss.

⁷ SSTC 152/1988, de 20 de julio, 59/1995.

⁸ STC 152, 1988, de 20 de Julio [FJ 2].

⁹ Véase el estudio sobre financiación cualificada que realiza MUÑOZ CASTILLO, J.M., «El derecho a una vivienda digna...», *op. cit.*, pp. 5 y ss.

yar la promoción privada y a la adquisición de Viviendas de Protección Oficial para venta¹⁰.

De esta forma, la financiación cualificada contiene una serie de medidas de fomento con las que el Estado pretende, por un lado, apoyar la construcción de viviendas protegidas, principalmente por parte de los promotores privados, aumentando la oferta de viviendas con un precio limitado, y por otro lado, ayudar económicamente a algunos de los demandantes de vivienda para que puedan acceder a la propiedad de este bien.

Desde la aprobación de la Constitución española, estos Planes estatales de vivienda han contemplado una serie de instrumentos de financiación que se han mantenido constantes. Estos son: los préstamos cualificados, las subvenciones personales y la subsidiación de los préstamos cualificados¹¹.

La relación entre el Estado y las CC. AA., en el ámbito material de vivienda, ha ido evolucionando a lo largo de los últimos años. Se arrancó de una primera posición más enfrentada, en la que el Estado asumía casi la totalidad de las competencias, en los años 80, pero se evolucionó hacia una mayor colaboración y poder de decisión de las Comunidades Autónomas. Las necesidades de simplificación y sistematización de la normativa sobre vivienda protegida a través de mayor colaboración y la reivindicación de una mayor cuota de decisión en este ámbito, más acorde al reparto competencial establecido en la Constitución y en los EEAA, empujaron en esa dirección.

¹⁰ En los años previos a la aprobación de la Constitución se da un cambio importante que afecta al sistema de financiación de la política de vivienda. Desaparece el coeficiente de inversión obligatoria, es decir, las cajas de ahorro y entidades financieras ya no están obligados a dedicar parte de sus fondos a préstamos de vivienda. El nuevo sistema es el que pervive hasta hoy basado en la firma de convenios entre la Administración estatal y las entidades financieras.

¹¹ El Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, abre la puerta a las ayudas económicas personalizadas (en la normativa de fomento anterior era tradicional la ayudas a la piedra). El Plan 81-83 recoge estas ayudas personalizadas que se perfeccionaron en el Plan 84-87, que se refiere ya a los préstamos cualificados, la subsidiación a los intereses de estos préstamos y las subvenciones personales. Tras los Decretos 1.494/1987, de 4 de diciembre, sobre financiación y el Decreto 224/1989, de 3 de marzo, sobre financiación que establece medidas sin una duración temporal determinada, el Plan de Vivienda 1992-1995, siguiendo las pautas de los dos Planes estatales anteriores, establece una sistemática que será el marco en el que se moverán los Planes de viviendas posteriores. A partir de aquí se mantendrá el esquema de financiación cualificada aunque con cambios técnicos y sustantivos importantes. Establece las siguientes formas de financiación:

- Préstamos cualificados. Se conceden por las entidades financieras en el ámbito de los convenios suscritos con el Ministerio de Obras Públicas y Transportes.
- Ayudas económicas directas. Estas son la subsidiación de los préstamos cualificados y las subvenciones personales.

En estos primeros años, en la década de los 80, el Estado a través de los Planes de Vivienda regula todos los contenidos presentes en el Plan y deja escaso margen de maniobra a las Comunidades Autónomas¹².

En el tema que nos ocupa, la vivienda, se ha partido de la utilización de las Conferencias Sectoriales¹³, que son órganos multilaterales de cooperación, donde la Administración central y las distintas administraciones autonómicas firman acuerdos que posteriormente darán contenido a los Convenios¹⁴ que se firmen entre el Estado y cada CCAA, una vez aprobado el Plan estatal de vivienda. Así tanto las Conferencias Sectoriales, como medio de canalizar las peticiones autonómicas, como los Convenios, en cuanto a la ejecución del Plan estatal, facilitan la coordinación de los objetivos de política de vivienda.

Al principio de los años 90 este panorama cambia. Con ocasión de la puesta en marcha de este instrumento de colaboración, el convenio, el reparto de papeles entre el Estado y las CCAA ha ido variando. Esta figura se acoge de manera explícita en el Real Decreto 1668/ 1991, de 15 de noviembre, y con ello se elimina un efecto indirecto de la normativa anterior en virtud de la cual la Administración estatal seleccionaba las actuaciones financieras dentro de las que previamente la Comunidad Autónoma había catalogado como protegibles, llegando de este modo el Estado a ejecutar la política de vivienda¹⁵.

Las Comunidades Autónomas asumen un papel más destacado ya que pueden condicionar en cierta medida los objetivos y finalidades del Plan estatal y los criterios de distribución de los fondos presupuestarios, porque la determinación de las actuaciones protegibles se hace a través de la información que presentan las CCAA como respuesta a sus necesidades. En la práctica esa información es sin más asumida por el Estado¹⁶. Esto supone una pérdida de facultades del Estado a favor de una mayor presencia de las CCAA.

En este recorrido otro cambio significativo se produce con el Real Decreto 1186/1998, ya que se incrementan significativamente las competencias autonómicas. Las actuaciones protegibles contempladas en el Plan de vivienda

¹² BELTRÁN DE FELIPE, M., *La intervención administrativa en la vivienda. Aspectos competenciales, de policía y de financiación de las vivienda de protección oficial*, Ed. Lex Nova, 2000, p. 49. IGLESIAS GONZÁLEZ, F., *Administración Pública y Vivienda*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2000, pp. 98 y ss.

¹³ CORCUERA ATIENZA, J., «La participación intergubernamental sectorial en el sistema autonómico español: Las Conferencias Sectoriales», en PÉREZ GALDOS, A. (coord.), *La participación de las CCAA en las decisiones del Estado*, Tecnos- Inst. Navarro de Administración Pública, Madrid, 1997, pp. 49 y ss. TORNOS MAS, J., «Las Conferencias Sectoriales», en *Documentación Administrativa*, n.º 240, 1994, pp. 71 y ss.

¹⁴ Al margen de este sistema de convenios están País Vasco y Navarra por su especial sistema de financiación.

¹⁵ JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J., «La cooperación para la formulación y ejecución de planes de vivienda», en *Documentación Administrativa*, n.º 240, 1994, p. 242.

¹⁶ JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J., «La cooperación para la formulación...», *op. cit.*, 1994, p. 238.

sólo rigen en defecto de regulación autonómica¹⁷. Podrán acogerse a la financiación estatal las viviendas protegidas así declaradas por la normativa específica de cada CA. Esto se confirma con la aprobación del nuevo Plan estatal de vivienda 2002-2005. El RD 1/2002, de 11 de enero, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo, que establece un único tipo de viviendas protegidas, para las que enuncia ciertos requisitos generales como el del precio y el tamaño, adaptables por las CCAA en el diseño que hacen de estas viviendas en sus propios planes. Será en los Convenios que se firmen entre el Estado y la respectiva Comunidad Autónoma donde se fijen los objetivos que se concretan en el número de actuaciones protegidas a desarrollar¹⁸.

Lo arriba referido tiene consecuencias importantes. Las CCAA, adquieren más protagonismo en la definición de las políticas de vivienda, lo que conlleva una mejor adaptación a las particularidades territoriales, pero al mismo tiempo posibilita la ausencia de un régimen jurídico general básico para todo el territorio del Estado que establezca las condiciones y requisitos necesarios que debe cumplir cualquier vivienda protegida y sus adquirentes, con el objetivo de que éstas respondan a su función social, más clara en este tipo de viviendas. Esta situación, provoca el surgimiento de diferentes regímenes autonómicos de viviendas protegidas.

Hay que apuntar que la promoción de vivienda protegida no sólo difiere en su régimen sino que también hay diferencias cuantitativas importantes¹⁹, ya que en algunas Comunidades Autónomas se han aprobado normas que vinculan el suelo a la construcción de estas viviendas, mientras que en otras Comunidades Autónomas esto no sucede o sucede en menor medida.

2. HACIA UN NUEVO PAPEL DEL ESTADO EN RELACIÓN AL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA

A lo largo de los años, la política pública de vivienda española ha dado respuesta a otras necesidades, principalmente ligadas al desarrollo de la economía y a la lucha contra el paro²⁰. Esta perspectiva a veces ha dejado de lado o no ha permitido regular de manera suficiente las condiciones o los requisitos necesarios para que las viviendas protegidas cumplan con su función social.

¹⁷ BELTRÁN DE FELIPE, M., *La intervención administrativa...*, op. cit., 2000, p. 55.

¹⁸ Artículo 43 del RD 1/2002.

¹⁹ ROCA, J., «El marco urbanístico de la política de vivienda», en LEAL, J. (coord.), *La política de vivienda en España*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 2010, pp. 219 y ss.

²⁰ Esto sucede desde hace muchos años, como ejemplo tenemos la Ley Salmón de 1935. Véase MUÑOZ, R. y SANBRICIO, S., «La Ley Salmón de 1935 y el Madrid de la Segunda República», en *Ilustración de Madrid*, n.º 9, pp. 29 y ss.

Un cambio en el papel del Estado en relación al Derecho constitucional a la vivienda podría redundar en una mayor garantía de este derecho en todo el territorio. El Estado, debería apostar por establecer unas condiciones mínimas que, por un lado, garantizaran, la función social de las viviendas protegidas, regulando las bases de su régimen jurídico y, por otro lado, posibilitaran el disfrute por todos los ciudadanos de un entorno urbano adecuado, es decir, de un hábitat que posibilite la igualdad de oportunidades en la ciudad.

En relación a la intervención del Estado respecto a la vivienda protegida, el artículo 149.1.1 CE puede ser un precepto de gran interés.

El artículo 149.1.1 CE²¹ es un precepto constitucional que ha sido tratado con cierta cautela al ser considerado un instrumento que permitía la intervención expansiva del Estado sobre materias de titularidad autonómica. La interpretación del TC del artículo 149.1.1 CE se acaba perfilando en la STC 61/1997, de 20 de marzo. En esta evolución ha sido considerado primeramente un precepto interpretativo de las competencias estatales, posteriormente un mecanismo de limitación de las competencias autonómicas²² y, finalmente, un título competencial autónomo que puede justificar la intervención estatal.

En la Sentencia 152/1988, de 20 de julio, el Magistrado Rubio Llorente en su voto particular admite la posibilidad de fundamentar en el artículo 149.1.1 la intervención del Estado sobre la vivienda, al afirmar que aunque existen dificultades dogmáticas para la consideración como «derechos constitucionales» de todos los que derivan de actuaciones estatales acomodadas a los principios de política social y económica que enumera el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución, éstas no le parecen insalvables si el concepto de derechos constitucionales se entiende como concepto genérico y mucho menos graves, desde luego, que las que origina el empleo de otro título genérico (art. 149.1.13), inadecuado no sólo porque lo es, sino sobre todo, porque dada su naturaleza lleva a la ablación total de las competencias autonómica».

El Magistrado del TC no cree que los Planes estatales sobre vivienda queden amparados por el artículo 149.1.13, aún reconociendo la incidencia en la economía del subsector vivienda. En primer lugar, porque un Plan

²¹ Ver entre otros los estudios sobre el artículo 149.1.1 CE: PEMÁN GAVÍN, J.M., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Prensas Universitarias, Madrid, 1992. BAÑO LEÓN, J.M., *Las autonomías territoriales y el principio de unificación de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988. TUDELA ARANDA, J., *Derechos Constitucionales y Autonomía Política*, Civitas-IVAP, Madrid, 1994. BARNES VÁZQUEZ, J., *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1.º CE*, IEA, Barcelona, 2004. AJA, E., «El artículo 149.1.1.º de la Constitución como cláusula de cierre del principio de desigualdad social», en VV.AA., *La función del artículo 149.1.1.º de la CE en el sistema de distribución de competencias*. Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1992.

²² Ver entre otras sentencias: STC 87/1985 (FJ8º), STC 38/1988 (FJ25º), STC 136/1991 (FJ1º),...

de actuación completo desarrollado hasta sus últimos extremos procedimentales y financiado con fondos estatales no se ajusta al concepto de bases presente en el título habilitante, y en segundo lugar porque el sentido de la actuación estatal debiera estar amparado no en la vinculación de la vivienda con el desarrollo económico sino en cumplir el objetivo de dar realidad al derecho a una vivienda digna que el artículo 47 CE recoge, y consecuentemente el Estado podría actuar utilizando el artículo 149.1.1 CE como «un esfuerzo (del Estado) por asegurar un mínimo igual en el ejercicio (en rigor en el disfrute), de un Derecho constitucional». De esta forma nos encontraríamos con una construcción más respetuosa con las competencias autonómicas y que pudiera servir con mayor eficacia a la futura actuación de los poderes públicos.

La Ley del Suelo estatal, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, es un buen ejemplo de lo que estamos comentando. No es una Ley urbanística, de ordenación del territorio o de vivienda, en coherencia con el régimen competencial que establece la Constitución, los estatutos de autonomía y la jurisprudencia del Tribunal constitucional (STC 61/1997, de 20 de marzo), sino una ley que fija las condiciones básicas de ejercicio de los derechos afectados por el régimen del suelo.

En este sentido establece en su Preámbulo:

«No es ésta una Ley urbanística, sino una Ley referida al régimen del suelo y la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales a él asociados en lo que atañe a los intereses cuya gestión está constitucionalmente encomendada al Estado. Una Ley, por tanto, concebida a partir del deslinde competencial establecido en estas materias por el bloque de la constitucionalidad y que podrá y deberá aplicarse respetando las competencias exclusivas atribuidas a las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda y, en particular, sobre patrimonios públicos de suelo.

La finalidad del legislador al reflejar un catálogo de derechos y obligaciones de los ciudadanos en relación a la vivienda, el urbanismo, el medio rural y urbano es regular las condiciones básicas en el ejercicio de determinados derechos, todo ello en virtud del título competencial previsto en el art. 149.1.1 de la CE.

En idénticos términos se expresa el propio artículo 1 de la Ley estatal de Suelo al tratar sobre el objeto de la misma: «Esta Ley regula las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio estatal. Asimismo, establece las bases económicas, medioambientales de su régimen jurídico, su valoración y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la materia».

Y de la misma manera el artículo 2.3 de la Ley establece que «Los poderes públicos promoverán las condiciones para que los derechos y deberes de los ciudadanos establecidos en los artículos siguientes sean reales y efectivos, adoptando las medidas de ordenación territorial y urbanística que procedan para asegurar un resultado equilibrado, favoreciendo o conteniendo, según proceda, los procesos de ocupación del suelo. El suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada en los términos que disponga la legislación en la materia.

El legislador al referirse a los derechos vinculados al régimen del suelo, respecto de los cuales debe regular el ejercicio de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en su ejercicio, recoge de forma expresa y destacada el derecho a la vivienda²³.

En su Título II dedicado a las bases del régimen del suelo, el artículo 10 establece los criterios a seguir por las Administraciones Públicas competentes para hacer efectivos los principios y los derechos y deberes recogidos en dicha norma. En este sentido, establece la obligación de reservar una parte del suelo destinado a uso residencial a la construcción de Vivienda Protegida.

Al respecto previamente se establece en el Preámbulo de la Ley lo siguiente:

«Mención aparte merece la reserva de suelo residencial para la vivienda protegida porque, como ya se ha recordado, es la propia Constitución la que vincula la ordenación de los usos del suelo con la efectividad del derecho a la vivienda. A la vista de la senda extraordinariamente prolongada e intensa de expansión de nuestros mercados inmobiliarios, y en particular del residencial, parece hoy razonable encajar en el concepto material de las bases de la ordenación de la economía la garantía de una oferta mínima de suelo para vivienda asequible, por su incidencia directa sobre dichos mercados y su relevancia para las políticas de suelo y vivienda, sin que ello obste para que pueda ser adaptada por la legislación de las Comunidades Autónomas a su modelo urbanístico y sus diversas necesidades.»

El legislador vuelve a establecer la reserva de suelo residencial para vivienda pública, basándose en el artículo 149.1.13 CE referido las bases de ordenación de la economía²⁴. Si bien reconoce como fundamento la vinculación que

²³ Al derecho a la vivienda se vuelve a referir en el artículo 4 a) de la Ley estatal de Suelo.

²⁴ El texto refundido de la ley del Suelo de 1992 en su artículo 98.3 recoge que «Si el Planeamiento general calificara terrenos con destino a la construcción de Viviendas de Protección Oficial u otro régimen de protección pública, considerará esta calificación como un uso específico, asignándole el coeficiente de ponderación que, justificadamente y en coordinación con los criterios de valoración catastral, exprese su valor en relación con el característico del

realiza el artículo 47 CE entre el derecho a la vivienda y los usos del suelo, termina encajando esta medida en «las bases de la ordenación de la economía».

Más adelante, el artículo 10.1.b) de la Ley de Suelo lo regula diciendo que las Administraciones Públicas deberán:

Destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a la vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa».

Esta reserva como mínimo comprenderá los terrenos necesarios para realizar el 30 por ciento de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización.

Como podemos observar, esta ley establece una relación de derechos que se ven afectados por la ordenación sobre el suelo. Entre ellos se destaca el derecho recogido en el artículo 47 de la CE, el derecho a disfrutar de una vivienda digna. Con este objetivo una parte del suelo destinado a uso residencial se dedicará a viviendas protegidas, estableciendo como característica de esta tipología de vivienda su precio limitado²⁵.

área de reparto en que quede incluido» La Sentencia 61/1997 declaró inconstitucional este artículo (FJ 24.d.) argumentando que tenía como finalidad «la regulación de uno de los elementos del aprovechamiento tipo, sin que su clara conexión con la promoción indirecta y mediata de viviendas de promoción de protección pública pueda tener la virtualidad de atraer hacia el art. 149.1.13 CE la regulación con carácter básico de la materia, máxime cuando las Comunidades Autónomas han asumido competencias sobre la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, título más directamente implicado que, en el presente caso, ha de prevalecer».

²⁵ En el Artículo 19.2 se establece que en las enajenaciones de terrenos, debe hacerse constar en el correspondiente título:

«a) La situación urbanística de los terrenos, cuando no sean susceptibles de uso privado o edificación, cuenten con edificaciones fuera de ordenación o estén destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda».

En cuanto al destino de estos terrenos establece el artículo 39.2. que:

«Los terrenos adquiridos por una Administración en virtud del deber a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 16, que estén destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, no podrán ser adjudicados, ni en dicha transmisión ni en las sucesivas, por un precio superior al valor máximo de repercusión del suelo sobre el tipo de vivienda de que se trate, conforme a su legislación reguladora. En el expediente administrativo y en el acto o contrato de la enajenación se hará constar esta limitación.

La Ley de Suelo si bien establece esta obligación a las Comunidades Autónomas, permite una aplicación flexible permitiendo una reserva inferior para determinados municipios o actuaciones. Pero la aplicación de excepciones a la reserva de suelo no puede conllevar una concentración de viviendas protegidas en una zona concreta del territorio, ya que la normativa estatal obliga a prever una «distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social²⁶» que tiene como objetivo la prevención de cara al posible surgimiento de guetos²⁷. Ya son numerosas las normativas autonómicas de carácter urbanístico que hacen alusión a este concepto²⁸.

Si la finalidad de esta regulación no puede ser otra que dar cumplimiento al Derecho constitucional una vivienda, el ejercicio de este derecho a través, en este supuesto concreto, del acceso una vivienda protegida con un precio asequible para las personas más necesitadas, debería contar con unos requisitos generales que asegurarán las condiciones básicas de su ejercicio en todo el territorio del Estado y el cumplimiento de su función social.

Estos requisitos ya aparecen regulados en el Plan Estatal de vivienda 2009-2012²⁹. La diferencia respecto a esta situación es que constituirían el régimen general y básico de la vivienda protegida y su aplicación no dependería de quien aporte los recursos económicos para su financiación. El objetivo no sería establecer un régimen completo y uniforme de vivienda protegida, sino sólo aquellos aspectos vinculados a asegurar la función social de la vivienda protegida, es decir, las condiciones básicas del ejercicio del derecho a la vivienda.

Las cuestiones a regular serían³⁰: la duración mínima del régimen protegido, la necesidad de calificación personal de los adjudicatarios en primera y posteriores transmisiones (obligación de crear registro de demandante de vivienda), el destino de la vivienda y los límites de uso y disposición, la protección registral de la vivienda protegida, el precio máximo, la superficie mínima y máxima de la vivienda y la necesidad de control e inspección. A esto se debería añadir, como garantía de la cohesión social dentro de nuestras ciudades, la exigencia de una cierta diversidad entre las tipologías, es decir, diferentes

²⁶ Disposición transitoria primera de la Ley de Suelo.

²⁷ IGLESIAS GONZÁLEZ, F., «El nuevo plan de vivienda 2009-2012 y sus efectos sobre el urbanismo; en especial, las reservas de suelo para vivienda protegida», en

²⁸ PONCE, J. (coord.), *Derecho Urbanístico, Vivienda y Cohesión Social y Territorial*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

²⁹ En el Título I del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 se regulan las condiciones generales (sobre todo en los artículos 3 al 10 del Decreto).

³⁰ La norma que recoja esta regulación deberá ser una norma con rango ley y no de carácter reglamentario, ya que dicha regulación afectará, entre otros posibles temas, al régimen de propiedad de estas viviendas.

recursos residenciales y, asimismo, distintas fórmulas de acceso a las viviendas protegidas construidas en una misma zona³¹.

El contenido mínimo del Derecho constitucional a la vivienda plantea unos requisitos que nos llevan a hablar del derecho a un hábitat adecuado o derecho a la ciudad³², lo que significa el cumplimiento de ciertas condiciones donde la mixtificación³³ y la cohesión social son elementos importantes.

Son de sobra conocidas las características de nuestro mercado inmobiliario. Hemos observado las consecuencias sociales que derivan de un mercado donde impera la propiedad, tanto en la vivienda libre como protegida, como fórmula de acceso. Esta particularidad va unida a una construcción intensiva de vivienda que no ha solucionado el problema de accesibilidad a la vivienda, sino en todo caso la ha perjudicado ya que el boom inmobiliario ha significado un aumento escandaloso del precio de este bien, además, del consumo de gran cantidad de suelo con unas nefastas consecuencias medio ambientales. La provisión de vivienda en España poco tiene que ver con las necesidades de vivienda de los ciudadanos españoles, así parece igualmente necesario avanzar en la exigencia a las Administraciones públicas competentes de una adecuación efectiva entre provisión de vivienda y necesidades sociales de vivienda, creando obligaciones ciertas a partir de la función social del suelo y la relación, ya destacada por la última Ley estatal de suelo, entre el uso del suelo y el Derecho constitucional a una vivienda digna.

Por último, merece citar el caso de Italia donde el Estado ha dado un giro a su posición en el diseño de la política de vivienda. El Estado italiano, en el ámbito de la vivienda, va a volver a asumir, después de la descentralización tan amplia hacia las regiones y los entes locales operada por el Decreto legislativo n. 112 de 1998, un papel preponderante en el diseño de las políticas de vivienda a nivel estatal³⁴.

La Corte Constitucional acepta esta posición del Estado apoyándose en la cláusula general sobre la determinación de los niveles esenciales de las prestaciones relativas a derechos civiles y sociales recogida en el art. 117.2.m) CI³⁵ y en otras ocasiones la legitimación de la intervención del Estado lo refiere a la

³¹ En cuanto a la fórmula de tenencia: propiedad, alquiler, derecho de superficie, y en cuanto a sus destinatarios deberían dirigirse a colectivos distintos: mayores, jóvenes, inmigrantes,...

³² PISARELLO, G., «Del derecho a la vivienda al derecho a la ciudad: avatares de una historia», en *El Derecho a la ciudad*, Serie Derechos Humanos Emergentes 7, Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona, 2010, pp. 29-51.

³³ Este concepto se ha desarrollado y otorgado un cierto contenido jurídico en Francia. Véase BROUANT, J.P., «La cohesión social y el derecho urbanístico: ¿Hay espacio para la regulación legal en Francia?», en PONCE, J. (coord.), *Derecho urbanístico, vivienda y cohesión social y territorial*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 145 y ss.

³⁴ CIVITARESE, S., «La política de vivienda en Italia», en LÓPEZ RAMÓN, F., *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 106.

³⁵ Sentencia n. 94 del 2007.

materia de «gobierno del territorio», situando así dicha intervención entre la legislación concurrente prevista en el art. 117 CI³⁶.

Como establece la Sentencia n.166 de 2008 *«Los espacios normativos que quedan a la potestad legislativa del Estado son por una parte la determinación de los niveles mínimos de necesidad de vivienda que son estrictamente inherentes al núcleo irrenunciable de la dignidad de la persona humana y de otra parte la fijación de principio generales, dentro de los cuales las Regiones pueden ejercitar válidamente su competencia para programar y llevar a cabo programas concretos de asentamientos de vivienda pública o mediante la construcción de vivienda nueva, o mediante ala recuperación y nuevo acondicionamiento de inmuebles existentes. Una y otra competencia (la primera recae en la potestad exclusiva del Estado y la segunda en la compartida) se integran y se completan entre sí, ya que la determinación de los niveles mínimos de oferta de vivienda para categorías específicas de sujetos desfavorecidos, no se puede separar de la fijación a escala nacional de intervenciones, con el fin de evitar desequilibrios y diferencias en el disfrute del derecho a la vivienda por parte de las categorías sociales desfavorecidas»*

Si, como ya hemos visto, ha sido el artículo 149.1.11 y 13 CE el que ha servido de fundamento para admitir las intervenciones del Estado sobre el ámbito material de vivienda, no se debería olvidar las posibilidades que brinda el artículo 149.1.1 CE, que puede amparar una actuación del Estado más acorde con la protección del Derecho constitucional a la vivienda, intervención que ahora es más necesaria que nunca dada la situación de emergencia habitacional en la que está sumido el país.

³⁶ Sentencia n. 451 de 2006.

IV

Relaciones intergubernamentales: la experiencia en los sistemas federales y en España

Ponencias

Las relaciones intergubernamentales en la arquitectura del sistema federal: Estados Unidos

Carol S. Weissert

Cátedra LeRoy Collins y Profesora de Ciencias Políticas.
Universidad Estatal de Florida

SUMARIO: 1. Las relaciones intergubernamentales en la arquitectura del sistema federal: Estados Unidos. 2. Garantías políticas. 3. Conformidad/Implementación. 4. Conclusión. Bibliografía.

1. LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES EN LA ARQUITECTURA DEL SISTEMA FEDERAL: ESTADOS UNIDOS

El término de relaciones intergubernamentales se originó en los Estados Unidos en los años treinta y fue motivado por una fuerte preocupación por la prestación de servicios públicos a los usuarios. El término ha llegado a abarcar las actividades e interacciones entre las unidades gubernamentales dentro de una federación e incluye la finalidad general local y los gobiernos especiales y las unidades no gubernamentales (Agranoff, 2004) —a menudo trabajando en redes intergubernamentales—. Para los comparativistas, las relaciones intergubernamentales son el funcionamiento de los representantes gubernamentales a varios niveles usualmente en estructuras institucionales.

Los académicos del federalismo comparado han abrazado la noción de la gobernanza multinivel o GMN (Hooghe y Marks, 1996, 2001, 2003) a la hora de analizar la UE pero ahora es ampliamente usada fuera de ese campo. La piedra de toque del GMN es la flexibilidad donde la gobernanza se reparte a lo largo de múltiples jurisdicciones, a menudo en condición de solapamiento y de cumplimiento de tareas. La red norteamericana de estudios puede ser vista como un primer antecedente de este trabajo, aunque a veces es llevado a cabo al nivel local (Feiock y Scholz, 2010; Paterson y O'Toole, 2001). Un trabajo previo por Ostrom y Ostrom y otros ha destacado también los acuerdos para una gobernanza flexible y marcos competenciales superpuestos (véase, por ejemplo, Ostrom, Bish y Ostrom, 1988).

Entre los estudios de Estados Unidos, la atención ha sido principalmente a las relaciones Estado-Federación y son de esas relaciones de las que desearía hablar hoy. Para los Estados Unidos, esas relaciones hoy en día son espinosas si no descaradamente contenciosas.

Minutos después de la firma de Obama a la Ley de Sanidad Asequible y Protección al Paciente (LSAPP), la más grande medida de reforma sanitaria que ha sido conocida burlescamente como «Sanidad Obama», un puñado de fiscales generales estatales, dirigidos por el propio fiscal general de Florida, interpusieron una demanda en un tribunal federal afirmando que la medida era inconstitucional. Esto es claramente un asunto de federalismo. Como expresó el Fiscal General de Virginia, el cuestionamiento de su Estado de la LSAPP «no es en torno a la sanidad, es sobre nuestra libertad y sobre como levantarnos y apelar a que el Gobierno federal siga la ley última del territorio —la Constitución—» (citado en Joondeph, 2011, p. 411). La atención de las reclamaciones de los Estados está en la disposición en la LSAPP que exige para todos los ciudadanos tener cobertura sanitaria para el 1 de enero de 2014. Quien no la tuviera pagaría una multa. Lo que estaba en cuestión era la cláusula de nuestra constitución que da al Congreso (el Gobierno federal) la responsabilidad de regular el comercio interestatal.

Los Estados sostienen que la disposición no es comercio interestatal porque la asistencia sanitaria no es una actividad económica cubierta por el comercio interestatal. Advierten de que la disposición penaliza la inactividad —no la actividad—. El Gobierno federal, en contraste, alega que cualquiera que elija no tener un seguro está tomando una decisión económica más importante por el hecho de que en el agregado estas decisiones individuales podrían costar billones de dólares a otros, incluyendo el Gobierno federal, a través de nuestra red de programas de protección. Una decisión del Tribunal Supremo de 2005 que consideró que el cultivo de marihuana para uso personal médico afectaba el comercio interestatal nos llevaría a predecir que el Tribunal apoyaría una definición más amplia del comercio interestatal (*Raich vs. Gonzales*). No obstante, también sabemos que el Tribunal no es inmune a la opinión pública y las declaraciones políticas (lo atestigua la sentencia *Bush vs. Gore* en 2000 que decidió en esencia la carrera presidencial a favor de George W. Bush).

Había un gran nivel de incertidumbre hasta recientemente cuando el Tribunal Supremo consideró el caso LSAPP. La Administración Obama podía haber dilatado la decisión mediante apelaciones hasta después de las elecciones de 2012 pero optó por no hacerlo. Ahora se decidirá en esta legislatura que termina en junio en 2012 —previamente a nuestras elecciones de noviembre de 2012—. Se podría decir que esto significa que la Administración Obama cree que la decisión del Tribunal será positiva. Quizás sepan algo que nosotros no sabemos. Pero el caso será decidido en los próximos meses y la decisión será crucial para el federalismo y las relaciones intergubernamentales.

Los Estados también están luchando en el tribunal sobre la protección medioambiental, específicamente frente a las normativas federales emitidas por

la Agencia de Protección Medioambiental (APM) sobre contaminación del aire, mercurio y los estándares de gases tóxicos para plantas energéticas, controles de polución del agua y reglamentos sobre gases invernadero. Por supuesto, estas demandas no son nuevas —Los gobernadores demócratas demandaron la APM durante la Administración de Bush para lograr que la agencia adoptara regulaciones que exigía la ley—. Ahora, los gobernadores republicanos están combatiendo contra las regulaciones que han sido promulgadas en desarrollo del Derecho. Pero es sorprendente que muchas de estas demandas incluyan a una mayoría de Estados en el esfuerzo.

Otro casos incluyen:

- A Arizona demandando al Gobierno federal «para forzar al Gobierno federal» a que haga su trabajo en materia de inmigración.
- Arizona y Florida recurren la Ley federal de Derechos Electorales de 1965 que requiere a esos Estados a buscar aprobación previa del Departamento de Justicia antes de hacer cualquier cambio en las leyes electorales estatales, diciendo que la norma excede de la autoridad constitucional.

El Partido Republicano —que espera llegar a la Casa Blanca en 2012— patrocina los derechos de los Estados y piensa muchísimo que el Gobierno federal no puede hacerlo bien, aunque están desesperados por controlar el Gobierno federal. Están exagerando las preocupaciones de los estados —lo que no está claro es si es para avergonzar a la Casa Blanca o por simpatía hacia los Estados—. Por ejemplo, hace pocos meses, la Casa Blanca aprobó un proyecto que prohibiría a la APM invalidar las decisiones estatales sobre la calidad de agua (Cappiello, 2011).

Al margen de la jurisprudencia de los tribunales, los propios Estados —incluido el mío propio— han contribuido de otros modos a este retroceso. El gobernador de mi estado ha rechazado aceptar los dólares federales que le ofrecía la LSAPP. Algo así como tirarse piedras sobre el propio tejado. También rechazó otras ayudas federales —cualquier cosa que represente un compromiso de que el estado pueda quedar obligado a «pagar» después de que los dólares federales acaben—.

Al tiempo que escribo esto, el gobernador ha dicho que no aceptará nada del nuevo programa de empleo propuesto por el Presidente —no lo llamamos ya estímulo— incluso si representa más de seis billones de dólares para un Estado que necesita mucho el dinero.

Otros ejemplos incluyen:

- Texas ha rechazado participar en un sistema federal de permisos sobre la regulación de gases invernadero que ahora sigue todo el resto de estados (Broder y Galbraith, 2011).
- Tres estados han rechazado participar en un programa para compartir huellas dactilares que la Administración Obama quieren imponer a toda

la nación. La propuesta enviaría las huellas dactilares de toda persona fichada por el estado o por la policía local a una base de datos federal para verificar violaciones de inmigración.

- En 2011 seis estados adoptaron la Resolución sobre la Enmienda X^o solicitando al Gobierno federal que «cesara y desistiese de cualquiera o toda actividad fuera del objeto de sus poderes constitucionalmente delegados».

Los estados han dado marcha atrás en la implementación de la Ley de que ningún niño quede rezagado —una reforma educativa de la era de George W. Bush—. Es muy prescriptiva y este año —el noveno año de la ley—, exigía que el cien por cien de los estudiantes en un estado fuera competente en inglés y matemáticas para 2014. Los estados en esencia han rechazado cumplir los estándares en la norma. Y ¿qué ha sucedido?. Nada. Los federales parpadearon diciendo que los Estados no tienen que implementar las partes controvertidas de la norma.

Los federales «parpadearon» de manera similar en torno a una norma de 2005 que habría impuesto duros requerimientos a los permisos de conducir. La norma establecía que si los estados no cumplían, sus ciudadanos no podrían embarcar en aeronaves o entrar en edificios federales. Ninguno de los Estados había cumplido con la norma en 2009 y trece estados habían aprobado normas prohibiendo el cumplimiento con la Ley. Una medida de compromiso fue propuesta pero se estancó. El carnet de conducir real está en el limbo y no parece probable que resucite.

¿Qué está sucediendo aquí y cómo es de importante para nuestra exposición sobre las relaciones intergubernamentales? Estas relaciones podrían entenderse mejor a través un simple modelo causal:

- Preferencias estatales → Acciones federales (garantía política).
- Preferencias estatales ← Acciones federales (conformidad).

El primer escenario es el del Estado que satisfactoriamente obtiene las políticas federales públicas que desea. He etiquetado esto como garantía política puesto que la noción de que los estados puedan tener impacto en la política nacional a través de medios institucionales es muy limitada en los Estados Unidos. Más bien, como ha resumido un juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, los estados han de confiar en las garantías políticas —lo que significa básicamente hacer presión en el Congreso por su política deseada—.

El segundo escenario se advierte después de que las políticas ya han sido incluidas en la norma. La mayoría de las políticas requieren de la cooperación intergubernamental para la implementación. En resumen, el Gobierno federal no puede simplemente poner en marcha programas por sí mismo sino que tiene que conseguir que los estados y las localidades cumplan con sus deseos. La literatura aquí —en gran medida llamada investigación sobre la implementación— es vasta y útil.

2. GARANTÍAS POLÍTICAS

La primera relación podría ser denominada garantías políticas. Los arquitectos de la Constitución de los Estados Unidos pensaron que los estados podrían frenar el poder federal. En los más recientes años de los Estados Unidos, los estados estaban representados en la cámara alta —nuestro Senado— y eran elegidos por sus legisladores estatales. Esto cambió con la Enmienda XVII^a (sólo tenemos veintisiete) adoptada en 1913 que establecía la elección popular del Senado de los Estados Unidos. Por lo tanto, los senadores son elegidos a nivel estatal pero son políticos por sí mismos —no delegados de los legisladores estatales o del estado—. Parece increíble que tres cuartos de los estados votaran para retirar esta conexión pero sus opciones eran tan pobres que incluso votaron para retirar el poder. Así que no hay garantías institucionales.

Más bien lo que tenemos hoy son garantías políticas. De acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Garcia vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority* en 1985, los tribunales no deberían usar la Enmienda X^a para limitar el poder del Congreso para regular el gobierno estatal y local. Más bien el tribunal debería confiar en que los intereses de los estados serán protegidos por garantías políticas del federalismo (Pittinger, 1992). Son los estados trabajando a través del proceso político lo que protege el federalismo. Son los estados como grupos de presión. Los estados tienen un interés colectivo en proteger su autonomía pero no hacen tan buen trabajo en este área. Ya que a menudo los estados tienen también un interés provinciano —y un interés político (es decir, los gobernadores republicanos pueden ver un asunto como la reforma en la sanidad muy diferentemente a los gobernadores demócratas)—.

¿Cómo hacen los estados para conseguir sus preferencias al nivel nacional? No tenemos los componentes institucionales de una cámara alta que represente a los estados. No tenemos el buen federalismo ejecutivo cooperativo de Canadá. No tenemos entidades intergubernamentales que identifiquen los problemas y vengán con las soluciones. Hubo una vez un grupo llamado Comité Consultivo sobre Relaciones Intergubernamentales, establecido por ley y compuesto de funcionarios nominados y elegidos a nivel federal, estatal y local, que hizo justamente eso. Pero fue abolido en un esfuerzo por ahorrar dinero (interesante porque era bastante barato) y fue reemplazado. El Congreso tuvo en su momento comisiones encargadas de supervisar las relaciones intergubernamentales pero ya no existen. Las agencias federales y la Oficina Gubernamental de Responsabilidad no tienen ya unidades intergubernamentales. La Casa Blanca mantiene una oficina con el título de intergubernamental pero es en gran medida una oficina política para conceder favores (Kincaid, 2012). Lo que hemos dejado son las asociaciones que representan a los estados y a las localidades que intentan conseguir que sus políticas sean aprobadas en el Congreso de los Estados Unidos. ¿Y cómo de bien lo hacen?

La mayoría de los investigadores dirán que no tan bien. Una razón podría ser institucional —o la falta de instituciones—. Una segunda razón es que la acción colectiva es difícil para los estados. Smith (2008) y Dinan (2011) consideraron que este problema del Estado individual contra la acción colectiva es una cuestión espinosa donde lo colectivo no funciona generalmente bien porque los funcionarios estatales de los estados más poblados tienen la tentación de «ir por libre» a la hora de presionar en el Congreso, debilitando los intereses colectivos de los estados representados por grupos como la Asociación Nacional de Gobernadores. También hay divisiones políticas e ideológicas que hacen las organizaciones bipartidistas de los estados menos efectivas en asuntos altamente destacados. El caso en concreto es la anteriormente mencionada Ley de Sanidad asequible y de Protección del Paciente. Había mucho en juego desde el punto de vista intergubernamental en este proyecto. Esta era también un área donde hay mucha innovación estatal —incluyendo el bien conocido proyecto de ley de reforma sanitaria de Massachusetts adoptado cuando el presidenciable Mitt Romney era gobernador—. La Asociación Nacional de Gobernadores (ANG) y la Conferencia Nacional de Legislativos Estatales (CNLE) se jugaban mucho pero simplemente no participaban en las discusiones. Como advierte Dinan (2011), la ANG y la CNLE fueron incapaces de alcanzar un consenso sobre una posición estatal y los grupos partidistas tales como la Asociación de Gobernadores Republicanos fueron capaces de tomar medidas en su lugar. Y los estados individuales incrementaron sus esfuerzos. Dinan documenta que los estados individuales propusieron intereses universales estatales así como sus asuntos particularizados en gran parte a sus propias delegaciones. También demuestra que los funcionarios estatales intentaron movilizar la opinión pública y concluye que este mecanismo fue influyente cuando los estados elevaron las preocupaciones estatales a la conciencia del público al punto de que los líderes del Congreso tuvieron que tomar en cuenta esos asuntos. La influencia de los estados tenía más probabilidad de triunfar cuando los miembros pensaron que es en su interés el apoyar las preferencias estatales.

Pero no es simplemente el problema de los estados. Hay también falta de interés por parte del Congreso en el federalismo y los asuntos intergubernamentales. Kincaid (2012) indica que un senador —Carl Levin de Michigan— dijo que «no hay capital política en las relaciones intergubernamentales». Así que la política no está ahí ni tampoco hay mucha simpatía por los problemas de los estados. Ray Schepach, director durante mucho tiempo de la Asociación Nacional de Gobernadores, resumió su experiencia con el Congreso advirtiendo que «tenía pocas preocupaciones en relación con las cargas financieras sobre los estados». Es más, trabajos académicos recientes sostienen esta afirmación (Schepach, 2012).

Scheller y Weissert (2011) examinaron la potencia «de las raíces estatales» o el valor de la experiencia estatal en las tendencias de diseño de políticas de los miembros del Congreso. Plantean que los miembros del Congreso que han sido parlamentarios en los legislativos estatales estarán más en sintonía con

los intereses estatales. La lógica es que los veteranos de los legislativos estatales auspiciarán legislación pro-estatal porque tienen tanto conocimiento político como de la política que les llevará a reconocer la importancia de las relaciones intergubernamentales y la capacidad estatal. Weissert y Scheller examinaron importante legislación sanitaria a lo largo de seis períodos del Congreso y si los miembros con experiencia estatal eran más proclives a apoyar legislación pro-estatal, legislación anti estatal, o a no mencionar los estados. Sorpresivamente, se encontraron con que los veteranos legisladores estatales eran igualmente proclives a auspiciar legislación pro estatal que anti estatal. No eran proclives a patrocinar legislación que ignorara los estados. Los autores concluyeron que había evidencia de raíces estatales pero de que las raíces estatales podían servir tanto a favor como en contra de los estados. Una explicación posible es que su experiencia legisladora estatal les había informado de que los estados están limitados en lo que pueden hacer y que el Gobierno federal necesita considerable orientación —incluso preferencia— para obtener la política deseable. Una posible segunda explicación es que al venir al Congreso, los veteranos legisladores estatales se basan en su pasada experiencia pero están ansiosos por el resto de su carrera en el Congreso así que auspician la legislación que trate de los estados pero puede que se vean simplemente inclinados a promover su nuevo hogar político —el nivel federal— comparado al viejo —el del Estado—.

Estos hallazgos ayudan a explicar la dificultad para trazar lo que ha sido llamado «difusión vertical» donde el Gobierno federal aprende de los estados. Los investigadores han encontrado en general nada o poco apoyo a la idea de que el Gobierno federal use las experiencias estatales a la hora de redactar legislación federal en áreas políticas similares (Mossberger, 1999; Rabe, 2007; Thompson y Burke, 2007; Esterling, 2009; Lowery, Gray y Baumgartner, 2011). Por ejemplo, Esterling comprobó que la vasta experiencia de los funcionarios estatales en implementar los programas de Medicaid no estaba siendo grabada en las sesiones del Congreso en lo que él denominó «un fracaso del federalismo». Los miembros valoraron los puntos de vista de los activistas de los grupos de presión y de los académicos más en este programa intergubernamental clave administrado por funcionarios estatales.

Así que tenemos problemas con los grupos de interés que representan a los estados, con los estados minando aquellos intereses colectivos, y con la falta de receptividad por parte de los miembros del Congreso. Un problema final, reconocido por Bolleyer (2009) y no estudiado entre los académicos de Estados Unidos es la tendencia del Gobierno federal a coger y elegir con quien tratarlo. Así que la conexión no es muy fuerte.

3. CONFORMIDAD/IMPLEMENTACIÓN

Mientras las garantías políticas son altamente políticas e implican en gran medida a funcionarios electos, la conformidad se refiere tanto a la política

como a la administración no partidista o como Kincaid (2012) llama al diseño de políticas e implementación. En el lado del diseño de políticas, la analogía usual es la del palo y la zanahoria (incentivos y amenazas). La zanahoria es en la forma de ayudas y subvenciones para animar a los estados a actuar en la manera deseada por el Gobierno federal.

Las ayudas federales totalizan en el año fiscal del 2011 la totalidad de 624 billones de dólares. Esta cantidad se vio incrementada por el paquete de estímulo del año 2009 conocido como Ley de Recuperación y Reinversión americana que ofrecía una asistencia tremenda a los estados —en total algo así como 275 millones de dólares en ayudas a estados y localidades—. Muchos de estos fondos estaban pensados para ayudar a los gobiernos estatales y locales a financiar sus propias agendas políticas (Conlan y Posner, 2011). Pero la Ley de Recuperación y Reinversión Americana era una aberración —tanto en el número de dólares como en la falta de restricciones—. Y en el año fiscal de 2012 se esperaba que las ayudas federales bajaran a 584 millones de dólares —mucho de ello dominado por un solo programa (Medicaid), el programa federal estatal que establecía asistencia sanitaria para los desfavorecidos y mayores—.

El palo son las sanciones o castigos por no actuar en el modo deseado. Órdenes sin financiación, sanciones cruzadas, aplicaciones preferentes parciales, y las aplicaciones preferentes se han documentado y analizado para trazar las tendencias a la centralización en las relaciones intergubernamentales (Conlan, 1991; Kincaid, 1993; Posner, 1997, 2007; Zimmerman, 1991, 1993, 2007).

Una vez que se brindan los incentivos y las amenazas, el componente de política se acaba y comienza la parte de la implementación. La implementación se lleva a cabo generalmente por administradores y personal que no están ideologizados o politizados y a menudo es algo cooperativo por naturaleza. La implementación a menudo trae consigo unas relaciones de trabajo estrechas entre los niveles (Deil Wright lo denominó federalismo de valla). Como ejemplo, un artículo reciente en el *New York Times*, sobre el Gobernador de Texas Rick Perry y su actual antagonismo a la APM, contiene una breve mención a que «los funcionarios de la APM trabajan cooperativamente con los funcionarios texanos de nivel inferior, quienes a menudo buscan la orientación técnica federal y el dinero para afrontar problemas medioambientales» (Broder y Galbraith, 2011, A14).

Pero en la tan polarizada política partidista de hoy en día, incluso la cooperación es a menudo escasa. Y esto nos lleva al retroceso que estamos viendo ahora que tratamos al comienzo de este artículo. ¿Por qué los estados no «cogen» los dólares federales? La respuesta rápida es ideología o, en términos de ciencia política, congruencia de objetivos —no se encuentran demasiados gobernadores y legislativos demócratas que den la espalda a los dólares federales—. Nicholson-Crotty (2004) documentaba que el nivel de congruencia entre los estados y los administradores de la ayuda federal era un importante pronos-

ticador de la desviación de fondos. Si los estados compartían los objetivos del programa de ayudas, el programa era más exitoso a la hora de estimular el deseado gasto. Si los objetivos no eran compartidos, más fondos de ayuda fueron desviados de las aéreas deseadas.

En tiempos económicos duros, el Gobierno federal tiene más incentivo para mover los costes a los gobiernos estatales y locales (Kincaid, 2012) y parece que es el caso de hoy en día. El Congreso ya no es ahora tan generoso. Tenemos una comisión especial que trabaja para «encontrar» 1,3 trillones de dólares en recortes o ingresos a lo largo de los próximos diez años. Y se puede estar seguro de que estos recortes vendrán en gran medida de las ayudas federales a los estados y a las localidades.

No habíamos visto este retroceso desde los años sesenta cuando teníamos a gobernadores en las puertas de los colegios para evitar que los funcionarios federales acompañaran a estudiantes afroamericanos a las aulas. Francamente, es lo que dio a los derechos de los estados una mala fama en los Estados Unidos —pero me pregunto si no estamos a punto de ver más de lo mismo—. Resta algo de animosidad racial (mucho hacia nuestro presidente) y parece —al menos en los debates republicanos— como si la animosidad estuviera aceptándose más —al menos en algunos círculos políticos—.

4. CONCLUSIÓN

¿Todo esto debilita o fortalece las relaciones intergubernamentales? ¿Y qué sucede con la interpretación de estas relaciones por los estudiosos?

Hay pocas razones para pensar que los asuntos intergubernamentales altamente partidistas, no cooperativos, carentes de preocupación por parte del ambiente del Congreso asociados con las economías extremadamente tóxicas puedan ser positivas para las relaciones intergubernamentales en los Estados Unidos. No puedo pensar en ninguna salvo que el sistema sobrevivirá tal y como lo ha hecho por más de trescientos años. Algunos estudiosos han pedido un nuevo «proyecto» de relaciones intergubernamentales teniendo en cuenta los impactos de los cambios de la globalización y tecnología y las tendencias demográficas (Scheppach y Shafroth, 2008). Estos expertos sugieren una mejor ordenación de las responsabilidades intergubernamentales, especialmente en política de salud, derrumbando las ayudas categóricas y repensando cómo los tres niveles de sistemas de ingresos interactúan. ¿Qué posibilidades hay de que esté replanteamiento más sistemático ocurra? Casi ninguna. El Gobierno nacional tiene sus manos atadas con su problema de déficit masivo y los estados tienen sus propios problemas fiscales también. La colaboración y el planteamiento de largo alcance son simplemente no realistas.

Existen más razones para ser optimista desde el lado de la academia, de todas maneras. Hemos ido más allá de las explicaciones descriptivas del con-

flicto intergubernamental y de la cooperación y observamos la relación dinámica entre el Gobierno federal y el estatal en términos de rivalidad política intergubernamental. Hill y Weissert (1994) observaron el impacto de la posibilidad de la acción federal en la probabilidad de que los estados cooperaran entre ellos en acuerdos interestatales sobre residuos nucleares de baja intensidad. Volden (2005, 2007) y Nicholson-Crotty (2011) observan la rivalidad intergubernamental tal y como se expresa a través de quien se lleva el mérito. Volden considera que cuando un nivel de gobierno está en mejor posición para ofrecer eficientemente un servicio, ese gobierno ofrece esos servicios. Sin embargo, cuando las posibilidades de los dos niveles son similares, la búsqueda por el mérito político atrae al menos eficiente gobierno de los dos niveles a unirse a la prestación —por consiguiente duplicando el servicio ofrecido y gravando en exceso al hacerlo—. Cuando amplía el análisis a las ayudas federales, concluye que el impacto en el incremento del dinero de las ayudas será mayor si el estado tiene capacidad limitada para recaudar dinero a través de los ingresos y puede reclamar el mérito por la producción de bienes a través de la subvención. Nicholson-Crotty no está convencido de que estas suposiciones sean exactas —en particular en relación a la obtención del mérito y a la de echar las culpas—. Afirma que la confusión en torno a una asignación correcta del mérito permite a los legisladores estatales reclamar el crédito por servicios federales ya sea incrementando o aumentando el gasto y encuentra apoyo empírico para esto en la noción «oportunista» del mérito.

Las relaciones intergubernamentales pueden verse informadas por este trabajo teórico estratégico (seguido de tests empíricos). Creo que veremos más trabajo teórico y empírico, evaluando algunas de las actividades de retroceso y de echar las culpas.

Así pues la conclusión es ambivalente. Hay presiones contextuales en las relaciones intergubernamentales en los Estados Unidos que traen consigo serias dificultades fiscales a los niveles federal y estatal. La lenta recuperación económica ha tenido un tremendo efecto negativo en la mayoría de los estados, agravado por el hecho de que deben equilibrar sus presupuestos anualmente. El Gobierno federal no tiene que equilibrar su presupuesto y vive con el exceso de gasto que tuvo lugar en la pasada década. Mientras algunos optimistas creen que los tiempos duros pueden llevar a reformas coherentes, yo no lo creo. Las relaciones intergubernamentales no están en peligro en los Estados Unidos en términos de supervivencia. Desafortunadamente, las disfunciones de ese sistema es probable que también pervivan y quizás incluso crezcan con fuerza en estos tiempos duros. La buena noticia está en la doctrina intergubernamental. Los académicos están examinando sistemática y teóricamente la dinámica y la cambiante naturaleza del sistema. Podemos entender cómo las acciones de un nivel intergubernamental afectan al otro. La doctrina puede ponerse al día con los actores y sus acciones. Al menos eso es lo que esperamos.

BIBLIOGRAFÍA

- AGRANOFF, R., «Autonomy, Devolution and Intergovernmental Relations», en *Regional and Federal Studies*, n.º 14, 2004, pp. 26-65.
- BOLLEYER, N., *Intergovernmental Cooperation: Rational Choices in Federal Systems and Beyond*. Oxford University Press, Nueva York, 2009.
- BRODER, J.M. y GALBRAITH, K., «E.P.A. is Longtime Favorite Target for Perry», en *The New York Times*, sept. 30, A13-14, 2011.
- CAPPIELLO, D., «Clean Water: House Bars EPA From Overruling States on Pollution», en *Huffington Post*, July 13, 2011.
- CONLAN, T., «And the Beat Goes On: Intergovernmental Mandates and Preemption in an Era of Deregulation», en *Publius The Journal of Federalism*, 21, 1991, pp. 43-57.
- CONLAN, T. y POSNER, P., «Inflection Point? Federalism and the Obama Administration», en *Publius The Journal of Federalism*, n.º 41,3, 2011, pp. 421-446.
- DINAN, J., «Shaping Health Reform: Understanding the States' Challenges to the Patient Protection and Affordable Care Act», en *Publius The Journal of Federalism*, n.º 41,3, 2011, pp. 395-420.
- ESTERLING, K., «Does the Federal Government Learn from the States? Medicaid and the Limits of Expertise in the Intergovernmental Lobby», en *Publius The Journal of Federalism*, n.º 39,1, 2009, pp. 1-21.
- FEIOCK, R. y SCHOLZ, J., *Self-Organizing Federalism*, Cambridge University Press, Nueva York, 2010.
- HILL, J. y WEISSERT, C., «Implementation and the Irony of Delegation: The Politics of Low-Level Radioactive Waste Disposal», en *Journal of Politics*, n.º 57,2, 1995, pp. 344-369.
- HOOGHE, L. y MARKS, G., «Europe With Regions? Regional Representation in the European Union», en *Publius The Journal of Federalism*, n.º 26, 1996, pp. 73-91.
- HOOGHE, L. y MARKS, G., *Multi-Level Governance and European Integration*, MD Rowman and Littlefield, Lanham, 2001.
- HOOGHE, L. y MARKS, G., «Unraveling the Central State but How? Types of Multi-Level Governance», en *American Political Science Review*, n.º 97, 2003, pp. 233-243.
- JOONDEPTH, B., «Federalism and Health Care Reform: Understanding the States' Challenges to the Patient Protection and Affordable Care Act», en *Publius The Journal of Federalism*, n.º 41,3, 2011, pp. 447-470.
- KINCAID, J., «From Cooperation to Coercion in American Federalism: Housing, Fragmentation and Preemption», en *Journal of Law and Politics*, n.º 9, 1993, pp. 333-433.
- KINCAID, J., «The Rise of Social Welfare and Onward March of Coercive Federalism», en MEEK, J.W. y THURMAIER, K. (eds.), *Networked Governance: The Future of Intergovernmental Management*, CQ Press, Washington D.C., 2012, pp. 8-33.
- LOWERY, D.; GRAY, V. y BAUMGARTNER, F., «Policy Attention in State and Nation: Is Anyone Listening to the Laboratories of Democracy?», en *Publius the Journal of Federalism*, n.º 41,2, 2011, pp. 286-310.
- MOSSBERGER, K., «State-Federal Diffusion and Policy Learning: From Enterprise Zones to Empowerment Zones», en *Publius The Journal of Federalism*, n.º 29, 1999, pp. 31-50.
- NICHOLSON-CROTTY, S., «Goal Conflict and Fund Diversion in Federal Grants to the States», en *American Journal of Political Science*, n.º 48,1, 2004, pp. 110-122.

- NICHOLSON-CROTTY, S., «Claiming Credit in the U.S. Federal System: Testing a Model of Competitive Federalism», en *Publius The Journal of Federalism*, n.º 41,2, 2011, pp. 232-256.
- OSTROM, V.; BISH, R. y OSTROM, E., *Local Government in the United States*, ICS Press, Nueva York, 1988.
- PETERSON, J. y O'TOOLE JR, L.J., «Federal Governance in the United States and the European Union: A Policy Network Perspective», en NICOLAIDIS, K. y HOWSE, R. (eds.), *The Federal Vision*, Oxford University Press, Nueva York, 2001, pp. 300-334.
- PITTINGER, J.C., «Garcia and the Political Safeguards of Federalism: Is There a Better Solution to the Conundrum of the Tenth Amendment?», en *Publius The Journal of Federalism*, n.º 22, 1: 1992, pp. 1-19.
- POSNER, P., «Unfunded Mandate Reform Act: 1996 and Beyond», en *Publius The Journal of Federalism*, n.º 27, 1997, pp. 53-71.
- POSNER, P., «The Politics of Coercive Federalism in the Bush Era», en *Publius The Journal of Federalism*, n.º 37, 2007, pp. 390-412.
- RABE, B., «Can Congress Govern the Climate?», en *Research Brief*, n.º 1. John Brademas Center for the Study of Congress. Wagner Graduate School of Public Service, New York University, 2007.
- SCHEPPACH, R.C. y SHAFROTH, F., «Intergovernmental Finance in a New Global Economy», en CONLAN, T.L. y POSNER, P.L. (eds.), *Intergovernmental Management for the 21st Century*, Brookings Institution, Washington D.C., 2008, pp. 42-74.
- SCHEPPACH, R., «Social Welfare Spending Dominates», en MEEK, J.W. y THURMAIER, K. (eds), *Networked Governance: The Future of Intergovernmental Management*, CQ Press, Washington D.C., 2012, pp. 34-38.
- SHELLER, D. y WEISSERT, C., *State Roots and Policy Learning in the U.S. Congress*. manuscrito sin publicar, 2011.
- SMITH, T., «Intergovernmental Lobbying: How Opportunistic Actors Create a Less Structured and Balanced Federal System», en *Intergovernmental Management in the 21st Century*, CONLAN, T.J. y POSNER, P.L. (eds.), Brookings Institution Press, Washington D.C., 2008, pp. 310-337.
- THOMPSON, F.J. y COURTNEY, B., «Executive Federalism and Medicaid Demonstration Waivers: Implications for Policy and Democratic Process», en *Journal of Health Politics, Policy, and Law*, n.º 32, 2007, pp. 971-1004.
- VOLDEN, C., «Intergovernmental Political Competition in American Federalism», en *American Journal of Political Science*, n.º 49,2: 2005, pp. 327-342.
- VOLDEN, C., «Intergovernmental Grants: A Formal Model of Interrelated National and Subnational Political Decisions», en *Publius The Journal of Federalism*, n.º 37,2, 2007, pp. 209-243.
- ZIMMERMAN, J.P., «Federal Preemption Under Reagan's New Federalism», en *Publius the Journal of Federalism*, n.º 21, 1991, pp. 7-28.
- ZIMMERMAN, J.P., «Preemption in the U.S. Federal System», en *Publius the Journal of Federalism*, n.º 23, 1993, pp. 1-14.
- ZIMMERMAN, J.P. *Congressional Preemption During the George W. Bush Administration*, n.º 37, 2007, pp. 432-452.

Las relaciones intergubernamentales en Canadá: una perspectiva horizontal*

Benoît Pelletier

Universidad de Ottawa,

Exmiembro de la Asamblea Nacional de Quebec y Exministro del Gobierno de Quebec

SUMARIO: Introducción. 1. Los tres territorios canadienses: un estatus impreciso. 2. Las disparidades entre las provincias canadienses. 3. Los valores inherentes a la colaboración intergubernamental. 4. Carácter bicomunal y multinacional de Canadá. 5. Las instituciones y los mecanismos sobre los que el «interprovincialismo» se fundamenta. 6. El lugar de los pueblos autóctonos y Quebec en Canadá, visto desde la perspectiva de las relaciones intergubernamentales. 7. Los jugadores, formas y modalidades de las relaciones intergubernamentales en Canadá. 8. Caminos de futuro para las relaciones intergubernamentales en Canadá. 9. Conclusión.

INTRODUCCIÓN

Canadá tiene dos órdenes de gobierno, cada uno soberano en el ejercicio de los poderes legislativos, que se derivan de la Constitución. Canadá es

* Este texto es una versión modificada y enriquecida de una conferencia pronunciada en un seminario internacional celebrado en Zaragoza, España, en marzo de 2009. El tema del seminario fue *La federalización de España: las deficiencias de la cooperación intergubernamental*. Luego, el documento preparado por el autor ha sido publicado como PELLETIER, B., «Las relaciones intergubernamentales en Canadá desde horizontal. Una perspectiva», en TUDELA, J. y KNUEPLING F. (eds.), *España y modelos de federalismo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Madrid, 2010, p. 301.

Este texto es resultado de diez años de vida política activa en la que el autor tenía la responsabilidad de asuntos intergubernamentales como crítico de la oposición oficial (1998-2003) y como ministro (2003-2008) en Quebec. El lector no debe, por tanto, sorprenderse si se cubren aspectos prácticos (más que teóricos) de las relaciones intergubernamentales sin pretensión científica; ni debería, él o ella, extrañarse si se presentan desde una perspectiva de Quebec.

una federación¹ y por lo tanto, al igual que en cualquier estado de este tipo, la división de los poderes legislativos se caracteriza por una cierta rigidez constitucional: no puede ser formalmente modificada excepto por medio de un procedimiento relativamente complejo que requiere de la participación de ambos órdenes de gobierno².

En una federación, el primer orden de gobierno se llama central, ya que sus competencias se extienden a todo el territorio del Estado. En Canadá, este orden de gobierno está formado por el Parlamento canadiense (o federal), y el gobierno, y las instituciones u organizaciones que hayan creado debidamente. Ejerce sus competencias sobre el territorio canadiense en su totalidad.

El segundo orden de gobierno que compone una federación —cualquier federación— es etiquetado como descentralizado, ya que tiene jurisdicción sólo sobre una parte limitada del Estado. En Canadá, se compone de 10 parlamentos provinciales (legislativos) y los gobiernos, así como de las instituciones y organizaciones que hayan creado debidamente. Las instituciones propias de cada provincia sólo tienen jurisdicción en el territorio de esa provincia.

En cualquier federación, las relaciones intergubernamentales pueden examinarse desde un punto de vista vertical u horizontal. Una perspectiva vertical estudia las relaciones entre el Gobierno centralizado (o federal) y los gobiernos descentralizados (o provinciales³). Las relaciones intergubernamentales también pueden ser estudiadas desde el ángulo de las relaciones entre las entidades de los gobiernos descentralizados. En este caso, el análisis es desde una perspectiva horizontal.

En este ensayo, se abordará el federalismo horizontal en Canadá —es decir, las relaciones entre las provincias—. Serán incluidas las disparidades que existen entre las provincias canadienses en términos socioeconómicos, demográficos y políticos. La colaboración intergubernamental como un valor en sí misma será examinada. Se incluirán algunos comentarios sobre el carácter bicomunal o multinacional de Canadá, que conducirá naturalmente a la discusión del lugar de Quebec en Canadá, así como al papel de los pueblos autóctonos en las relaciones intergubernamentales. Se destacarán los actores clave del sistema canadiense, así como las formas y las modalidades de las relaciones intergubernamentales. Se presentarán las instituciones y los mecanismos que

¹ Una federación está al menos compuesta de dos órdenes de gobierno. Véase ANDERSON, G., *Federalism: An Introduction*, Oxford University Press, Toronto, 2008, p. 3.

² En Canadá, la división de las competencias legislativas no puede modificarse salvo por acuerdo del Parlamento de Canadá y de al menos tres quintos de las provincias (lo que significa siete de ellas) que representen al menos el cincuenta por ciento de la población total de las provincias (el procedimiento 7/50). En todas las federaciones, la división de las competencias legislativas es relativamente rígida puesto que solo puede ser modificado a través de un proceso complejo; este complejo no obstante varía de país a país.

³ En Canadá, los estados federados son denominados provincias. En otras federaciones, estas entidades descentralizadas pueden ser designadas bajo diferentes términos, tales como estados, regiones, comunidades, *länder*, cantones, etc.

están permitiendo al «interprovincialismo»⁴ desarrollarse en Canadá y, por último, se explorará el futuro de la cooperación horizontal intergubernamental en este país. Pero en primer lugar, se presentará la situación muy particular de tres territorios canadienses (los Territorios del Noroeste, Yukón y Nunavut). Estos territorios juegan un papel importante en el ámbito de las relaciones intergubernamentales, a pesar de que su estatus legal sea muy ambiguo.

1. LOS TRES TERRITORIOS CANADIENSES: UN ESTATUS IMPRECISO

La Federación de Canadá fue creada en 1867 con la adopción de la *British North America Act* (más tarde rebautizada Ley de la Constitución de 1867⁵ a raíz de la repatriación de la Constitución canadiense), que unió las cuatro provincias originales de Ontario, Quebec, Nueva Brunswick y Nueva Escocia en Canadá y estableció las normas para admitir a otras colonias británicas y territorios de América del Norte en el Dominio de nueva creación⁶. Más precisamente, el artículo 146 de la Ley de la Constitución de 1867 intentaba captar lo que se conoce como los Territorios del Noroeste (que era una posesión de la Corona) y el territorio de Rupert de la Compañía de Bahía de Hudson adquiridos en 1870 por el Parlamento británico para el Dominio de Canadá⁷. Estas vastas tierras se extendieron por la mayor parte del Canadá de hoy y se convirtieron en las provincias de Alberta, Saskatchewan, Manitoba, parte de Quebec y Ontario, y, por supuesto, los tres territorios: los Territorios del Noroeste, Yukón y Nunavut.

Entre 1870 y 1905, la parte sur de esta tierra se fraccionó en tres provincias, mientras que la parte norte se dividió en dos territorios: Yukon y los Territorios del Noroeste⁸. La creación de Nunavut se produjo en 1999, tras la Ley sobre el Acuerdo de Reivindicaciones Territoriales de Nunavut de 1993⁹. El principio detrás de este acuerdo era crear un territorio donde la mayoría de la población es inuit lo que por lo tanto permite la promoción de la cultura y los valores inuit¹⁰. Existía la esperanza de que la participación federal en los asun-

⁴ El concepto de *interprovincialismo* no existe en los diccionarios; ha sido inventado para describir la intensificación de las relaciones entre provincias.

⁵ *Ley de la Constitución de 1867*(UK), 30 & 31 Vict, c 3, reimpresso en RSC 1985, App II, No 5.

⁶ *Ibid*, s 146.

⁷ *Rupert's Land Act, 1868* (UK, 31 & 32 Vict, c 105, reimpresso en RSC 1985, App II, No 6; *An Act for the temporary Government of Rupert's Land and the North-Western Territory when united with Canada*, SC 1869, c 3, reimpresso en RSC 1985, App II, No 7, and *Rupert's Land and North-Western Territory Order (1870)*, RSC 1985, App II, No 9.

⁸ *Manitoba Act, 1870*, 33 Vict, c 3 (Can); *Yukon Act*, SC 2002, c 7; *Saskatchewan Act, 1905*, 4-5 Edw VII, c 42 (Can); *Alberta Act, 1905*, 4-5 Edw VII, c 3 (Can); *Northwest Territories Act*, RSC 1985, c N-27.

⁹ *Nunavut Land Claims Agreement Act*, SC 1993, c 29.

¹⁰ LÉGARÉ, A., «Canada's Experiment with Aboriginal Self-Determination in Nunavut: from Vision to illusion», en *International Journal on Minority and Group Rights*, n.º 15, 2008, p. 336.

tos inuit disminuyera, al dar al pueblo inuit mayor autonomía y control sobre las políticas del este del Ártico¹¹.

Aunque el deseo del territorio por controlar los asuntos locales (en lugar de confiar únicamente en la buena voluntad federal) se ilustra mejor con la búsqueda de Nunavut de un país inuit, su realidad refleja los cambios que se producen en el papel de los territorios en las relaciones intergubernamentales. Territorios, a diferencia de las provincias, a los que la Constitución no otorga facultades legislativas, sino que más bien estos poderes son delegados por el Parlamento canadiense. Las tierras que no están incluidas en provincias, como los territorios y las aguas costeras, caen dentro de las facultades legislativas del Parlamento de Canadá¹².

Los tres territorios son gobernados por leyes similares, dándoles los mismos poderes e instituciones políticas. Cada uno de ellos tiene un Comisionado, una asamblea legislativa y tribunales¹³. Están bajo la responsabilidad del Ministro de Asuntos Autóctonos y de Desarrollo del Norte de Canadá¹⁴. El Comisionado es nombrado por el Gobernador General¹⁵ y su papel es ser el enlace entre el Ministerio y la población del territorio. Sus funciones son similares a las de un subgobernador provincial¹⁶, siendo la autoridad ejecutiva jefe¹⁷.

Los territorios tienen virtualmente el mismo ámbito de competencias legislativas que las provincias. Las tres leyes de los territorios «otorgan poderes al legislativo para hacer leyes para el gobierno de su territorio en relación con una larga lista de materias que corresponden aproximadamente a la lista de materias asignadas al legislativo provincial por el art. 92 de la Constitución de 1867¹⁸. La diferencia radica en el hecho de que a las provincias les otorga la Constitución estos poderes, mientras que las leyes de los territorios son la le-

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ley Constitucional 1871* (UK), 34 & 35 Vict, c 28, s 4, reimpresso en RCS 1985, App II, No 11.

¹³ *Yukon Act, op. cit., supra nota 8; Northwest Territories Act, op. cit., supra nota 8; Nunavut Act, SC 1993, c 28.*

¹⁴ Véase la website de Asuntos Autóctonos y Desarrollo del Norte de Canadá para la lista de actos para los que el Ministro tiene la única responsabilidad ante el Parlamento.

¹⁵ Aunque le Gobernador General es el representante oficial del Jefe del Estado, la Reina, siempre actúa bajo el consejo del Primer Ministro. Legalmente el Gobierno General es titular de todas las competencias legislativas y ejecutivas, pero *de facto* estos poderes pertenecen al Primer Ministro y su Gobierno o al Parlamento.

¹⁶ Los Subgobernadores, mucho como el Gobernador General, son titulares de todas las competencias legislativas y ejecutivas, pero actúan siempre bajo la indicación de los Primeros Ministros y sus gobiernos o de los legislativos.

¹⁷ Véase la website del Comisionado de Nunavut: <http://www.commissioner.gov.nu.ca/english/commissioner/role_commiss.html>, la website del Comisionado de Yukon: <<http://www.commissioner.gov.yk.ca/about/role.html>>, y la del Comisionado de los Territorios del Noroeste: <<http://www.commissioner.gov.nt.ca/role/>>.

¹⁸ HOGG, P., *Constitutional Law of Canada*, Student ed., Thomson Carswell, Toronto, 2008, p. 332.

gislación federal, por lo tanto sujeta a modificación por el Parlamento de Canadá¹⁹.

Las provincias son creadas por la propia Constitución; no dependen de las autoridades centrales. Sin embargo, el Parlamento canadiense es el titular de la posesión de los territorios. Se trata del derecho *de jure* a delegar poderes a las autoridades territoriales, enmendar sus actos constitutivos o reorganizarlos geográficamente. Las provincias incluso se podrían crear a partir de estas tierras (que obtendrían el mismo nivel de autonomía que el de otras provincias) o ser anexionados a las provincias existentes. Para hacer esto, sería necesario el consentimiento de al menos 7 provincias que representen al menos el 50 por ciento de la población total de las provincias, de acuerdo con lo que se llama el *procedimiento de 7/50*²⁰. Sin embargo, tal modificación es poco probable que se considere en el corto plazo ya que no hay apetito en Canadá por la reapertura de las negociaciones constitucionales²¹.

La delegación de facultades por parte del Gobierno central a los territorios es básicamente el mismo principio por ejemplo que la delegación de facultades a los municipios o comisiones gubernamentales. Esta delegación de competencias por lo tanto no se considera permanente en esencia ya que puede, en teoría, ser revocada por el gobierno en cualquier momento²². Aunque las modificaciones de leyes que crean los territorios suelen estar apoyadas por la asamblea legislativa de dichos territorios, por ley ese apoyo no es obligatorio.

A pesar de que los gobiernos de los territorios surgen de una delegación de poderes, se reconoce que, *de facto*, se ha vuelto casi imposible disminuir los poderes que ya poseían los territorios. De hecho, se han convertido en cuasi-provincias y sería impensable para cualquier Gobierno federal modificar esta situación. Sobre este tema, los autores David Cameron y Richard Simeon escribieron que «los [...] territorios [...] ahora se integran con las provincias. Las reuniones son Federales / Provinciales / Territoriales o Provinciales / Territoriales a pesar de que los territorios sean descendientes constitucionales del Gobierno federal»²³.

¹⁹ Véase *Yukon Act*, *op. cit.*, *supra* nota 8; *Northwest Territories Act*, *op. cit.*, *supra* nota 8; *Nunavut Act*, *op. cit.*, *supra* nota 13.

²⁰ *Ley Constitucional, 1982*, arts. 42(1)e) y 42(1)f), siendo el Calendario B de la *Ley Constitucional de 1982* (UK), 1982, c 11. Para el procedimiento 7/50, véase *op. cit.*, *supra* nota 2. Además, otras leyes complementan este procedimiento, véase *An Act respecting constitutional amendments*, SC 1996, c 1. Sobre este tema, véase PELLETIER, B., «Les modalités de la modification de la Constitution du Canada», en BEAUDOIN, G.A.; MAGNET, J.E.; PELLETIER, B.; ROBERTSON, G. y TRENT, J. (eds.), *Le Fédéralisme de demain: réformes essentielles - Federalism for the future*, Essential Reforms Wilson & Lafleur Ltd, Montreal, 1998, p. 271.

²¹ El procedimiento de enmienda constitucional es una empresa tan ardua que hacer ni tan siquiera la mínima reforma constitucional es muy difícil (véase *op. cit.*, *supra* notas 2 y 20).

²² *Op. cit.*, *supra* nota 10 en p. 348.

²³ CAMERON, D. & SIMEON, R., «Intergovernmental Relations in Canada», in *The Emergence of Collaborative Federalism*, *Publius*, vol. 32, n.º 2, 2002, p. 63.

En este caso, su condición constitucional de protectorados federales deviene superflua y mucho más teórica que práctica. Esta evolución hacia el estatus provincial ha suscitado notablemente muy pocos comentarios, a pesar de que tiene el potencial para cambiar la dinámica de las relaciones intergubernamentales, ya que tres voces más se suman a las seis provincias más pequeñas y más pobres²⁴. Obviamente, esto desafía el modo de ser de las relaciones intergubernamentales, ya que hay tres entidades adicionales que participan en los debates intergubernamentales con el Gobierno federal o que se unen a las relaciones interprovinciales de colaboración.

Esta realidad caracteriza además el ambiguo estatus de los territorios. Su participación en las relaciones intergubernamentales en gran medida se aparta de su estatuto constitucional. Se dice que están actuando más como provincias que como protectorados federales, lo cual redefine las relaciones intergubernamentales, saliéndose del tradicional marco federal-provincial-municipal²⁵.

El Consejo de la Federación será tratado más adelante en este texto, pero vale la pena señalar que los territorios son miembros de esta institución que alimenta las relaciones interprovinciales. La inclusión de los territorios en el Consejo ilustra cómo han llegado a desempeñar un papel importante en las relaciones intergubernamentales. A la larga, los resultados pueden ser de dos tipos; por un lado, desplazará la dinámica de las relaciones interprovinciales y, por otra parte, afianzará este punto de vista de los territorios como cuasi-provincias. Será en adelante más difícil para el Gobierno federal inmiscuirse en los asuntos territoriales. Además, debido a que Nunavut representa *de facto* el primer modelo de autogobierno autóctono, influye en otros pueblos autóctonos para reivindicar derechos de autogobierno y refuerza su voluntad de ser representados en las relaciones intergubernamentales²⁶.

En la Constitución, a los territorios se les dio un estatus diferente que a las provincias; un estatus que les subyuga al Gobierno federal y que les da muy poco poder de autodeterminación. La situación ha cambiado desde la creación de Canadá; mientras que el estatus se ha mantenido intacto en lo que respecta a la constitución, los territorios se han convertido *de facto* en muy similares a las provincias. Como hemos visto en este apartado, los territorios son territorios únicamente a los ojos de la ley; por el contrario están mucho más emancipados. Esta forma de libertad de acción política que han adquirido con el tiempo es poco probable que sea alterada o que se vuelva a su posición de dependencia anterior, a pesar de que sería jurídicamente factible.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid* en 70.

²⁶ *Ibid.*

2. LAS DISPARIDADES ENTRE LAS PROVINCIAS CANADIENSES

Mientras que las provincias de Canadá son todas iguales en teoría jurídica, las profundas diferencias distinguen a unas de otras. Algunas están significativamente más pobladas que otras. Este es el caso de Ontario y Quebec mientras que las provincias atlánticas son el hogar de poblaciones pequeñas.

Financieramente hablando, Alberta posee una riqueza aparentemente ilimitada por sus recursos naturales (principalmente petróleo), que sólo se espera que se agoten en un siglo desde ahora. Su vecino, Saskatchewan, también se beneficia (aunque menos que Alberta) de la fortaleza financiera que proviene de la extracción de petróleo. La Columbia Británica se encuentra en medio de un gran avance demográfico y económico. Manitoba, ubicada al oeste de la todavía poderosa, Ontario²⁷, está teniendo un momento más difícil. En el Este, las cuatro provincias del Atlántico siguen siendo económicamente vulnerables. Sin embargo, Terranova y Labrador y Nueva Escocia han visto como sus ingresos y capacidad fiscal mejoraban dados los generosos acuerdos alcanzados con el Gobierno federal sobre la distribución de los pagos de regalías por la explotación de los recursos naturales marinos. En Quebec, a pesar de que la situación económica ha mejorado algo en los últimos años, la deuda pública sigue siendo colosal.

Las disparidades entre las provincias canadienses son muy reales. Deben tenerse en cuenta al examinar las relaciones intergubernamentales en Canadá. Estas disparidades influyen en las relaciones que cada provincia individualmente mantiene con el Gobierno federal. Por ejemplo, cuanto más pobre es una provincia más dependiente se vuelve de las transferencias de dinero por parte del Gobierno federal. Estas provincias son, por lo tanto, menos proclives que las demás, en principio, a alentar la limitación de la capacidad de gasto federal en los ámbitos provinciales²⁸.

Por supuesto, los pagos de compensación permiten redistribuir la riqueza a través de Canadá con el fin de reducir las desigualdades y las brechas financieras entre las provincias. Como es de esperar, las provincias que no reciben pagos de igualación tienen una visión más oscura del aumento de esos pagos que las provincias que sí los reciben. Por tanto, es notablemente difícil para las

²⁷ Ontario ha accedido recientemente al programa de pago compensatorio como una provincia «que no tiene» y por consiguiente tiene derecho a recibir pagos transferidos. Una razón en el origen de este cambio es que la industria manufacturera de Ontario, en especial la industria del automóvil, está sufriendo por los altos precios de la gasolina, la baja demanda de los Estados Unidos y un dólar canadiense fuerte. Ontario permanece, no obstante, como un centro financiero en Canadá. Sobre el principio constitucional de pagos compensatorios, véase *Ley Constitucional de 1867, op. cit., supra* nota 5 art. 36(2).

²⁸ Ninguna provincia, salvo Quebec, está realmente insistiendo en limitar los poderes federales de gasto en las competencias provinciales. El Gobierno de Quebec ha adoptado el hábito de referirse al «presunto poder federal de gasto» ya que el Tribunal Supremo de Canadá no ha reconocido aún totalmente ese poder. Lo ha hecho solo en un *obiter dicta*.

provincias canadienses ponerse de acuerdo sobre algunas materias polémicas como la solución al desequilibrio fiscal²⁹, en el que la cuestión de la revisión de los pagos de igualación surge inevitablemente. Lo mismo es cierto, como se mencionó anteriormente, para la limitación de los poderes federales de gasto en los ámbitos provinciales.

En suma, las disparidades entre las provincias canadienses hacen que sea más difícil para ellas llegar a un consenso sobre diversos temas, una tensión que sale en el mismo corazón del Consejo de la Federación, una institución que se trata posteriormente.

3. LOS VALORES INHERENTES A LA COLABORACIÓN INTERGUBERNAMENTAL

Todo el mundo sabe que vivimos en una era de interdependencia. El mundo se está aplanando³⁰. Este no es un momento de retirada, sino de colaboración. En este contexto, cualquier comunidad que no esté abierta al mundo se asfixiará a largo plazo.

Las provincias y territorios de Canadá también deben aprender a trabajar mejor juntos. Tienen que llegar a conocerse entre sí y mostrar mayor aceptación mutua. Sus esfuerzos por alcanzar ciertas metas comunes deben ser planificados y coordinados.

El diálogo es un valor en sí mismo. Tiene que ser reforzado entre las provincias y territorios. Este diálogo debe buscar una serie de propósitos. Se debe crear la posibilidad de intercambio de información y experiencia. Esa participación puede abordar comparaciones entre las provincias con el fin de aumentar su eficiencia en una determinada área de la actividad. Este es el caso por ejemplo de las discusiones sobre las mejores prácticas.

²⁹ El desequilibrio fiscal es un concepto que se refiere a la diferencia que existe entre los ingresos provinciales y federales, tomando en consideración sus responsabilidades constitucionales. El Gobierno de Quebec estima que este asunto aún no ha sido resuelto en Canadá, a pesar de la revisión de la compensación que fue llevada a cabo en el frenesí del presupuesto federal de 2007, e incluso a pesar de hecho que la crisis financiera que está actualmente afectando al mundo entero ha transformado los superávits del presupuesto gubernamental canadiense en déficits. De acuerdo con Quebec, la solución al desequilibrio fiscal depende no solo de una equiparación incrementada, sino también de un aumento de las transferencias federales para programas de educación postsecundaria y social, y de una transferencia federal a las provincias de puntos de impuestos o espacio para impuestos. Básicamente, esto significaría revisar la compensación, las transferencias federales y la base imponible en un modo que ofrecería a las provincias con cierta estabilidad financiera, una aceptable capacidad fiscal considerando sus responsabilidades y una previsión en la planificación de su presupuesto.

³⁰ El aplanamiento del mundo se refiere al *bestseller* de FRIEDMAN, T.L., *The World is Flat: A Brief History of the Twenty-first Century*, Farrar, Straus and Giroux, Nueva York, 2005.

Canadá es a veces visto como compuesto de cuatro grandes regiones (Quebec, Ontario, el Atlántico y el Oeste), o tal vez cinco (Quebec, Ontario, el Atlántico, las Praderas y la Columbia Británica). Esta visión de la federación canadiense no deja de tener un fundamento válido, ya que Canadá está, sin duda, marcado por fuertes tendencias regionales, que aparecen incluso en la política partidista³¹. Sin embargo, una concepción de Canadá que se basa en cuatro o cinco grandes regiones no debe pasar por alto el hecho de que las provincias, no las regiones, tienen facultades legislativas y ejecutivas y constituyen —junto con el Gobierno federal— el poder constituyente (es decir, el poder de cambiar el Constitución) en Canadá.

En cualquier caso, las provincias están dispuestas a compartir experiencias con otras sobre una base regional. Con esto en mente, observamos que Quebec y Ontario han demostrado recientemente su deseo de trabajar más estrechamente³² con el fin de reforzar su influencia en comparación con Alberta y la Columbia Británica, que amenazan cada vez más en términos de competencia económica y poder político³³. Quebec y New Brunswick también han mostrado su deseo de colaborar. A modo de ejemplo, se había alcanzado un acuerdo donde Hydro-Québec, una corporación de la corona en Quebec, había de comprar New Brunswick Power³⁴. Aunque el acuerdo finalmente fracasó por falta de apoyo popular, el caso es que la cooperación entre ambas provincias está aumentando. Se han alcanzado otros acuerdos entre Quebec y Nueva Brunswick sobre todo en movilidad laboral en el sector de la construcción³⁵.

³¹ Para ilustrar esta tendencia, déjenos considerar al Bloque Quebequés, que elige miembros del Parlamento solo entre los de Quebec, y la Alianza Canadiense (antes conocida como Partido reformista), un grupo político occidental que se ha fusionado con el Partido Conservador de Canadá en 2003.

³² El 11 de septiembre de 2009, los Primeros Ministros de Ontario y Quebec y sus respectivos gobiernos tuvieron su segunda reunión conjunta, en la que firmaron el Acuerdo de Comercio y Cooperación Ontario-Quebec para reducir las barreras comerciales, mejorar la movilidad laboral y hacer a las dos provincias más competitivas en la economía global. Véase Oficina del Primer Ministro, Comunicado de Prensa: «Le Québec et l'Ontario continuent de renforcer leur partenariat» (11 septembre 2009), online: <<http://www.premier-ministre.gouv.qc.ca/actualites>>. Una tercera reunión conjunta tuvo lugar el 16 de Junio de 2010, donde ambos «gobiernos expresaron su deseo de desarrollar y ampliar sus relaciones» y sugerían una reunión anual Ontario-Quebec. Véase Oficina del Primer Ministro, comunicado de prensa: «Cooperation between Ontario and Québec is yielding tangible results» (16 June 2010) online: <<http://www.premier-ministre.gouv.qc.ca/actualites>>.

³³ Hay en la actualidad un acuerdo entre Alberta y la Columbia Británica, el *Acuerdo de Comercio, Inversión y Movilidad Laboral* que hace la asociación muy competitiva, véase <<http://www.tilma.ca/>>.

³⁴ Véase Hydro Québec, comunicado de prensa: «New Brunswick and Québec conclude negotiations following energy agreement» (20 January 2010); online: <<http://www.hydroquebec.com/communiques/>>.

³⁵ Véase Oficina del Primer Ministro, comunicado de prensa: «Coopération accrue entre le Nouveau-Brunswick et le Québec en matière d'approvisionnement, de mobilité de la main-d'œuvre et de francophonie» (3 October 2008); online: <<http://www.premier-ministre.gouv.qc.ca/actualites>>.

4. CARÁCTER BICOMUNAL Y MULTINACIONAL DE CANADÁ

Además de estar formado por diez provincias, tres territorios, y —desde una cierta perspectiva— cuatro o cinco grandes regiones, Canadá puede ser visto como una federación bicomunal y multinacional³⁶.

Por una parte, Canadá es bicomunal ya que es el hogar de dos grandes sociedades más fácilmente distinguibles por su idioma: francés e inglés. Cada una de ellas constituye una mayoría —la primera en Canadá en su conjunto, la segunda en Quebec—. El carácter bicomunal de Canadá no está, sin embargo, expresado en las instituciones políticas del país. *A fortiori*, este carácter no es reconocido por la Constitución canadiense, aparte por supuesto del bilingüismo oficial³⁷ y por algunas medidas constitucionales que denotan una cierta consideración de la especificidad relacionada con la identidad de Quebec³⁸.

Por otro lado Canadá no es sólo bicomunal, también es multinacional. Esto es así porque Quebec constituye una nación dentro de Canadá³⁹. También es cierto a causa de la existencia de las naciones aborígenes-autóctonas⁴⁰.

Canadá nunca ha abrazado su dimensión multinacional. Parece que lo niegan en aras de una construcción de la identidad común (construcción de la nación) que deja poco espacio para otras realidades nacionales más que la nación canadiense *per se*⁴¹.

³⁶ Es importante no confundir multiculturalismo y multinacionalismo. El multiculturalismo refleja la existencia de muchas culturas mientras que el multinacionalismo se refiere a más de una nación en un área dada. Una única nación puede ser considerada multicultural.

³⁷ El Estado canadiense reconoce dos lenguas oficiales: inglés y francés. Sin embargo, esto sólo es aplicable al orden federal del gobierno. Entre las provincias canadienses, sólo New Brunswick es oficialmente (y constitucionalmente) bilingüe.

³⁸ La *Ley Constitucional de 1867*, *op. cit.*, *supra* nota 5, sección 94, reconoce a *contrario* la tradición civil del Derecho privado de Quebec. La *Ley Constitucional*, 1982, *op. cit.*, *supra* nota 20, art. 59, estipula que el artículo 23(1)a) (que se refiere a algunos derechos relacionados con la educación en la lengua minoritaria oficial, por ejemplo el inglés en Quebec) será aplicado a Quebec solamente si así lo decidiera. No obstante, cualquier otra estipulación establecida en el artículo 23 sí se aplica en Quebec.

³⁹ Por una moción aprobada por una mayoría muy grande el 27 de Noviembre de 2006, la Cámara de los Comunes de Canadá reconoció que los quebequeses forman una nación dentro de un Canadá unido. Sin embargo, esta resolución no tiene valor constitucional. Véase the House of Commons of Canada, 39th Parliament, 1st Session, *Journal* no. 87, november 27, 2006, disponible en: <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&Mode=1&Parl=39&Ses=1&DocId=2539924>.

⁴⁰ Los aborígenes autóctonos son reconocidos como pueblos en la *Ley Constitucional de 1982*, *op. cit.*, *supra* nota 20, sección 35 y 35.1. Sección 35(2) especifica que el término «pueblos autóctonos» designa a los indios, a los inuit y a los metis.

⁴¹ Para muchos canadienses, solo puede haber una nación en Canadá: la nación canadiense. Para la mayoría de los quebequeses, Quebec forma una nación, en el sentido sociológico y político, dentro de otra nación: Canadá. El carácter multinacional de Canadá nunca ha sido realmente admitido por las autoridades federales y no hay explícita mención de ello en la Constitución canadiense.

Quebec y los pueblos autóctonos serán abordados más adelante; en este momento adviértase de que nada indica que las relaciones intergubernamentales en Canadá estén comprometidas en una dinámica bicomunal o multinacional. Más bien descansan en el principio de igualdad entre las provincias. Esto no quiere decir que la presencia de una sociedad francófona mayoritaria como Quebec y la de numerosos pueblos aborígenes no tenga impacto en las relaciones intergubernamentales en Canadá. Tiene un impacto. Pero esta influencia no está ni institucionalizada ni formalizada en modo alguno, salvo el bilingüismo mencionado anteriormente y el reconocimiento de ciertos derechos colectivos de carácter constitucional a favor de los pueblos autóctonos⁴².

La federación canadiense está, como muchas otras sociedades en el mundo, marcada por numerosos paradigmas. Entre ellos, ténganse en cuenta los siguientes: la colaboración frente a la autonomía, la unidad frente a la diversidad, la flexibilidad frente al constitucionalismo, la construcción de la identidad canadiense (construcción nacional) frente al multinacionalismo, nación canadiense contra nación de Quebec, la continuidad frente a la innovación, la igualdad provincial frente a la especificidad de Quebec, la convergencia frente al derecho a la diferencia, la formalización frente a la adaptabilidad, la armonización frente a la asimetría, y así sucesivamente. Si bien estos conceptos se colocan en oposición aquí, no siempre son contradictorios o incompatibles. Por ejemplo, la colaboración entre los socios de la federación puede llevarse a cabo con un gran respeto por su autonomía. En cuanto a la identidad canadiense, puede construirse teniendo en cuenta el carácter multinacional de Canadá. Del mismo modo, la nación de Quebec está contenida dentro de la nación canadiense; las dos pueden cohabitar muy bien.

5. LAS INSTITUCIONES Y LOS MECANISMOS SOBRE LOS QUE EL «INTERPROVINCIALISMO» SE FUNDAMENTA

Los acuerdos intergubernamentales (también llamados acuerdos administrativos) son el principal instrumento de las relaciones entre los gobiernos. Estos acuerdos pueden ser globales o generales, sectoriales o *ad hoc*. A través de ellos, la colaboración se construye entre provincias, y también entre las provincias, los territorios y el Gobierno federal.

Al referirse a las relaciones entre el Gobierno federal y una o varias provincias, los acuerdos administrativos permiten una cierta forma de asimetría para desarrollarse en el sistema federal canadiense. A pesar de que esta asimetría

⁴² Más allá de los arts. 35 y 35.1 de la *Ley Constitucional de 1982*, *op. cit.*, *supra* nota 20, es destacable que el art. 25 establece medidas para asegurar que los derechos ya existentes —ancestrales o basados en tratados— de los pueblos autóctonos no serán afectados, interpretados o derogados en virtud de la *Carta Canadiense de Derechos y Libertades* (que es la Parte I de la *Ley Constitucional de 1982*, *op. cit.*, *supra* nota 20).

es deseable, debe limitarse pues de lo contrario pondría pronto en peligro la supervivencia misma de la federación canadiense. En esencia, el federalismo asimétrico sólo puede autorizar asimetría de un alcance limitado si desea seguir siendo federalismo.

Por supuesto, cuando los acuerdos intergubernamentales se aplican a las relaciones entre las provincias, refuerzan en lo esencial la colaboración provincial. Se basan entonces en el libre consentimiento de las provincias firmantes y, por lo tanto, respetan su autonomía y prioridades en todos los sentidos. Esto no es siempre el caso de los acuerdos entre las provincias y el Gobierno federal, ya que en sus negociaciones con las provincias, el Gobierno canadiense por lo general intenta imponer diversas condiciones, incluso cuando el tema en cuestión se encuentre en el ámbito exclusivo de la provincia. También trata de someter a las provincias a diversas formas de presentación de informes de rendición de cuentas. La mayoría de las veces, Quebec considera que estas condiciones y rendición de cuentas van en contra del principio de la autonomía provincial, que es esencial para el federalismo.

En cuanto a las instituciones al servicio de las relaciones intergubernamentales, existen muy pocas en Canadá. Entre ellas, son particularmente dignas de atención el Consejo de Ministros de Educación, el Consejo Canadiense de Ministros del Medio Ambiente y el Consejo de la Federación. Mientras que las dos primeras se han centrado en las funciones, como su nombre indica, la última tiene una vocación más amplia. Merece atención al igual que los acontecimientos que llevaron a su fundación.

En julio de 2003, con motivo de una conferencia anual de ministros provinciales y los jefes de los gobiernos territoriales, se puso en marcha una revitalización del federalismo canadiense⁴³. Unos meses más tarde, el 5 de diciembre de 2003, en Charlottetown, las provincias y territorios firmaron el acuerdo de creación del Consejo de la Federación⁴⁴.

Aunque la conferencia de los primeros ministros era ya una tradición anual que se remontaba a 1960, el Consejo de la Federación dio una base institucional a esta práctica y demostró el deseo de las provincias y territorios para seguir adelante con esta dinámica interprovincial puesta en marcha 40 años antes.

Los primeros ministros se turnan como presidentes en períodos de un año. Aunque los territorios son miembros del Consejo, el jefe de los territorios no puede actuar como el presidente del Consejo.

⁴³ El Gobierno de Quebec está detrás de la creación del Consejo de la Federación. Para su inspiración, véase PELLETIER, B. (ed.), «A project for Quebec: Affirmation, Autonomy and Leadership, final report», en *Special Committee of the Quebec Liberal Party on the Political and Constitutional Future of Quebec Society*, Quebec Liberal Party, Montreal, 2001, en pp. 91-96.

⁴⁴ Acuerdo fundador del Consejo de la Federación, 5 de diciembre de 2003. El Acuerdo puede encontrarse en <http://www.councilofthefederation.ca/pdfs/COF_agreement.pdf>.

El Consejo de la Federación facilita la adopción de posiciones comunes, coherentes y concertadas entre las provincias y territorios. Al gestionar el desarrollo de una verdadera asociación, los gobiernos provinciales por lo tanto pueden asegurar un mejor control de sus propias competencias y participar con más fuerza en las áreas de competencias compartidas entre los legislativos provinciales y el Parlamento federal. Esto sólo puede contribuir a un mayor equilibrio en las relaciones entre las provincias y territorios, y también con el Gobierno federal. En consecuencia, el clima general de las relaciones intergubernamentales debería mejorar.

Uno de los objetivos del Consejo de la Federación es promover las relaciones basadas en el respeto de la Constitución y en la aceptación de la diversidad dentro de la federación⁴⁵. En el preámbulo del acuerdo de fundación, se afirma que el reconocimiento de la existencia de diferencias entre las provincias y los territorios implica que los gobiernos pueden tener diferentes prioridades y opciones en sus políticas. El Consejo se define no sólo como un lugar para el diálogo, la consulta y la acción común, sino también como un lugar para la apreciación y el respeto mutuos de las diferencias.

En febrero de 2004, el Consejo de la Federación aprobó un plan de trabajo⁴⁶ en el que se establecían una serie de prioridades aún válidas hoy como la reorganización del federalismo financiero o, más precisamente, la solución al problema del desequilibrio fiscal⁴⁷. El plan de trabajo incluía también el refuerzo de la unión económica de Canadá y la participación de las provincias (y territorios) en el nombramiento de los miembros de determinadas instituciones centrales, como el Senado y el Tribunal Supremo de Canadá —nombramientos que se sitúan actualmente bajo el poder unilateral del Gobierno federal—. Por último, el plan de trabajo incluyó la participación de las provincias y los territorios en la negociación de acuerdos internacionales cuando sus ámbitos se vieran afectados, así como su papel en las relaciones entre Canadá y Estados Unidos. Es evidente que la labor del Consejo se ocupa de asuntos de mayor importancia.

En suma, el Consejo de la Federación es una institución que fomenta la cooperación entre las provincias y territorios. Si bien se ha demostrado su eficacia hasta ahora en determinados asuntos⁴⁸, el Consejo merece ser reforzado en el futuro. Entre otras cosas, sería útil que la Secretaría tuviera más recursos

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Página web del CONSEJO DE FEDERACIÓN, *Report and Decissions*, 23-24 de febrero de 2004, disponible en <http://www.councilofthefederation.ca/pdfs/cof_report_e.pdf>.

⁴⁷ Véase *op. cit.*, *supra* nota 29.

⁴⁸ El Consejo de la Federación se probó el mismo en Septiembre de 2004 durante las negociaciones entre las provincias, los territorios y el Gobierno federal para un incremento de los pagos de transferencias federales para la sanidad. Los resultados obtenidos por las provincias y los territorios fueron conclusivos. Véase el Consejo de Federación, comunicado de prensa: «Premiers Propose Alternative to Prime Minister's Offer» (14 september 2004); online: <http://www.councilofthefederation.ca/pdfs/premiersrelease_sept14.pdf>.

humanos y materiales a su disposición de los que actualmente hace⁴⁹. Esto le permitiría cumplir mejor con su triple misión, que consiste en ayudar a las provincias a hacerse cargo plenamente de sus propias competencias constitucionales en el contexto de las preocupaciones comunes, en fortalecer las provincias (y territorios) en sus relaciones con el Gobierno federal, y en presionar para una participación provincial más importante en la definición y construcción del futuro de Canadá.

6. EL LUGAR DE LOS PUEBLOS AUTÓCTONOS Y QUEBEC EN CANADÁ, VISTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES

Quebec no es una sociedad homogénea. Políticamente, los quebequeses se pueden dividir en dos categorías principales: los federalistas y los soberanistas. Un cierto consenso emerge de estas opciones políticas: la defensa de la autonomía provincial y de las competencias constitucionales. Algunos se preguntan si existe —y otros lo desean— una tercera opción entre el federalismo y el soberanismo. Sigue siendo dudoso que tal opción exista.

Es curioso notar que algunas personas en Canadá creen que la sociedad de Quebec es hostil al país, cuando en realidad es un ardiente defensor de la Constitución canadiense, el reparto de las competencias que establece y la autonomía provincial que establece. En la misma línea, la gente a veces piensa que a Quebec le gusta aislarse, para mantener a sí mismo, mientras que en realidad invierte mucha energía en la mejora de las relaciones intergubernamentales. Por ejemplo, fue por iniciativa de Quebec que se creara el Consejo de la Federación⁵⁰.

De hecho, desde la elección de un gobierno claramente federalista en 2003, Quebec ha tratado de trabajar de manera positiva, junto con sus socios de la federación, para revitalizar el federalismo canadiense. Quebec es la provincia que está empujando más duro para el refuerzo de la unión económica canadiense, principalmente a través de la eliminación de las barreras comerciales entre las provincias y territorios⁵¹. En síntesis, es Quebec el que, de todas

⁴⁹ Para leer más sobre la evaluación del Consejo de la Federación, véase, p.ej., PELLETIER, R., *Le Québec et le fédéralisme canadien: un regard critique*, Les Presses de l'Université Laval, Quebec, 2008, en 203-223. Véase, también, INSTITUTE FOR RESEARCH ON PUBLIC POLICY, *Constructive and Co-operative Federalism? A Series of Commentaries on the Council of the Federation*, Montreal, 2003, disponible en: <http://www.irpp.org/pubs/council_federation.php> y BAKVIS, H.; BAIER, G. & BROWN, D.M., *Contested federalism: certainty an ambiguity in the Canadian federation*, Oxford University Press, Don Mills, Ontario, 2009, en pp. 108-111 y 132.

⁵⁰ Véase *op. cit.*, *supra* nota 43.

⁵¹ El Gobierno de Quebec ha apoyado mucho el fortalecimiento de la unión económica en Canadá a través de una mejor cooperación entre los dos órdenes del gobierno. Mucho

las provincias canadienses, insiste más en el respeto de los principios y el espíritu federativos.

Esto no es sorprendente, ya que la necesidad de preservar la identidad especial de Quebec fue una de las razones por las que se eligió el modelo federal en lugar del modelo unitario en el momento de la fundación de Canadá⁵². El Tribunal Supremo de Canadá lo reconoció en los siguientes términos:

El federalismo fue una respuesta jurídica a las realidades subyacentes políticas y culturales que existían en la Confederación y que siguen existiendo hoy en día.[...] La realidad social y demográfica de Quebec explica la existencia de la provincia de Quebec como una unidad política y, de hecho, fue una de las razones esenciales para el establecimiento de una estructura federal para la unión de Canadá en 1867⁵³.

Como se mencionó anteriormente, la ambición del actual Gobierno de Quebec es la revitalización de la federación canadiense, en colaboración con sus socios de la federación. Esta ambición está en consonancia con la búsqueda de Quebec de un cierto número de objetivos precisos que se podrían resumir de la siguiente manera:

1. Desarrollar una más fuerte y sostenida solidaridad entre las provincias y territorios de Canadá, permitiéndoles trabajar juntos en armonía.

puede hacerse desde las propias provincias en su propio ámbito en términos de eliminar barreras comerciales. No obstante, Quebec (y Alberta) se han opuesto a esta iniciativa del Gobierno federal dirigida a crear una comisión de valores única en Canadá. Quebec sostiene que la creación de tal institución no pertenece a la competencia del Parlamento canadiense. Quebec está también en contra, por la misma razón, de la instauración por el Gobierno de Quebec de una regulación de valores común que sería aplicable en todo el país. Para Quebec, si una Comisión común de valores fuera creada, debería ser en virtud de un acuerdo entre las provincias. A este respecto, el 16 de octubre de 2009, el Ministro de Justicia y Fiscal General de Canadá anunció la intención del Gobierno canadiense de buscar la opinión del Tribunal Supremo sobre la constitucionalidad de la promulgación e implementación de un único regulador común de valores canadiense. Véase Departamento de Justicia de Canadá, comunicado de prensa: «Government of Canada intends to seek opinion of Supreme Court of Canada on constitutionality of proposed Canadian securities legislation» (16 de octubre de 2009); online: <<http://www.justice.gc.ca/eng/news-nouv/>>. Decisiones por el Tribunal de Apelaciones de Alberta y por el Tribunal de Apelaciones de Quebec ya han declarado el proyecto inconstitucional. Véase *Reference Re Securities Act (Canada)*, 2011 ABCA 77 and *Québec (Procureur général) c Canada (Procureur général)* 2011 QCCA 591, [2011] RJCQ 598. Durante las audiencias en el Tribunal Supremo, Ontario fue la única provincial que estuvo del todo de acuerdo con el Gobierno de Canadá.

⁵² La opción de convertirse en una federación, que se tomó en 1867 con respecto a Canadá, resultó entre otras cosas de una consideración de las necesidades relacionadas con la identidad del Bajo Canadá (hoy, Quebec). La unión legislativa (o Estado unitario), tan querida por Sir John A. Macdonald, uno de los arquitectos del compromiso político que llevó al nacimiento de Canadá, iba en contra de las aspiraciones sobre todo de Quebec, pero también contra la sed de autonomía de las provincias atlánticas.

⁵³ *Referencia re Secesión de Quebec*, [1998] 2 SCR 217, en el aptdo. 244, 251-252.

2. Aumentar la influencia de las provincias y territorios de forma que tengan un mayor impacto en la evolución de la federación canadiense y participar más activamente en la elaboración de las grandes orientaciones y decisiones sobre el país, en parte a través del Consejo de la Federación.
3. Dirigir el Gobierno canadiense para respetar mejor los principios fundamentales del federalismo, como la autonomía de las provincias en el ejercicio de las competencias dentro de sus ámbitos. Esto se logrará, entre otras cosas, mediante la limitación de capacidad del gasto federal en los ámbitos provinciales.
4. Crear una nueva sinergia entre las provincias y territorios de Canadá, fundada en la comprensión mutua, la mentalidad abierta y la búsqueda de un compromiso.
5. Promover un mayor equilibrio entre los dos órdenes de gobierno en Canadá.

Por supuesto, Quebec espera que una futura reforma del federalismo canadiense finalmente permita su especificidad, basada en sus características nacionales, para ser reconocido en la Constitución canadiense. Este reconocimiento ha sido el objetivo primordial de los gobiernos de Quebec en los últimos años, independientemente de su afiliación política. Vale la pena señalar que el deseo de Quebec por un mayor respeto de su identidad única dentro de Canadá es muy legítimo. Si Quebec se ha enriquecido en su identidad profunda por su adhesión a la federación canadiense, lo contrario también es cierto. No fomentar la identidad única de Quebec empobrecería la identidad canadiense.

En cuanto a los aborígenes, sus derechos fueron reconocidos en la Constitución de Canadá y el Tribunal Supremo de Canadá les dio gran peso. Hasta ahora, el reconocimiento de esos derechos en la *Ley Constitucional* de 1982⁵⁴ constituye sin duda la mayor victoria obtenida por los aborígenes en Canadá. Otra victoria importante, no debe pasarse por alto: la creación de Nunavut, el único territorio cuyo gobierno es elegido por una mayoría autóctona en el Canadá, los Inuit⁵⁵. Al igual que Quebec, la mayoría de su población habla un idioma distinto del inglés⁵⁶.

Cuando se trata de la participación de los aborígenes en el poder constitucional, hay que mencionar que la *Ley Constitucional* de 1982⁵⁷ fue reformada

⁵⁴ *Op. cit.*, *supra* nota 20.

⁵⁵ En 2006, la población de Nunavut era de 29.325, de los que 24.640 eran inuits. Sobre este punto, véase: Statistics Canada, Aboriginal peoples, 2006 Census, disponible en <<http://www.statcan.gc.ca/>>.

⁵⁶ En 2006, más del 25% de los residentes de Nunavut declararon como primera lengua un lenguaje inuit, o el Inuktitut o Inuinnaqtun. Más del 60 por ciento identificó esta lengua como la más hablada en el hogar. Sobre este punto, véase: Statistics Canada, Languages, 2006 Census, disponible en <<http://www.statcan.gc.ca/>>.

⁵⁷ *Op. cit.*, *supra* nota 20.

en 1983 para reconocer que los gobiernos federales y provinciales están obligados por un compromiso de principio. De acuerdo con esto, antes de que se realice cualquier enmienda constitucional relativa a los aborígenes, el Primer Ministro de Canadá debe convocar una reunión con los primeros ministros provinciales, situar la cuestión de la reforma propuesta en el orden del día, e invitar a los representantes de los pueblos autóctonos en Canadá a participar en los trabajos relativos a la propuesta de reforma⁵⁸. Sin embargo, las prácticas políticas que se han aplicado desde 1983 en Canadá van incluso más allá de lo establecido en la *Ley Constitucional* de 1982⁵⁹, por lo que sugiere que, políticamente hablando, los aborígenes tienen derecho de veto sobre cualquier modificación constitucional que afecte a su estatus o derechos⁶⁰.

El objetivo último de los pueblos autóctonos de Canadá es aumentar su autonomía política hasta el punto de formar un tercer orden de gobierno. Esto era efectivamente lo que se les ofreció por el Acuerdo de Charlottetown de 1992, pero no hubo seguimiento ya que el acuerdo fue derrotado en referéndum⁶¹.

Los aborígenes buscan mejorar sus relaciones con todos los gobiernos de Canadá, es decir, con el Gobierno canadiense en sí —que tiene la obligación de actuar como su fiduciario⁶²—, así como con los gobiernos provinciales y territoriales. Desde hace varios años, las principales organizaciones que representan a los aborígenes se han reunido con los primeros ministros provinciales y con los jefes de gobierno de los territorios con una frecuencia anual, justo antes de la reunión de verano del Consejo de la Federación. Este encuentro con los aborígenes se ha convertido en una especie de tradición. Ofrece la clara ventaja de dar a conocer más entre los primeros ministros provinciales y los jefes de gobierno de los territorios con respecto a los problemas que afrontan los aborígenes, y para crear una relación más estrecha entre ellos. Todas estas reuniones entre los primeros ministros (es decir, el Primer Ministro de Canadá y los primeros ministros de las diez provincias), los jefes de gobierno de los tres territorios y los líderes autóctonos son muy útiles porque, después de todo, la calidad de las relaciones interpersonales entre ellos juega un papel clave en lo que respecta a las relaciones intergubernamentales en Canadá. A decir verdad, la calidad de tales relaciones interpersonales a veces marca

⁵⁸ *Ibid*, art. 35.1, añadido por la *Proclamación de Enmienda Constitucional*, 1983 (véase SI/84-102).

⁵⁹ *Op. cit.*, *supra* nota 20.

⁶⁰ Véase PELLETIER, B., *op. cit.*, *supra* nota 20. En este texto, el autor advertía de que el consentimiento de los pueblos autóctonos para las enmiendas constitucionales que afectase a sus derechos no es requerido legalmente hablando pero que tal consentimiento es ciertamente necesario desde un punto de vista político.

⁶¹ Informe de Consenso sobre la Constitución: texto final, Charlottetown, 28 de agosto de 1992 (Acuerdo de Charlottetown), en <http://www.saic.gouv.qc.ca/publications/Positions/Part3/Document27_en.pdf>. Tuvieron lugar dos referéndums separados el mismo día sobre el Acuerdo de Charlottetown: uno en Quebec, y el otro en el resto de Canadá.

⁶² Véase, por ejemplo, *Wewaykum Indian Band v Canada*, [2002] 4 SCR 245.

toda la diferencia en el éxito o fracaso de las relaciones intergubernamentales en sí mismas.

7. LOS JUGADORES, FORMAS Y MODALIDADES DE LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES EN CANADÁ

Los actores de las relaciones intergubernamentales canadienses son esencialmente los gobiernos en lugar de los parlamentos. La expresión *federalismo ejecutivo* se utiliza con frecuencia para explicar esta realidad, que no es aplicable sólo a Canadá. En general, los parlamentos trabajan para posibilitar en forma legislativa los acuerdos alcanzados entre los gobiernos, o para cambiar la legislación nacional sobre la base de dichos acuerdos. Vale la pena mencionar que el Senado canadiense no juega ningún papel en absoluto en términos de relaciones intergubernamentales.

Los órganos judiciales, en particular el Tribunal Supremo de Canadá, desempeñan un papel fundamental en la interpretación y aplicación de la Constitución y de las leyes, cuasi-constitucionales⁶³ u otras. Los tribunales no son actores en las relaciones intergubernamentales como tales excepto por el hecho de que en el pasado, algunos tribunales han impulsado a los gobiernos o actores políticos en general a participar o continuar las negociaciones. Este es el caso en los asuntos aborígenes, cuando el Tribunal Supremo de Canadá y los demás tribunales no dudaron en presionar a los gobiernos y los aborígenes de tomar la ruta de la negociación en lugar de seguir los procedimientos legales⁶⁴. Este también fue el caso en 1981, en el contexto de las discusiones sobre la repatriación de la Constitución canadiense⁶⁵. Podría ocurrir de nuevo si, un día, Quebec decidiera buscar la secesión de Canadá⁶⁶.

⁶³ Las leyes cuasiconstitucionales tienen primacía sobre las leyes del mismo orden del gobierno, bien porque el legislador así lo ha estipulado o porque la jurisprudencia les reconoce esa primacía.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, *Mikisew Cree First Nation v Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [2005] 3 SCR 388; *Haida Nation v British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 SCR 511; *Taku River Tlingit First Nation v British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 SCR 550; *R v Marshall*, [1999] 3 SCR 533; *Delgamuukw v British Columbia*, [1997] 3 SCR 1010; y *R v Sparrow*, [1990] 1 SCR 1075.

⁶⁵ En 1981, en una decisión muy importante, el Tribunal Supremo de Canadá declaró que el proyecto de repatriación de la Constitución canadiense, que en ese momento era apoyado solo por el Parlamento canadiense y por dos de las diez provincias, era legal pero que rompía con convenciones constitucionales. Esto tenía el efecto, sin duda deseado por el Tribunal sin decirlo abiertamente, de traer de nuevo a los jugadores a la mesa constitucional. Eso es lo que ocurrió en Noviembre de 1981. Esta conferencia federación-provincias, considerada como una última oportunidad, dio como resultado un acuerdo entre el Gobierno federal y todas las provincias, excepto Quebec, y llevó a la repatriación de la Constitución canadiense. Véase *Reference re a Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 SCR 753.

⁶⁶ En 1998, el Tribunal Supremo de Canadá hizo una declaración sobre la legalidad del proceso de secesión unilateral de Quebec. Concluyó que cuando se trata de Derecho

Los aborígenes están asumiendo un papel cada vez más fuerte como socios de pleno derecho en las relaciones intergubernamentales canadienses. Pero ¿qué pasa con los municipios, las organizaciones no gubernamentales (ONG), grupos de interés y movimientos sociales?

En sentido estricto, los municipios no tienen en la actualidad un papel en las relaciones intergubernamentales. Son las criaturas de las provincias. Sus competencias son delegadas a ellos por los legislativos provinciales⁶⁷. En los últimos 10 años, sin embargo, hemos visto al Gobierno canadiense mostrando un mayor interés en los municipios, hasta el punto de desear que se los invite a sentarse en las mesas de negociación donde las grandes decisiones nacionales se toman⁶⁸. La meta del Gobierno federal en los asuntos municipales sigue siendo bastante imprecisa. Es de suponer que sólo quiere reconocer el importante papel que desempeñan los municipios en la vida de los canadienses y en la evolución social y económica de Canadá. El Gobierno de Quebec sospecha que el Gobierno federal tiene el objetivo de diluir la influencia de las provincias en los debates y negociaciones mediante la adición de otros socios y de tratar de poner los intereses de los municipios en oposición con los de las provincias. En resumen, el Gobierno de Quebec considera que el Gobierno federal, al coquetear con los municipios, sólo está utilizando la conocida estrategia de «divide y vencerás». Independientemente de la motivación verdadera detrás del interés del Gobierno canadiense en los municipios, es de suponer que, cuando vuelva la prosperidad, no dudará en utilizar su poder de gasto o intervenir de otra manera en los asuntos municipales.

En cuanto a las organizaciones no gubernamentales, grupos de interés y movimientos sociales, no tienen más voz que los municipios en lo que respecta a las relaciones intergubernamentales. Como se puede imaginar, pueden tener cierta influencia sobre quienes toman las decisiones, es decir, a los efectos actuales, sobre los socios de la federación en sí.

Constitucional canadiense, un voto claro por parte de los quebequeses sobre una cuestión clara conduciría, en el caso de una victoria secesionista, a la obligación por parte de los jugadores políticos en Canadá a negociar los términos de la secesión sobre la base de cierto número de principios inherentes a la Constitución canadiense. El procedimiento de enmienda constitucional se aplicaría entonces para constitucionalizar el resultado de tal negociación, en particular para hacer oficial la secesión de Quebec. Véase *Reference re Secession of Quebec*, *op. cit.*, *supra* nota 53.

⁶⁷ Las provincias tienen competencias exclusivas cuando se trata de asuntos municipales, véase *Ley Constitucional de 1867*, *op. cit.*, *supra* nota 5 y sección 92(8).

⁶⁸ Véase por ejemplo el discurso del entonces Primer Ministro Paul Martin en respuesta al discurso del trono en <http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=eng&page=information&sub=publications&doc=aarchives/sft-ddt/2004_1_reply-eng.htm>: «Eso es porque hemos hecho un nuevo trato para las municipalidades de Canadá como una de nuestras más altas prioridades. Por eso es por lo que hemos creado una nueva Secretaría. Queremos que la voz de nuestros municipios sea oída a nivel nacional». Véase igualmente el discurso del trono de inicio de la 37.ª legislatura del Parlamento de Canadá en http://pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=eng&page=information&sub=publications&doc=aarchives/sft-ddt/2004_1-eng.htm.

Esencialmente, los gobiernos federal y provinciales son maestros del juego cuando se trata de las relaciones intergubernamentales. Sin embargo, este federalismo ejecutivo llamado está sujeto a muchas críticas. Entre otras cosas, algunos lo acusan de falta de transparencia y reclaman una democratización de las relaciones intergubernamentales⁶⁹.

Es cierto que las reuniones intergubernamentales se suelen celebrar a puerta cerrada. La cobertura televisiva en vivo de los debates es relativamente rara. Hasta ahora, nunca han estado abiertas al público. Por ello, algunos ciudadanos acusan a los primeros ministros y otros actores políticos que participan en dichas conferencias de la toma de decisiones importantes en relación con el futuro del país a escondidas, sin informar a la población.

Sin embargo, la crítica dirigida al federalismo ejecutivo parece ser muy exagerada. Las conferencias federación-provincias y federación-provincias-territorios, las reuniones del Consejo de la Federación y otras reuniones a las que asisten los primeros ministros o ministros siempre llegan a su fin con una conferencia de prensa y se les da una gran cobertura de medios de comunicación antes, durante y después de que se hayan celebrado. Por otra parte, el hecho de que estas reuniones suelen tener lugar a puerta cerrada fomenta la discusión honesta y las concesiones recíprocas.

La apertura de las relaciones intergubernamentales a otros jugadores, como los municipios y las ONG, sólo debería hacerse con sumo cuidado. Se corre el riesgo de ahogar estas relaciones hacer aún más difícil llegar a resultados concluyentes. Si bien la transparencia y la democratización son conceptos de moda, no debemos tratar de aplicarlos a las relaciones intergubernamentales sin medir cuidadosamente el impacto que pueden tener sobre esas relaciones, por ejemplo, cuando se trata de llegar a un consenso y tomar decisiones.

El procedimiento de reforma constitucional es ya pesado en Canadá, hasta el punto de que muchos han perdido toda esperanza de volver a ver una reforma del federalismo canadiense desde el punto de vista constitucional. Si las relaciones intergubernamentales se vieran sobrecargadas por cuestiones de cualquier naturaleza —constitucional o no—, entonces sería aún más delicado lograr un compromiso político ralentizando por lo tanto el progreso del país. Además, mientras que el federalismo ejecutivo es objeto de crítica en Canadá, rara vez ha sido acusado de falta de legitimidad política o de no respetar las reglas elementales de la justicia y la equidad⁷⁰.

⁶⁹ Véase, por ejemplo, SMILEY, D.V., «Constitutional adaptation and Canadian federalism since 1945», en *Documents of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism 4*, Queen's Printer, Ottawa, 1970. Véase, también, BROWN, D.M., «Getting Things Done in the Federation: Do We Need New Rules for an Old Game?», en *Constructive and Co-operative Federalism? A Series of Commentaries on the Council of the Federation*, Institute for Research on Public Policy, Montreal, 2003.

⁷⁰ Véase *op. cit.*, *supra* nota 69 y el texto que la acompaña.

No existe un mecanismo en Canadá para «afianzar constitucionalmente»⁷¹ acuerdos administrativos. No es menos cierto que la idea de crear un mecanismo de afianzamiento global es válida y merece ser considerada. El Acuerdo del Lago Meech, que finalmente fracasaría, no llegaba tan lejos. Sólo establecía la «constitucionalización» de un único acuerdo en la Constitución del país: el acuerdo de Ottawa-Quebec sobre la inmigración⁷².

Las relaciones intergubernamentales pueden adoptar formas diversas. Son a veces bilaterales, otras veces multilaterales; a veces, se centran en un simple intercambio de información o conocimientos, en otras ocasiones en la implementación de las políticas. A veces, su objetivo es desarrollar posiciones comunes sobre un tema, en otras ocasiones para evitar conflictos entre los socios de la federación. Pueden ser federales-provinciales-territoriales, o simplemente provinciales-territoriales, o exclusivamente regionales⁷³. A veces se reúnen los primeros ministros, otras veces los ministros y, en otras ocasiones sólo los funcionarios públicos. Por supuesto, cuanto más abajo en la jerarquía de la administración pública, menos formales son las relaciones intergubernamentales. Sin embargo, estas relaciones son cada vez más formales sin importar la autoridad jerárquica de las personas involucradas.

En la mayoría de los casos, las decisiones se toman por unanimidad. De lo contrario, se hacen sobre la base de un amplio consenso y no es raro ver a los socios disidentes insistir en que sus preocupaciones, reservas o matices queden formalmente recogidos. Durante cierto tiempo, Quebec hizo un amplio uso del llamado método asterisco para expresar su preocupación por los acuerdos con el Gobierno federal para los que otras provincias habían consentido con mayor facilidad.

La Secretaría de la Conferencia Intergubernamental Canadiense brinda apoyo a un gran número de conferencias, así como servicios de interpretación simultánea⁷⁴. Fue creada en 1973 por un acuerdo entre el Gobierno federal y las provincias, y aunque más tarde fue designado como un departamento del Gobierno federal, el Gobierno federal y las provincias participan en su dirección. Su misión es proporcionar los servicios administrativos necesarios para las conferencias intergubernamentales.

El orden del día para las reuniones intergubernamentales se desarrolla bien entre todos los participantes o por la entidad política que presida la reunión. En cuanto a las decisiones que se toman, por lo general se detallan en los comuni-

⁷¹ El término de *consolidación* constitucional se refiere a la inserción de una medida en la Constitución.

⁷² El Acuerdo Constitución de 1987, 3 de junio de 1987 («el Acuerdo del Lago Meech»), en <http://www.saic.gouv.qc.ca/publications/Positions/Part3/Document22_en.pdf>.

⁷³ Regional en este contexto se refiere a las regiones (Columbia Británica, Prairies, Ontario, Quebec y Atlántico) de Canadá

⁷⁴ Véase la página web de la Secretaría de la Conferencia Intergubernamental Canadiense en <<http://www.scics.gc.ca/>>.

cados. Pueden presentarse en acuerdos políticos en la debida forma, lo que ha ocurrido en el pasado para las decisiones relacionadas con los asuntos constitucionales.

Cuando se trata de resolver las diferencias entre los dos órdenes de gobierno, no existe un mecanismo a nivel de todo Canadá, es decir, no existe un mecanismo único que se aplique independientemente de las condiciones y de la materia en cuestión. Ciertos acuerdos intergubernamentales incluyen procedimientos de solución de diferencias en situaciones precisas. Esto es cierto para el acuerdo sobre el comercio interior⁷⁵ y para el acuerdo sobre la unión social⁷⁶. En este último caso, el mecanismo nunca se ha aplicado, puesto que el propio acuerdo tampoco se ha ejecutado aún.

Si bien es bueno que los actores políticos estén de acuerdo en los métodos de solución de diferencias aplicable a ciertos acuerdos, no hay necesidad de crear un mecanismo de alcance general. Más bien, se debe insistir sobre una obligación *moral* de los socios de la federación de respetar un cierto código de conducta en sus relaciones entre sí. Esto se relaciona con los conceptos de convivencia, lealtad o cortesía federal, que se encuentran en las constituciones de algunos países⁷⁷. Estos conceptos se basan en una serie de reglas o principios que los actores políticos se comprometan a respetar a fin de garantizar una práctica del federalismo en consonancia con el principio federativo e inspirada en una mentalidad federalista. En 2005, el Primer Ministro de Canadá, el Sr. Stephen Harper, sugirió una Carta del federalismo, cuya naturaleza no ha sido plenamente explicada, pero que muy bien podría contener un código de conducta similar al mencionado anteriormente⁷⁸. Sería una buena cosa reiterar a los canadienses, en la forma de una Carta si es necesario, que el federalismo es importante para el país, y que los actores políticos deben comportarse de una manera que sea plenamente compatible con el principio y el espíritu federal. Lamentablemente, el actual Gobierno de Harper no está por lo visto incluyendo esta declaración como una de sus prioridades y el proyecto parece haber sido abandonado.

⁷⁵ *Agreement on Internal Trade (AIT)*, 1994, disponible online en <<http://www.ait-aci.ca/>>.

⁷⁶ *Social Union Framework Agreement (SUFA)*, 1999, disponible online en <<http://www.socialunion.gc.ca/>>.

⁷⁷ Para más debates sobre el concepto de lealtad federal, véase GAUDREAU-DESBIENS, J.F., «The Challenge of Maintaining a Federal (or Quasi-Federal) Culture: Canadians Musings on the Legal and Political Dynamic of the European Constitutional Project», from the *Conference Towards A European Constitution: from the Convention to the IGC and beyond*, organized by the Federal Trust and the University Association for Contemporary European Studies, Goodenough College, Londres, July 2004, pp. 9-10, disponible on line en: <<http://www.fedtrust.co.uk/default.asp?groupid=0&search=desbiens>>.

⁷⁸ Véase «Building Stronger Institutions», en the *Speech from the Throne 2008*, Protecting Canada's Future, 2008, disponible on line en: <<http://www.sft-ddt.gc.ca/eng/media.asp?id=1364>>; véase, también, DUTRISAC, R., «Harper courtise le Québec», en *Le Devoir*, 20 december 2005, accesible online en: <<http://www.ledevoir.com/>>.

Cuando se trata de relaciones intergubernamentales, los conflictos inútiles entre los dos órdenes de gobierno deben ser evitados. Esto no quiere decir que todo deba siempre ser armónico; los conflictos son inherentes al federalismo y no son necesariamente negativos. Sin embargo, no se debe permitir que se vuelvan enconados o sistemáticos.

El hecho de que las provincias se mantengan firmes en sus áreas de jurisdicción no debe ser percibida como una amenaza o como una declaración de guerra contra el Gobierno federal. Al contrario, tal afirmación por las provincias es en un sistema federal perfectamente normal.

El Consejo de la Federación fue fundado en 2003 precisamente sobre el principio de que las provincias debían mostrar un liderazgo renovado y fortalecido en sus propias áreas de competencia. Se basaba en la premisa de que mediante el desarrollo de posiciones más comunes en sus propios ámbitos, las provincias terminarían actuando sobre esas posiciones con mayor eficacia, evitando así la interferencia federal. Otro objetivo del Consejo de la Federación fue fortalecer las provincias (y territorios) frente al Gobierno federal con el fin de fomentar un mayor equilibrio en las relaciones entre los dos órdenes de gobierno. En verdad, si las provincias mantienen sus posiciones en sus respectivos ámbitos, ello sólo puede tener efectos positivos sobre el federalismo canadiense, tanto desde la perspectiva horizontal como vertical.

En general, los quebequenses francófonos y los anglófonos canadienses ven la Constitución de una manera muy diferente⁷⁹. Los primeros tienden a ver la Constitución como un contrato prácticamente sagrado entre los socios de la federación fundada en un compromiso político, histórico o contemporáneo. No debe ser cambiada o modificada excepto mediante el debido proceso constitucional, lo que implica negociaciones previas políticas. Los anglófonos en general tienen una forma más pragmática de ver el marco constitucional canadiense. Para ellos, la Constitución no es un absoluto, sino sólo una guía. Es sólo el resultado de un acuerdo político alcanzado en un momento preciso y se debe permitir que evolucione y que se adapte a los cambios en la sociedad. Corresponde a los tribunales y los actores políticos dirigir esta evolución. Por encima de todo, la Constitución, como se ve para los anglófonos, nunca debería ser un impedimento para el progreso del país. Esto les lleva a favorecer soluciones infra y para-constitucionales para esquivar a la Constitución y resolver los problemas particulares que surgen.

En otras palabras, mientras que los quebequenses francófonos tienen una visión más global, contractual y estructural de la Constitución, los anglófonos adoptan un enfoque más pragmático, de tiempo limitado y flexible. Esto lleva a los primeros a favorecer un enfoque histórico en lo que respecta a la interpretación y aplicación de la Constitución, mientras que los segundos favorecerían un

⁷⁹ Véase PELLETIER, B., «Le bijuridisme au Canada et son impact sur le droit constitutionnel et sur les relations intergouvernementales», en *RGD* 40, 2010, p. 251.

enfoque evolutivo. El enfoque histórico tiene la desventaja de la congelación de la Constitución en el tiempo, pero el enfoque evolutivo presenta el inconveniente de descartar los compromisos políticos, dejando mucho espacio a los jueces frente a los funcionarios electos, y abriendo las puertas a la arbitrariedad.

La identidad y la cultura tienen mucho que ver con la forma en que los individuos entienden la Constitución y las relaciones federales. Estos componentes explican en buena parte las diferencias de actitud entre los francófonos y anglófonos en lo que respecta a las relaciones intergubernamentales. Las tradiciones jurídicas —Derecho civil y Common Law— refuerzan estas diferencias.

8. CAMINOS DE FUTURO PARA LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES EN CANADÁ

La reforma del federalismo canadiense seguirá siendo la cuestión más fundamental de las relaciones intergubernamentales en el futuro. Sin embargo, contrariamente a lo que algunos puedan creer, esa reforma no necesariamente requiere una reforma constitucional. Por el contrario, se puede lograr mucho en Canadá en cuanto a la remodelación del sistema federal sin modificar la Constitución. De hecho, muchos problemas pueden ser resueltos de una manera no constitucional, sin participar en el procedimiento de reforma constitucional. Los acuerdos administrativos son uno de los medios que los actores políticos tienen a su disposición para reorganizar el federalismo canadiense y ayudar a que avance sin recurrir al proceso delicado y laborioso de la enmienda constitucional.

Otras cuestiones importantes, más estrictamente enmarcadas que la reforma general del federalismo también están apareciendo en el horizonte de las relaciones intergubernamentales. Estas incluyen la solución al desequilibrio fiscal, la limitación del poder de gasto federal y la participación de las provincias en la negociación de los principales acuerdos o tratados internacionales y su participación en determinados foros internacionales. Todas las cuestiones previamente mencionadas pueden ser tratadas fácilmente y con gran satisfacción por medios no constitucionales. Si bien las relaciones intergubernamentales en Canadá fueron sustancialmente absorbidas por la cuestión constitucional hasta 1992 —el año en que el Acuerdo de Charlottetown fracasó⁸⁰— desde entonces se han centrado en temas de carácter no constitucional.

⁸⁰ Después de haber dicho que el Acuerdo del Lago Meech fue «el nombre en clave popular de un acuerdo de jefes de Gobierno federal-provinciales», Edward McWhinney, en relación al Acuerdo de Charlottetown dijo: «Pero esto también significaba que el incidental toma y daca político necesario para asegurar su adopción preliminar —de nuevo por consenso de los jefes de Gobierno— fue expuesto mucho más claramente a la vista pública, y a la consecuente crítica. Mulroney, para contrarrestar los cargos de elitismo apuntó contra el proceso intergubernamental, esencialmente oligárquico que había seguido a lo largo de la puesta en marcha del Lago Meech, hizo un gesto simbólico a la democracia participativa al

Las relaciones intergubernamentales han servido en el pasado y podrían volver a servir en el futuro para hacer frente a grandes objetivos, tales como una mejor distribución de la riqueza a lo largo y ancho de Canadá para una mayor justicia social, una protección ambiental y una reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, la reducción de las superposiciones y duplicaciones en los dos órdenes de gobierno, así como el desarrollo de estándares nacionales o metas en áreas estratégicas. Las relaciones intergubernamentales también podrían hacer posible el desarrollo de una cierta forma de asimetría en Canadá. Tal asimetría, si correctamente enmarcada, podría adaptarse mejor a la inherente diversidad del federalismo canadiense en general, y una mejor adaptación a la especificidad de Quebec en particular.

Las relaciones intergubernamentales en Canadá contribuyen a la distribución constitucional de competencias legislativas, que fue establecida inicialmente por la *Ley constitucional* de 1867⁸¹. Al arbitrar y aclarar la distribución, ayudan a resolver las numerosas cuestiones en torno al reparto de competencias legislativas que afectan la gestión detallada de los ámbitos y responsabilidades de los dos órdenes de gobierno y en las relaciones entre estos niveles: las relaciones fiscales y la distribución de recursos financieros, el desarrollo de políticas públicas, el comercio y la inversión, infraestructuras, etc. Además, la distribución de competencias no es y no puede ser absolutamente estanca. No sólo se cruzan las líneas aquí y allá —como cuando el Gobierno federal entra en los ámbitos provinciales—, sino que además hay zonas grises: situaciones en las que es extremadamente difícil determinar con precisión qué orden de gobierno es el competente.

Los aborígenes están jugando en la actualidad un papel más importante en lo que respecta a las relaciones intergubernamentales en Canadá; sin embargo, este no es el caso de otro grupo importante: las comunidades francófonas minoritarias. A menudo se las deja de lado de estas relaciones, nunca se las invita a debatir con todos los primeros ministros sobre los problemas que afrontan y sus posibles soluciones⁸². Los primeros ministros ganarían gran ventaja escuchándoles más de cerca.

estilo Trudeau. En «un golpe de jugador», sometió el Acuerdo de Charlottetown a un referéndum nacional. El apoyo público por lo tanto conseguido, él creía, obligaría a una ratificación global del Acuerdo por parte de los legislativos provinciales como una modificación constitucional. Este fue un paso audaz. Reflejaba la confianza de Mulroney en la democracia directa y su impacto sobre los responsables políticos. Ciertamente, su posición contrastaba pronunciadamente con el proceso arcano y la negociación y regateo de fondo efectivamente ordenado por la nueva maquinaria de modificación constitucional en virtud de la *Ley Constitucional* de 1982 del Gobierno de Trudeau». Véase MCWHINNEY, E., *Chrétien and Canadian Federalism: Politics and the Constitution, 1993-2003*, Ronsdale Press, Vancouver, 2003, pp. 18-20.

⁸¹ *Op. cit.*, supra nota 5.

⁸² Los francófonos en Canadá son una minoría bien organizada. Están representados por diferentes organizaciones por todo el país. Como un ejemplo, considérese la *Federación de comunidades francófonas y acadiana de Canadá*, que se ha convertido en una voz y representante nacional así como internacional de las comunidades franco-canadienses. Aunque los

9. CONCLUSIÓN

En Canadá, las relaciones intergubernamentales están relativamente formalizadas, en el sentido de que son recurrentes, bastante solemnes y bien estructuradas; se las toma en serio y se basan en tradiciones y prácticas bien establecidas. Estas relaciones son numerosas, se producen a través de muchos foros diferentes⁸³ y afectan a una larga lista de temas, a veces en los ámbitos provinciales, a veces en los ámbitos federales, y en ocasiones en ámbitos compartidos. ¿Debería Canadá inclinarse hacia una mayor formalización, una más fuerte institucionalización de las relaciones intergubernamentales? Esto podría ser una buena cosa, pero las relaciones entre los gobiernos no deberían ser complicadas o pesadas. Canadá es ya un país bastante complejo.

Los aborígenes serán llamados en el futuro a desempeñar un papel aún más importante en las relaciones intergubernamentales. Esto es totalmente inevitable ya que constituyen una dimensión creciente del federalismo canadiense. Se deben hallar formas de organizar la presencia de los aborígenes en las relaciones intergubernamentales sin debilitar la influencia de las provincias a lo largo del camino. Ha de desarrollarse una teoría del federalismo que mejor incluya la realidad aborígen como parte de Canadá.

En general, las relaciones intergubernamentales en Canadá son de alta calidad, pero les falta creatividad, y proporcionan resultados tangibles, aunque incompletos⁸⁴. Entre otras cosas, estas relaciones tienen un efecto verdadero de emulación. Estimulan la sana competencia entre los gobiernos. Igualmente, por lo general reducen las tensiones entre los gobiernos y en la sociedad, en lugar de atizarse o crear otras nuevas. En resumen, a pesar de sus debilidades e imperfecciones, las relaciones intergubernamentales tienen un efecto positivo en la evolución del federalismo canadiense.

Al explorar los caminos futuros para las relaciones intergubernamentales en Canadá, la cuestión del papel de las provincias dentro de la federación cana-

grupos francófonos se reúnen individualmente con los primeros ministros, no se reúnen con los Premiers en el contexto de las conferencias provinciales o federal-provinciales. Las organizaciones francófonas no son invitadas a reunirse con todos los primeros ministros al mismo tiempo.

⁸³ Algunos de estos foros ya se han mencionado antes: el Consejo de la Federación, el Consejo de Ministros de Educación, el Consejo Canadiense de Ministros de Medio Ambiente.

⁸⁴ Kumanan Wilson explicó los pros y contras de la colaboración intergubernamental cuando abordó el asunto de la implementación de una Agencia Canadiense de la Sanidad Pública en los siguientes términos: «El enfoque colaborativo ofrece muchas ventajas, incluyendo la consideración de los intereses de todos los órdenes del gobierno, minimizando el conflicto y reduciendo la probabilidad de violar soberanía jurisdiccional (...). La dificultad principal con los enfoques colaborativos es el potencial para que el proceso de toma de decisiones adolezca de transparencia y responsabilidad quedando borroso. Esto permite a cada gobierno echarle la culpa al otro cuando los acuerdos no triunfan». Véase KUMANAN W., «A Canadian Agency for Public Health: Could it work?», en *CMAJ* 170, 2004, p. 222.

diense surge de inmediato. En Canadá, como en cualquier otro Estado federal, la existencia de las entidades federadas manifiesta tangiblemente el principio del federalismo. En el caso de Canadá, las provincias están en el origen del proyecto federal que en octubre de 1864 en la Conferencia de Quebec eligió esta forma de gobierno. Constituyeron la federación canadiense y la alumbraron. Aunque sólo fuera por eso, las provincias son y deben seguir siendo el fundamento del federalismo canadiense.

Es importante que el federalismo canadiense evolucione de un modo más respetuoso con la autonomía de las provincias. Las provincias tienen todo el interés en tomar más carga como socios de pleno derecho en el federalismo canadiense. Por desgracia, demasiado a menudo tienen el hábito de eclipsarse a sí mismas, desapareciendo detrás del Gobierno federal, al que suelen atribuir superioridad jerárquica a pesar del hecho de que el principio federal clásicamente las coloca en pie de igualdad, al menos en teoría legal.

La definición del bien común y del interés nacional no se debe dejar únicamente en manos del Gobierno federal. Más bien, se debe definir en colaboración entre ambos órdenes de gobierno, a través de las instituciones y mecanismos de fomento de la cooperación intergubernamental.

La gran mayoría de los quebequenses están listos para hacer contribuciones positivas a la construcción del futuro de Canadá, siempre y cuando sientan que su identidad es respetada y valorada mejor en la unión canadiense. Sería lamentable si, porque sienten una falta de respeto por lo que son, los quebequenses terminaran negándose a influir en la evolución de Canadá, al no reconocerse a sí mismos como parte de él, y cavando aún más profundamente el abismo entre las «dos soledades»⁸⁵.

La Constitución de Canadá es un trabajo en progreso, ya que, entre otras cosas, la Asamblea Nacional de Quebec y el Gobierno de Quebec todavía no han aprobado la *Ley Constitucional* de 1982⁸⁶. Por ahora, las relaciones intergubernamentales sin duda ayudarán al progreso del país por medios no constitucionales mediante acuerdos políticos. En cierto modo, estas relaciones ya muestran la madurez política de los canadienses, ya que trabajan a través del diálogo, la colaboración y el compromiso. Han demostrado su valor en el pasado de muchas maneras. Pongámosles al servicio de la tan deseada reconciliación entre los quebequenses y canadienses.

⁸⁵ La expresión *dos soledades* es a menudo usada para describir las diferencias que separan a Quebec del resto de Canadá, ya sea debido a disputas identitarias o a percepciones diferentes del federalismo canadiense y su futuro.

⁸⁶ *Op. cit.*, *supra* nota 20.

Las relaciones intergubernamentales en los sistemas federales: el modelo de Alemania

Rainer Arnold
Universidad de Regensburg
Cátedra Jean Monnet *ad personam*

SUMARIO: 1. La noción de las relaciones intergubernamentales. 2. La materialización de las relaciones intergubernamentales. 3. La indispensabilidad del «federalismo cooperativo». 4. El Consejo Federal: cuando los gobiernos de los *länder* colaboran con el parlamento central. 5. La política en la Federación y en los *länder* como un proceso que refleja autonomía así como interacción. 6. Los gobiernos de los *länder* y los países extranjeros. 7. Las relaciones intergubernamentales con la Unión Europea. 8. Conclusión.

1. LA NOCIÓN DE LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES

En el contexto presente las relaciones intergubernamentales se dividen en (a) relaciones institucionales y (b) relaciones funcionales:

- a) El tipo *institucional* de relaciones intergubernamentales se refiere a las relaciones de los miembros de un sistema federal o regional con el Gobierno central, o con los gobiernos de los otros miembros de tal sistema (si es que hay gobiernos propios como en Alemania), o incluso con el gobierno de un Estado extranjero o el gobierno de una organización supranacional tal como la Unión Europea, lo que *in concreto* significa con la Comisión y/o el Consejo de Ministros de la Unión Europea. En Alemania, las relaciones intergubernamentales de los miembros de la Federación existen con todos estos tipos de gobierno, por supuesto, a diferentes niveles.
- b) Las relaciones intergubernamentales en un sentido *funcional* no se refieren a las instituciones, sino a la función gubernamental como tal la cual puede ser ejercida por un gobierno en el sentido institucional, pero también y en particular por el *legislador* porque la legislación es la expre-

sión más significativa de la orientación política y tiene un decisivo impacto normativo en las condiciones de vida.

Parece por lo tanto importante considerar las relaciones entre el Consejo Federal compuesto con los miembros de los gobiernos de los dieciséis Estados miembros de la Federación Alemana con el Parlamento federal en el contexto del proceso legislativo. Además están las relaciones de los Estados miembros con los gobiernos extranjeros y con los actores políticos en la Unión Europea, en particular con referencia a su participación en el proceso de elaboración de Derecho supranacional.

El siguiente estudio combina los aspectos institucional y funcional del asunto en cuestión tratando de dar explicaciones precisas.

2. LA MATERIALIZACIÓN DE LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES

Las relaciones intergubernamentales de los miembros de la Federación Alemana, esto es de los *länder*, se caracterizan por el hecho de que los *länder* tienen el carácter de *estados*¹ con su propia vida política, independientes de la de otros Estados miembros y de la Federación en cuanto tal. Los *länder* tienen sus propias Constituciones creadas por ellos y no por la Federación. Todos tienen tribunales constitucionales que aplican sus Constituciones controlando las acciones y omisiones de sus instituciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales. Sus instituciones políticas, Parlamento y Gobierno, han sido establecidas de conformidad con la constitución del *land* y tienen su propio margen de acción. En principio, la política del *land* es independiente de la política de la Federación. No obstante, existen muchas interacciones entre el Derecho y la política del *land* y de la Federación.

El hecho de que los *länder* sean autónomos respecto de sus ordenamientos jurídicos y de sus procesos políticos es claramente resultado de su cualidad estatal².

La Federación tiene sólo aquellas competencias que le han sido transferidas a ella desde los *länder* por la Ley Fundamental (LF), la Constitución alemana. El artículo 28.1 de la LF confirma esta autonomía al requerir la conformidad entre los ordenamientos constitucionales del *land* y de la Federación sólo para ciertos principios generales: Democracia, República, Estado de Derecho y orientación social del Estado. El Estado de Derecho también incluye la protección de los derechos fundamentales por parte del *land* así como por la Federación pero la Constitución federal deja abierto en qué modo y con qué contenidos las Constituciones de los *länder* los reconocerán. Por consiguiente, los *länder* pueden garantizar derechos fundamentales específicos o

¹ Tribunal Constitucional Federal (TFC), Bol. Ofi, vol. 1, 34.

² TFC vol. 102, 234; vol. 103, 332, 347, 349-350.

hacer referencia a aquellos garantizados por la Constitución federal, son libres para establecer derechos sociales y ofrecer un recurso constitucional individual, etc.³. El único requisito es que la protección de los derechos fundamentales sea eficaz.

En suma, la función gubernamental es en principio opción del *land* y sus instituciones políticas, En esta perspectiva, la política y las funciones gubernamentales del *land* están separadas de aquellas de la Federación.

3. LA INDISPENSABILIDAD DEL «FEDERALISMO COOPERATIVO»

En el moderno estado social los miembros de la Federación tienen que cooperar entre ellos y la Federación; no pueden existir aislados y en total autonomía. Existen muchas formas de cooperación en el sistema federal germano, tanto formales como informales⁴. Las Conferencias de los ministros de los Estados miembros con el Ministro federal en una variedad de materias buscan obtener soluciones que sean adecuadas para la Federación en su conjunto, pero que, al mismo tiempo, dejen la autonomía de los Estados miembros intacta. Además, los Estados miembros pueden concluir los tratados formales entre ellos así como con la Federación, una competencia que es resultado de su cualidad de estado⁵. Estos tratados, por ejemplo en el campo de la radiodifusión y universidades, cubren materias que caen dentro de la exclusiva competencia de los *länder*, y han de ser ratificados por los Primeros Ministros de los *länder* de conformidad con el consentimiento de los Parlamentos de los *länder*. Puede decirse que las relaciones intergubernamentales *horizontales* existen entre los gobiernos de los *länder* en el caso de los tratados concluidos entre ellos, y las relaciones *verticales* en el caso de los tratados concluidos por ellos con la Federación. Ambos tipos son comunes en Alemania.

El federalismo cooperativo⁶ como un fenómeno de relaciones intergubernamentales es también una expresión usada en las denominadas *tareas comunes* (*Gemeinschaftsaufgaben*, artículo 91.a a 91.d de la LF, tal y como se modificó por la reforma federal I de 2006). Estas tareas demuestran la necesidad de cooperación al representar una relación intergubernamental ente un *land* particular y la Federación, sobre la base de un mecanismo que corresponda a las estructuras tradicionales del sistema federal alemán: la separación de los «espacios» (*Räume*) políticos, constitucionales, legislativos, administrativos, fi-

³ ARNOLD, R., «La tutela dei diritti fondamentali nelle Costituzioni dei Länder tedeschi», en *Diritto Pubblico comparato ed europeo*, Turín, 2002, pp. 1029-1037.

⁴ TFC vol. 42, 103; vol. 90, 60; KISKER, G., *Kooperation im Bundesstaat: eine Untersuchung zum kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland*, 1971; GRÖPL, CHR., *Staatsrecht I*, 2.º ed., 2010, notas 700-711.

⁵ TFC vol. 90, 60.

⁶ Véase KISKER, G., *Kooperation im...*, *op. cit.*

nancieros, etc. de los *länder* singulares uno de otro así como de los *länder* de aquellos de la Federación⁷. En este contexto, la Ley Fundamental establece la obligación para *land* y Federación de cooperar, a pesar de la mencionada separación, y de financiar estas tareas, que son importantes no solo para un *land* sino para el Estado en su totalidad, en orden a mejorar las condiciones de vida de la población. Estas tareas buscan hacer mejorar la estructura económica regional, la estructura agraria y la protección de la costa. La financiación es también común, siendo determinada la parte de la Federación por la Ley Fundamental y por leyes ordinarias. Detalles más precisos sobre las tareas comunes y sobre la coordinación entre los participantes, el *land* y la Federación, se establecen en leyes que requieren el consentimiento explícito del Consejo Federal. Parece importante que el *land* no pierda autonomía a través de estos mecanismos de coordinación.

Durante largo tiempo esta cooperación, significando la relación interactiva e interconectada entre los diferentes gobiernos y parlamentos en la Federación alemana, ha sido objeto de criticismo. En particular, la influencia política de la Federación ejercida sobre el *land* en el contexto de estas tareas comunes ha sido a menudo considerada una presión financiera para restringir la autonomía de los *land*. Se declaró que la cooperación voluntaria sería más deseable ya que es más protectora de esta autonomía. En el campo de las universidades e investigación, hay también una tarea común de cooperación recogida en el artículo 90.b de la Ley Fundamental, desde la reforma federal de 2006, que es efectuada mediante un tratado en el que se negocian los detalles de coordinación y financiación. Esta modalidad parece más flexible y más adecuada para los requerimientos del federalismo alemán. Además, la cooperación, basada en los tratados ha sido introducida en el campo de la información tecnológica (art. 91.c LF). De este modo, las relaciones intergubernamentales son flexibles y tienen en cuenta la voluntad de todos los participantes para negociar un tratado⁸. Esto parece ajustarse mejor a los requisitos fundamentales de la Constitución.

4. EL CONSEJO FEDERAL: CUANDO LOS GOBIERNOS DE LOS LÄNDER COLABORAN CON EL PARLAMENTO CENTRAL

El Consejo Federal es el centro de las relaciones intergubernamentales en Alemania. Como es bien sabido, esta institución política de la Federación está compuesta de los primeros ministros y ministros de todos los dieciséis *länder* que cooperan en los campos de la legislación, administración y jurisdicción

⁷ TFC vol. 96, 345, 368.

⁸ Véase GRÖPL, CHR., *op. cit.*, nota 4, notas marginales 692-697.

de la Federación. La más importante cooperación se da en el campo de la legislación.

El legislador ejerce una función gubernamental adoptando leyes que son la expresión de las orientaciones políticas. Por consiguiente, las relaciones intergubernamentales también están comprendidas en la función legislativa, tal y como ya se ha mencionado.

Esta función es distribuida tanto a la Federación como al *länder*. Dos pequeñas partes de estas competencias legislativas son competencias exclusivas de la Federación y de los *länder* en solitario. La más grande categoría está comprendida por las competencias concurrentes entre los *länder* y la Federación; el llamado marco de competencias de la Federación ha sido considerado superfluo y fue abolido en la reforma federal I de 2006.

Las competencias concurrentes comprenden tres subtipos⁹:

- a) El tradicional tipo que autoriza a la Federación a usar esta competencia, permitiéndole adoptar Derecho federal, pero sólo si ese Derecho federal es indispensable bien para mantener la unidad jurídica o económica en Alemania o para crear condiciones de vida equivalentes en la totalidad del territorio alemán.
- b) El segundo subtipo cubre la más grande cantidad de competencias, las cuales autorizan al Parlamento Federal a federalizar asuntos sin cumplir las mencionadas condiciones. En otras palabras, el Parlamento federal puede adoptar Derecho federal allí cuando lo considere adecuado, sin la necesidad de cumplir las específicas condiciones mencionadas arriba.
- c) Finalmente, el tercer subtipo permite al legislador federal actuar sin cumplir las condiciones pero atribuye a los *länder* poder divergir en su propia legislación del Derecho federal¹⁰. Esto es la nueva posibilidad de legislación divergente, introducida por la Reforma federal I en ciertos asuntos que ya habían existido antes del anterior marco de los asuntos de competencia.

La cooperación del Consejo Federal en todos los campos de competencias exclusivas de la Federación, además a las competencias concurrentes, va como sigue: normalmente el Derecho federal se transmite al Consejo Federal tras el voto en el Parlamento Federal. El Consejo entonces tiene el derecho a hacer objeciones para intentar alcanzar un compromiso a través de deliberaciones de la Comisión de Mediación, compuesta por miembros del Parlamento Federal así como por el mismo número de miembros del Consejo Federal. Las objeciones hechas por el Consejo Federal pueden ser rechazadas por una mayoría absoluta del Parlamento Federal (aunque si estas objeciones se hubieran

⁹ Art. 72 LF.

¹⁰ Véase BECK, L., *Die Abweichungsgesetzgebung der Länder aus staatsrechtlicher, rechtsvergleichender und dogmatischer Sicht*, 2008.

hecho por una mayoría de dos tercios del Consejo Federal, sería necesaria la misma mayoría en el Parlamento Federal para rechazarlas)¹¹.

En ciertos casos, enumerados por Ley Fundamental, el consentimiento explícito del Consejo Federal es necesario. En estos casos, los gobiernos de los *länder* están en una posición fuerte porque su rechazo definitivo para dar su consentimiento es un obstáculo absoluto para la realización de la ley en cuestión. Antes de la reforma federal del 2006 este segundo tipo de cooperación del Consejo Federal era frecuente, debido al hecho de que el artículo 84 de la Ley Fundamental requería del consentimiento del Consejo Federal en todos los casos en los que la ley federal hubiera regulado una cuestión relativa a la ejecución de esa ley, incluso en una disposición¹². La razón para esto era que asuntos de este tipo (por ejemplo la cuestión de cual autoridad ejecutaría esta ley o con que procedimiento se haría) son asuntos de Derecho Administrativo, una Rama del derecho que recae dentro de la competencia de los *länder*. Si la Federación regulaba tal cuestión, necesitaba, lo que era una cierta forma de compensación, el consentimiento del Consejo Federal. Muchas leyes federales regulaban tales cuestiones y por lo tanto requerían del consentimiento del Consejo Federal. Como consecuencia, este tipo de cooperación entre el Parlamento federal y el Consejo Federal se incrementó significativamente, complicando las relaciones entre las dos instituciones en tiempos de orientación política divergente. El Consejo Federal bloqueó importantes leyes votadas en el Parlamento que tenía una mayoría política diferente. En orden a normalizar la situación, el artículo 84 de la Ley Fundamental fue reformado en 2006 aboliendo el requisito del consentimiento del Consejo Federal transformando tales leyes en leyes del tipo normal de cooperación como se ha descrito arriba. Como resultado, el procedimiento legislativo en tales casos se ha visto simplificado. Como compensación para los *länder*, la nueva versión del artículo 84 otorga a los *länder* el derecho a adoptar disposiciones divergentes en la medida que las reglas procedimentales reguladas en la ley federal se vean afectadas.

5. LA POLÍTICA EN LA FEDERACIÓN Y EN LOS LÄNDER COMO UN PROCESO QUE REFLEJA AUTONOMÍA ASÍ COMO INTERACCIÓN

Tanto los gobiernos de los *länder* y el Gobierno de la Federación son elegidos por sus Parlamentos. Decisiva para la política es la contribución de los partidos políticos en la formación de la voluntad política de la gente, como señala el artículo 21 de la Ley Fundamental. La definición de lo que es un partido político ha sido establecida por el Derecho federal —la Ley sobre Partidos Políticos¹³— que es también válida para la definición de los partidos políticos en los

¹¹ Art. 77.(2) (3) y (4) LF.

¹² TFC vol. 8, 274.

¹³ BGBL 1994 I S. 149 modif.

länder. Esta definición requiere que una asociación sólo sea reconocida como partido político si participa durante un cierto período temporal en las elecciones federales o en las elecciones de los *länder*.

El sistema electoral no está establecido en la Constitución, sino en el Derecho federal ordinario para la Federación¹⁴, en las leyes de los *länder* para las elecciones de los *länder*. El sistema germano es en principio un sistema electoral proporcional. Se combina con ciertos elementos de elección directa del candidato (en la Federación el elector tiene dos votos, uno para elegir al candidato y el segundo voto para una lista de un partido. El número de escaños corresponde al número de segundos votos). Cada *land* puede establecer su propio sistema electoral pero debe respetar los principios de Derecho electoral que son iguales para la Federación y los *länder*¹⁵.

Mientras la estructura normativa para las elecciones y partidos políticos es en gran medida federal, el proceso político en sí mismo, visto desde una perspectiva jurídica, tiene lugar de manera separada en la Federación y en los *länder*. Políticamente, el proceso político en Alemania está fuertemente interconectado en estos dos niveles. Las elecciones en un *land* están influenciadas significativamente por la política federal. Es también una tradición que los políticos de la Federación estén presentes en la campaña electoral de un *land*. Además, los Primeros Ministros de los *länder* a menudo son candidatos a Canciller de la Federación. En la política, los partidos políticos son los más importantes elementos de conexión entre los diferentes niveles (Federación y *länder*) con la excepción de Bavaria, donde existe el CSU¹⁶, un partido que sólo está activo en este *land*. En principio, la orientación de un partido político es la misma en la totalidad del país. Esto significa que los partidos representan los elementos centralizadores, lo cual lleva a una homogeneidad del proceso político. Por supuesto, hay importantes diferencias en las regiones como las hay en las preferencias del electorado.

El proceso político, decisivo para la institucionalización de los gobiernos en el nivel federal como en el de los *länder*, es por un lado uniforme (con respecto a la orientación de los partidos políticos) y, por otro, divergente (con respecto a las preferencias del electorado). La existencia de varios procesos políticos, en los dieciséis *länder* y en la Federación, representa, a pesar de la interconexión mencionada, un importante aspecto de la separación vertical de poderes. Este es el caso porque las elecciones en los *länder* tienen lugar en diferentes períodos lo que permite conocer la reacción del electorado en un momento determinado. Durante un período de cuatro o cinco años, diecisiete elecciones tienen lugar en Alemania, dieciséis en los *länder* y una en la Federación. Es evidente que la composición del Consejo Federal que tiene un importante impacto sobre la legislación federal puede sufrir cambios políticos durante este período. Esto

¹⁴ Bundeswahlgesetz (Ley federal sobre elecciones), BGBl. 1993 I S. 1288 con modif.

¹⁵ Art. 38.1 LF.

¹⁶ CSU, acrónimo del partido Christlich-Soziale Union: Unión Social-Cristiana.

ha tenido un gran impacto en la política federal y en la posición del Gobierno federal. La interconexión del proceso político en Alemania es por consiguiente de gran importancia para las relaciones intergubernamentales entre la Federación y los *länder*.

6. LOS GOBIERNOS DE LOS LÄNDER Y LOS PAÍSES EXTRANJEROS

Los asuntos exteriores son materia de la Federación. El artículo 32.3 de la LF, no obstante, ofrece la posibilidad a un *land* de concluir tratados internacionales en campos de su propia competencia, pero con el consentimiento previo del Gobierno federal. El *land*, el cual es jurídicamente un Estado, ha mantenido esta competencia, de la que apenas hacen uso de ella. Con respecto a asuntos culturales que caen dentro de la exclusiva competencia de los *länder* debe ser advertido que, por el acuerdo de Lindau (1957), los *länder* han autorizado a la Federación a concluir tales tratados con terceros estados a pesar de la competencia interna de los *länder*. Los *länder* pueden influenciar los contenidos del tratado a través de una específica Comisión; la posición de la Federación en este contexto ha de seguir los deseos de los *länder* durante las negociaciones del Tratado. En otros campos de exclusiva competencia de los *länder*, tales como Derecho de policía, los acuerdos internacionales son elaborados por ciertos *länder* ellos mismos.

Además, los *länder* observan la política externa de la Federación y mantienen muchos contactos informales con los gobiernos de los países extranjeros ejerciendo actividades consultativas, en particular para el beneficio de la economía. Desde una perspectiva constitucional, tales actividades son posibles pero no deben nunca interferir con las competencias de las relaciones extranjeras de la Federación.

7. LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES CON LA UNIÓN EUROPEA

Hay tres niveles de participación de los *länder* alemanes en el proceso legislativo de la Unión Europea: la participación en forma débil, fuerte o intermedia¹⁷.

Debería mencionarse primero que el Ministro federal negocia en el Consejo de Ministros de la UE, excepto en el caso de la participación fuerte. En este último caso un ministro de uno de los *länder* elegido por el Consejo Federal representa a Alemania como un Estado miembro en el Consejo de la UE.

Si el Consejo de Ministros se refiere a un asunto que cae dentro de la competencia de la Federación al nivel interno alemán pero es de interés de los *länder*, el Consejo Federal puede votar una posición que habrá de ser tomada en cuenta («berücksichtigen») por el Ministro que negocie en Bruselas. Si el Minis-

¹⁷ Art. 23.5 y 6 de la LF.

tro tiene buenas razones para no seguir esta posición, está autorizado a ello. Así pues esta posibilidad es débil.

La participación fuerte tiene lugar cuando el Consejo de Ministros se refiere a un asunto que cae dentro de la exclusiva competencia de los *länder* al nivel interno: cultura, educación, programas de radiodifusión. En tal caso el Gobierno federal ha de enviar a Bruselas, como representante de Alemania, a un ministro de un *land* elegido por el Consejo Federal. Este ministro ha de discutir su opinión con el Gobierno federal pero no está de hecho obligado a seguir la postura de la Federación. De lo contrario, la participación del Ministro del *Land* sería superflua. Es la opinión del Ministro del *land* la que cuenta en el Consejo. No está completamente claro si él/ella presenta el punto de vista del gobierno de ese *land* o el punto de vista de los *länder* tal y como se predetermina por votación en el Consejo Federal.

La forma intermedia de participación tiene lugar si, por ejemplo, las cuestiones de Derecho administrativo son abordadas por el Consejo de Ministros. Estas cuestiones están íntimamente conectadas, a nivel interno, con las competencias de los *länder*. Si un acto de Derecho Europeo pretende regular cuestiones de procedimiento administrativo, esta forma de participación es relevante. El Ministro Federal ha de seguir la posición del Consejo Federal como una orientación obligatoria («*Maßgeblich berücksichtigen*») en tales casos. Si la resolución del Consejo Federal va a vincular al Ministro federal de esta manera, el Consejo Federal ha de confirmar su posición por mayoría de dos tercios (la denominada resolución de confirmación)¹⁸.

Este sistema de participación refleja un sistema de relaciones intergubernamentales determinado precisamente entre el Gobierno federal, los gobiernos de los *länder* y el poder legislativo supranacional.

8. CONCLUSIONES

Los *länder* alemanes tienen autonomía pero toman parte en un Estado social que está basado en la cooperación. El «federalismo cooperativo» está incrustado en una multiplicidad de relaciones intergubernamentales, en particular en el campo de la legislación. Las relaciones intergubernamentales horizontales tienen lugar entre los gobiernos de los *länder*, las relaciones verticales con el Gobierno federal y la Unión Europea.

Como conclusión puede decirse que la autonomía del *länder* alemán se manifiesta en la existencia de numerosas relaciones intergubernamentales tanto a nivel nacional y como a nivel supranacional.

¹⁸ Véase para más detalles el art. 5 de la Ley sobre Cooperación de la Federación y *länder* en asuntos de la UE, BGBL 1993 I S.313 con modificación.

Las relaciones intergubernamentales en Suiza

Luzius Mader
Ministro de Justicia de Suiza

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La estructura constitucional general. 3. Instituciones intergubernamentales: Las conferencias de los ministros cantonales responsables de específicos campos de la política. La Conferencia de gobiernos cantonales (CGC). El Diálogo Federalista. La Conferencia Tripartita de las Aglomeraciones (CTA). 4. Otras formas de relaciones intergubernamentales. 5. Funciones de las relaciones e instituciones intergubernamentales. 6. Fortalezas y debilidades. 7. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones intergubernamentales son extremadamente múltiples y de importancia vital para el funcionamiento práctico del sistema federal en Suiza. Están profundamente enraizadas en la historia de este país, en su cultura política y en su estructura institucional y constitucional. Aunque la Constitución suiza no sea muy explícita en torno a ellas, el federalismo suizo es de hecho inconcebible sin intensas relaciones intergubernamentales y sin una gran variedad de instituciones intergubernamentales. De hecho, no sería erróneo decir que el Estado federal suizo debe sus existencia a las relaciones intergubernamentales porque los gobiernos de los Estados miembros de la antigua Confederación suiza jugaron un papel principal en 1846-48, cuando se creó el Estado federal suizo. Las instituciones y relaciones intergubernamentales están estrechamente vinculadas a o incluso derivan de una de las características distintivas del federalismo suizo, concretamente la cooperación estrecha que existe entre las entidades subnacionales (los cantones) y también entre los cantones y el centro (la Confederación)¹.

¹ Para las características principales del federalismo suizo hoy en día véase por ejemplo MADER, L., «The participation of subnational units in the foreign policy of a federation: the Swiss case», en CALVO-GARCÍA, M. y FELSTINER. LF. W (eds.), *Federalism*, 2002, pp. 155 y ss.

En esta contribución trazaré primero la estructura constitucional general dentro de la cual han de verse las relaciones intergubernamentales. A continuación daré una visión general de los varios tipos de instituciones intergubernamentales y presentaré brevemente las más importantes de ellas. En tercer lugar, intentaré ampliar la perspectiva y mostrar que las relaciones intergubernamentales no se limitan a la existencia de instituciones u órganos intergubernamentales; pueden tener otras formas también. También abordaré las múltiples funciones de las relaciones e instituciones intergubernamentales. Y, finalmente, haré algunos comentarios sobre sus fortalezas y debilidades.

2. LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL GENERAL

No voy a trazar las principales características del federalismo suizo o —en un sentido incluso más amplio— los principales elementos de la organización institucional suiza. Esto se ha hecho en la contribución elaborada por Regula Kägi-Diener². Puede ser útil, de todas maneras, mencionar brevemente algunos de los aspectos constitucionales que son relevantes con respecto a las relaciones o instituciones intergubernamentales³.

Primero, es importante notar el hecho de que los cantones son —junto con el pueblo— las unidades constituyentes de la Confederación suiza⁴. Más que eso: son, como ya he dicho, los padres fundadores del Estado federal suizo. El artículo 1 de la Constitución suiza señala claramente que «el pueblo y los cantones (...) forman la Confederación suiza». Implícitamente, esta disposición también encarna el principio de igualdad de los cantones. En otras palabras, con independencia de su población y dimensiones, todos los cantones se sitúan en la misma posición y tienen iguales derechos y obligaciones⁵. No es sorprendente, por lo tanto, que siempre desde sus orígenes en 1848, los cantones jugaran un papel decisivo en el funcionamiento del Estado federal suizo. La importancia y la intensidad de las relaciones intergubernamentales reflejan en parte esta situación particular.

² Véase la contribución en el vol. I de esta obra, KÄGI-DIENER, R., «Retos actuales que afronta el Federalismo suizo».

³ Véase, en particular, ABDERHALDEN, U., *Möglichkeiten und Grenzen der interkantonalen Modellform für die gemeinsame Zusammenarbeit*, 1999; ZEHNDER, V., «Die interkantonalen öffentlich-rechtliche Körperschaft als Modellform für die gemeinsame Zusammenarbeit», en *Rechtsgrundlagen der interkantonalen Zusammenarbeit und des interkantonalen Vertrags*, 2007.

⁴ A pesar de su denominación oficial («Confederación suiza»), Suiza es desde 1848 un Estado federal y no ya una confederación de Estados. La denominación oficial es una reminiscencia del pasado confederal.

⁵ Solo hay dos excepciones: de acuerdo con el artículo 142 apartado 4, seis cantones tienen solo medio voto cantonal en lo que se refiere al referéndum preceptivo y de acuerdo con el artículo 150, apartado 2, los mismo seis cantones tienen solo un representante (en vez de dos) en el Consejo de Estados.

En segundo lugar, el principio de cooperación es esencial en el federalismo suizo. Ahora está explícitamente recogido en la Constitución federal. El artículo 44 señala que la Confederación y los cantones se apoyarán los unos a otros en el cumplimiento de sus tareas y cooperarán en general los unos con los otros. Se deben entre sí un deber de consideración y apoyo. Por consiguiente, el federalismo suizo está más orientado hacia la asociación y la solidaridad que a la competencia⁶. La asociación incluye también la idea de que las disputas entre los cantones o entre los cantones y la Confederación deberían resolverse por negociación y mediación más que litigando en los tribunales (artículo 44, apartado 3.^o).

En tercer lugar, los cantones participan en el proceso decisorio federal, como el artículo 45 de la Constitución federal señala en términos generales. De acuerdo con el artículo 45 apartado primero, los cantones participarán en el proceso federal de toma de decisiones y, en particular, en el proceso legislativo. De acuerdo con el apartado segundo de la misma disposición, la Confederación informará en detalle y con suficiente tiempo a los cantones de sus intenciones y consultará a los cantones cuando sus intereses se vean afectados. No estoy hablando aquí sobre el sistema bicameral con la Segunda Cámara (el Consejo de Estados) que tiene completamente igual legitimación que el Consejo Nacional (la Cámara de los Representantes)⁷, sobre la mayoría de cantones necesarios para las modificaciones constitucionales⁸, o sobre el hecho de que ocho cantones pueden hacer uso del referéndum opcional y solicitar que una ley emanada del parlamento (la Asamblea Nacional) sea sometida a votación del pueblo⁹. Estoy hablando en especial del hecho de que, de acuerdo con el artículo 147 de la Constitución federal, los cantones —así como los partidos políticos y las organizaciones interesadas de la sociedad civil— deban ser consultados allí cuando la Confederación prepare legislación importante u otros proyectos de impacto sustancial o cuando concluya tratados internacionales significativos¹⁰. En el campo de la política exterior, los cantones deben ser consultados allí cuando las decisiones de política exterior afecten sus poderes o sus intereses esenciales, y las opiniones expresadas por los cantones son de especial importancia si sus poderes se ven

⁶ Con quizás una notable excepción, concretamente cuando se trata de practicar el dumping fiscal con el fin de atraer contribuyentes y empresas interesantes.

⁷ Véase artículo 148, apartado segundo, de la Constitución federal.

⁸ Véase artículo 142, apartado segundo, de la Constitución federal.

⁹ Véase artículo 141, apartado primero, de la Constitución federal. Este derecho solo ha sido utilizado una vez, pero con éxito, en la historia de la Confederación suiza (en 2003, respecto a la modificación de la legislación fiscal que habría llevado a una reducción sustancial de los ingresos fiscales de los cantones). Es, en cierto sentido, a veces considerado como un sustituto a la falta de control judicial de la constitucionalidad de la legislación federal, en una visión que puede desde luego cuestionarse.

¹⁰ Para más detalles respecto al procedimiento de consulta, véase la Ley de Procedimiento de Consulta de 18 de marzo de 2005.

afectados¹¹; en este caso, incluso participarán en las negociaciones internacionales en manera apropiada.

La cuarta razón de por que las relaciones intergubernamentales son particularmente importantes en Suiza es debido al hecho de que de acuerdo con el artículo 46 de la Constitución federal los cantones cargan con la responsabilidad de la implementación de la legislación federal. Esto es un derecho así como un deber de los cantones, y la implementación debe entenderse en este contexto en un sentido amplio, incluyendo no solo la aplicación de la legislación federal en casos concretos sino también las necesarias actividades legislativas al nivel cantonal. Las legislaciones cantonales que implementen la legislación federal comprenden por un lado las necesarias medidas organizativas y procesales y por otro la legislación sustancial allí cuando, como es a menudo el caso, la legislación federal no establece todos los detalles o se limita a la hora de sentar los principios¹². Aunque, desde el punto de vista del Derecho internacional, la Confederación suiza sea responsable de la implementación de los tratados internacionales, desde el punto de vista del Derecho interno la responsabilidad de los cantones existe también con respecto a la implementación de los tratados internacionales. El hecho de que la legislación federal y los tratados internacionales sean solo excepcionalmente implementados por las autoridades federales, en otras palabras, que la implementación del derecho se deje principalmente al nivel subnacional del gobierno es una seria justificación para la participación de los cantones en la toma de decisiones federal.

Finalmente, la Constitución federal también claramente sostiene, en el artículo 48, que los cantones pueden firmar acuerdos entre sí y establecer organizaciones e instituciones comunes¹³. La Confederación puede participar en tales organizaciones o instituciones dentro del ámbito de sus poderes, De acuerdo con el artículo 48.a la Confederación puede incluso, a petición de los cantones interesados, declarar tales acuerdos entre los cantones vinculantes para todos los cantones o puede obligar a los cantones reacios a unirse a los acuerdos regionales. Tengo que admitir que esta disposición constitucional bastante nueva —fue apenas introducida en el 2004— no se ha utilizado aún y dudo mucho que vaya a ser utilizada alguna vez ya que es poco compatible con la

¹¹ Véase artículo 55, apartados 1 y 3, de la Constitución federal. Véase, también, SURNY, T., *Mitwirkungsrechte der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes*, 1998.

¹² Véase, por ejemplo, los artículos 75 (planeamiento del territorio) o 79 (pesca y caza) de la Constitución federal.

¹³ Con las modificaciones constitucionales del 2006 concernientes al área suiza de la educación (en particular, artículos 61.a, 62, 63 y 63.a de la Constitución federal) se ha dado un paso más con respecto a las instituciones y relaciones intergubernamentales. Véase en este contexto a BIAGGINI, G., «Kooperativer Föderalismus zwischen Freiwilligkeit und Zwang: Die neue schweizerische "Bildungsverfassung" als Experimentierfeld», en *Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen* (ed.), *Jahrbuch des Föderalismus 2007*, 2008, pp. 449 y ss.

idea de que la cooperación entre los cantones debiera en principio funcionar de modo voluntario¹⁴.

3. INSTITUCIONES INTERGUBERNAMENTALES

Si ahora echamos un vistazo a las instituciones intergubernamentales hoy en día en Suiza, me gustaría recalcar que hay una gran variedad de tales instituciones. De hecho podemos distinguir diferentes tipos de instituciones intergubernamentales basadas en una multitud de criterios:

Puede hacerse una distinción primera entre cuerpos intergubernamentales dirigidos a favorecer la cooperación vertical entre la Confederación suiza y las entidades subnacionales por un lado y cuerpos intergubernamentales que tratan principalmente de cooperación horizontal entre las entidades del mismo nivel estatal, en particular entre los cantones. El denominado «Diálogo Federalista», una reunión regular (al menos dos al año) de tres a cinco representantes de la Conferencia de los gobiernos cantonales con una delegación del Gobierno federal, es un ejemplo del primer tipo mientras que las conferencias regionales de los gobiernos cantonales son un ejemplo típico del segundo tipo. La mayoría de las conferencias de ministros cantonales responsables de específicos campos de la política tienen tanto una función vertical como horizontal porque, al menos para algunos de los puntos del orden del día, el ministro federal responsable es habitualmente invitado y toma parte en estas reuniones.

De acuerdo con el estatus de los miembros o participantes podemos entonces distinguir entre instituciones políticas o técnico-administrativas. Los órganos políticos son en particular aquellos compuestos de miembros de los gobiernos cantonales. Como veremos, tales conferencias políticas existen en prácticamente en todos los campos de la política. Pero en la mayor parte de los campos donde exista una conferencia política, hay también una conferencia técnico-administrativa habitualmente compuesta de funcionarios de alto rango. Para dar un ejemplo: en el campo de interior (seguridad interior) tenemos la Conferencia de los ministros cantonales responsables de justicia e interior (nivel político) y la Conferencia de los jefes de los cuerpos policiales cantonales (nivel técnico).

Además, las instituciones intergubernamentales pueden existir a nivel nacional e incluir todos los cantones, o tener un carácter regional. Algunas de las conferencias regionales incluyen incluso entidades de fuera del territorio suizo; son en otras palabras conferencias transfronterizas.

¹⁴ MADER, L., «Erfahrungen und Erwartungen auf dem Gebiet des kooperativen Föderalismus», en Bernhard WALDMANN (ed.), *1. Nationale Föderalismuskonferenz*, 2005, pp. 103 y ss; MADER, L., «Die Föderalismusreform -ein Reformvorhaben in mehreren Schritten», en Georg KREIS (ed.), *Erprobt und entwicklungsfähig-Zehn Jahre neue Bundesverfassung*, 2009, pp. 133 y ss.

Por dar algunos ejemplos:

- Las conferencias de los ministros cantonales o de los funcionarios responsables de campos específicos de la política incluyen todos los cantones y son, en este sentido, conferencias nacionales.
- Respecto de las conferencias regionales, algunas de ellas están basadas en un criterio puramente geográfico (cantones de la parte central de Suiza, del Este, del Noroeste, del Oeste)¹⁵. Otras están basadas en criterios topográficos o sociográficos (por ejemplo, la Conferencia de los cantones alpinos —y principalmente rural—, Conferencia de la denominada área metropolitana de Zúrich). Por consiguiente, las instituciones intergubernamentales regionales son en varios sentidos «de geometría variable».
- Las conferencias transfronterizas existen en particular para la región en torno al lago de Ginebra, para la región en torno del lago de Constanza, para la región del Jura, para Basilea y para el Cantón de Ticino y sus regiones vecinas italianas («la región de Insubria»).

Las instituciones intergubernamentales pueden tener responsabilidades o campos de interés sectoriales o transversales (comprehensivas). Ejemplos del primer caso son de nuevo las conferencias de los ministros responsables de un campo político específico. El ejemplo principal para el segundo caso es la Conferencia de los gobiernos cantonales que presentaré con más detalle después porque es probablemente la conferencia intergubernamental más importante hoy en día en Suiza.

Los órganos intergubernamentales pueden existir permanentemente y tener reuniones regulares (una, dos o más veces por año) o pueden tener una configuración para tareas específicas o proyectos limitados en el tiempo. Ejemplos del segundo caso son las «mesas redondas», equipos mixtos de trabajo o grupos de trabajo mixtos organizados para abordar cuestiones o problemas específicos. Hay muchos de ellos. Por mencionar justamente un ejemplo: tras algunos conflictos entre las autoridades federales y cantonales respecto de la entrada en vigor de la legislación federal (los cantones se quejaban de los breves plazos fijados para implementar la legislación federal), se estableció un equipo mixto de trabajo con funcionarios del nivel federal, la Conferencia de los gobiernos cantonales y de los cantones para examinar el problema y proponer soluciones. Bastante a menudo, se establecen tales equipos de trabajo mixtos (al nivel técnico-administrativo, pero a veces también al nivel político) para preparar la legislación federal nueva o su implementación. Un ejemplo reciente

¹⁵ En relación con la cooperación regional, véase, en particular, BRUNNER, S.C., *Möglichkeiten und Grenzen regionaler interkantonaler Zusammenarbeit, untersucht am Beispiel der Ostschweiz*, 2000.. Puede ser interesante advertir que el cantón suizo más importante, el cantón de Zúrich, no es miembro de ni una de las conferencias regionales. No obstante, tiene un estatus de observador en varias de ellas.

de esta práctica es el equipo mixto de trabajo que preparaba la nueva legislación federal en el campo del juego (casinos, loterías y apuestas). Está basado sobre un acuerdo entre el ministro federal responsable y la conferencia intercantonal responsable en el campo de las loterías y las apuestas.

Algunas de las instituciones intergubernamentales tienen secretarías y personal permanente, otros actúan sin ello. Entre las conferencias de los ministros cantonales responsables de campos de política específicos encontramos ejemplos de ambas soluciones principalmente de acuerdo con la importancia práctica de cada conferencia. No obstante, parece haber una cierta tendencia a establecer secretarías permanentes que tienen su propio personal. La más importante de las conferencias intercantonales tiene hoy en día secretarías permanentes (por ejemplo la Conferencia de los gobiernos cantonales y las conferencias en los campos de interior y justicia, de educación, de salud y política social). Otras aún practican un sistema rotatorio (las tareas de la secretaría son asumidas por el cantón que ejerza la presidencia o dirección anual).

La mayoría de los órganos son multilaterales en el sentido de que incluyen varios cantones o incluso a todos ellos. Otros, como el denominado «Diálogo Federalista» son bilaterales en el sentido de que reúnen a las autoridades cantonales por un lado y a las autoridades federales por otro. Un caso especial son los órganos tripartitos tales como la Conferencia Tripartita de las Aglomeraciones (CTA), que comprende a los representantes federales, cantonales y municipales. Los ayuntamientos o las municipalidades están representados en este órgano en particular por los presidentes de las organizaciones paraguas nacionales para los ayuntamientos y para las ciudades. En este contexto, puede añadirse que, al nivel local, la cooperación intergubernamental entre los ayuntamientos (en particular ciudades) o municipalidades es también muy importante. Puede adoptar la forma de acuerdos intermunicipales —algunos de ellos estableciendo cuerpos intermunicipales en varios campos tales como la educación escolar, hospitales, brigadas de incendios, etc.) o siendo integrantes de las organizaciones paraguas nacionales para los ayuntamientos y en particular para las ciudades—. Estas organizaciones también toman parte en el procedimiento de consulta a nivel nacional.

Por último, si bien no menos importante, la cooperación institucional existe no sólo entre las autoridades ejecutivas y administrativas sino también entre los parlamentos cantonales los cuales pueden crear por ejemplo comisiones interparlamentarias para examinar conjuntamente proyectos de acuerdos intercantonales sometidos a la aprobación parlamentaria en los parlamentos cantonales.

Por supuesto, estos ejemplos basados en un cierto número de criterios no son de ningún modo exhaustivos. Podríamos distinguir también entre los órganos que tienen puramente funciones consultivas y otros que tienen poderes decisivos —e incluso legislativos—. Y podríamos distinguir más entre órganos formales e informales. Pero, ¿qué significa «formal» e «informal» en este contexto? Si «formal» se supone que significa basado en unas disposiciones constituciona-

les o legales explícitas (sea al nivel federal o al cantonal) la mayor parte de tales instituciones intergubernamentales serían de hecho de carácter informal.

Déjenme añadir alguna información complementaria respecto de tres importantes y recientemente creadas instituciones intergubernamentales¹⁶:

Las conferencias de los ministros cantonales responsables de específicos campos de la política

Los más importantes ejemplos que han de mencionarse son indubitablemente las conferencias de los ministros cantonales responsables de específicos campos de la política. Al menos hay doce de ellas. La más antigua y al mismo tiempo más importante es la conferencia en el campo de la educación escolar. Fue fundada en 1897. Otras, tales como la Conferencia de los ministros cantonales responsables de justicia e interior establecida en 1905, datan del inicio del siglo xx. Otras, todavía, fueron creadas en la mitad del último siglo. Este es el caso por ejemplo de la Conferencia de ministros cantonales responsables de la economía pública (1944) o la Conferencia sobre asuntos sociales (1945). Una de las más jóvenes conferencias sectoriales es la Conferencia en el campo de la política energética, establecida en 1979. La mayoría de estas conferencias intergubernamentales se reúnen entre dos y cuatro veces al año e invitan habitualmente al ministro federal responsable al menos a parte de la reunión. Los asuntos más importantes abordados por estas conferencias son el desarrollo de políticas, la preparación de legislación cantonal y federal o los acuerdos intercantonales y los problemas de implementación.

La Conferencia de Gobiernos Cantonales (CGC)

La Conferencia de Gobiernos Cantonales (CGC) es la más joven conferencia intergubernamental al nivel político. Se estableció en 1993 en el contexto del debate político suizo sobre el Área Económica Europea y en vistas de la revisión total inminente de la Constitución federal y la reforma del federalismo suizo. A diferencia de otras conferencias cantonales al nivel político, la Conferencia de los gobiernos cantonales tiene una perspectiva transversal, comprensiva. Sus miembros representan los gobiernos cantonales, no los ministros responsables en ciertos campos de la política. Cada cantón tiene un voto. Las decisiones adoptadas por una mayoría de los dieciocho cantones se conside-

¹⁶ En torno a las conferencias intergubernamentales en general y estos tres ejemplos en particular, véase MADER, L., *Die interkantonale Konferenz - Ein Mittel der Kantone zur Zusammenarbeit auf Regierungsebene*, 2006, y AFFOLTER, S., *La participation des conférences intercantionales au processus de décision sur le plan fédéral*, 2008. La información siguiente esta principalmente basada en estas dos publicaciones.

ran que expresan la visión consolidada de los cantones. Los miembros del Gobierno federal son habitualmente invitados a participar en las reuniones al menos para ciertos puntos del orden del día, pero en la mayoría de los casos renuncian a hacerlo.

Desde su creación, la Conferencia de gobiernos cantonales ha tratado principalmente de cuestiones institucionales y de la política europea suiza. Intenta también coordinar las actividades de las conferencias sectoriales pero estos esfuerzos no son siempre y no unánimemente bienvenidos por las conferencias sectoriales. De hecho, algunos de ellos a veces no parecen estar muy entusiasmados en dar demasiado peso a la Conferencia de los gobiernos cantonales. Lo mismo vale para algunos cantones. Y existe un cierto escepticismo o reserva también en la Asamblea Nacional, en particular en el Consejo de Estados que también tiene la misión de prestar especial atención a los intereses de los cantones. Sin embargo, no hay duda de que la Conferencia de los gobiernos cantonales se ha convertido en menos de dos décadas en un jugador clave respecto de la cooperación intergubernamental horizontal y vertical en el sistema federal suizo. En particular para asuntos transversales tales como las reformas o problemas institucionales, la política exterior (y en particular la política europea) es en la actualidad un interlocutor y socio crucial de las autoridades federales.

El Diálogo Federalista

Al menos dos veces al año, las reuniones de la Conferencia de los gobiernos cantonales son seguidas de una reunión de tres a cinco representantes de esta Conferencia con una delegación del Gobierno federal (Consejo Federal). Esto es denominado «Diálogo Federalista» creado casi hace veinte años cuando la Conferencia de los gobiernos cantonales reemplazó el anterior grupo de contacto de la Confederación/cantones establecido una década atrás para tratar de un proyecto con el fin de reformar la distribución de poderes en la Confederación y los cantones¹⁷. El Diálogo Federalista permite a los Cantones dar voz a sus preocupaciones comunes y a sus expectativas respecto de las políticas y prácticas de las autoridades federales. El diálogo dentro de un reducido círculo de personas permite tratar abiertamente malentendidos, tensiones, visiones divergentes, problemas o incluso conflictos que pueden surgir entre los diferentes niveles de gobierno y ponerse de acuerdo sobre cómo proceder para preparar las decisiones que han de ser adoptadas por las autoridades formalmente responsables. En otras palabras, el Diálogo Federalista es un órgano estrictamente deliberativo y no tiene poderes decisorios.

¹⁷ Este grupo de contacto estuvo presidido por el ministro federal responsable de Justicia e Interior.

La Conferencia Tripartita de las Aglomeraciones (CTA)

La última conferencia intergubernamental que quisiera mencionar es la denominada Conferencia Tripartita de las Aglomeraciones (CTA), creada en 2001. Es el único fórum institucionalizado de cooperación entre los tres niveles estatales. La CTA se reúne habitualmente dos veces al año y trata de cuestiones que interesan no solo a la Confederación y a los cantones sino también a los ayuntamientos y en particular a las ciudades: cuestiones institucionales transversales, planeamiento del territorio, problemas sociales en las aglomeraciones urbanas que cruzan las fronteras cantonales, etc. Cada parte tiene un número máximo de ocho representantes y está presidido generalmente por un representante de los cantones. La creación de este órgano tripartito fue en cierta medida un modo de implementar la nueva disposición constitucional referida a los municipios (artículo 50 introducido por la Constitución federal de 1999). Al mismo tiempo, también se buscaba parar los contactos directos entre las autoridades federales y de los municipios respectivamente al asegurar que estos contactos tendrían lugar en un entorno en el que los cantones tenían la iniciativa.

4. OTRAS FORMAS DE RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES

Por supuesto, las relaciones intergubernamentales no se limitan a las conferencias o instituciones intergubernamentales en un sentido estricto. Hay muchas otras formas que han de ser también mencionadas.

Hay, en particular, numerosos acuerdos intercantonales —y también intermunicipales—. De hecho, en Suiza tenemos una muy intensa red de acuerdos intercantonales. Podemos contar más de ochocientos que cubren una larga variedad de asuntos materiales. Hay de varios tipos: algunos de ellos con la participación de la Confederación, algunos de ellos que tratan de asuntos administrativos y algunos de ellos de carácter legislativo, es decir que contienen normas legales que son vinculantes para los cantones que hayan ratificado los acuerdos. Por mencionar solo cuatro ejemplos recientes de este tipo de relaciones intergubernamentales: el acuerdo sobre medidas contra el vandalismo en el deporte, el acuerdo regulador de las actividades de las empresas de seguridad privada y, en particular, la delegación de tareas de la policía cantonal a tales empresas, el —bastante controvertido— acuerdo sobre armonización de la legislación cantonal en el campo de la educación escolar (Harmos) y el acuerdo en el campo de las loterías y apuestas. Para evitar los déficits democráticos que pueden resultar de ellos, los acuerdos intergubernamentales que autorizan a los cuerpos intercantonales a emanar disposiciones legislativas tienen que ser aprobados según el mismo procedimiento que se aplica a otra legislación (cantonal) y deben determinar el contenido básico de las disposiciones que vayan a emanarse¹⁸.

¹⁸ Véase el artículo 48, apartado 4, de la Constitución federal.

Otra forma son las numerosas —más o menos informales y *ad hoc*— mesas redondas, equipos de trabajo y grupos de trabajo. Algunos de ellos son cuerpos mixtos compuestos por igual de representantes federales y cantonales, establecidos en particular para preparar la legislación federal. Los ejemplos existen en muchos campos, tales como la igualación financiera, loterías y apuestas, Derecho lingüístico, etc.

También es muy importante el denominado procedimiento de consulta que da a los cantones la posibilidad de reaccionar frente a las propuestas legislativas preparadas por las autoridades federales antes de que el Gobierno federal someta un proyecto al parlamento o antes de que el Gobierno federal dicte legislación secundaria. Como se mencionó anteriormente, los cantones —individualmente o vía conferencias intergubernamentales— están de este modo estrechamente asociados al proceso federal de toma de decisiones.

A veces, las comisiones parlamentarias organizan audiencias con los representantes cantonales cuando se están debatiendo proyectos de ley¹⁹. Esto es importante en particular cuando modifican proyectos de ley en un modo que podría afectar la implementación por los cantones de la legislación federal. Hoy, podemos observar una clara tendencia a usar cada vez más a menudo esta posibilidad. Las instituciones intergubernamentales que tienen secretarías permanentes juegan un papel destacado en este contexto.

Una bastante nueva forma de relaciones intergubernamentales son los representantes cantonales que trabajan en la administración federal como una suerte de «funcionarios de enlace» entre las autoridades cantonales y federales. Tales «funcionarios de enlace» existen en particular en el campo de la política europea (tratados bilaterales entre la Suiza y la Unión Europea).

A veces, cuando los asuntos que caen dentro del ámbito de las competencias cantonales se ven afectados, (por ejemplo en los campos de la educación o la seguridad interna), los representantes cantonales son miembros de las delegaciones suizas implicadas en las negociaciones internacionales. Pueden incluso encabezar esas delegaciones.

Y, finalmente, para mencionar una última forma particular de relaciones intergubernamentales, hay una Casa de los cantones. Desde 2008 los cantones tienen su propio edificio en la capital suiza de Berna. Muchas conferencias intergubernamentales celebran sus reuniones en este edificio. La mayor parte de las secretarías permanentes de las conferencias intergubernamentales están situadas ahí. Y bastante a menudo los equipos mixtos de trabajo y grupos de trabajo compuestos de representantes cantonales y federales usan las instalaciones para sus reuniones. En otras palabras: para las reuniones intergubernamentales, los cantones ya no son los invitados de las autoridades federales, a veces son los huéspedes. Además de estas reuniones muchas actividades de formación se organizan para el personal de las administraciones cantonales

¹⁹ Véase el artículo 48, apartado 4, de la Constitución federal.

en la Casa de los cantones. Por lo tanto, la Casa de los cantones se ha convertido en una señal tangible de la importancia creciente y de la vitalidad de las relaciones intergubernamentales y de la intensidad creciente de la cooperación entre los propios cantones (cooperación horizontal) así como entre la Confederación y los cantones (cooperación vertical). Es un símbolo de la confianza en sí mismos y la autoafirmación de los cantones en el sistema federal suizo. De hecho, después de décadas de transferencias de poderes legislativos a la Confederación, los cantones ahora se han organizado ellos mismos en orden a tener una voz más potente y más peso en el proceso federal de toma de decisiones.

5. FUNCIONES DE LAS RELACIONES E INSTITUCIONES INTERGUBERNAMENTALES

La presentación de diferentes tipos y formas de relaciones intergubernamentales y de las instituciones fundamentales, en particular las conferencias cantonales, ilustra claramente sus funciones principales:

Son mecanismos tanto para la cooperación horizontal como vertical: horizontal en el sentido de que los cantones (o los ayuntamientos) cooperan entre ellos, vertical en el sentido de que los diferentes niveles estatales cooperan. La cooperación horizontal y la vertical están, por supuesto, estrechamente vinculadas. De hecho, en muchas conferencias intergubernamentales los cantones intentan primero desarrollar opiniones o posiciones consolidadas antes de comunicárselas a las autoridades federales o antes de iniciar negociaciones con las autoridades federales.

En cuestiones de vital importancia para los cantones, las conferencias intergubernamentales sirven como mecanismos de presión con respecto del nivel federal. Expresan las demandas y propuestas a través de varios modos (reuniones con las autoridades federales, declaraciones aprobadas por los miembros de estas conferencias, informaciones a los medios de comunicación, acciones públicas, etc.).

En la mayoría de los casos, las conferencias intergubernamentales sirven para intercambiar información y experiencias u opiniones. Normalmente, los resultados de estos intercambios no son formalmente vinculantes; son principalmente consultivos. Pero tienen un particular peso en la configuración de las decisiones federales y para la preparación de la implementación de la legislación federal.

Excepcionalmente, las instituciones intergubernamentales pueden adoptar decisiones vinculantes. Un ejemplo es la que ahora explícitamente se menciona en la Constitución federal. De hecho, de acuerdo con el artículo 63.a de la Constitución federal, la Confederación y los cantones pueden delegar ciertas tareas a las autoridades administrativas conjuntas que tengan poderes decisivos en el campo de la educación superior.

Además, los órganos intergubernamentales pueden también jugar un papel en el proceso de mediación. El mejor ejemplo de esta particular función es el denominado «Tripartito del Jura», compuesto por el ministro federal de justicia e interior y los representantes de los gobiernos de los cantones de Berna y Jura. Este órgano tripartito se reúne regularmente para discutir cuestiones relativas al estatus de los distritos francófonos que permanecen en el Cantón de Berna tras la creación del nuevo cantón de Juria hace más de treinta años.

6. FORTALEZAS Y DEBILIDADES

En Suiza, la importancia e intensidad creciente de las relaciones e instituciones intergubernamentales es un proceso necesario y en cierta medida inevitable; un proceso que ofrece oportunidades, contribuye al fortalecimiento del federalismo suizo, pero incluye también debilidades y amenazas. Es una oportunidad y un desafío para el funcionamiento de las instituciones suizas²⁰. Podemos intentar evaluar sus aspectos negativos y positivos.

Entre los aspectos negativos, recalcaría en particular los siguientes:

- El proceso puede conducir a una cierta sobreinstitucionalización y, consecuentemente, a ineficiencias. De hecho, tenemos ahora no sólo tres sino cinco escalones de gobierno si añadimos los niveles intercantonal e intercomunal (sin hablar del nivel internacional). Esto me parece claramente demasiado para un pequeño país como es Suiza.
- Muchas instituciones y procedimientos intergubernamentales son muy complejos y adolecen de transparencia.
- Las densas relaciones intergubernamentales ralentizan considerablemente el proceso de toma de decisiones y pueden incluso llevar a puntos muertos, o al menos al riesgo de crear impasses.
- También incluyen un alto riesgo de desdibujar las responsabilidades. De hecho, pueden considerarse como una forma de «irresponsabilidad institucionalizada» y apenas son compatibles con los esfuerzos que se han realizado en las pasadas décadas para delinear más claramente las responsabilidades y poderes de los cantones y de la Confederación en el sistema federal suizo. Hay un creciente espacio entre las responsabilidades formales y los poderes reales o prácticos en la toma de decisiones. Esto da pie a una falta de legitimidad.
- Las relaciones e instituciones intergubernamentales están muy guiadas por los ejecutivos y sufren de «déficits democráticos».

²⁰ Véase, también, WALDMANN, B., «Föderalismus unter Druck - Eine Skizze von Problemfeldern und Herausforderungen für den Föderalismus in der Schweiz», en GREDIG, M. et al. (eds.), *Peters Dreiblatt: Föderalismus - Grundrechte - Verwaltung*, 2010, pp. 3 y ss.

- Y finalmente, pero no menos importante, pueden ser un obstáculo a reformas más fundamentales, en particular territoriales, del sistema federal. De hecho, en la actualidad, muchos cantones pequeños son incapaces de asumir sus tareas sin la cooperación de y el apoyo más y más de otros cantones.

Pero, sin ninguna duda, hay también muchos aspectos positivos:

- Las relaciones e instituciones intergubernamentales intensas permiten coordinar servicios ofrecidos a los ciudadanos (tales como la educación, la salud, el bienestar, la recogida de basuras, la depuración del agua) y por lo tanto ayudar a superar los defectos debidos a la fragmentación territorial. De este modo, ayudan a evitar mayor centralización y en este sentido a contribuir a implementar el principio de subsidiariedad.
- Facilitan el desarrollo del consenso y compromiso político.
- Garantizan una amplia aceptación de las decisiones federales y, en este sentido, favorecen la legitimidad de las decisiones políticas.
- Ayudan a asegurar una buena practicabilidad e implementación efectiva de la legislación federal al tener en cuenta las situaciones particulares en los niveles cantonales y comunales.
- En particular, las relaciones intergubernamentales informales son más flexibles que las instituciones formales y permiten responder más fácilmente y más rápidamente a las necesidades y asuntos monetarios.
- Y, finalmente, ayudan a hacer frente mejor a la heterogeneidad territorial y a la pequeñez de la mayor parte de los cantones, con una distribución de poderes no clara o desfasada y con ciertos defectos en las instituciones tradicionales.

7. CONCLUSIÓN

Las relaciones e instituciones intergubernamentales con de una importancia primordial para el funcionamiento del sistema federal suizo. Aunque las relaciones e instituciones intergubernamentales apenas solo sean mencionadas en la Constitución suiza y en la legislación federal o cantonal, juegan un papel vital en la práctica. Los mecanismos formales e informales de cooperación entre los cantones y entre los cantones y la Confederación son el lubricante esencial del federalismo suizo.

Pero podríamos preguntarnos si la intensificación de las relaciones intergubernamentales y el número creciente de instituciones intergubernamentales es simplemente un fenómeno de transición o si es un proceso que está obligado a continuar y a permanecer. En otras palabras: podemos preguntarnos si los desarrollos que han ocurrido en particular en las dos últimas décadas son en realidad un callejón sin salida o la panacea para los defectos y debilidades del sistema federal suizo. No estoy demasiado seguro sobre la respuesta a esta

cuestión. Mi impresión es que son ambas: son parte del problema como parte de la solución. La conclusión práctica que querría extraer de esta diagnosis es que tenemos que acomodarnos a estas evoluciones pero al mismo tiempo deberíamos intentar eliminar los déficits en términos de ineficiencias, falta de transparencia, falta de participación democrática (popular y parlamentaria) y legitimidad política que existen. Y, quizás, una más intensa cooperación horizontal entre los cantones agudizará también la voluntad de las autoridades federales a cooperar mejor entre ellos y a superar sus enfoques sectoriales a las políticas federales. Las fuertes relaciones intergubernamentales potentes entre los cantones de hecho también exigen una mejor coordinación interministerial al nivel federal si la Confederación quiere mantener su papel de liderazgo en el sistema político suizo.

La participación de las Comunidades Autónomas en los órganos centrales del Estado

Eduardo Virgala Foruria
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

SUMARIO: 1. Participación en los órganos centrales, federalismo y Estado autonómico. 2. La participación de las Comunidades Autónomas en el Senado. 3. La iniciativa legislativa autonómica ante las Cortes Generales. 4. Bibliografía utilizada.

1. PARTICIPACIÓN EN LOS ÓRGANOS CENTRALES, FEDERALISMO Y ESTADO AUTONÓMICO

La participación de los entes territoriales en los órganos centrales del Estado, o relaciones de inordinación, de acuerdo a M. García Pelayo, es la expresión jurídica de la síntesis dialéctica entre poder central y poderes territoriales, manifestándose en un Estado federal «en la participación de los Estados como personalidades autónomas en la formación de la voluntad federal y en la reforma de la Constitución federal»¹.

Tras esta definición, la duda que puede surgir es si España es o no un Estado federal y las consecuencias que eso puede tener para la participación de las Comunidades Autónomas en los órganos centrales del Estado. Sin embargo, creo inoperante a las alturas de 2010 discutir sobre si España es o no un Estado federal. Es un Estado autonómico con características peculiares, pero que comparte muchos rasgos con los estados federales y uno de ellos es el de establecer algunos mecanismos de participación de las Comunidades Autónomas en los órganos centrales del Estado. Gran parte del problema proviene de la confusión entre federalismo como concepto valorativo o ideología basada en la idea de poder político dividido y Federación o Estado federal como forma

¹ GARCÍA-PELAYO, M., 1984, p. 239.

institucional particular en la que la idea de federalismo puede plasmarse de diversos modos², dando lugar a graves equívocos en España esa equiparación de los dos términos³. Por ello, puede haber federalismo sin la forma constitucional federal (España, Bélgica antes de 1993), al igual que un Estado puede ser federal sin realizar un auténtico federalismo (como en Austria en que la homogeneidad social y el predominio de partidos nacionales convierte a sus Estados miembros en débiles entes territoriales)⁴.

Un dato añadido que sustenta la posición anterior es la diversidad de formas institucionales que adoptan los autodenominados estados federales. Poco tienen que ver en cuanto a su estructura constitucional federal los EE.UU. con Australia o cualquiera de ellos con, por ejemplo, Bélgica. Si luego analizamos cada una de sus características fundamentales, se ve también que lo que predomina es la diversidad frente a la uniformidad⁵. Centrándonos en la participación de las Comunidades Autónomas en los órganos centrales del Estado, la forma más importante de inserción en la formación de la voluntad federal, de la que hablaba M. García Pelayo, es la conformación del Senado y casi puede decirse que cada Senado federal responde a una concepción diferente, así como que hay estados federales en que sus partes participan en la reforma

² ERK, J., 2008, p. 3.

³ MORENO, L., 2008, p. 31.

⁴ El patrocinio de una estructura formalmente federal en España suele olvidar que poseemos una descentralización territorial efectiva mayor que la gran mayoría de los estados federales del mundo, que el Estado federal tiende a la uniformización entre sus entes territoriales y que le repelen las diferencias excesivas entre ellos ya que su objetivo es la construcción de una nación común y no la desagregación de una ya existente, mientras en España los máximos promotores de la introducción del federalismo son los paladines de la diferencia y de las soluciones confederales en los que la parte y el todo se relacionan de igual a igual.

⁵ En su día (VIRGALA FORURIA, E., 2006, pp. 405-407) ya señalé, hablando del poder judicial en los estados federales, que lo que llama la atención es la disparidad en la materia. Por ejemplo, puede decirse que el modelo de estructura dual del poder judicial como el norteamericano es la excepción. En su sistema judicial federal existen tribunales de primera instancia (los Tribunales de Distrito, con una media de dos por Estado) y de segunda instancia o apelación (los 13 Tribunales de Apelación, 11 agrupando a varios Estados, el de Washington D.C., y el *Court of Appeals for the Federal Circuit* que abarca a todo el territorio nacional y sólo actúa en materia de aduanas y patentes), mientras en el sistema judicial estatal están los Tribunales de demarcación y un Tribunal Supremo estatal, unificando ambas redes el Tribunal Supremo federal. Por el contrario, en Alemania, Suiza o Australia el sistema es el de las primeras instancias servidas por Tribunales estatales o cantonales, coronados por Tribunales superiores federales nombrados por la federación. Hay algún sistema híbrido como el canadiense en que, en un sistema dual, a nivel local los Tribunales de primera instancia son nombrados por las Provincias, mientras los Tribunales Superiores provinciales de primera instancia y los Tribunales provinciales de apelación son nombrados todos por el Gobierno federal, que, además, nombra a los Tribunales federales (primera instancia, apelación y Tribunal Supremo federal). Finalmente, existen sistemas judiciales federales unitarios, es decir, que, como en España, sólo tienen una estructura judicial común en la que no entran los entes territoriales como sucede en Bélgica (Tribunales de primera instancia, apelación y casación) o en Austria (Tribunales de distrito, regionales o de primera instancia, de apelación o de segunda instancia, Supremo).

constitucional de manera diversa o ni participan. Sin entrar ahora en lo que luego intentaré desarrollar, el Senado federal puede ser electivo (EE.UU., Suiza, Australia), designado por los Parlamentos federados (Austria), formado por delegados gubernamentales (Alemania), designado por el Gobierno federal (Canadá: formalmente el Gobernador General), o mixto (como en Bélgica en que hay designados por los Parlamentos de las Comunidades, elegidos por los ciudadanos y cooptados por los anteriores). Si tomamos en cuenta la reforma constitucional, hay casos de aprobación parlamentaria más ratificación por los Parlamentos federados (EE.UU., Canadá), de mera aprobación parlamentaria (Alemania, Austria, Bélgica), de aprobación parlamentaria, de los Estados miembros y de los electores (Australia, Suiza).

Dicho lo anterior, y volviendo a la definición de García Pelayo, en este trabajo me limitaré a analizar la participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad de los órganos centrales del Estado, no existiendo en nuestro caso más participación de las Comunidades Autónomas en la reforma constitucional que la de la iniciativa ordinaria autonómica en el procedimiento legislativo que es una más de las que intentaré reseñar de entre las primeras. Esto no supondría un problema si el Senado fuera auténticamente una Cámara territorial, ya que en los Estados europeos autodenominados como federales la reforma constitucional no incluye participación de los entes territoriales, salvo en el caso de Suiza. Sin embargo, en España la vía de canalización de la representación territorial, entendida ésta en el sentido que luego se dirá, no se materializa en el Senado de forma que, en realidad, no hay participación autonómica en la reforma constitucional ni siquiera de forma indirecta.

La Constitución sólo prevé en su articulado como mecanismos de participación de las Comunidades Autónomas en los órganos centrales del Estado⁶, la designación «autonómica» de una parte del Senado y la iniciativa legislativa de las Asambleas autonómicas. A las anteriores se ha unido en los últimos años la propuesta autonómica al Senado de candidatos a magistrados del TC (desde 2007, y condicionada por la previsión del Estatuto catalán de 2006) y, a partir de las reformas estatutarias⁷ aprobadas en los años 2006 y 2007 la previsión, dudosamente constitucional, de nuevas formas de participación de las Comunidades Autónomas en los órganos centrales del Estado, de las que, por razones de espacio, no puedo ocuparme en este trabajo⁸.

⁶ En los que, lógicamente, no entran las relaciones intergubernamentales de cooperación y coordinación ya que no son formas de participación de las Comunidades Autónomas en un órgano del Estado, sino un mero sistema de composición de intereses diversos (Estado central-Comunidades Autónomas).

⁷ Más bien habría que hablar de elaboración de nuevos Estatutos.

⁸ Sobre este tema me remito a VIRGALA FORURIA, E., 2011.

2. LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN EL SENADO

Descartada la participación autonómica en la reforma constitucional, quedaría el Senado como máxima expresión de la participación de las Comunidades Autónomas en los órganos centrales del Estado autonómico español. La Cámara Alta se suele considerar el elemento más crucial de esas relaciones o del denominado «federalismo infraestatal», lo que no hace superfluos otros mecanismos de relación entre los entes territoriales y los órganos centrales o federales como pueden ser las conferencias intergubernamentales de diverso tipo, pero el Senado es lo que permite a los entes territoriales entrar en el proceso nacional de decisión política⁹, si bien es cierto que en todos los Estados compuestos la Cámara territorial ha perdido protagonismo a favor de los órganos de colaboración de carácter ejecutivo¹⁰, incluso hasta plantearse en su momento la supresión como en Australia¹¹.

En todo caso, y como es de sobra conocido, nuestra Cámara Alta no es esa Cámara de representación territorial de la que habla el art. 69.1 CE¹², sino una Cámara elegida por los ciudadanos en un 78,78% (208 de 264) en circunscripciones no ajustadas a la división territorial del poder político, quedando sólo un 21,22% (56) de senadores designados por las Asambleas autonómicas. Probablemente lo anterior lo fue por la incertidumbre sobre el desarrollo del Estado autonómico, pero no hay que dejar de reseñar que la idea ampliamente difundida de que el Senado constitucional es fruto de la indefinición del modelo territorial establecido en el Título VIII está contradicha por la versión inicial del Anteproyecto de la Constitución en cuyo art. 60 se establecía la designación de los senadores por las Asambleas autonómicas (diez cada una más otro por cada medio millón o fracción superior a 250.000, sin poder superar ninguna Asamblea el doble de los de otra) con arreglo a un sistema proporcional y teniendo el Senado sólo veto suspensivo. Su papel en las funciones parlamentarias tampoco revela una especial dedicación a los temas autonómicos a pesar de los «parches» que se han intentado en los últimos 20 años, de forma que, como ha analizado con rigor E. Albertí, el Senado español se sitúa en la parte más baja de los Estados compuestos democráticos tanto en la participación autonómica de la legislación como en la represen-

⁹ BOLLEYER, N. y BYTZEK, E., 2006, p. 388.

¹⁰ AJA, E., 1994, p. 212.

¹¹ ALBERTI ROVIRA, E., 2004, p. 287.

¹² En la discusión constituyente, el Senado pasó por múltiples fases. En el Borrador y en el Anteproyecto se definía como Cámara Autónoma con representación de los distintos Territorios, luego pasó a ser una Cámara de representación de las entidades territoriales con remisión en cuanto a su concreción a una ley orgánica, para en la Comisión del Congreso transformarse en una Cámara provincial y finalmente en el debate del Senado convertirse en una Cámara mixta con senadores electos provincialmente y otros designados por las Asambleas autonómicas: GONZÁLEZ-TREVILJANO, P., 2006, pp. 828-829.

tación específica de los territorios¹³. En definitiva, una Cámara electiva dedicada a ralentizar las decisiones tomadas en el Congreso de los Diputados sin que aporte el contenido territorial necesario para considerarla un mecanismo idóneo para la participación de las Comunidades Autónomas, especialmente como foro de canalización de las tensiones territoriales que rápidamente se desplazaron desde 1979 hacia el modelo conflictual convirtiendo en protagonista al TC¹⁴.

En este sentido, creo que el enfoque sobre el Senado dentro de la participación de las Comunidades Autónomas en los órganos centrales del Estado debe reconducirse hacia la reforma constitucional, pues su situación actual poco aporta a dicha participación. Por ello, este trabajo sólo pretenderá establecer algunos puntos sobre la situación actual y sobre su hipotética reforma, más que hacer una reconstrucción del debate doctrinal sobre la posición, composición y funciones del Senado¹⁵.

La definición del Senado como «Cámara de representación territorial» ha de encuadrarse en la forma de Estado establecida a partir de la Constitución de 1978. La conclusión no puede ser otra que la de entender que en un Estado no federal pero sí de estructura federalista, en el sentido al principio sostenido, es necesario un Senado territorial que permita la integración en el mismo del impulso político de cada una de las 17 Comunidades Autónomas. Es evidente, como señala F. Santaolalla¹⁶, que el concepto de «representación territorial» tomado literalmente no tiene sentido, pues siempre los miembros de una Cámara van a representar a los ciudadanos y no a los territorios, que no pueden ser sujetos de derechos ni objeto de representación. Es cierto, como también señala el citado autor, que sería más correcto hablar de representación de entes territoriales, pero todo eso nada impide para que consideremos que el Senado actual no sea la Cámara de representación territorial o, mejor dicho, de representación de entes territoriales o, como señala Albertí, de las instancias a las que se reconoce entidad y poder político¹⁷. Es verdad, que el resultado final estará mediatizado por los partidos políticos y que los designados difícilmente actuarán como representantes fieles de su ente territorial, pero el problema no es ese, sino el de hacer una Cámara o un Consejo que dé una idea de las diversas fórmulas políticas que están dirigiendo a las Comunidades Autónomas, especialmente, si dichas fórmulas políticas no responden a los designios de los dos grandes partidos mayoritarios. Incluso creo que una fórmula de traslación de la

¹³ ALBERTI ROVIRA, E., 2004, pp. 314 y 321.

¹⁴ SILVA OCHOA, J.C. da, 1994, pp. 18-19.

¹⁵ La bibliografía sobre el Senado es ingente y, como este no es un trabajo centrado sólo en la Cámara Alta, me permito la remisión a <http://www.senado.es/docynot/index.html>, donde se puede acceder a una relación exhaustiva y actualizada de dicha bibliografía. Si se quiere una aguda y penetrante visión del Senado y de su evolución desde 1978 hasta fechas recientes, puede verse en MORALES ARROYO, J.M., 2011.

¹⁶ SANTAOLALLA LÓPEZ, F., 2007, pp. 48 y ss.

¹⁷ ALBERTI ROVIRA, E., 2004, p. 282.

voluntad mayoritaria de cada Comunidad Autónoma de forma directa al Senado conllevaría una más compleja articulación de dichos delegados con sus pares del mismo partido político en otras autonomías o en el Gobierno de la nación.

A partir de la definición anterior, difícilmente puede calificarse de Cámara territorial un Senado que es elegido por sufragio universal en circunscripciones que no coinciden con el ámbito territorial global de las Comunidades Autónomas (salvo, claro está en el caso de las uniprovinciales). Los senadores electos lo son por su provincia, en representación de los electores de la misma y con la única identificación de la pertenencia a un partido político. Una vez elegidos, su legitimación proviene de la voluntad popular sin más diferencia con los diputados que la utilización de un sistema electoral distinto. Los denominados senadores «autonómicos» (menos de la cuarta parte) sí son designados por órganos autonómicos pero con un sistema proporcional (ex art. 69.5 y jurisprudencia constitucional) que no refleja con fidelidad la fórmula de gobierno de cada Comunidad Autónoma. En definitiva, un Senado en gran parte elegido al margen del mapa político autonómico y con una ínfima cuota de miembros surgidos de las Comunidades Autónomas pero que tampoco representan en puridad a los intereses autonómicos en sentido estricto.

En cuanto a sus funciones, puede decirse que el Senado es una Cámara retardatoria pero con escasa capacidad de decisión autónoma o de participación decisiva en las que corresponden a las Cortes Generales. Sólo posee una intervención exclusiva en la aprobación de las medidas de la coacción estatal del art. 155 CE y únicamente tiene una capacidad determinante en la reforma constitucional del art. 168 CE, en la autorización de Tratados internacionales del art. 94.1 CE, en el nombramiento de miembros de algunos órganos constitucionales (como el TC o el CGPJ), en la apreciación de la necesidad de armonizar el ejercicio de competencias autonómicas (art. 150.3 CE), y en la relación con la Corona (por extinción de líneas, negativa a un matrimonio regio, o nombramiento de la Regencia). Tampoco interviene en los momentos políticamente decisivos, como pueden ser la investidura, la cuestión de confianza, la moción de censura, la convalidación de Decretos Leyes, la autorización de los estados excepcionales o la autorización de la convocatoria de referéndum. Su ausencia determinante en temas autonómicos es clamorosa, fuera de los comentados de la coacción estatal y de la necesidad de armonización, especialmente en el procedimiento legislativo. El Senado no presenta ninguna especialidad autonómica en el procedimiento legislativo ordinario, ni la tramitación comienza en su seno, ni tiene ninguna posibilidad de veto específico y siempre puede ser superado por el Congreso. Incluso su irrelevancia puede llegar a tener el efecto perverso de distorsionar el normal funcionamiento de las instituciones como inteligentemente ha puesto de manifiesto E. Albertí en relación con la introducción en el Senado de enmiendas que modifican sustancialmente el texto aprobado en el Congreso, de forma

que son devueltas para una mera votación al Congreso con un debate mucho más limitado y diluido¹⁸.

La solución no va a provenir de medidas bienintencionadas pero escasamente eficaces, como la Comisión General de las Comunidades Autónomas, sino de una reforma constitucional que realice la definición territorial del Senado. Esta reforma ha de hacerse para adecuar nuestro Estado a su sentido federalista, pero no pensando que vaya a resolver los problemas de integración que presentan algunas Comunidades Autónomas. La pulsión independentista, o, en todo caso, confederal y de desapego hacia la existencia de España, de partidos políticos que han gobernado (PNV, EA, BNG, CiU, ERC) y que presumiblemente algunos de ellos volverán a hacerlo no se va a modificar con un Senado como auténtica Cámara de representación territorial, de tipo federal o de integración¹⁹. Al contrario, siempre serán refractarios a un Senado que les iguale o les parifique con Comunidades Autónomas «ordinarias» y tenderán a menospreciarlo, salvo que se les reconozca un status especial (por ejemplo, vetos específicos) que haga valer su capacidad de bloqueo y chantaje. Tampoco parece interesar mucho a los partidos de ámbito nacional que pueden controlar mucho mejor, con el sistema electoral, un Senado como el actual.

Por lo tanto, la reforma del Senado ha de verse en un sentido estructural y funcional y no como la vía para la inserción del «hecho diferencial» político español, que es la existencia de partidos independentistas de gobierno en diversas Comunidades Autónomas.

La reforma del Senado se ha planteado en diversas ocasiones y aquí no vamos a hacer una crónica de la misma sino sólo reseñar sus hitos más importantes. Al margen de la reforma constitucional, destaca en ese sentido la creación en 1994 de la Comisión General de las Comunidades Autónomas²⁰. Esta Comisión, formada por el doble de miembros que las ordinarias, permite la intervención tanto del Gobierno central como de los Presidentes y consejeros de los Gobiernos autonómicos, y debe, entre otras funciones, informar acerca del contenido autonómico de cualquier iniciativa que haya de ser tramitada en el Senado, conocer acerca de los convenios que las Comunidades Autónomas celebren entre sí para la gestión y prestación de servicios de su competencia, pronunciarse sobre la autorización que las Cortes Generales puedan otorgar para la celebración de acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas, ser informada por el Gobierno de los acuerdos que se celebren entre él y las Comunidades Autónomas, informar sobre las

¹⁸ La situación llegó en 2003 hasta el punto de introducir una nueva ley para modificar el Código Penal vía enmienda del Senado al proyecto de Ley de Arbitraje: ALBERTI ROVIRA, E., 2004, pp. 326-328.

¹⁹ Como señalaba ya hace más de quince años SILVA OCHOA, J.C. da, 1994, p. 34, la existencia de subsistemas territoriales de partidos hace que sus partidos mayoritarios no consideren natural jugar en un marco compartido con el resto de Comunidades.

²⁰ Sobre esta Comisión, véase RIPOLLÉS SERRANO, R., 2007.

iniciativas de atribución por las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, a todas o alguna de las Comunidades Autónomas de la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una Ley estatal, informar sobre las iniciativas por las que el Estado acuerde transferir o delegar en las Comunidades Autónomas facultades correspondientes a materias de titularidad estatal, así como sobre las formas de control de las mismas que se reserve el Estado, informar los proyectos de Ley en los que se establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, en los términos previstos en el art. 153 CE, informar las iniciativas del Gobierno encaminadas a solicitar la autorización del Senado para adoptar las medidas necesarias para obligar a una Comunidad Autónoma al cumplimiento forzoso de sus obligaciones constitucionales y legales, o prevenir su actuación cuando atente gravemente al interés general de España, según lo previsto en el art. 155 CE, informar sobre la dotación, distribución y regulación del Fondo de Compensación Interterritorial, ejercer el control y seguimiento de los proyectos de inversión incluidos en él y valorar su impacto conjunto en la corrección de los desequilibrios interterritoriales, ejercer la iniciativa legislativa, mediante proposiciones de Ley. La Comisión General de las Comunidades Autónomas es, además, el foro donde se celebra el denominado Debate anual sobre el Estado de las autonomías.

La Comisión General de las Comunidades Autónomas, a pesar de que fue creada para suplir la ausencia de reforma constitucional, no puede ni por su composición ni por sus funciones colmar las necesidades del Senado como Cámara territorial. Su vida ha sido lánguida y desfalleciente. Hasta abril de 2010 sólo ha emitido informe sobre ocho textos legislativos (art. 56.b RS) y seis reformas estatutarias, no habiendo ejercido iniciativa legislativa alguna.

Entrando en los intentos de reforma constitucional de los últimos años, hay que señalar que en 1995, tras el primer debate sobre el Estado de las Autonomías, el Presidente F. González propuso crear un órgano parlamentario para estudiar una reforma constitucional limitada. La ponencia celebró 19 reuniones y concurren 35 comparecientes hasta que en 1996 fueron disueltas las Cortes. Las conclusiones se decantaron por un Senado elegido por los ciudadanos o por los Parlamentos pero no por los Gobiernos, con un carácter permanente, y funciones vinculadas a las «leyes territoriales» aunque sin aclararse del todo los temas de quién determinaría la especialidad y a qué leyes afectaría, actuando como órgano de cooperación territorial (Conferencia de Presidentes), de participación en la relación con la UE, no habiendo acuerdo respecto a los hechos diferenciales (aumento de senadores o veto suspensivo)²¹.

En la siguiente legislatura se constituyó una Comisión para el estudio de la reforma constitucional del Senado (6 de diciembre de 1996) sin que finalizara

²¹ RIPOLLÉS SERRANO, R., 2007, pp. 119-120.

sus trabajos antes de la disolución de enero de 2000. Tras las elecciones, el 21 de junio de 2000 se creó una Ponencia de estudio de la reforma constitucional del Senado dentro de la Comisión General de las Comunidades Autónomas sin que tampoco fructificara²².

El intento más serio parecía el iniciado en su discurso de investidura, pronunciado el 15 de abril de 2004, por el nuevo Presidente socialista del Gobierno, José Luís Rodríguez Zapatero, que propuso poner en marcha una reforma «concreta y limitada de la Constitución» que afectara a cuatro cuestiones: I) al Senado, para subrayar su carácter de Cámara de representación territorial, II) a las normas que regulan el orden de sucesión en la Corona con el fin de adaptarlas al principio de no discriminación de la mujer; III) a la incorporación al texto constitucional de la denominación oficial de las diecisiete Comunidades y las dos Ciudades Autónomas y, finalmente, IV) a la Unión Europea, incorporando una referencia a la próxima Constitución Europea como signo solemne de nuestro compromiso definitivo con Europa y del valor real que damos a nuestra condición de ciudadanos europeos. Para ello, se solicitó un Informe previo al Consejo de Estado, que iba a constituir la base de su proyecto. No se pedía al Consejo que redactara los textos en que se habría de concretar la reforma, sino que informara sobre las modificaciones constitucionales propuestas, teniendo en cuenta que no se trataba de rectificar el núcleo de las decisiones adoptadas por el constituyente sino de adaptar al presente el diseño normativo de 1978. La propuesta del Presidente del Gobierno obligó a reformar la Ley Orgánica del Consejo de Estado, lo que realizó la LO 3/2004²³. La solicitud del Informe se realizó finalmente por Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005 para que el Consejo de Estado informara sobre las cuatro modificaciones de la Constitución anunciadas algo menos de un año antes por el Presidente del Gobierno. El Consejo de Estado aprobó un extenso y muy interesante Informe el 16 de febrero de 2006, con cuatro votos particulares²⁴, pero la reforma entró en vía muerta hasta el día de hoy, sin que llegara a existir ni siquiera un proyecto oficial.

Llegados a este punto, expondré en las próximas líneas mis ideas de lo que debería de ser una reforma del Senado para convertirlo en una auténtica Cámara de representación territorial, siendo consciente tanto de las escasas probabilidades políticas de que se realice como de su inutilidad para servir de factor de integración a los nacionalismos irredentos.

²² ALONSO DE ANTONIO, J.A., 2008, pp. 312-313.

²³ En su nueva redacción, el artículo 2.3 de la Ley establece que «el Consejo de Estado realizará por sí o bajo su dirección los estudios, informes o memorias que el Gobierno le solicite y elaborará las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno le encomiende. Podrá llevar a cabo igualmente los estudios, informes o memorias que juzgue oportuno para el mejor desempeño de sus funciones».

²⁴ Consejo de Estado (2006). Realicé una descripción del mismo en VIRGALA FORURIA, E., 2008.

De acuerdo a la idea mantenida en este trabajo de que la Cámara territorial ha de expresar la voluntad política mayoritaria de los órganos autonómicos y no tanto ser expresión directa de la ciudadanía, que se reserva al Congreso de los Diputados, lo lógico sería una composición del Senado que tendiera a la igualación en cuanto al número de componentes que representan a cada Comunidad Autónoma. Lo anterior se ve contrarrestado por la situación de hecho creada con el Senado actual en el que cada Comunidad Autónoma ya tiene un número de escaños diferente dependiendo del número de provincias (en los «provinciales») y de habitantes (en los «autonómicos») con lo que difícilmente se aceptaría un reparto igualitario.

De todas formas, sin llegar a la idea federal originaria de representación paritaria como en EE.UU., Suiza o Australia, creo correcta la posición del Informe del Consejo de Estado de que debería tenderse a establecer una relación de escaños que no supere el 1 a 3 o 1 a 4²⁵, partiendo de una cantidad fija que habría de incrementarse teniendo en cuenta, por un lado, la población, y por otro la extensión o la diversidad interna.

En cuanto a la forma de elección o designación de los senadores en un hipotético nuevo Senado territorial, la doctrina, como es de sobra conocido, ha oscilado en torno a tres modelos que serían la elección directa por los ciudadanos, la designación por los Parlamentos autonómicos y la representación de los Gobiernos autonómicos.

La elección directa, propia de los «viejos» federalismos (EE.UU.²⁶, Suiza, Australia), entiendo que en nuestro caso sería superflua²⁷ ya que supondría una repetición de la voluntad popular expresada en el Congreso de los Diputados

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, 2006, p. 286. Fórmulas puede haber varias y creo que no tiene mucho sentido ir más allá en este momento. De todas formas, me parece interesante la avanzada por GARRORENA, A., 1995, pp. 32-33, de incluir a los Presidentes autonómicos, y luego designar 6 senadores por Comunidad Autónoma, más uno a cada una de las tres históricas, más uno por tener de 2 a 5 millones de habitantes y otro más si se tienen más de 5 millones, 2 para Ceuta y 2 para Melilla, dando un total de 136 escaños.

²⁶ En EE.UU. es una elección directa desde 1913 asumiendo los senadores un papel de defensa de su Estado, no sólo en su función representativa sino también como actores determinantes en el nombramiento de cargos federales radicados en su territorio.

²⁷ El Informe del CONSEJO DE ESTADO, 2006, p. 306, planteaba también un posible segundo método consistente en dejar en manos de las Asambleas legislativas la elección de la mayoría de los senadores (el número fijo atribuido a cada Comunidad y los que correspondan a éstas por el criterio de población), eligiéndose por voto popular en circunscripción provincial y sufragio mayoritario los senadores adicionales atribuidos a la Comunidad por razón de su número de provincias. Los aspectos básicos del sistema de elección deberían de fijarse en la Constitución, que podría remitirse en algunas cuestiones a los Estatutos. Entendía el Consejo que un sistema mayoritario facilitaría la unidad de criterio de los representantes de cada Comunidad elegidos por las Asambleas, aunque no debería de utilizarse una fórmula mayoritaria pura, que dejaría sin representación a fuerzas políticas con peso significativo. Por ello planteaba la posibilidad de mantener el sistema actual, que exige una «adecuada representación proporcional», término que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, es susceptible de interpretaciones correctoras de la proporcionalidad en sentido mayoritario.

y, por mucho que la circunscripción sea autonómica²⁸, nunca será una representación territorial en el sentido adoptado en este trabajo. No dejará más que una duplicación que reproducirá más o menos fielmente la voluntad de la ciudadanía española dependiendo del sistema electoral que se utilice²⁹, pero que difícilmente puede expresar el componente territorial del Estado autonómico.

Una segunda opción, que ha tenido gran predicamento en algunos sectores doctrinales, desde las tempranas posiciones de G. Trujillo y que fue defendida brillantemente por E. Aja, ha sido la de configurar el Senado como un Consejo formado por una delegación de los Gobiernos autonómicos, al estilo del que existe en Alemania. Aja ha propuesto un Consejo en el que podrían utilizarse 85 votos, de forma que cada Gobierno autonómico enviaría a sus representantes que tendrían 3 votos por Comunidad Autónoma y 1 más por millón de habitantes, de forma que Andalucía tendría 10 votos y las uniprovinciales menos pobladas 3 votos³⁰.

Aunque entiendo que esta propuesta va en el camino correcto de que la Cámara Alta sea una auténtica Cámara territorial que refleje los intereses propios de la dirección política de cada Comunidad Autónoma y que permita la participación autonómica en la legislación que les afecta directamente, plantea diversos problemas en nuestro ordenamiento constitucional³¹. En primer lugar, habría que modificar lo que establece el art. 67 CE respecto al mandato imperativo si los delegados gubernamentales han de cumplir las instrucciones de su Ejecutivo. En segundo lugar, introduce elementos claramente confederales derivados de su modelo alemán (representación de los Estados miembros, libre designación del delegado, delegación *ad hoc*, consideración relativa del factor poblacional para determinar el peso de cada *Land*)³², que quedan atenuados en la Alemania actual por los niveles de cohesión interterritorial, sin hechos diferenciales³³. En tercer lugar, el resultado político tampoco sería muy diferente

²⁸ Aunque habría que tener en cuenta que, incluso en ese caso, podría haber resistencias en determinadas Comunidades Autónomas, como el País Vasco en que el peso histórico de las provincias (Territorios Históricos) es muy fuerte.

²⁹ El Informe del CONSEJO DE ESTADO, 2006, p. 306, decía manifestar «una moderada preferencia» por la elección de todos los Senadores por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, elegidos en elecciones simultáneas a las de las Asambleas legislativas autonómicas a través del procedimiento regulado en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, que podría establecer alguna remisión a los Estatutos.

³⁰ AJA, E., 2004 y 2006, pp. 713 y 726-727.

³¹ A los que comento en el texto se ha solido añadir el de modificar cualitativamente el principio de separación de poderes al incrustar en el poder legislativo miembros de los Ejecutivos autonómicos (SOLOZABEL ECHAVARRÍA, J.J., 2006, pp. 389-390), pero entiendo que se trata de poderes que no están en el mismo plano horizontal y no es el caso de que el Gobierno, central, se inserte en el Senado sino de un Senado representante de los entes territoriales expresados a través de sus Gobiernos, siempre, claro está que no participe de la función de control al Ejecutivo nacional.

³² FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., 2005, p. 354.

³³ FERNÁNDEZ MANJÓN, D., 2003, p. 19.

del actual ya que en 2010 supondría, aplicando el modelo Aja, que los representantes socialistas tendrían 38 votos (contando 5 del PSC y 2 de PS-IB) y los del PP 36 votos (contando 3 de UPN), es decir, 74 de 85, lo que difícilmente satisfaría a los nacionalistas, salvo que fuera acompañada de la posibilidad de veto en determinadas materias (por ejemplo, en los hechos diferenciales), lo que introduciría de nuevo un elemento claramente confederal³⁴, difícilmente aceptable en un modelo de Estado autonómico federalizante. En todo caso, si se estableciera conllevaría la desaparición del Senado como Cámara de control al Gobierno y de condicionante de las las decisiones constitucionalmente atribuidas al Gobierno o al Congreso³⁵.

Finalmente, la opción que mejor encajaría con nuestro Estado autonómico es, desde mi punto de vista, la designación por los Parlamentos autonómicos. Aunque es un sistema que ha recibido críticas en Austria donde está implantado, creo que es por ser un sistema federal más de nombre que real, ya que la homogeneidad política nacional se impone y el reparto entre los partidos es un reflejo de lo que ocurre en la Cámara Baja, teniendo los Estados federados una escasa voluntad diferenciadora. La designación parlamentaria permite obtener resultados políticamente similares a los de la representación gubernamental pero sin convertir al Senado en una Dieta gubernamental ni vulnerar la prohibición del mandato imperativo del art. 67 CE.

Por ello, creo que en el caso español debería de establecerse este método, en coherencia con lo propugnado de que el Senado refleje el impulso político mayoritario en cada Comunidad Autónoma, o, como ha dicho R. Punset, «[l]o verdaderamente importante —y lo genuinamente territorial— es que los Senadores representarían la orientación política dominante en su Comunidad autónoma», proporcionando este método, frente al de los Gobiernos, «un plus adicional de legitimidad, habida cuenta del origen directamente popular del órgano designante y de la mayor publicidad del procedimiento electivo, sometido además a las reglas de la dialéctica parlamentaria»³⁶. Entiendo que la designación no debería responder a criterios de mero reparto proporcional sino reflejar el pulso político gobernante en cada Comunidad Autónoma. Una propuesta aceptable en este sentido podría ser la que realizó hace ya casi quince años A. Garrorena³⁷ de la aplicación de un sistema mayoritario corregido con un senador para la segunda fuerza, aunque me parece mejor la fórmula planteada por J.J. Solozábal de atribuir a la mayoría del Parlamento autonómico el 80% y a la oposición un 20%, consiguiendo un nivel de representación de la mayoría política similar a la del sistema de Consejo, pero sin sus problemas³⁸.

³⁴ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., 2005, p. 356.

³⁵ ORTEGA, L., 2005, pp. 43-44. PAUNER CHULVI, C., 2006, p. 277.

³⁶ PUNSET, R., 2006, p. 877.

³⁷ GARRORENA MORALES, A., 1995, p. 31. También es partidario de este modelo SANTAOLALLA LÓPEZ, F., 2007, p. 68.

³⁸ SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J.J., 2006, p. 390.

Cuestión diferente es que el panorama político en el Senado no cambie con respecto al actual, o al de representación de los Gobiernos autonómicos antes visto, ya que PSOE y PP acapararían los escaños y partidos como CiU o el PNV podrían llegar a tener uno o ningún escaño, actuando los designados como meras terminales de sus partidos políticos³⁹, pero eso es algo que pertenece a la cultura política y en el que las normas jurídicas poco pueden hacer.

Como antes ya se ha indicado, el Senado actual tiene una muy escasa relevancia en sus funciones «autonómicas», situación que forzosamente tendría que variar en una auténtica futura Cámara territorial⁴⁰. Ese nuevo papel del Senado se plasmaría especialmente en el procedimiento legislativo, pero también tendría que abarcar otro ámbitos.

En el procedimiento legislativo existe una tendencia doctrinal a reducir la futura intervención determinante del Senado a las leyes de «especial relevancia autonómica» (Estatutos de Autonomía, LOFCA, FCI, leyes del art. 150)⁴¹, que tiene la ventaja de basarse en elementos objetivos que identifican claramente el tipo de ley, rechazando la utilización de términos de mayor dificultad de interpretación como «leyes delimitadoras de competencias» o «leyes básicas». Pero esta reducción, sin embargo, aportaría poco ya que, como señala P. Biglino, en el caso de los Estatutos la Comunidad Autónoma participa sustancialmente con la elaboración del proyecto de reforma, las leyes del 150 son muy escasas y la LOFCA y la Ley del FCI son puntuales⁴².

Por tanto, entiendo que el nuevo Senado tendría que tener un protagonismo relevante en gran parte de la legislación central, tanto en las leyes básicas como en todas aquellas cuya ejecución pueda corresponder a las Comunidades Autónomas. De esta forma, se facilitaría la delimitación competencial y se mejoraría la conexión entre el autor de la norma y su desarrollador posterior⁴³. Es verdad que esta solución plantea dos problemas, como son la concreción de las leyes, en denominación de E. Aja, «susceptibles de desarrollo o ejecución por las Comunidades Autónomas» y el establecimiento de un procedimiento legislativo que revalorice el papel del Senado.

Las leyes «susceptibles de desarrollo o ejecución por las Comunidades Autónomas» serían aquellas que han de ser desarrolladas y aplicadas por las Comunidades Autónomas (competencias compartidas y concurrentes) y para decidir si ese es el caso habría que estar a la decisión que tome la Mesa⁴⁴ al comenzar la tramitación⁴⁵. Sobre el procedimiento legislativo en estas leyes, creo que po-

³⁹ Como crítica FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., 2005, p. 357.

⁴⁰ En contra, PUNSET, R., 2006, p. 888.

⁴¹ Sintetizadas por GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., 2006, pp. 217-B, de las propuestas por diversos autores.

⁴² BIGLINO CAMPO, P., 2006, p. 740.

⁴³ AJA, E., 1994, p. 215.

⁴⁴ Con la consiguiente posibilidad de plantear un recurso de amparo por el parlamentario que entienda que la decisión altera el procedimiento legislativo aplicable.

⁴⁵ AJA, E., 1994, p. 218.

dría partirse, con alguna variante, de lo propuesto por E. Aja en el sentido de distinguir entre leyes que no afectan a las Comunidades Autónomas o, en todo caso, lo hacen de forma incidental, en que podría mantenerse el procedimiento actual⁴⁶, leyes en que las Comunidades Autónomas sólo tendrían la ejecución por lo que la intervención del Senado podría cifrarse en un procedimiento similar al de las leyes orgánicas de forma que el veto del Senado sólo podría salvarse por mayoría absoluta del Congreso y, finalmente, leyes en competencias compartidas (leyes básicas), Ley del FCI, LOFCA y Estatutos en que el procedimiento comenzaría en el propio Senado⁴⁷ y su veto por mayoría absoluta conduciría a la formación de una Comisión mixta paritaria cuya propuesta debería aprobarse por las dos Cámaras imponiéndose sólo el Congreso a través de una mayoría cualificada de 3/5⁴⁸. Sea cual sea la vía utilizada, habría de modificarse el plazo actual de dos meses que tiene el Senado para pronunciarse legislativamente ya que impide su participación real, por lo que debería ampliarse, como propone el Consejo de Estado, a cuatro meses⁴⁹.

El Senado también debería jugar un papel reforzado en todos los asuntos concernientes a la Unión Europea, ya que por mucho que la distribución interna de competencias no se ve afectada formalmente por el Derecho comunitario, en la práctica lo cierto es que la ausencia autonómica en los órganos comunitarios y su escasa intervención en los temas europeos ha producido, en palabras de E. Aja, una especie de mutación constitucional⁵⁰. En la fase ascendente podría influir en la posición del Gobierno (mandatos de negociación vinculantes como en Suecia o Dinamarca) o emitir un informe en asuntos de especial importancia (como en Francia)⁵¹. En esta perspectiva son sensatas las reflexiones del Consejo de Estado de buscar la complementación entre la actividad de las conferencias sectoriales y, en particular, de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, con el Senado, llevando a éste el debate sobre los temas fundamentales tanto en la fase ascendente como descendente del derecho comunitario. Podría aparecer así el Senado como foro de participación de las Comunidades Autónomas en la determinación de la posición del Estado en asuntos europeos⁵².

⁴⁶ Para AJA, E., en las primeras bastaría con que el Senado pudiera emitir un mero dictamen no vinculante y para las segundas establecer un veto del Senado por mayoría simple que sería salvable por el Congreso también por mayoría simple.

⁴⁷ Para el CONSEJO DE ESTADO, 2006, p. 251, debería remitirse al Congreso una relación de los votos de los Senadores agrupados por referencia a sus respectivas Comunidades Autónomas, para fortalecer la posición del Senado, dificultando la eventual oposición del Congreso.

⁴⁸ AJA, E., 2006, pp. 715-719.

⁴⁹ Consejo de Estado (2006, 247).

⁵⁰ AJA, E., 2006, pp. 721-722.

⁵¹ BIGLINO CAMPO, P., 2006, pp. 743-744.

⁵² No hay que olvidar que el Tratado de Lisboa ofrece a los Parlamentos nacionales más posibilidades de participar con las instituciones europeas en la labor de la UE. Se establecen los derechos y obligaciones de los Parlamentos nacionales dentro de la UE (derecho a la in-

En materia de coordinación y cooperación autonómica, el Consejo de Estado expone en su Informe a la reforma constitucional que los Estados compuestos disponen, por previsión constitucional o legal, de diversos mecanismos que permiten la cooperación o colaboración tanto horizontal entre los entes dotados de autonomía política como vertical de ellos con el Estado⁵³. La falta o insuficiencia de tales instrumentos en nuestro Estado autonómico ha sido señalada por la generalidad de la doctrina, que ha criticado la regulación realizada por el artículo 145 CE de los convenios y acuerdos de cooperación entre Comunidades Autónomas, y ha puesto de manifiesto las insuficiencias observadas en el funcionamiento de las Conferencias Sectoriales así como la antes ya señalada inoperancia de la Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado, que tampoco ha servido para fomentar ni la concertación ni la cooperación. A pesar de eso, coincido también con el Consejo de Estado en que las relaciones entre las distintas Administraciones, central y autonómicas, han de llevarse a cabo por órganos intergubernamentales (Conferencias sectoriales, Conferencias de Presidentes, Comisión de Política Fiscal y Financiera⁵⁴). Es en ellos, y no en una Cámara legislativa, donde han de plantearse el diálogo y la negociación, sin perjuicio de que pueda ser conveniente, si no necesaria, un tipo de vinculación entre los órganos de cooperación institucionalizados y el Senado, de modo que éste pueda instar a su funcionamiento. Para ello, podría recabar el Senado la presencia de miembros de los ejecutivos autonómicos o permitirse a éstos comparecer ante la Cámara, en ambos casos a través del procedimiento que establezca el Reglamento.

Para terminar con el Senado, habría que señalar que si se acogiera la opción defendida en este trabajo debería convertirse en una Cámara permanente, como sucede en todos los casos en que el Senado no participa de la relación de confianza (Suiza, Bélgica, Alemania, Austria), de forma que no se disolvería el Senado ni por imposibilidad de investir al Presidente del Gobierno en el plazo de dos meses (art. 99.5 CE), ni por decisión discrecional del Presidente (art. 115 CE)⁵⁵. Sin embargo, parece razonable la posición del Consejo

formación, control de la subsidiariedad, mecanismos de evaluación en el espacio de libertad, seguridad y justicia, revisión de los Tratados, etc.) y, en concreto, si un Parlamento nacional considera que una propuesta comunitaria no se ajusta al principio de subsidiariedad, puede iniciar un procedimiento que se desarrollará en dos tiempos: si una tercera parte de los Parlamentos nacionales considera que la propuesta no se ajusta al principio de subsidiariedad, la Comisión deberá reexaminarla y podrá decidir mantenerla, modificarla o retirarla; si una mayoría de los Parlamentos nacionales comparte ese punto de vista pero la Comisión, con todo, decide mantener su propuesta, deberá exponer sus motivos y corresponderá al Parlamento Europeo y al Consejo decidir si el procedimiento legislativo sigue adelante o no.

⁵³ CONSEJO DE ESTADO, pp. 251 y ss.

⁵⁴ Sobre este tipo de órganos puede verse: GARCÍA MORALES, M.J.; MONTILLA MARTOS, J.A. y ARBOS MARÍN, X., 2006.

⁵⁵ El Informe del CONSEJO DE ESTADO, 2006, p. 314, dejaba una puerta abierta a una posible disolución «por si, en algún caso concreto, se dieran circunstancias que (lo) aconsejaran» (posibilidad que, sin embargo, no se acogía en la propuesta de reforma constitucional que realizaba).

de Estado de mantener la disolución en el procedimiento agravado de reforma constitucional del art. 168 CE, de forma que las Comunidades Autónomas puedan adoptar una nueva postura sobre materia de tanta trascendencia como una revisión constitucional. En todo caso, producida la disolución del Congreso de los Diputados, el Senado debería quedar en suspenso hasta la constitución de la nueva Cámara Baja, momento en que procedería a elegir nuevos órganos rectores.

3. LA INICIATIVA LEGISLATIVA AUTONÓMICA ANTE LAS CORTES GENERALES

La iniciativa legislativa de entes territoriales ante el Parlamento central o federal es relativamente infrecuente en el Derecho comparado⁵⁶, ya que la participación territorial se canaliza, al menos en la teoría por lo ya visto en este trabajo, mediante la inserción de representantes territoriales en la Cámara Alta. Por ello, en nuestra historia constitucional no se previó ni en el proyecto federal de 1873 ni en la Constitución de 1931, aunque sí lo hacía el art. 92.3 del Reglamento provisional del Congreso de 1977 para los entes preautonómicos⁵⁷.

La Constitución en el art. 87.2 establece dos posibilidades para esta iniciativa legislativa autonómica: la solicitud al Gobierno de la adopción de un proyecto de ley y la presentación directa en el Congreso de los Diputados de una proposición de ley. La primera, de todas formas, no es realmente una iniciativa ya que la adopción del proyecto depende de la decisión del Gobierno y, aunque no hubiera existido esa posibilidad en la Constitución, nada habría impedido a un Parlamento autonómico solicitar al Gobierno la presentación de un proyecto de ley. En la segunda puede sorprender que no se presente ante el Senado⁵⁸, pero en esto nos encontramos de nuevo con la posición subordinada de la Cámara Alta y su escasa funcionalidad como Cámara territorial. En todo caso, su única variación con respecto al procedimiento ordinario es que la Cámara Autonómica puede delegar hasta tres parlamentarios autonómicos para la defensa de la proposición de ley.

En la práctica podemos encontrarnos con proposiciones de ley de un Parlamento autonómico pero también con una sola proposición de ley conjunta de varias Asambleas autonómicas) o con varias proposiciones de contenido idéntico por diversas Asambleas⁵⁹.

⁵⁶ Constituciones mexicana, soviética de 1977, italiana, portuguesa, suiza, yugoeslava y alemana, aunque en este caso el verdadero autor es el *Bundesrat* pues cuando llega una iniciativa de un *land* simplemente existe la obligación de trasladarlo a la Comisión competente que puede hacerla suya o no: LAVILLA RUBIRA, J.J., 1990, pp. 11-12.

⁵⁷ LAVILLA RUBIRA, J.J., 1990, pp. 11-12.

⁵⁸ LAVILLA RUBIRA, J.J., 1990, p. 21, señala que, aunque suele negar esta posibilidad un sector doctrinal italiano, no existen razones dogmáticas ni jurídico positivas en nuestro ordenamiento para negarla.

⁵⁹ LAVILLA RUBIRA, J.J., 1990, p. 21.

4. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- AJA, E.; ALBERTI ROVIRA, E. y RUIZ RUIZ, J.J., *La reforma constitucional del Senado*, CEPC, Madrid, 2005.
- AJA, E. y VIVER, C., «Valoración de 25 años de autonomía», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 69, 2003, pp. 69-113.
- AJA, E., «Perspectivas de la reforma constitucional del Senado», en VV.AA., *La reforma del Senado*, Senado Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 211-223.
- , «De los Gobiernos autonómicos», en *El País*, 2 de mayo de 2004
- , «La reforma constitucional del Senado: hacia una Cámara Autonómica designada por los Gobiernos», en RUBIO LLORENTE, F. y ÁLVAREZ JUNCO, J. (eds.), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 709-731.
- AGUIAR DE LUQUE, L., «Poder Judicial y reforma de los Estatutos de Autonomía», en *La justicia ante la reforma de los Estatutos de Autonomía*, Centro de Estudios Jurídicos Cizur Menor: Centro de Estudios Jurídicos Aranzadi, 2005, pp. 21-50.
- AGUILO LUCIA, L. «La presencia de las nacionalidades y regiones en el Tribunal Constitucional», en VV.AA., *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales I, Madrid, 1981, pp. 349-367.
- ALBERTI ROVIRA, E. «La representación territorial», en *Fundamentos*, n.º 3, 2004, pp. 279-330.
- ALONSO DE ANTONIO, J.A., «La función legislativa del nuevo Senado (apuntes para una reforma constitucional)», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Cortes Generales I, Madrid, 2008, pp. 311-326.
- ARAGÓN REYES, M., «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 85, 2009, pp. 11-43.
- ARNOLD, R. «Modelo de Estado en el Derecho comparado: el caso alemán», en GARRIDO MAYOL, V. (dir.), *Modelo de Estado y reforma de los Estatutos*. Valencia, Fundación Profesor Manuel Broseta, 2007, pp. 455-463.
- ARROYO GIL, A., «La reforma del Estado federal alemán: un primer balance», en TULDELA ARANDA, J. y KÖLLING, M. (eds.), *La reforma del Estado autonómico español y del Estado federal alemán*. Madrid: CEPC-Fundación Manuel Giménez Abad, 2009, pp. 127-162.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., «Poder Judicial y Comunidades Autónomas», en *Revista de Derecho Político*, n.º 47, 2000, pp. 53-67.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., «Las Comunidades Autónomas en el Tribunal Constitucional a través del Senado. Dudas razonables de constitucionalidad y eficacia política para Castilla-La Mancha», en *Parlamento y Constitución*, n.º 111, 2008, pp. 275-284.
- BIGLINO CAMPO, P. «El Senado, Cámara de conexión entre las Comunidades Autónomas y la Unión Europea», RUBIO LLORENTE, F. y ÁLVAREZ JUNCO, J. (eds.), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 733-750.

- BILBAO UBILLOS, J.M. «Construyendo el ámbito vasco de confusión», en *Cuadernos de Alzate. Revista vasca de la cultura y las ideas*, n.º 28, 2003, pp. 83-95.
- BOLLEYER, N. y BYTZEK, E., «Government Congruence and Intergovernmental Relations in Federal Systems», en *Regional and Federal Studies*, n.º 3, 2009, pp. 371-397.
- , «Intergovernmental Arrangements in Spanish and Swiss Federalism», en *Regional & Federal Studies*, n.º 4, 2006, pp. 385-408.
- BIFULCO, R., «La reforma costituzionale del Titolo V tra inattuazione legislativa e supplenza giurisprudenziale», en CASTELL ANDREU, J.M. y OLIVETTI, M. (coords.), *Nuevos Estatutos y reforma del Estado. Las experiencias de España e Italia a debate*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 37-46.
- CÁMARA VILLAR, G., *El principio de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, Siena, 2002. Disponible en http://www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/COMPARATO/camara.doc (última visita: 17-12-2009).
- CARRERAS SERRA, F. de (2009), «Reformar la Constitución para estabilizar el modelo territorial», en VV.AA., *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?*, CEPC-Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional n.º 47, Madrid, 2009, p. 112.
- CARRILLO, M., «El Senado de las autonomías», en *El País*, 17 de julio de 2008.
- CONSEJO DE ESTADO, *Informe sobre modificaciones de la Constitución española, 2006*. Disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/MODIFICACIONES%20CONSTITUCION%20ESP.pdf>, Última visita: 20 de mayo de 2010.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe de 5 de octubre de 2005 sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de organización de la Administración de Justicia, 2005*. (Fuente: www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm).
- ERK, J. y GAGNON, A.-G. «Constitutional Ambiguity and Federal Trust: Codification of Federalism in Canada, Spain and Belgium», en *Regional & Federal Studies*, n.º 1, 2000, pp. 92-111.
- , «Austria: A Federation without Federalism», en *Publius: The Journal of Federalism*, n.º 1, 2004, pp. 1-20.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 81, 2007, pp. 11-62.
- FERNÁNDEZ MANJÓN, D., «El Senado y la configuración de una diversidad territorial. Apuntes históricos y situación actual», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n.º 21, 2003, pp. 15-49.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, Dykinson, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ-CARNICERO, C.J. «La STC 49/2008, una sentencia desfalleciente», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 10, 2008.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., «Sobre la reforma del Senado en el contexto de la reforma de los Estatutos de Autonomía», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, número especial, *Reforma de los Estatutos de Autonomía*, 2005, pp. 317-359.
- FERRANDO BADIA, J., «El federalismo», en *Revista de Estudios Políticos*, n.ºs 206-207, 1976, pp. 23-76.
- GARCÍA MORALES, M.J.; MONTILLA MARTOS, J.A. y ARBOS MARÍN, X., *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., «A vueltas con la reforma constitucional del Senado: de las opciones a las decisiones», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 17, 2006, pp. 195-221.
- , «Las funciones de un futuro Senado: cuestiones resueltas en el Informe del Consejo de Estado», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 87, 2009, pp. 157-182.
- GARCÍA-PELAYO, M. *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1984 (reimp. de la 7.º ed. de 1961).
- GARRORENA MORALES, A., «Una propuesta para la reforma constitucional del Senado», en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 34, 1995, pp. 7-49.
- , «Nuevas condiciones desde las que replantear el cometido de la doctrina respecto de la reforma del Senado», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 145, 2009, pp. 11-31.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R. «La reforma del Tribunal Constitucional», en *Revista de Administración Pública*, 174, 2007, pp. 75-111.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO, P., «Una reforma constitucional del Senado o una Cámara en busca de autor», en RUBIO LLORENTE, F. y ÁLVAREZ JUNCO, J. (eds.), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 825-841.
- JIMENA QUESADA, L., *El principio de unidad del Poder Judicial y sus peculiaridades autonómicas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- LAVILLA RUBIRA, J.J., «Las proposiciones de ley remitidas por las Comunidades Autónomas al Congreso de los Diputados», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 28, 1990, pp. 9-73.
- LLERA RAMOS, F., «Escenarios para una reforma en la composición y elección del Senado español», en RUBIO LLORENTE, F. y ÁLVAREZ JUNCO, J. (eds.), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 843-855.
- MANGIAMELLI, S., *Il Senato federale nella prospettiva italiana*. Istituto di Studi sui Sistemi Regionali Federali e sulle Autonomie. Massimo Severo Giannini.-Studi e Interventi, 2009. Disponible en: http://www.issirfa.cnr.it/download/Mangiameli_Senato%20federale_2010.pdf (última visita: 18-2-2010).
- MORALES ARROYO, J.M., «El Senado perseguido», en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Cortes Generales I, Madrid, 2008, pp. 741-758.
- MORENO, L., «El futuro de la federalización en España», en NAVAJAS ZUBELDIA, V. (coord.), *Actas del II Simposio de Historia Actual*, 2000. Disponible en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=1321434&orden=0; última visita: 24 de febrero de 2010), 211-238.
- , *La federalización de España*, Siglo XXI, Madrid, 2008. (2.º ed.)
- ORTEGA, L., *Reforma constitucional y reforma estatutaria*, Thomson- Civitas, Cizur Menor, 2005.
- PAUNER CHULVI, C., «La reforma constitucional del Senado en su función de Cámara designante», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 17, 2006, pp. 261-284.
- PENDAS, B., «Fragmentos del Poder Judicial», en ABC, 30 de julio de 2003.

- PORTERO MOLINA, J.A., «El principio democrático ordenador de las relaciones entre los principios de unidad y autonomía», en GARCÍA DE CORTÁZAR, F. (coord.), *El Estado de las autonomías en el siglo XXI: cierre o apertura indefinida*, FAES, Madrid, 2001, pp. 67-116.
- PULIDO QUECEDO, M., «Magistrados constitucionales de designación autonómica?», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 15, 2004.
- , «La reforma del Reglamento del Senado y el nombramiento de magistrados constitucionales», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 16, 2007.
- , «El fin de un conflicto: el Senado elige a los magistrados constitucionales y los parlamentos territoriales proponen», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 11, 2008.
- PUNSET, R., «De un Senado a otro. Reflexiones y propuestas para la reforma constitucional», en RUBIO LLORENTE, F. y ÁLVAREZ JUNCO, J. (eds.), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 857-896.
- REGUEJO PAGES, J.L., «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2007», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 83, 2007, pp. 209-242.
- , «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2008», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 83, 2008^a, pp. 209-242.
- , «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2008», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 84, 2008^b, pp. 225-250.
- RIPOLLÉS SERRANO, R., «La reforma del Senado (Senado y Estado autonómico 1978-2004)», en GARRIDO MAYOL, V. (dir.), *Modelo de Estado y reforma de los Estatutos*, Fundación Profesor Manuel Broseta, Valencia, 2007, pp. 65-122.
- RODRÍGUEZ-PATRÓN, P., «El Tribunal Constitucional ante la reciente reforma de los artículos 16, de su Ley Orgánica, y 184, del Reglamento del Senado», en *Revista de Derecho Político*, n.º 77, 2010, pp. 107-140.
- ROLLER, E., «Reforming the Spanish Senate: Mission Impossible?», en *West European Politics*, n.º 4, 2002, pp. 69-92.
- SAIZ GARITAONANDIA, A., *La Administración de Justicia en las Comunidades Autónomas*, Tirant lo Blanch-IVAP, Valencia, 2009.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., «La participación de las Comunidades Autónomas en la elección por el Senado de los magistrados constitucionales», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 23, 2009, pp. 387-424.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «La representación territorial y el Senado. En torno a la propuesta del Consejo de Estado», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2007.
- SANZ PÉREZ, A.L., «STC 101/2008: La nueva relación entre el Senado y los Parlamentos autonómicos», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 13, 2008.
- SILVA OCHOA, J.C. da, «El Senado en la encrucijada: la reforma reglamentaria de 11 de enero de 1994», en VV.AA., *La reforma del Senado*, Centro de Estudios Constitucionales-Senado, Madrid 1994, pp. 17-38.
- SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J.J., «Algunos problemas constitucionales del Plan Ibarretxe», en *Cuadernos de Alzate, Revista vasca de la cultura y las ideas*, n.º 28, 2003, pp. 111-121.

- , «Nuevas perspectivas sobre la reforma del Senado», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 28, 2006, pp. 373-395.
- SORIANO HERNÁNDEZ, E., «Los magistrados de las CCAA y del Senado», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 16, 2008.
- VIRGALA FORURIA, E., «El poder judicial en las Comunidades Autónomas», en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 90, 2006, pp. 397-447.
- , «El Informe de 2006 del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 82, 2008, pp. 211-260.
- , «Las relaciones de inordinación en el Estado autonómico», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 151, 2011, pp. 109-152.

Las relaciones intergubernamentales en España y la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto catalán: ¿y ahora, qué?*

María Jesús García Morales**

Profesora Titular de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El marco normativo de las relaciones intergubernamentales y el rol del Tribunal Constitucional: 2.1. La Constitución española de 1978. 2.2. La regulación legal de la cooperación: instrumentos y acciones conjuntas. 2.3. Los nuevos Estatutos de Autonomía y la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto catalán. 3. La cooperación vertical: multilateralidad y... ¿más bilateralidad?: 3.1. La cultura de la cooperación con el poder central: desde siempre, el binomio multilateralidad-bilateralidad. 3.2. La multilateralidad: la Conferencia de Presidentes y las Conferencias Sectoriales, ¿cómo vinculan sus acuerdos? 3.3. La bilateralidad: las nuevas Comisiones Bilaterales, ¿un elemento confederal? y las nuevas facultades de participación. 4. La cooperación horizontal: indicios de cambio... ¿más cooperación entre Comunidades Autónomas?: 4.1. El escaso desarrollo de la cooperación entre comunidades autónomas, ¿hasta los nuevos Estatutos?. 4.2. La apelación del Tribunal Constitucional a la cooperación horizontal vs el déficit de diseño jurídico. 4.3. Los encuentros entre comunidades autónomas, la Conferencia de Gobiernos autonómicos y la multilateralidad entre las comunidades: la hora de la cooperación horizontal ¿ha llegado? 5. La cooperación interna en asuntos europeos: más cooperación vertical y ¿más cooperación horizontal?: 5.1. La aparición de la dimensión europea de la cooperación interna en los nuevos Estatutos. 5.2. La participación autonómica en los procesos de decisión: de nuevo, la aparición bilateralidad-multilateralidad. 5.3. Y la Unión Europea como factor de desarrollo de la cooperación horizontal. 6. Perspectivas de futuro: un nuevo marco legal, una sentencia histórica... y *what next?*

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación del Plan Nacional I+D+I financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación: «Reformas estatutarias y nuevos instrumentos de relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas» (DER 2008-04108/JURI).

** Dirección de correo postal: María Jesús García Morales. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Barcelona. Campus de la UAB. 08193 Bellaterra, Barcelona (España). Email: mariajesus.garcia@uab.es.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución española de 1978 (CE) representa el advenimiento de la democracia en España tras una larga dictadura y también la construcción de un Estado políticamente descentralizado, el llamado Estado autonómico, formado por un poder central, 17 Comunidades Autónomas (CCAA) y 2 Ciudades Autónomas. El proceso de descentralización territorial en España ha dismantelado un Estado de tradición centralista, se ha producido en paralelo a la consolidación de la democracia y, además, ha coincidido en el tiempo con la integración de España en 1986 en la Unión Europea.

Las relaciones de cooperación entre los dos niveles de autogobierno han contribuido a la construcción de un sistema con un alto nivel de descentralización política. Dichas relaciones aparecieron a principios de los años ochenta sin ninguna experiencia previa. Sus instrumentos han sido plataformas de encuentro, de diálogo, de discusión y, en su caso, de acuerdo entre el poder central y las CCAA. Por ello, las relaciones intergubernamentales tienen en España un importante valor simbólico y pedagógico: visualizan una nueva forma de distribución del poder en la democracia y han impulsado un diálogo entre el poder central y las CCAA orientado a finalidades diversas, tales como completar el proceso de descentralización, intercambiarse información, distribuir transferencias financieras, participar en Europa o realizar programas de interés común.

En España, las relaciones intergubernamentales tienen un nuevo marco normativo desde 2006, tanto en su dimensión vertical (poder central-CCAA), como horizontal (entre CCAA). El nuevo marco legal no se ha producido a través de un cambio de la Constitución, sino mediante un proceso de reformas de varios Estatutos de autonomía (el equivalente con muchos matices a las constituciones de las unidades constitutivas en un sistema federal). Entre ellos, el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña, de 19 de julio de 2006, ha propuesto una amplia atención a las relaciones intergubernamentales que ha tenido una notable influencia en el resto de nuevos Estatutos, hasta el punto de que algunos contienen previsiones similares o idénticas.

Sin embargo, se trata de una reforma legal muy polémica. Ha sido impugnada ante el Tribunal Constitucional que se ha pronunciado sobre el tema en una sentencia histórica en España, la sentencia sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña, de 28 junio de 2010. No debe pasar inadvertido que Cataluña constituye una de las llamadas CCAA «históricas» (junto con el País Vasco y Galicia). Y es que una de las características del Estado autonómico reside en la existencia de CCAA con unos rasgos diferenciales, con un sentimiento de nación basado en una identidad propia y con partidos nacionalistas asentados en dichas CCAA.

En ese contexto, la existencia de un nuevo escenario normativo en España ha generado expectativas de cambio en la cooperación, pero ¿hay realmente cambios? Para ello, en primer lugar, voy a examinar cuál es el nuevo escena-

rio legal de las relaciones intergubernamentales. En segundo término, abordaré el impacto de ese nuevo marco normativo en las relaciones verticales, las más desarrolladas en España. En tercer lugar, exploraré cuál es la incidencia del nuevo marco en las relaciones horizontales, muy poco institucionalizadas en el Estado autonómico. Además, no se puede olvidar que la integración de España en la Unión Europea ha supuesto un importante estímulo para la cooperación. Por ello, en cuarto término, examinaré la nueva regulación de la dimensión europea de las relaciones intergubernamentales domésticas. Finalmente, en ese nuevo contexto legal, concluiré con algunas perspectivas de futuro sobre la cooperación en el Estado autonómico¹.

2. EL MARCO NORMATIVO DE LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES Y EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.1. La Constitución española de 1978

La primera cuestión que debe destacarse es la importancia que tiene en España intentar regular mediante leyes la cooperación. El marco normativo de estas relaciones se ha ido construyendo progresivamente. Además, esa regulación ha sido muchas veces polémica y, en varias ocasiones, se ha impugnado ante el Tribunal Constitucional. Por ello, el Alto Tribunal ha tenido que pronunciarse sobre las leyes que regulan los instrumentos cooperativos (mecanismos y estructuras formales) y, con ello, ha contribuido a delimitar las reglas de juego normativas y la fisonomía de esas relaciones. No es habitual que un Tribunal Constitucional sea actor de las relaciones intergubernamentales, pero en España este órgano sí ha desempeñado un importante rol en este ámbito.

La preocupación por dotar a la cooperación de un marco normativo puede sorprender cuando se constata que la Constitución española de 1978 poco prevé sobre las relaciones intergubernamentales. El texto constitucional prefiguró un sistema de descentralización política, reguló las competencias del poder central y las posibles competencias de las CCAA, pero la cooperación no se contempló.

La Constitución española no abordó las relaciones intergubernamentales verticales. Sólo dedicó atención a los convenios horizontales que se regularon inmediatamente después de la prohibición de federación entre CCAA (art. 145 CE). En aquel momento, este instrumento se percibió como un potencial mecanismo de unión entre CCAA que podía poner en peligro la unidad del Estado.

¹ En este texto se utiliza indistintamente «*relaciones intergubernamentales*» y «*relaciones de cooperación*». Conviene precisar que, en el Estado autonómico, la expresión «*relaciones intergubernamentales*» es de uso en el mundo académico. En las normas, en los documentos institucionales y entre los propios *practitioners* se habla habitualmente de «*relaciones de cooperación*».

Esa posición defensiva tuvo sentido en 1978, pero se halla superada tras más de 30 años de Estado autonómico. La cooperación horizontal se ha empezado a desarrollar en España hace poco tiempo. Como se verá, no puede afirmarse que el marco constitucional sea el único culpable de esa situación, pero, sin duda, no ha sido el mejor para estimular la suscripción de convenios entre CCAA.

Al igual que en otros países, el Tribunal Constitucional español ha reconocido un principio de cooperación o de lealtad institucional en las relaciones verticales y horizontales. Se trata de un principio constitucional no escrito inherente a la estructura descentralizada del Estado autonómico. En teoría, dicho principio se concreta en deberes de abstenerse de perjudicar al otro, de ponderar y tener en cuenta los intereses del conjunto, deberes de auxilio recíproco, así como obligaciones de intercambio de información. Sin embargo, a diferencia de otros sistemas, el Tribunal Constitucional español no suele utilizar dicho principio para declarar inconstitucional una norma, de modo que más bien actúa como una especie de *soft law*².

2.2. La regulación legal de la cooperación: instrumentos y acciones conjuntas

A pesar de no tener un reconocimiento constitucional expreso, las relaciones intergubernamentales entre el poder central y las CCAA empezaron a desarrollarse de forma espontánea muy pronto. El 1 de julio de 1981 se creó la primera Conferencia Sectorial entre el poder central y las CCAA, el Consejo de Política Fiscal y Financiera. Poco después, en noviembre de 1981, el Gobierno del Estado planteó, por primera vez, la regulación por ley de la cooperación multilateral vertical, en concreto, la regulación de las Conferencias Sectoriales entre el poder central y las CCAA. Debe destacarse que dicho proyecto de ley fue impugnado ante el Tribunal Constitucional por Cataluña y País Vasco, dos CCAA históricas con elementos diferenciales y claras reivindicaciones identitarias. Ambas CCAA denunciaban que las Conferencias Sectoriales verticales eran mecanismos que permitían al poder central imponer decisiones y vaciar de autonomía a las nuevas CCAA.

El Tribunal Constitucional declaró que las Conferencias Sectoriales entre el poder central y las CCAA eran constitucionales como «órganos de encuentro para el examen de problemas comunes y para la discusión de las oportunas líneas de acción»³. Tras esa sentencia, se aprobó la Ley 12/1983 del Proceso Autonómico, una ley del poder central donde se regulan las Conferencias Sectoriales para «intercambiar puntos de vista y examinar en común

² CRUZ VILLALÓN, P. «La doctrina constitucional sobre el principio de cooperación», en CANO BUESO, J. (ed.), *Comunidades Autónomas e instrumentos de cooperación interterritorial*. Parlamento de Andalucía. Madrid. Tecnos, 1990, pp. 119-134.

³ STC 76/1982, FJ 13.

los problemas de cada sector y las acciones proyectadas para afrontarlos y resolverlos»⁴.

Diez años más tarde, la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (una ley también del poder central), se ocupó de nuevo la cooperación vertical en el Estado autonómico. Esta ley ha recogido el principio de lealtad institucional y ha regulado sobre todo los instrumentos de cooperación vertical: las Conferencias Sectoriales entre el poder central y todas las CCAA, las llamadas Comisiones Bilaterales entre el poder central y cada Comunidad Autónoma, los convenios, los consorcios, así como los planes y programas conjuntos⁵.

El siguiente paso ha sido legislar la cooperación vertical multilateral en sectores concretos. En 2006 y 2007 dos leyes del poder central, la Ley para la Dependencia y la Ley de Desarrollo rural sostenible, han previsto procesos de cooperación entre poder central y CCAA muy intensos en esos dos sectores: ayuda social a las personas en situación de dependencia y la política agrícola regional. Dichos casos constituyen una especie de «tareas comunes», ámbitos de codecisión y cofinanciación, entre el poder central y las CCAA en sectores donde la competencia es de las CCAA. Se trata de una situación no prevista por la Constitución, llevada a cabo sin reforma constitucional y consentida por las todas CCAA que no han impugnado estas leyes ante el Tribunal Constitucional⁶.

2.3. Los nuevos Estatutos de Autonomía y la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto catalán

La Constitución española de 1978 sólo se ha reformado en dos ocasiones: en 1992, con motivo de la ratificación del Tratado de Maastricht, para permitir que los ciudadanos de países miembros de la Unión Europea no sólo tuvieran derecho al voto, sino también derecho a ser elegidos en las elecciones locales (art. 13.2 CE); y en 2011, para incluir el principio de estabilidad presupuestaria a raíz de la crisis económica (art. 135 CE).

Una reforma de la Constitución que incluya la reforma territorial no ha sido posible todavía. La alternativa ha sido la reforma de los Estatutos de Autonomía, los equivalentes —con muchas salvedades— a las Constituciones de las unida-

⁴ Ley 12/1983 (art. 4).

⁵ Ley 30/1992 (arts. 4-10). ALBERTI ROVIRA, E. (1993), «Relaciones entre Administraciones Públicas», en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÁN, M. (dirs.), *Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tecnos. Madrid, 1993, pp. 41-70.

⁶ Específicamente, sobre dependencia, SÁEZ ROYO, E. «Las relaciones intergubernamentales en España: Las relaciones de cooperación intergubernamental en la Ley de Dependencia: un paso sustantivo», en TUDELA ARANDA, J. y KNÜPLING, F. (eds.), *España y modelos de federalismo*, CEPC. Madrid, 2010, pp. 361-386.

des constitutivas en un sistema federal. Los Estatutos de Autonomía son leyes especiales, pactadas entre el poder central y cada una de las CCAA. Su eficacia territorial se limita al ámbito de la Comunidad Autónoma correspondiente. Junto a la Constitución, los Estatutos de Autonomía constituyen la llamada Constitución territorial en España. Los primeros Estatutos de autonomía se aprobaron en el periodo 1979-1983. Los nuevos Estatutos, también llamados «Estatutos de segunda generación» se han aprobado entre 2006-2011. Es preciso señalar que no todas las CCAA han optado por reformar su Estatuto de Autonomía. De las 17 CCAA, 8 de ellas tienen un nuevo Estatuto o han reformado parcialmente el Estatuto anterior⁷.

El tratamiento de la cooperación y sus instrumentos constituye una de las novedades más destacadas de los nuevos Estatutos. Con ello, los nuevos Estatutos han pretendido suplir el escaso tratamiento de este tema en la Constitución —y en los primeros Estatutos de Autonomía— y dar visibilidad normativa a este tipo de relaciones. Las reformas estatutarias son heterogéneas entre sí. Sin embargo, todos los nuevos Estatutos dedican especial atención a las relaciones de cooperación en su dimensión vertical, horizontal y también europea⁸.

Como se verá, en la dimensión vertical, la novedad más destacada ha sido reforzar la bilateralidad con el poder central y sus instrumentos, en particular a través de las nuevas Comisiones Bilaterales. Por el contrario, la cooperación horizontal no ha sido una prioridad para los nuevos Estatutos, ni hay grandes novedades jurídicas en este punto. Sin embargo, sí hay indicios de cambio en la praxis cooperativa. Los nuevos Estatutos regulan también las relaciones de cooperación domésticas tanto verticales como horizontales en las llamadas «cláusulas europeas». La participación de los entes territoriales en el proceso de integración ha incrementado las necesidades de cooperación con el poder central en todos los sistemas descentralizados de Europa y España no ha sido una excepción.

Entre los nuevos Estatutos de Autonomía, el Estatuto catalán de 2006, contiene la regulación más amplia de las relaciones intergubernamentales. Su opción ha sido referente para todos los Estatutos posteriores. La regulación del Estatuto catalán de 2006 ha sido también muy controvertida. Las cuestiones polémicas no sólo son están en esta materia, sino en la casi totalidad del texto catalán. La propuesta del Estatuto catalán no ha dejado indiferente a nadie.

Como se ha indicado, Cataluña es una Comunidad histórica que, particularmente junto al País Vasco, ha reivindicado de forma constante mayores cuotas de autogobierno e, incluso, una nueva organización territorial. Entre los ob-

⁷ Comunidad Valenciana (2006), Cataluña (2006), Islas Baleares (2007), Andalucía (2007), Aragón (2007), Castilla y León (2007), Navarra (2010), Extremadura (2011). Los nuevos Estatutos están disponibles en la página web del Ministerio de Política Territorial: http://www.mpt.gob.es/es/areas/politica_autonomica/Estatutos_Autonomia.html

⁸ GARCÍA MORALES, M.J. (coord.), «Las relaciones de colaboración en los nuevos Estatutos de autonomía», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 19 [número monográfico], 2009.

jetivos de la reforma del Estatuto catalán han figurado: un mejor reconocimiento de la identidad catalana, una mejora de competencias de Cataluña y un nuevo sistema de financiación. Por lo que respecta a la cooperación, el aspecto más polémico del Estatuto catalán ha sido bilateralidad entre el poder central y Cataluña. Otros Estatutos contienen previsiones similares e, incluso, idénticas. Sin embargo, sólo la regulación del Estatuto catalán se impugnó ante el Tribunal Constitucional⁹.

En junio de 2010, el Alto tribunal confirmó que la regulación de la cooperación en el Estatuto catalán era constitucional interpretada con matices. No hay ningún artículo en esta materia que se haya declarado inconstitucional. La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, no sólo tiene efectos sobre la regulación de las relaciones intergubernamentales en el Estatuto catalán, sino también sobre la prevista en otros nuevos Estatutos, en particular, en aquellos que tienen una redacción similar o idéntica a la del Estatuto de Cataluña. El Tribunal Constitucional se ha convertido de nuevo en un actor de las relaciones de cooperación con una decisión jurídica sobre la conformidad de esta regulación con la Constitución y con el impacto político que tiene esa decisión en la praxis cooperativa. Vamos a ver cómo incide la nueva regulación legal y esta sentencia en las relaciones de cooperación.

3. LA COOPERACIÓN VERTICAL: MULTILATERALIDAD Y... ¿MÁS BILATERALIDAD?

3.1. La cultura de la cooperación con el poder central: desde siempre, el binomio multilateralidad-bilateralidad

Las relaciones intergubernamentales en España han sido y son predominantemente verticales. La cultura de la cooperación en el Estado autonómico se ha desarrollado con el poder central. Las circunstancias históricas del proceso de descentralización español y la arquitectura constitucional han contribuido al desarrollo vertical de las relaciones intergubernamentales.

Las Comunidades Autónomas necesitan al poder central para hacer efectivos sus objetivos: la transferencia de competencias (desde el poder central hacia las CCAA), la obtención de recursos (el poder central dispone del *spending power* y las CCAA tienen una fuerte dependencia de ingresos estatales), y la participación en la Unión Europea (el poder central es el interlocutor principal para Bruselas). Por el contrario, el poder central no necesita a las Comunidades Autónomas para aprobar sus leyes, ni para aprobar una reforma constitucional.

⁹ El Estatuto de Andalucía es el más similar. El Estatuto catalán se impugnó ante el Tribunal Constitucional por 50 diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Parlamento central, el Defensor del Pueblo (el Ombudsman español) y por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Además, en España, no existe un Senado, que actúe como Cámara de representación territorial donde éstas puedan participar en la legislación del poder central. Las CCAA tampoco tienen un derecho de veto frente a las iniciativas de centro.

Las relaciones de cooperación vertical en España se formalizan de forma multilateral principalmente a través de las Conferencias Sectoriales y en estructuras bilaterales, las llamadas Comisiones Bilaterales de Cooperación. Ese tándem multilateralidad-bilateralidad en las estructuras formales de cooperación constituye una peculiaridad del Estado autonómico.

En España, hay CCAA con hechos diferenciales reconocidos en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, unos rasgos fundamentados históricamente y que les dan una personalidad singular respecto a otros territorios (en particular, una lengua, un derecho privado y un sistema de financiación propios de algunos territorios). La expresión jurídica de los hechos diferenciales debe diferenciarse de la existencia de ideologías o partidos nacionalistas en dichas CCAA. Dichos partidos ostentan responsabilidades de Gobierno en esas Comunidades Autónomas y, además, dan apoyo parlamentario al Gobierno del Estado que recaen los dos partidos mayoritarios de ámbito estatal, el Partido popular (PP) y el Partido socialista (PSOE). Los partidos nacionalistas implantados en una Comunidad Autónoma actúan también en las instituciones estatales a partir de los resultados alcanzados en su Comunidad Autónoma y apoyan al Gobierno central de turno en la gobernabilidad del Estado¹⁰. La mayoría de partidos nacionalistas pretenden defender por encima de todo los intereses de su Comunidad Autónoma y han alentado políticamente la vía bilateral para negociar con el poder central «de tú a tú». En el Estado autonómico, hay una bilateralidad informal que sucede normalmente entre parlamentarios y políticos en las instituciones centrales y una bilateralidad formalizada en estructuras *ad hoc*, las Comisiones Bilaterales de Cooperación.

El principal factor que ha impulsado la creación de esas Comisiones Bilaterales ha sido técnico y no político. Las Comisiones Bilaterales como estructuras formales de cooperación surgen para negociar el traspaso de competencias del centro a las CCAA. La descentralización política en España ha significado un proceso gradual de traspasos del poder central a las CCAA. Ese proceso ha sido bilateral con cada una de las Comunidades Autónomas. Además, la bilateralidad ha sido necesaria porque ese proceso no ha sido simultáneo en todas las CCAA. El acceso de las Comunidades Autónomas al autogobierno ha sido a «dos velocidades»: unas, las llamadas CCAA de «vía rápida» (entre

¹⁰ AJA, E., *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, Madrid, 2003, pp. 169-199. VIVER PI-SUNYER, C. «El reconeixement de la plurinacionalitat de l'Estat en l'ordenament jurídic espanyol», en REQUEJO, F. y GAGNON, A.-G. (eds.), *Nacions a la recerca de reconeixement*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2010, pp. 213-234. [en francés, en REQUEJO, F. y GAGNON, A.-G., *Nations en quête de reconnaissance*, Peter Lang, Bruselas, 2011.

las que se encuentran las Comunidades Autónomas históricas) que asumieron *ab initio* más competencias que el resto de CCAA «de vía lenta». Esa asimetría temporal ha potenciado la negociación bilateral con cada Comunidad de forma individualizada.

3.2. La multilateralidad: la Conferencia de Presidentes y las Conferencias Sectoriales, ¿cómo vinculan sus acuerdos?

Las estructuras formales cooperación vertical en España son multilaterales y bilaterales, pero las más importantes son multilaterales.

La Conferencia de Presidentes debería ser el instrumento más relevante de cooperación. Se creó en 2004 para reunir anualmente al Presidente del Gobierno central y a los Presidentes autonómicos. El Senado ha sido su sede. La constitución de esta Conferencia era uno de los puntos del programa del partido socialista que ganó las elecciones generales ese año¹¹. Todas las CCAA han acudido a las reuniones que ha celebrado esta Conferencia. Su reglamento le asigna importantes funciones: el debate de grandes directrices de políticas públicas y asuntos de gran importancia para el Estado de las autonomías. En la práctica, la Conferencia de Presidentes se halla en una situación de *impasse*: ha celebrado 4 reuniones en 7 años y no se convoca desde diciembre de 2009. En tan breve trayectoria, sus resultados han sido escasos: básicamente, un acuerdo sobre financiación sanitaria y un mapa de inversiones en infraestructuras científico-tecnológicas. Por el momento, su incidencia en el panorama cooperativo es nula y su supervivencia incierta.

En ausencia de una Conferencia de Presidentes, el instrumento de cooperación más importante en España han sido las Conferencias Sectoriales, órganos de cooperación de composición multilateral que se caracterizan por su especialización temática por áreas. Las Conferencias Sectoriales son el primer instrumento de cooperación que aparece en el Estado autonómico. No debe olvidarse que estas Conferencias en España son verticales. Han existido durante años no sólo sin una Conferencia de Presidentes vertical, sino también sin concertación horizontal, ya que no hay una Conferencia de Presidentes sólo de las CCAA, ni Conferencias Sectoriales horizontales.

Las Conferencias Sectoriales verticales no se abordan en los nuevos Estatutos, sino en la Ley 30/1992. Esta norma atribuye al poder de convocatoria y la fijación del orden del día al Ministro del poder central. Se trata de una potestad que el Tribunal Constitucional español ha considerado constitucional, por entender que no necesariamente atribuye un poder jerárquico al poder cen-

¹¹ La creación de la Conferencia de Presidentes pasó a ser uno de los puntos de la agenda territorial del Presidente del Gobierno, el Sr. Rodríguez Zapatero. Más detalles, TAJADURA TEJADA, J., *El principio de cooperación en el Estado autonómico*, Comares. Granada, 2010, pp. 134-172.

tral¹². La ley se refiere también a la composición de las Conferencias sectoriales compuestas por miembros del Gobierno del poder central y Gobiernos de las CCAA. Normalmente, los miembros de las Conferencias Sectoriales son el Ministro del Gobierno central y los Consejeros de los Gobiernos autonómicos. Los principales productos de las Conferencias Sectoriales son *acuerdos* con valor político o *convenios de colaboración* jurídicamente vinculantes.

Los nuevos Estatutos reconocen la «multilateralidad», pero no mencionan la expresión «Conferencia Sectorial». En concreto, el Estatuto de autonomía catalán se refiere a la multilateralidad como un principio que rige las relaciones entre Cataluña y el poder central, junto con el principio de bilateralidad¹³. Este Estatuto presta especial atención a los efectos de la multilateralidad. Ha sido el único Estatuto de Autonomía donde se ha previsto que la Comunidad Autónoma no queda vinculada por los acuerdos adoptados en foros multilaterales y puede formular reservas a aquellos acuerdos adoptados sin su aprobación¹⁴.

El Tribunal Constitucional ha declarado que ambos aspectos son constitucionales. Según el Alto Tribunal, la participación en los mecanismos multilaterales es voluntaria. Por ello, no pueden imponerse las decisiones allí adoptadas a quienes acuden a esos foros. Asimismo, como consecuencia de esa voluntariedad, es posible que la Comunidad Autónoma pueda formular su disconformidad a acuerdos adoptados multilateralmente. Esa disconformidad en forma de reservas en ningún caso constituye un veto de la Comunidad Autónoma¹⁵.

Desde el punto de vista jurídico, dicha declaración no aporta nada nuevo. El Tribunal Constitucional reitera su jurisprudencia acerca de la voluntariedad de la cooperación y de la imposibilidad de renunciar a las competencias propias en el marco de instrumentos cooperativos. En cambio, esas previsiones del Estatuto catalán visualizan, la desconfianza que históricamente ha mostrado Cataluña hacia los instrumentos multilaterales verticales. De nuevo, subyace la percepción autonómica de la multilateralidad como una estrategia del poder central para imponer sus puntos de vista y tratar de igualar a las CCAA con la práctica del llamado «café para todos», una expresión muy usada en el Estado autonómico para ilustrar la estrategia del poder central de intentar contentar a todas las CCAA y diluir mediante la multilateralidad las reivindicaciones identitarias y singulares que reclaman una solución diferenciada.

En ese contexto, los nuevos Estatutos y la sentencia sobre el Estatuto catalán no cambian el marco jurídico de los instrumentos multilaterales verticales. La

¹² STC 76/1983, FJ 13.

¹³ La multilateralidad aparece en el Estatuto catalán como: principio (art. 3), modo de cooperación con el poder central (art. 175), modo de participación en asuntos europeos (art. 186) y en materia de financiación (art. 210).

¹⁴ Art. 176 del Estatuto catalán.

¹⁵ STC 31/2010, FJ 112.

actividad práctica de las Conferencias Sectoriales en España tampoco ha cambiado con los nuevos Estatutos.

En la actualidad, hay unas 15 Conferencias Sectoriales que funcionan regularmente con reuniones, al menos, dos veces al año. La actividad de las Conferencias varía mucho entre ellas (las más activas: Agricultura y Educación). La regla de decisión en las Conferencias Sectoriales suele ser la unanimidad¹⁶. La función más rutinizada de estos foros es la fijación de criterios conforme a los cuales el poder central, en uso de su *spending power*, destina transferencias a las CCAA que se formalizan mediante convenios verticales. A través de esa cooperación financiera el poder central impulsa programas en las CCAA y consigue una considerable homogeneidad de actuaciones en sectores como asuntos sociales y educación. La cooperación normativa entre el poder central y las CCAA se halla poco institucionalizada. El poder central decide voluntariamente qué proyectos normativos pone en conocimiento de una Conferencia Sectorial. En asuntos europeos, las Conferencias Sectoriales son el foro donde las CCAA participan en la formación de las posiciones del Estado ante la Unión Europea, una función especialmente importante en sectores «europeizados» (en particular, agricultura y pesca).

Ese funcionamiento práctico de las Conferencias Sectoriales ha suscitado críticas a la multilateralidad. El problema no es técnico, no es solucionable con leyes, ni está en sus instrumentos. El principal escollo es político. Las CCAA no siempre comparten con el poder central la preocupación por la multilateralidad. En muchos casos, las CCAA priorizan demandas propias. Además, las CCAA perciben la iniciativa del Ministro del poder central en una Conferencia Sectorial (que es vertical) como una iniciativa política del partido en el Gobierno. La ausencia de CCAA en las reuniones de las Conferencias Sectoriales y su escaso interés en incluir temas en el orden del día demuestran la poca implicación de las CCAA en el funcionamiento real de las Conferencias Sectoriales. En ese contexto, no siempre resulta fácil determinar objetivos comunes entre las CCAA y el poder central en estos foros¹⁷.

¹⁶ GARCÍA MORALES, M.J. y ARBÓS MARÍN, X. «Intergovernmental Relations in Spain», en SAUNDERS, Ch. y POIRIER, J. (eds.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems, A Global Dialogue on Federalism*, vol. 8, McGill/Queen's University Press, Montreal/Kingston, 2012 (en prensa) Información institucional sobre las Conferencias existentes, disponible en la página web del Ministerio de Política Territorial (Política autonómica): http://www.mpt.gob.es/es/areas/politica_autonomica/coop_multilateral_ccaa_ue/cooperacion_multilateral/Conf_Sectoriales.html

¹⁷ PÉREZ MEDINA, J.M. «Las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas desde la perspectiva de la Administración General del Estado», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 19 [número monográfico], 2009, p. 350. La existencia de intereses diversos dificulta la cooperación incluso en países paradigma del federalismo cooperativo, JEFFERY, Ch. «Vom kooperativen Föderalismus zu einer Sinatra-Doktrin der Länder», en MEINER-WALSER, R.C. y HIRSCHER, G. (Hg.), *Krise un Reform des Föderalismus*, Olzog, Múnich, 1999, pp. 50-63.

3.3. La bilateralidad: las nuevas Comisiones Bilaterales, ¿un elemento confederal? y las nuevas facultades de participación

Las llamadas Comisiones Bilaterales entre cada Comunidad Autónoma y el poder central han sido la novedad más destacada y polémica de las reformas estatutarias. Sin embargo, la bilateralidad no es algo nuevo en el Estado autonómico. Las Comisiones Bilaterales surgieron para negociar el traspaso de competencias del centro a cada una de las CCAA y para tratar problemas específicos con una Comunidad. La primera Comisión Bilateral se constituyó en 1983 entre el poder central y Navarra. La extensión de esta estructura, que hoy día existe con cada una de las CCAA, ha sido un proceso gradual que culminó en 2000¹⁸.

La Ley 30/1992 define a las Comisiones Bilaterales como órganos de cooperación de ámbito general frente la actuación sectorial de las Conferencias multilaterales. Las Comisiones Bilaterales reúnen a miembros del Gobierno central y del autonómico, pero no sus Presidentes. Normalmente, la representación del Gobierno del poder central está encabezada por el Ministro de Política Territorial y la delegación de las CCAA está formada por Consejeros de los Gobiernos autonómicos. Las Comisiones Bilaterales Son de composición paritaria y puede pedir la convocatoria cualquiera de las partes. En 2000, la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dio a las Comisiones Bilaterales un importante impulso para intentar resolver mediante la negociación en estos foros el elevado número de conflictos entre el poder central y las CCAA que llegaban al Tribunal Constitucional español¹⁹. Se trata de una bilateralidad con todas las CCAA. Además, esa función «pacificadora» es la actividad más rutinizada de las Comisiones Bilaterales.

Las Comisiones Bilaterales de los nuevos Estatutos se conocen como «nuevas Comisiones Bilaterales» o «Comisiones Bilaterales estatutarias» para diferenciarlas de las primeras «Comisiones Bilaterales no estatutarias» que no están en los Estatutos de Autonomía. La primera novedad es su regulación en el texto de los Estatutos.

El Estatuto de Cataluña de 2006 ha sido el primero que ha regulado de forma extensa este instrumento. La regulación de la bilateralidad y sus instru-

¹⁸ Las Comisiones Bilaterales se constituyen por este orden: con Navarra (1983), con Cataluña, País Vasco y Galicia (1987), con Murcia y La Rioja (1988), con Islas Baleares (1989), con Canarias y Aragón (1990), con Cantabria (1991), con Castilla y León y Extremadura (1992), con Asturias (1993), con Castilla-La Mancha (1996), con Comunidad Valenciana y la Comunidad de Madrid (2000). Las Comisiones Bilaterales con las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla (1995).

¹⁹ Según la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 33.2), si las partes optan por la negociación para resolver un conflicto el plazo para interponer el recurso ante el Tribunal Constitucional se prorroga 6 meses más respecto a los 3 inicialmente previstos. En términos de eficacia, los resultados varían entre las Comisiones Bilaterales. En general, puede afirmarse que estos instrumentos han servido para reducir el número de conflictos ante el Tribunal Constitucional.

mentos en el Estatuto obedece a una cuestión técnica. Los Estatutos de autonomía son un tipo de ley especial: se trata de leyes en cuyo proceso de elaboración intervienen las instituciones de la Comunidad Autónoma correspondiente y las instituciones del poder central. Los Estatutos de autonomía son leyes aprobadas por el Parlamento de la respectiva Comunidad Autónoma pero también leyes aprobadas en última instancia por el Parlamento del Estado (en ocasiones, pueden ser ratificados en último lugar mediante referéndum positivo de la población de esa CA). Por ello, un Estatuto de autonomía puede regular las relaciones de una Comunidad Autónoma con el poder central (por tanto, bilaterales), pero no instrumentos donde participan todas las CCAA. Más allá de ello, la regulación de la bilateralidad denota también un intento de incentivar la relación bilateral que ha sido reclamada desde los gobiernos de esta Comunidad ante los problemas y la insatisfacción que genera la relación en foros multilaterales. La previsión de una Comisión Bilateral en el Estatuto catalán se ha seguido en la mayoría de los nuevos Estatutos aprobados posteriormente y desde CCAA donde la reivindicación identitaria no es tan acusada o no existe²⁰.

En el Estatuto catalán, la bilateralidad se reconoce como uno de los principios que rigen la relación de la Comunidad con el poder central, junto con el de multilateralidad. La Comisión Bilateral constituye una concreción de dicho principio. Se regula de una forma muy extensa y se le atribuyen funciones en múltiples ámbitos de actuación²¹. La extensión de esa regulación contrasta con la parquedad con la que se regulan los instrumentos multilaterales. La Comisión Bilateral se ha impugnado ante el Tribunal Constitucional como un avance claro hacia un modelo confederal del Estado que introduciría un cambio radical e, incluso, una ruptura en el sistema territorial en España.

El Tribunal Constitucional ha declarado que el principio de bilateralidad y sus instrumentos pueden regularse en el Estatuto de autonomía. También ha declarado que la Comisión Bilateral entre Cataluña y el poder central (nombre oficial: *Comisión Bilateral Generalitat-Estado*) es constitucional, pero con unas matizaciones que indican prevención frente a la bilateralidad como vía para articular una posición singular de Cataluña.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional ha puesto especial empeño en recordar cuáles son los *sujetos* de esa relación bilateral: Cataluña como Comuni-

²⁰ Los Estatutos de la Comunidad Valenciana e Islas Baleares son los únicos que no prevén una Comisión Bilateral. El Estatuto de Andalucía sigue en términos casi idénticos la regulación catalana. RIDAURA MARTÍNEZ, M.J. «Comisiones Bilaterales de Cooperación y nuevos Estatutos de Autonomía», en GARCÍA ROCA, J. y ALBERT ROVIRA, E. (coords.), *Treinta años de Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 256-274.

²¹ La Comisión Bilateral puede deliberar, hacer propuestas y adoptar acuerdos sobre los siguientes ámbitos: proyectos de ley, programación de política económica, impulso de medidas para mejorar la cooperación, evaluación de los mismos, los conflictos de competencias y su resolución, seguimiento de la política europea, el seguimiento de la acción exterior y cualquier cuestión de interés común (art. 183).

dad Autónoma y el poder central, «esto es, entre dos elementos constitutivos del Estado español», en ningún caso Cataluña y el Estado español. Esta precisión viene motivada por la polisemia del término «Estado» en la lengua española. A diferencia de otros países, donde las palabras *Bund* o Federación designan al poder central, en España, no hay una expresión específica, de modo que el término *Estado* sirve para designar, tanto al poder central (o *Estado central*), como al Estado en su conjunto. En segundo término, la Comisión Bilateral es un instrumento de cooperación más de la Comunidad con el Estado, lo que implica negar su exclusividad como medio de relación. En tercer lugar, la Comisión Bilateral es un mecanismo de cooperación voluntaria que, al igual que el resto de los instrumentos cooperativos, no puede alterar la distribución competencial, ni puede condicionar ni limitar el ejercicio de las competencias de ambas instancias. De esta forma, el Alto Tribunal niega que la Comisión Bilateral pueda ser una instancia de codecisión²².

En la praxis cooperativa, no se constata que las nuevas Comisiones Bilaterales lleven a cabo actuaciones ni dinámicas distintas de las de las Comisiones Bilaterales previas y de aquellas otras Comisiones Bilaterales no estatutarias. Entre las nuevas Comisiones Bilaterales, las de Cataluña y Andalucía han sido las más activas en el periodo 2007-2011²³. Al igual que en su etapa anterior, estas nuevas Comisiones Bilaterales se ocupan básicamente de la negociación de traspasos pendientes del poder central a una Comunidad y de problemas específicos entre ambas partes. Las nuevas Comisiones Bilaterales prosiguen con la prevención de conflictos jurisdiccionales, pues mantienen esa función pacificadora. De este modo, de momento, las nuevas Comisiones Bilaterales no han comportado cambios en el panorama cooperativo ni institucional²⁴.

Las Comisiones Bilaterales son la manifestación más visible de la bilateralidad en el Estatuto catalán y en aquellos que lo han seguido. Sin embargo, la apuesta por la bilateralidad también se halla en los nuevos procedimientos de participación autonómica en decisiones estatales. Los nuevos Estatutos prevén dos tipos de participación: por un lado, la participación en la designación de

²² STC 31/2010, FFJJ 115, 116. Junto a la Comisión Bilateral de carácter general, el Estatuto catalán prevé dos Comisiones bilaterales específicas: la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales (art. 210) y una Comisión Bilateral sobre Inversiones en Infraestructuras (Disposición adicional tercera). El Tribunal Constitucional ha confirmado también su constitucionalidad.

²³ La Comisión Bilateral con Cataluña: 8 reuniones; la Comisión Bilateral con Andalucía: 7 reuniones; la Comisión con Aragón: 3 reuniones; la Comisión con Castilla y León (2 reuniones) (fuente: elaboración propia).

²⁴ GARCÍA MORALES, M.J. «Los nuevos Estatutos de Autonomía y las relaciones de colaboración. Un nuevo escenario, una nueva etapa?», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 19 [número monográfico], 2009, pp. 383-394. Información institucional sobre las Comisiones Bilaterales: http://www.mpt.gob.es/es/areas/politica_autonomica/coop_bilateral_CCAA/comisiones_bilaterales.html

miembros de instituciones estatales (entre ellos, el Tribunal Constitucional) y, por otro, la participación en el ejercicio de competencias del poder central. La primera debe desarrollarse mediante leyes del poder central, pero la segunda representa una nueva modalidad de cooperación.

La participación en el ejercicio de competencias del poder central expresa un interés especial de la Comunidad Autónoma en influir sobre la actividad del Gobierno central que afecta a su territorio. Esta tendencia se aprecia desde hace años y se formaliza con la aprobación de los nuevos Estatutos. Con ello se ha intentado suplir un déficit de participación de las CCAA en los procesos de toma de decisiones del poder central, pues éste no tenía ninguna obligación jurídica de oír a las Comunidades Autónomas en esos casos.

Esa participación se concreta bilateralmente a través de consultas a la Comunidad, la emisión por parte de ésta de informes preceptivos (no vinculantes) o la intervención en determinados casos de la Comisión Bilateral. En el Estatuto de Cataluña hay numerosos supuestos de participación de la Comunidad. A título de ejemplo, la Comunidad debe mostrar su voz si se proyectan actuaciones en materia de obras públicas, infraestructuras o transportes en su territorio. Sólo algunos nuevos Estatutos contienen supuestos de participación similares al catalán²⁵.

El Tribunal Constitucional ha declarado que las previsiones de participación constituyen una nueva forma de cooperación. No pueden alterar la titularidad de la competencia ni condicionar la decisión que corresponde adoptar al poder central. Por eso, esa participación no puede manifestarse en órganos de decisión, sino sólo «en órganos de consulta y asesoramiento»²⁶. De esta manera, el poder central debe oír a la Comunidad, pero no está vinculado a seguir la opinión expresada por aquella.

Las nuevas previsiones de participación en competencias del poder central pueden abrir asimetrías entre CCAA. Desde el punto de vista jurídico, dichas previsiones constituyen una facultad que sólo pueden reclamar aquellas CCAA que las han previsto en su Estatuto. Sin embargo, nada impide que una decisión política del poder central unilateralmente pueda generalizar a todas esa participación. En cualquier caso, con estas nuevas previsiones de participación autonómica se da un paso importante hacia la cooperación en el ejercicio de las competencias²⁷. Las facultades de participación de las CCAA en los procesos de toma de decisión del poder central no se han puesto en práctica todavía.

²⁵ En especial, el Estatuto de Andalucía y parcialmente el Estatuto de Aragón.

²⁶ STC 31/2010, FJ 111.

²⁷ CORRETTJA, M.; VINTR. J. y BERNAD., X., «Bilateralitat i multilateralitat. La participació de la Generalitat en polítiques i organismes estatals i la Comissi. Bilateral», en *Revista de Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 12, 2011, pp. 403-446; MONTILLA MARTOS, J.A., «Las relaciones de colaboración en el nuevo marco estatutario: bilateralidad y participación», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 151, 2011, pp. 184-195.

4. LA COOPERACIÓN HORIZONTAL: INDICIOS DE CAMBIO, ... ¿MÁS COOPERACIÓN ENTRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS?

4.1. El escaso desarrollo de la cooperación entre Comunidades Autónomas, ¿hasta los nuevos Estatutos?

Desde la aprobación de la Constitución española de 1978 y durante casi 30 años, la cooperación horizontal formalizada e institucionalizada en el Estado autonómico ha sido muy escasa. El indicador más claro de esa situación ha sido el número de convenios entre CCAA: desde 1985 hasta la aprobación de los primeros nuevos Estatutos constan oficialmente unos 20 convenios horizontales²⁸. Más allá del número de convenios, dicha cooperación se ha entablado normalmente entre CCAA vecinas para resolver problemas derivados de su relación de vecindad: en particular, la extinción de incendios o la asistencia sanitaria entre CCAA limítrofes. En ese periodo de tiempo no se ha suscrito nunca un convenio donde participen la mayoría de las Comunidades, lo que denota que durante casi 30 años de Estado autonómico las CCAA no han sabido encontrar ámbito de interés común para todas ellas.

Esa situación de la cooperación entre Comunidades Autónomas constituye no sólo una singularidad del Estado autonómico, sino una gran anomalía²⁹. La situación de la cooperación horizontal contrasta con el desarrollo y la institucionalización de la relación vertical. A diferencia de la cooperación con el poder central, no se han creado Conferencias horizontales, ni estructuras donde las CCAA hayan podido reunirse, discutir y pactar los productos de su cooperación sin el Estado central.

Como se indicó, la arquitectura constitucional y las dinámicas políticas han favorecido el desarrollo de la cooperación vertical. La relación con el poder central aporta a las CCAA más dinero, más competencias, influencia en Europa e, incluso, más prestigio que la cooperación con otras CCAA. Las Comunidades Autónomas no han percibido los beneficios de entablar relaciones horizontales fuertes. Además, el proceso de construcción del Estado autonómico no ha favorecido una cultura de la cooperación entre CCAA. Hasta 1992 hubo Comunidades Autónomas con volúmenes de competencias distintos. La forma de sentir el autogobierno ha sido también muy diversa entre unas CCAA que basan su autonomía política en una tradición histórica previa y otras Comunidades que, sin esa tradición histórica, han tenido una concepción de su auto-

²⁸ El número oficial de convenios entre CCAA se computa sobre convenios comunicados al Parlamento central: pueden consultarse en la página web del Senado: <http://www.senado.es>. Véase, también, GARCÍA MORALES, M.J. (anual), «Convenios de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas y entre Comunidades Autónomas», en TORNOS MAS, J. (dir.), *Informe Comunidades Autónomas*, Instituto de Derecho Público, Barcelona.

²⁹ GARCÍA MORALES, M.J. «La colaboración a examen. Retos y riesgos de las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 86, 2009, p. 116.

mía mucho más administrativa. Las CCAA han hecho defensa de intereses propios sobre todo frente al poder central a título individual sin buscar el acuerdo con otras CCAA.

En esa situación, ¿qué grado de culpabilidad tiene el Derecho? Como se vio, la Constitución española reguló los convenios entre CCAA. El artículo 145 CE prohíbe la federación entre CCAA. Una vez establecida dicha prohibición, prevé requisitos para la celebración de estos convenios con el fin de que mediante este instrumento no se vulnere esa prohibición. El artículo 145.2 CE diferencia entre dos tipos de pactos entre CCAA: los *convenios de colaboración* que deben comunicarse al Parlamento central y los *acuerdos de cooperación* que deben autorizarse por dicho Parlamento. Este artículo no ha sido nunca modificado desde 1978, aunque aparece en la «agenda» de aspectos que deberían reformarse en la Constitución española³⁰.

Con la redacción constitucional actual, resulta imposible saber qué es un convenio de colaboración y qué es un acuerdo de cooperación. La Constitución no los define, ni tampoco lo ha hecho el Tribunal Constitucional. Sin embargo, cada pacto debe seguir unos requisitos distintos para poder firmarse válidamente. En la praxis, la casi totalidad de los convenios horizontales son convenios de colaboración entre las CCAA³¹.

Los primeros Estatutos de finales de los años setenta y ochenta complicaron todavía más el régimen ya de por sí complejo de la Constitución española. Los primeros Estatutos previeron requisitos adicionales para suscribir un convenio entre CCAA: en particular, los parlamentos autonómicos debían intervenir en el proceso de suscripción de un convenio entre CCAA mediante su aprobación u autorización, algo que sólo se prevé para los convenios entre CCAA, no para los convenios entre la Comunidad y el poder central. Además, la mayoría de los primeros Estatutos de Autonomía han permitido que el Parlamento central pueda recalificar un texto que las CCAA han comunicado como convenio de colaboración (que sólo necesita comunicarse al Parlamento central) en acuerdo de cooperación (que necesita un mayor control de las instituciones centrales). No es exagerado afirmar que las CCAA que deseen suscribir convenios entre ellas deben pasar por un auténtico *via crucis* jurídico. En España, es más fácil suscribir un convenio vertical o, incluso, un convenio de cooperación transfronteriza (con Regiones de otro Estado) que un convenio entre CCAA.

Sin embargo, el Derecho no es el único responsable ni el más directo de esa situación. Hasta tiempos recientes, no ha habido más cooperación entre CCAA porque no ha existido voluntad política necesaria. El marco normativo de la cooperación horizontal no ha sido el óptimo, pero no puede identificarse como el

³⁰ RUBIO LLORENTE, F. y ÁLVAREZ JUNCO, J. (eds.), «Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos», en CEPC, Consejo de Estado. Madrid, 2006, pp. 163-165.

³¹ Sólo se ha suscrito un Acuerdo de cooperación: el llamado Acuerdo para el Arco del Mediterráneo firmado por Andalucía, Murcia, Islas Baleares y Comunidad Valenciana, en 1994.

causante del escaso desarrollo de la cooperación horizontal. Desde la entrada en vigor de los primeros nuevos Estatutos, a partir de 2006, el número de convenios entre CCAA comunicados al Senado a partir de esa fecha ha crecido de forma espectacular. Las cifras sobre el número de convenios comunicados al Senado son elocuentes: durante el periodo 1978-2005 constan unos 20 convenios horizontales, mientras que en periodo 2006-2011 se han registrado más de 40 convenios entre CCAA. ¿Son los nuevos Estatutos los causantes de ese importante cambio? ¿El Derecho tiene el poder de cambiar así la praxis cooperativa?

4.2. La apelación del Tribunal Constitucional a la cooperación horizontal vs el déficit de diseño jurídico

La primera cuestión que debe destacarse es que la cooperación horizontal no ha sido una prioridad en el momento de elaborar los nuevos Estatutos. La cooperación entre CCAA ha sido para la mayoría de los Estatutos de segunda generación un reto secundario.

El Estatuto catalán ha sido uno de los proclives a incluir apelaciones a la cooperación entre CCAA. Así, varios preceptos prevén la cooperación de Cataluña con otras CCAA en sectores tales como actuaciones de emergencia, espacios naturales o protección de la lengua catalana. Se trata de apelaciones a la cooperación sectorial con CCAA limítrofes. En concreto, la promoción de la lengua catalana, un hecho diferencial que comparte Cataluña con otras CCAA (en particular, con Islas Baleares), es uno de los campos de cooperación horizontal bilateral más fértiles en el Estado autonómico.

El Estatuto catalán también impulsa la cooperación entre todas o la mayoría de las CCAA. De una forma genérica, este texto prevé que Cataluña puede establecer relaciones de cooperación con otras CCAA para la fijación de políticas comunes, para el ejercicio eficaz de sus competencias y para tratar asuntos de interés común, especialmente cuanto tengan un alcance supraterritorial. Justamente, en casos de supraterritorialidad la cooperación entre CCAA aparece como recurso para evitar la intervención del poder central. Sólo alguno de los nuevos Estatutos ha incorporado también esta previsión³².

El Tribunal Constitucional ha confirmado su constitucionalidad. Estas previsiones estatutarias no son propiamente una novedad, pues recogen la jurisprudencia del propio Tribunal que en varias ocasiones ha señalado que la supraterritorialidad no puede ser una excusa para que el poder central se «apropie» de competencias autonómicas «sino que lo procedente constitucionalmente ha de ser la habilitación de mecanismos de cooperación entre las Comunidades afectadas sin alterar la competencia»³³. Esos pronunciamientos apelan a la

³² Art. 115 Estatuto catalán. El equivalente en el Estatuto andaluz: art. 43.

³³ STC 329/1993, FJ 3; STC 194/2004, FJ 8.

cooperación entre CCAA para evitar una recentralización, pero no han servido para activar esta cooperación salvo en casos muy concretos, como la creación de un consorcio entre 3 CCAA del norte de España para la gestión de un Parque Nacional.

Los nuevos Estatutos pretenden impulsar la cooperación bi- y multilateral entre CCAA. Recogen la jurisprudencia constitucional *pro* cooperación horizontal. Sin embargo, apenas hay reformas en el diseño jurídico de los convenios entre CCAA que son los productos que deben concretar el deseo de cooperar. Los mayoría de los nuevos Estatutos han vuelto a prever requisitos que no simplifican la firma de un convenio entre CCAA. De este modo, el proceso de reformas estatutarias ha sido una oportunidad perdida (incomprensiblemente) de agilizar la suscripción de un convenio entre CCAA en España. A diferencia de los instrumentos verticales, el marco normativo de los convenios horizontales en el Estatuto catalán no ha generado polémica. Se trata de uno de los pocos artículos que no ha sido objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional.

4.3. Los Encuentros entre Comunidades Autónomas, la Conferencia de Gobiernos autonómicos y la multilateralidad entre las Comunidades: la hora de la cooperación horizontal ¿ha llegado?

Los nuevos Estatutos introducen pocos cambios jurídicos en la cooperación horizontal. Sin embargo, su aprobación sí ha representado *de facto* el surgimiento de un clima de cooperación y la voluntad política para activarla. Como se ha indicado, en un periodo de 5 años (entre 2006-2011), el número de convenios entre CCAA ha sido tres veces superior al volumen de convenios horizontales suscritos en los 25 años anteriores (entre 1978-2005). El incremento de convenios entre CCAA se debe sobre todo a la aparición de los llamados Encuentros entre CCAA con nuevos Estatutos. Resulta curioso constatar cómo la cooperación entre Comunidades Autónomas que fue un reto secundario durante la elaboración de los nuevos Estatutos se ha convertido en una prioridad política una vez aprobados.

El proceso de descentralización en España empezó para satisfacer demandas políticas: dar respuesta a las aspiraciones de autogobierno de las CCAA históricas. Sin embargo, el Estado autonómico se legitima también por la eficacia. Hay ámbitos donde la ausencia de relación horizontal puede causar problemas a los ciudadanos. El caso más mediático han sido las licencias de caza y pesca: en España, un ciudadano que practica la caza debe solicitar una licencia para dicha actividad en cada Comunidad Autónoma donde desee practicar su *hobbie*. No hay un procedimiento de homologación de licencias entre las CCAA. La homologación de licencias de caza y pesca ha sido una de las primeras actuaciones que se han pretendido encarar en estos Encuentros. Las CCAA parecen haber encontrado ámbitos donde perciben las ventajas de colaborar entre ellas. Tras 30 años de Estado autonómico, las CCAA pueden

haber llegado a la madurez suficiente para poner en marcha la cooperación horizontal y sus instrumentos.

Los Encuentros entre Comunidades Autónomas para el desarrollo de los nuevos Estatutos se iniciaron en 2008, a instancias del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón. Reunieron a las 6 primeras CCAA con nuevos Estatutos³⁴. Debe destacarse que se trataba de CCAA gobernadas por partidos de distinto signo político (PP, PSOE y gobiernos de coalición con partidos nacionalistas). En dichos foros se han reunido normalmente Consejeros de los Departamentos de Presidencia o Vicepresidentes autonómicos. A los Encuentros entre CCAA no han acudido los Presidentes autonómicos. Estos Encuentros han sido la primera estructura de cooperación horizontal multilateral estable en el Estado autonómico.

Entre 2008-2010, se han celebrado 8 Encuentros entre CCAA y la frecuencia de sus reuniones ha sido constante (al menos, dos por año). Además, el número de miembros de gobiernos autonómicos que han acudido a los mismos no ha cesado de crecer, hasta el punto de que casi todas las CCAA (con o sin nuevo Estatuto) han formado parte de estos Encuentros.

Por el momento, los Encuentros entre CCAA han desarrollado dos direcciones. Por un lado, hay una línea más política. En el seno de este grupo se ha desarrollado un sistema de «alerta rápida» para detectar la existencia de proyectos normativos del poder central que pueden invadir competencias de las CCAA. Asimismo, esos Encuentros han servido para pactar declaraciones conjuntas que expresan un punto de vista o formulan una petición al Gobierno central y tienen un valor político. Por otro lado, en este foro las CCAA han conseguido identificar ámbitos de actuación conjunta en aras de incrementar la eficacia y en beneficio del ciudadano. Como resultado de ello, se han pactado múltiples convenios horizontales, que son el producto de los Encuentros entre CCAA con más eco en los medios de comunicación.³⁵

Estos Encuentros no sólo son el principal «productor» de convenios de los últimos años. Los Encuentros han cambiado también la calidad de las relaciones horizontales en España. Hasta su creación, la cooperación entre Comunidades era escasa y poco formalizada y normalmente bilateral entre CCAA vecinas. Con los Encuentros, aparece también en España la cooperación multilateral entre Comunidades Autónomas. Debe recordarse que los Encuentros se iniciaron con un grupo reducido de CCAA (las 6 primeras que aprobaron nuevos Estatutos). Su número de participantes se ha ido ampliando, hasta el punto de reunir a la mayoría de CCAA. Por tanto, si esta cooperación se confirma es posible que pueda haber convenios firmados por todas las CCAA.

La aparición de la multilateralidad horizontal es importantísima en el Estado autonómico. Hasta este momento, las CCAA no habían sabido identificar ámbi-

³⁴ Comunidad Valenciana, Cataluña, Islas Baleares, Andalucía, Aragón y Castilla y León.

³⁵ Las CCAA han creado una página web para dar visibilidad al trabajo de estos Encuentros: <http://www.comunidadesautonomas.org>

tos de actuación entre ellas, ni formalizar la cooperación para ello. Los convenios entre CCAA fruto de dichos Encuentros abordan ámbitos «domésticos» centrados en el reconocimiento de licencias y títulos o en la asistencia recíproca (p. ej., homologación de licencias de caza y pesca, asistencia a mujeres maltratadas, homologación de productos sanitarios). En España, los convenios entre CCAA no son normas jurídicas. Los convenios no crean derechos en favor de terceros directamente, pues, como indicado, no son una fuente del Derecho en España. Estos convenios contienen compromisos de intercambio de información, coordinación de criterios, reglas sobre distribución de costes financieros y algunas veces contienen compromisos de modificar las leyes de cada Comunidad en el sentido pactado. La armonización de las legislaciones de los entes territoriales directamente en virtud de un convenio horizontal no existe en el Estado autonómico.

Frente al desarrollo de esa incipiente cooperación horizontal multilateral que se produce en asuntos «domésticos», los instrumentos formales de cooperación entre CCAA se hallan todavía poco «europeizados», como se verá más adelante.

En diciembre de 2011, los participantes en los Encuentros entre CCAA han decidido proseguir su actividad pero con el formato de una Conferencia de Gobiernos autonómicos³⁶. Su primera reunión ha sido en marzo de 2011. Conviene destacar que a la Conferencia no acuden los Presidentes autonómicos. Reúne normalmente a Consejeros de los Departamentos de Presidencia o Vicepresidentes autonómicos. Todas las CCAA, salvo el País Vasco, han participado en la primera reunión. Es importante señalar que esta Conferencia es todavía sólo un proyecto político. La cooperación horizontal no es fácil en España. Las relaciones horizontales precisan de un aprendizaje entre las propias CCAA. Este tipo de estructuras necesitan voluntad política firme y un tiempo para consolidarse que sólo el futuro puede confirmar.

5. LA COOPERACIÓN INTERNA EN ASUNTOS EUROPEOS: MÁS COOPERACIÓN VERTICAL Y ¿MÁS COOPERACIÓN HORIZONTAL?

5.1. La aparición de la dimensión europea de la cooperación interna en los nuevos Estatutos

La Unión Europea constituye uno de los factores que más ha impulsado la cooperación en todos los Estados políticamente descentralizados, en particular, en su dimensión vertical. El poder central representa la posición del Estado en las instituciones de la Unión Europea en Bruselas y es responsable por incumplimiento de las obligaciones del Derecho europeo.

³⁶ DE PEDRO BONET, X., «La Conferencia de Gobiernos de las Comunidades Autónomas», en TORNOS MAS, J. (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público. Barcelona, 2011, pp. 94-113.

España se integró en 1986 en las Comunidades Europeas. La Constitución española de 1978 no previó el procedimiento de participación de las CCAA en asuntos europeos. A diferencia de lo que ha sucedido en otros países, la integración europea no ha provocado una reforma constitucional para regular la participación de las CCAA en el proceso de integración. Dicho proceso se ha pactado entre el poder central y las CCAA en el seno de una Conferencia *ad hoc*, la Conferencia de Asuntos Relacionados con la Unión Europea, creada en 1988 y regulada por ley en 1997³⁷. Esta Conferencia está formada por el Ministro de Administraciones Públicas (por parte del poder central), que la preside, y por los Consejeros competente en materia de asuntos europeos (por parte de las CCAA).

Los instrumentos a través de los cuales se ha formalizado el procedimiento de participación de las Comunidades Autónomas en asuntos europeos han sido sucesivos acuerdos políticos entre el poder central y las CCAA.

Por lo que respecta la participación de las CCAA en la formación de la posición que el poder central defiende en Bruselas, en el seno de la Conferencia para Asuntos relacionados con la Unión Europea se aprobó en 1994 el Acuerdo de Participación interna de las CCAA en asuntos europeos a través de las Conferencias Sectoriales. Debe recordarse que las Conferencias Sectoriales en España son verticales. Como se ha visto, no existen Conferencias Sectoriales horizontales, ni una Conferencia de Presidentes autonómicos. Junto a las Conferencias Sectoriales, existe la posibilidad de crear Comisiones Bilaterales entre el poder central y una Comunidad Autónoma en asuntos europeos para tratar temas de interés exclusivo de esa Comunidad.

En 2004, de nuevo en el seno de la Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea se aprobaron los Acuerdos que han permitido la participación directa de las CCAA en algunas formaciones del Consejo de Ministros de la Unión³⁸. Las Conferencias Sectoriales deben designar un representante autonómico que se integra en la delegación española ante el Consejo de Ministros. La participación de las Comunidades Autónomas en delegaciones estatales en el Consejo representa gran paso adelante. Tienen un importante valor simbólico porque se trata de una puerta cerrada durante mucho tiempo a las Comunidades Autónomas.

A partir de 2006, los Estatutos de Autonomía prevén cláusulas europeas que recogen la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre participación de las CCAA en asuntos europeos y el contenido de los Acuerdos políticos de la Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea, pero ahora ya en una norma jurídica. Los nuevos Estatutos regulan tanto la participación proceso de decisión interno, la participación directa a de las CCAA en las ins-

³⁷ Ley del poder central 4/1997, de 13 de marzo, por la que se crea la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas.

³⁸ Sobre la participación directa, puede consultarse la página web del Ministerio de Política Territorial (CCAA y Unión Europea): http://www.mpt.gob.es/es/areas/politica_autonomica/coop_multilateral_ccaa_ue/ccaa_y_ue.html

tituciones europeas, y la fase de implementación del Derecho europeo. La peculiaridad y el problema radica en que los Estatutos sólo pueden regular la participación de una Comunidad en asuntos europeos (son normas de eficacia territorial limitada), mientras que el modelo de participación de las CCAA es un procedimiento multilateral que debe regularse en la Constitución o en una ley del poder central que todavía no existe.

5.2. La participación autonómica en los procesos de decisión: de nuevo, la aparición bilateralidad-multilateralidad

El aspecto más controvertido del Estatuto catalán de 2006 ha sido la participación de Cataluña en formación de las posiciones del Estado español ante las instituciones de Bruselas. En particular, dos aspectos han sido especialmente polémicos. Por un lado, las modalidades de participación de la Comunidad Autónoma: bilateral, en los asuntos europeos que le afecten exclusivamente, y multilateral en el resto de supuestos. Por otro lado, se prevén el carácter y los efectos de esa participación. La posición de Cataluña es «determinante» para la formación de la posición estatal si la propuesta afecta a competencias exclusivas, o bien se pueden derivar consecuencias financieras o administrativas de especial trascendencia para Cataluña. Si el Gobierno del Estado se aparta de la posición expresada por la Comunidad, deberá motivarlo ante la Comisión Bilateral. Esa opción se ha recogido en otros nuevos Estatutos³⁹.

El tándem bilateralidad-multilateralidad, un rasgo característico de las relaciones de cooperación españolas, aparece también en las relaciones entre el poder central y las CCAA en materia europea. La vía bilateral apela de nuevo a la defensa de intereses propios. Y la Unión Europea constituye uno de los estímulos más importantes para promover la cooperación multilateral en España⁴⁰. La dialéctica entre la búsqueda de la participación con todos y la defensa de intereses regionales constituye un rasgo característico del sistema de participación autonómico.

El Tribunal Constitucional ha confirmado la constitucionalidad con matices de las modalidades de participación de Cataluña en asuntos europeos, así como sus efectos. Según el Tribunal, el Estatuto catalán acota la bilateralidad a situaciones singulares y no excluye la multilateralidad. El Tribunal Constitucional ha confirmado también la constitucionalidad del carácter «determinante» de la

³⁹ Art. 186 y disposición adicional 2 del Estatuto catalán. En términos casi idénticos, el Estatuto andaluz (art. 231).

⁴⁰ PÉREZ MEDINA, J.M., «Las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas desde la perspectiva de la Administración General del Estado», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 19 [número monográfico], 2009, pp. 353-354. BÖRZEL, T.A., «From Competitive Regionalism to Cooperative Federalism: The Europeization of the Spanish State of the Autonomies», en *Publius*, n.º 30,2, 2000, pp. 17-42.

posición expresada por Cataluña en los supuestos indicados, pero matiza que dicha posición no significa «vinculante». Asimismo, el deber de motivación ante la Comisión Bilateral sólo constituye «un mecanismo de colaboración en los supuestos en que resulten especialmente afectados los intereses de la Comunidad Autónoma». En ningún caso el poder central queda vinculado por la opinión de la Comunidad⁴¹.

En la praxis, la participación de las CCAA en la formación de las posiciones del Estado español ante la Unión Europea se realiza a través de las Conferencias Sectoriales, un mecanismo de cooperación intergubernamental, multilateral, sectorial y vertical. El modelo de participación pivota sobre un instrumento que presenta algunos problemas de funcionamiento práctico. Las Conferencias Sectoriales no son verdaderas instancias de participación de las CCAA ni asuntos estatales, ni en asuntos europeos. El poder central informa a las CCAA voluntariamente sobre proyectos europeos. Al no existir estructuras formales de concertación horizontal entre CCAA, el poder central se reúne con 17 CCAA cada una con sus intereses. La presencia del poder central con ese formato impide que las Conferencias Sectoriales sean el foro adecuado en España discutir una posición común de las CCAA —que sólo a ellas corresponde decidir— que pueda trasladarse posteriormente al poder central.

Respecto a las Comisiones Bilaterales en asuntos europeos, la experiencia demuestra que han tenido un escaso papel. En el Estado autonómico han existido tres Comisiones Bilaterales *ad hoc* en materia de asuntos europeos (con el País Vasco en 1995, con Cataluña en 1998 y con Canarias en 2001)⁴². En la práctica, estas estructuras han tenido poca actividad. En muchas ocasiones, en estos foros se han tratado, más que temas propios de una Comunidad, temas generales sobre los que una Comunidad Autónoma tenía interés. Con los nuevos Estatutos, las nuevas Comisiones Bilaterales han asumido también las funciones seguimiento de la política europea para garantizar la efectividad de la participación de la Comunidad. Por el momento, la actividad de las nuevas Comisiones Bilaterales en temas europeos no es significativa.

5.3. Y la Unión Europea como factor de desarrollo de la cooperación horizontal

El desarrollo y aplicación del Derecho europeo corresponde a las CCAA en aquellos casos donde tienen competencias. Así lo ha declarado el Tribunal

⁴¹ STC 31/2010, FJ 210.

⁴² ROIG MOLÉS, E., «Asimetría y participación autonómica en la formación de la voluntad española en asuntos de la UE: ¿participación a dos velocidades?», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 55, 1999, pp. 203-207. CORDAL RODRIGUEZ, C., *Regiones, Länder y Comunidades Autónomas en la Unión Europea*, Torculo Ed. Santiago, 2010, pp. 293-301.

Constitucional. Y así lo han recogido la mayoría de los nuevos Estatutos. En la práctica, la implementación de la mayoría de las normas europeas se realiza por el poder central en virtud de sus llamadas competencias horizontales (p. ej. ordenación general de la economía).

El Estatuto catalán ha sido el único que ha previsto el recurso a la cooperación multilateral entre CCAA para la ejecución del Derecho europeo. En el caso de que la ejecución corresponda a las CCAA y requiera medidas de carácter supraterritorial, deberá intentarse la concertación horizontal «mediante mecanismos de coordinación o de colaboración⁴³». Esta previsión recoge la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya comentada, según la cual el poder central no puede apropiarse de las competencias autonómicas por el sólo hecho de que una actuación afecte a varias CCAA.

La ejecución de Derecho europeo a través de mecanismos de cooperación entre Comunidades Autónomas podría ser una alternativa a la regulación unilateral del poder central. Sin embargo, en la praxis, dicha opción no es todavía alternativa viable en España. Es precisa una mayor consolidación de la cooperación horizontal multilateral para poder plantear en el Estado autonómico una transposición de Directivas mediante la cooperación entre CCAA⁴⁴.

Antes de los nuevos Estatutos, el proceso de integración ha impulsado un importante desarrollo de la cooperación entre CCAA. Desde 2004, las CCAA tienen representación directa en las instituciones de Bruselas. El sistema de representación autonómica se lleva a cabo mediante la incorporación a la Delegación española de un miembro, con rango de Consejero, o miembro de un Consejo de un Gobierno autonómico, que representa a todas las Comunidades en los asuntos que afectan a sus competencias. Las Conferencias Sectoriales entre el poder central y las CCAA deben designar un representante autonómico que forma parte de la delegación española ante el Consejo de Ministros. Ello está generando un movimiento de cooperación entre Comunidades Autónomas para designar el representante autonómico.

Asimismo, la participación de las Comunidades Autónomas a través de sus Oficinas en Bruselas es estratégica y ha generado mucha cooperación informal entre Comunidades. En las Oficinas, las CCAA tienen una proximidad física mucho mayor, trabajan coordinadamente bastante bien y han propiciado reuniones que luego se han producido en España para concertar posiciones de cara al Consejo de Ministros de la Unión. En esa misma línea, hay que destacar la cooperación entre CCAA en el Comité de las Regiones. En España, no ha sido posible una reunión de Presidentes de las CCAA (por el momento). Sin embargo, esas reuniones informales son posibles en el Comité

⁴³ Art. 189 del Estatuto catalán.

⁴⁴ GARCÍA MORALES, M.J., «La prevención del incumplimiento del Derecho europeo en el Estado autonómico: instrumentos, posibilidades y límites», en BIGLINO CAMPOS, P. y DELGADO DEL RINCÓN, L. (dirs.), *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico, Prevención y responsabilidad*, CEPC, Madrid, 2011, pp. 42-45.

porque los Presidentes autonómicos forman parte de la Delegación española en el Comité.

La colaboración entre CCAA en los proyectos de cooperación transfronteriza con Regiones vecinas de otros Estados es un interesante fenómeno. Apenas existe cooperación entre CCAA institucionalizada dentro de España. Pero las CCAA sí se encuentran y cooperan entre ellas de forma estable con otras Regiones europeas a través de los programas y de los instrumentos de cooperación transfronteriza. Es el caso de la Euroregión Midi-Pirineos donde Cataluña, Aragón e Islas Baleares se relacionan de una forma permanente. Asimismo, en septiembre de 2010, se oficializó la creación de la Macrorregión «Regiones del Sudoeste Europeo» formada por Castilla y León, Galicia y el Norte de Portugal del Suroeste de Europa, la primera Macrorregión que se constituye en la Península ibérica. Se trata de un instrumento de cooperación con un doble perfil, interautonómica y transfronteriza, que constituye una apuesta por la creación de espacios competitivos que superan las fronteras⁴⁵. La mayor parte de los nuevos Estatutos contemplan la cooperación transfronteriza un tipo de relación que da prestigio a las CCAA y es más fácil de formalizar jurídicamente que la colaboración horizontal.

6. PERSPECTIVAS DE FUTURO: UN NUEVO MARCO LEGAL, UNA SENTENCIA HISTÓRICA..., Y *WHAT NEXT?*

Los nuevos Estatutos y el Tribunal Constitucional han propuesto unas reglas de juego jurídicas para las relaciones de cooperación en España. En 2006, se ha producido una reforma de los Estatutos de Autonomía que abordan estas relaciones. La sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto catalán de 2010 es una sentencia histórica, pues examina no sólo un Estatuto, sino una propuesta de revisión del Estado autonómico. Dicha sentencia confirma la constitucionalidad de su regulación de las relaciones de cooperación con unos efectos jurídicos y políticos que van más allá de la norma catalana. Las pretendidas novedades en materia de cooperación son obra de los Estatutos de segunda generación, no de la sentencia del Tribunal Constitucional. Esas novedades son escasas, se detectan sobre todo en la dimensión vertical de la cooperación y básicamente son el refuerzo de la bilateralidad a través de la Comisión Bilateral y las nuevas facultades de participación autonómicas.

Ese nuevo escenario legal ha generado expectativas de cambio para la cooperación en España. Sin embargo, el Derecho tiene un papel modesto. La experiencia demuestra que la regulación jurídica de los instrumentos de cooperación en el Estado autonómico no garantiza ni cambios ni su efectividad. La

⁴⁵ BENZ, A., «Inter-Regional Competition in Co-operative Federalism: New Modes of Multi-level Governance in Germany», en *Regional & Federal Studies*, nº 4, 2007, pp. 421-436.

responsabilidad del cambio recae sobre los Señores de las relaciones intergubernamentales, gobiernos y altos funcionarios. En este momento, la cooperación en el Estado autonómico se encuentra en una encrucijada: hay diferentes opciones que pueden llevar a diversos resultados según el camino que se elija.

Por lo que respecta a la dimensión vertical, los nuevos Estatutos no regulan la cooperación multilateral. Su marco normativo está en una ley del poder central que otorga al poder central un importante poder director de los instrumentos multilaterales que ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional, pero también consentido y pedido por las CCAA. Por lo que respecta a los instrumentos concretos, la Conferencia de Presidentes es actualmente un instrumento de futuro incierto. El 20 de noviembre de 2011 ha habido elecciones generales con triunfo del Partido Popular. El futuro Presidente del Gobierno junto con los Presidentes de las CCAA deberá decidir el destino de este instrumento.

La mayor parte de países descentralizados de nuestro entorno cuenta con una Conferencia de Presidentes que trabaja estrechamente con las Conferencias Sectoriales. Por ello, una de las singularidades de la cooperación en España es la existencia de Conferencias Sectoriales sin un órgano de cooperación al más alto nivel. Las Conferencias Sectoriales son los instrumentos de cooperación más consolidados en el Estado autonómico. Sin embargo, en muchos casos, las CCAA acuden por deferencia institucional y sin pleno convencimiento de su utilidad, pues son plataformas del poder central expone sus proyectos o reparte dinero a las CCAA. Su reto convertirse en auténticos instrumentos de participación de las CCAA políticas estatales.

La gran pregunta que se formula con el nuevo escenario legal es si habrá un refuerzo de la bilateralidad en las relaciones intergubernamentales españolas. Por el momento, la regulación de las Comisiones Bilaterales en los nuevos Estatutos no ha propiciado actuaciones ni dinámicas distintas de las Comisiones Bilaterales no estatutarias. La experiencia previa indica que las Comisiones Bilaterales no han sido un instrumento en el Estado autonómico que haya suplantado a la multilateralidad. Al contrario, muchas Comisiones Bilaterales han sido unas estructuras formales que raramente se reúnen. Y aquellas que se reúnen han desempeñado un papel complementario y secundario respecto a los instrumentos multilaterales. La experiencia previa demuestra también que no es fácil encontrar temas para tratar exclusivamente de forma bilateral en dichas Comisiones. En muchos casos, se plantean demandas bilaterales que son susceptibles de ser tratadas en foros multilaterales con todas las Comunidades Autónomas.

Las Comisiones Bilaterales y los acuerdos adoptados en ellas no permiten descartar la apertura de asimetrías entre CCAA. Esa posibilidad se ve contrastada por la tendencia a la emulación en el Estado autonómico, una emulación entre Comunidades que se produce en la creación del instrumento, en su regulación en el Estatuto e, incluso, en las dinámicas de cada Comisión: todas las CCAA tienen una Comisión Bilateral con el poder central, el Estatuto catalán de 2006 prevé una Comisión Bilateral con el poder central que se ha im-

portado a otros nuevos Estatutos; y las Comisiones Bilaterales tienen una actividad práctica similar. La regulación de las Comisiones Bilaterales en un Estatuto de Autonomía les ha dado mayor visibilidad pero no garantiza su éxito. Las nuevas Comisiones Bilaterales pueden correr el riesgo de convertirse, como en su etapa anterior, en una mera estructura formal más bien simbólica.

En materia de cooperación horizontal, los nuevos Estatutos de Autonomía representan una gran paradoja. Por un lado, pretenden impulsar la cooperación entre Comunidades Autónomas, pero el diseño jurídico de los instrumentos horizontales (singularmente, los convenios entre CCAA) en los nuevos Estatutos casi no se ha modificado y reproduce problemas del pasado. Los nuevos Estatutos han introducido pocos cambios jurídicos, pero han generado una voluntad política que ha situado a la cooperación multilateral entre las CCAA en la agenda de los gobiernos autonómicos. Por el momento, hay indicios de cambio que sólo el tiempo puede confirmar si han sido un intento de cambiar las cosas o un cambio real muy significativo en las relaciones de cooperación.

Los cambios más notables en las relaciones intergubernamentales españolas pueden venir de la mano de un impulso claro y sostenido en el tiempo de la cooperación horizontal. La ausencia en España de una cooperación horizontal sólida fortalece al poder central y permite que el poder central lidere claramente la cooperación en España. Para ello es necesario la creación y consolidación de órganos de cooperación que den estabilidad e institucionalicen este tipo de relación entre las CCAA. La experiencia de otros países del entorno europeo, muestran que las relaciones horizontales pueden servir para incrementar la eficacia en el Estado autonómico, evitar la recentralización de competencias y lograr una participación efectiva de las CCAA en políticas estatales y de la Unión Europea. Justamente, la Unión Europea ha sido y previsiblemente continuará siendo un importante estímulo para el desarrollo de la cooperación multilateral entre CCAA y también entre éstas y el poder central.

En estas páginas he analizado el rol del Derecho, en concreto, el rol de los nuevos Estatutos y del Tribunal Constitucional, en la configuración de la cooperación en España. Obviamente, las relaciones intergubernamentales son mucho más que instrumentos formales con una determinada regulación jurídica. La cooperación informal en España existe y puede ser tan importante como la formal. El proceso de reformas estatutarias ha finalizado de momento en un contexto político y económico completamente distinto del que se inició. En 2011, se han celebrado elecciones autonómicas en la mayoría de las CCAA y elecciones generales con victorias del Partido Popular. Asimismo, la crisis económica global iniciada hace tres años ha resultado especialmente dura en España. Está por ver el impacto de esa congruencia política casi total entre el gobierno del poder central y los gobiernos de las CCAA, así como el impacto de una crisis económica internacional en las relaciones cooperativas domésticas. Seguramente, la política y la economía van a ser fundamentales para hablar en los próximos años de continuidad o cambios en la cooperación en el Estado autonómico.

Relaciones intergubernamentales en el sistema federal español: en búsqueda de un modelo

César Colino Cámara
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

SUMARIO: 1. Introducción: ¿es España tan diferente? 2. El estudio académico de las instituciones y prácticas de RIG en España. 3. Un diagnóstico en perspectiva comparada. Las RIG en España: ¿un modelo peculiar o un modelo en elaboración? 4. Desarrollos y tendencias recientes. ¿Hacia una convergencia con otras federaciones? 5. Conclusión: una evaluación interina y una agenda para la investigación. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN: ¿ES ESPAÑA TAN DIFERENTE?

Al hacer balance de la versión española del federalismo, el «Estado autonómico», parece de la máxima importancia abordar no sólo la distribución de poderes y recursos o su diversidad, sino también su compleja maquinaria de gobierno y su funcionamiento en el día a día, sus relaciones intergubernamentales (en adelante, RIG) y el modo en que sus fuerzas y debilidades han ido evolucionando y se han tratado tanto por la ciencia política como por la administración pública y el Derecho público. El estudio académico de las RIG puede servir ante todo para identificar patrones de funcionamiento y su evolución, y por lo tanto señalar los posibles problemas y patologías. Solo entonces las soluciones de diseño institucional pueden tener una posibilidad de éxito. Esto, a su vez, solo puede hacerse comparando el sistema español con otros similares, es decir, entendiendo su evolución y funcionamiento históricos en perspectiva comparada.

En consecuencia, este capítulo busca establecer que características de las RIG españolas reflejan en realidad las características peculiares y/o patológicas y cuales son características habituales en otras federaciones. En términos generales, el argumento principal de este capítulo es que las relaciones intergubernamentales en el Estado «autonómico» no son tan diferentes de las de otros sistemas tal y como es frecuentemente afirmado. Las RIG españolas han tenido

durante muchos años mucha peor reputación de la que merecerían si se las examina y compara empíricamente con aquellas en otros distintos países con estructuras territoriales similares a España. Esto no significa que las RIG en España sean perfectas o no sufran de diversos problemas. Mi punto es, y ciertamente el planteamiento será controvertido, que por razones varias de diversa naturaleza, la sabiduría convencional en torno a las RIG españolas en el Derecho público y en mucha de la literatura de Ciencia Política ha dejado poco a poco de ser válida y debería en su mayor parte ser reconsiderada.

En general, estas razones tienen que ver tanto con la falta hasta ahora de estudios sistemáticos, empíricos y específicos sobre el sector de las RIG como con la elección inadecuada de los modelos o puntos de referencia para evaluar nuestras RIG, por ejemplo mediante una fijación casi exclusiva de los expertos en RIG españoles en las federaciones europeas centrales. Por estas razones y también determinado por los diferentes modelos normativos o ideológicos propugnados por los expertos sobre el modelo territorial deseable, los trabajos existentes sobre las RIG en España han tenido una tendencia demasiado pesimista tendiendo a enfatizar los aspectos negativos frente a los positivos. Esta inclinación pesimista, ya sea respondiendo a una falta de conocimiento comparado o a preferencias ideológicas contra el modelo, ha generado a veces una serie de estereotipos que se han transmitido a través de las citas académicas tanto dentro de España como en la literatura internacional. Si estos estereotipos han podido tener algún fundamento en la realidad en los comienzos del modelo territorial español en los ochenta, desde hace varios años ya no resultan consistentes con el funcionamiento diario y sus desarrollos.

Debido a esto, la disposición reciente de nuevas investigaciones y de un creciente conocimiento de otros modelos, debería conducirnos a reconsiderar estos estereotipos. Está claro, de todas maneras, que no podemos evitar que circulen algunos de ellos en la lucha ideológica contra nuestro modelo territorial, pero al menos este capítulo busca contribuir modestamente a este replanteamiento y al debate, haciendo balance al mismo tiempo de lo que ya sabemos sobre las RIG en España y sus similitudes con otros países.

2. EL ESTUDIO ACADÉMICO DE LAS INSTITUCIONES Y PRÁCTICAS DE RIG EN ESPAÑA

Aunque podría ser problemático intentar presentar aquí una visión general exhaustiva de toda la literatura elaborada sobre el sistema de RIG español en los últimos treinta años, uno puede intentar identificar algunas de las áreas principales de discusión que han preocupado a los juristas, economistas y expertos de las ciencias políticas en las pasadas tres décadas. Podrían singularizarse cinco temas principales que han sido tradicionalmente objeto de debate y cinco asuntos y programas de investigación que están surgiendo y que aún han de desarrollarse por completo.

Si observamos el primero, la mayoría de los estudios y debates han girado en torno a:

- Las peculiaridades históricas y políticas de las RIG, en especial sus debilidades y dificultades para institucionalizarse en un contexto de desarrollo asimétrico y conflictivo a pesar de algunos intentos por parte del Gobierno central de importar ciertas características de otros modelos establecidos.
- El análisis del marco constitucional y legal y la institucionalización formal de principios, órganos e instrumentos de las RIG verticales. Más recientemente, las reformas de varios estatutos de autonomía regionales y su inclusión y formalización de ciertos mecanismos existentes han llevado al estudio de nuevas formas de colaboración y participación.
- Los mecanismos de cooperación horizontal entre los gobiernos regionales y sus defectos. Algunos estudios han abordado la desconfianza constitucional, el pobre diseño de los instrumentos y las dificultades prácticas de los actores intergubernamentales para emprender cooperación horizontal, las explicaciones a esta debilidad y la necesidad de mejorar los instrumentos y mecanismos horizontales.
- Los aspectos intergubernamentales verticales y horizontales de la coordinación financiera y fiscal y presupuestaria. Se ha debatido sobre los defectos del sistema de financiación y los «límites» a la solidaridad y la equiparación financiera. Algunos expertos en ciencias políticas y economistas han tratado de explicar la inestabilidad del sistema de financiación, los condicionantes políticos de las relaciones fiscales intergubernamentales (Gordin, 2004; Leon, 2005, 2006, 2007).
- Las consecuencias de la participación en la UE, la europeización de las RIG y la participación de las comunidades autónomas en el proceso decisorio de la UE.

Además de estas cinco áreas, uno podría mencionar cinco nuevos temas o áreas de investigación que, a pesar de haber estado tradicionalmente presentes en el debate público, se han comenzado a desarrollar solo recientemente debido a la incorporación creciente de nuevas disciplinas al estudio de las RIG, tales como las ciencias políticas y la administración pública, o al impacto de la doctrina extranjera interesada en el sistema español de RIG. Estas son:

- El papel de los partidos políticos y sus organizaciones descentralizadas en las RIG.
- El estudio de diferencias sectoriales en el grado de éxito de la cooperación intergubernamental.
- El nuevo papel del Gobierno central tras la consolidación de un modelo sumamente descentralizado.
- Las implicaciones de política pública de las relaciones intergubernamentales existentes.

- Las comparaciones con otros países y la evaluación de la relevancia de las experiencias foráneas y de las mejores prácticas.

Finalmente, se podría mencionar una serie de nuevos campos de investigación a explorar en el caso español que de momento no han sido abordados por la política territorial o las instituciones académicas. Algunos de ellos podrían basarse, o replicar, algunos estudios que han sido elaborados en otros países federales parlamentarios como Canadá, Australia o Alemania. Estos son, por ejemplo, el desarrollo, la configuración y la influencia real de nuevas unidades de gestión intergubernamentales a ambos niveles de gobierno, la concentración de actividad intergubernamental en manos de los primeros ministros regionales, el papel de los parlamentos como foros de las RIG y el control de los ejecutivos, el papel de las Comisión Legislativa Permanente para las Comunidades Autónomas del Senado, o estudios sectoriales específicos, centrados en entender los mecanismos y consecuencias de la cooperación en sectores tales como sanidad, educación, investigación e innovación, ayudas a la dependencia, medio ambiente, etc.

3. UN DIAGNÓSTICO EN PERSPECTIVA COMPARADA. LAS RIG EN ESPAÑA: ¿UN MODELO PECULIAR O UN MODELO EN ELABORACIÓN?

Este apartado trata de presentar y discutir brevemente algunos de los caracteres definitorios de las RIG españolas que son comparables a aquellos de las federaciones parlamentarias similares y aquellos que parecen ser caracteres únicos determinados por el modo en que surgieron y su fundamento sociopolítico. Esto se hace al contrastar el diagnóstico tradicional del sistema sobre varios aspectos con los más recientes hallazgos empíricos. Hablando en sentido amplio, en términos simplificados, el sistema de relaciones intergubernamentales español, determinado por su historia y por sus específicas disposiciones constitucionales podría caracterizarse en general por doce características clave que también se encuentran en mayor o menor medida en otros sistemas similares (véase Meekison, 2001; Stein y Turkewitsch, 2009). Sin embargo, estos doce caracteres son presentados rutinariamente en la doctrina española o en el discurso político como deficiencias o patologías de nuestro sistema. Obviamente, esto significa que son sólo peculiares o patológicas si las comparamos con un modelo ideal no existente, pero no cuando las comparamos con la norma en otros sistemas federales.

Muchos diagnósticos tradicionales sobre las RIG españolas han sido casi siempre marcados con un sentido de deficiencia o imperfección, y a menudo asociados con una presunción de no poder ser comparables con otros sistemas, debido en parte a la dificultad de identificar el modelo que estaba surgiendo en España en términos comparativos. Sin embargo, con la consolidación del

sistema durante los años noventa, el modelo alcanzó caracteres reconocibles presentes en otros países federales lo cual cuestionaba cada vez más la noción de la radical singularidad e imposibilidad de ser comparado de las RIG españolas. Esto dio lugar a la impresión de que más que un sistema singular, era un sistema que iba atravesando previamente diversas fases también típicas de otros sistemas federales. Indudablemente, su origen y evolución particular ha producido caracteres estructurales que otros sistemas no muestran. Es esperable, no obstante, que muchos otros rasgos evolucionarán hasta asemejarse a otros países federales.

Estas características son:

1. *No constitucionalización de las RIG*, pero regulación creciente en los recientemente reformados estatutos regionales. Como en otras federaciones, de hecho en la mayoría, el marco constitucional se mantiene en silencio o es restrictivo (en el caso de la cooperación horizontal) en lo que se refiere a la cooperación intergubernamental. La regulación de algunos órganos e instrumentos intergubernamentales tiene lugar en legislación subsiguiente sobre el procedimiento administrativo.
2. *Inefectividad de la segunda cámara para las RIG*. Como en el caso de Canadá, Australia, Austria u otras federaciones, en el caso español hay también una falta de mecanismos para la cooperación o para la participación intra estatal a través de la segunda cámara, la cual no posee una participación real o derechos de veto para los representantes regionales en las instituciones centrales. Con la reciente ronda de reformas de los estatutos de autonomía regionales, no obstante, se han reconocido cada vez más derechos de participación de las comunidades autónomas en los órganos de gobierno centrales y la capacidad para la participación en el nombramiento de ciertos órganos constitucionales (consejos consultivos, compañías públicas, nombramiento de algunos jueces del Tribunal Constitucional por parte del Senado, etc.).
3. *Falta de formalización y de carácter consultivo* de la mayor parte de los órganos intergubernamentales. Como en la mayoría de los países federales (la excepción aquí sería Alemania, pero sólo en una minoría de órganos intergubernamentales), los órganos intergubernamentales del ejecutivo son consultivos y raras veces adoptan decisiones vinculantes colectivas. En casi todos los casos (también en Alemania y en EE.UU.), los principios de unanimidad y consenso dominan la adopción de decisiones en estos órganos. En España hay también una preferencia entre los actores intergubernamentales al nivel regional para relaciones informales, no institucionalizadas, y una cierta desconfianza por la cooperación formal por la mayor parte de los gobiernos regionales, preocupados por los riesgos de la centralización o de la interferencia. Tradicionalmente, algunos observadores críticos han uti-

lizado la naturaleza puramente consultiva y voluntaria de la mayoría de los órganos multilaterales de cooperación para desdeñar el sistema español de RIG, no dándose cuenta de que la situación es idéntica en la mayoría de los sistemas federales. De acuerdo con esos críticos, desde esta condición derivaría una cierta falta de efectividad en términos de políticas públicas capaces de configurar decisiones concretas. Estas críticas, así como las propuestas que surgen de ellas, pueden encontrarse también en otros sistemas.

4. *Falta de transparencia y dominación de los ejecutivos en las RIG*, junto con una cierta falta de coordinación dentro de ellas. La prevalencia de los ejecutivos en las RIG y la relativa independencia de los departamentos ejecutivos en las relaciones intergubernamentales con otros niveles, a pesar del surgimiento gradual de unidades internas de coordinación o unidades de asuntos intergubernamentales en muchas administraciones regionales, es otro carácter típico del sistema español que comparte con la mayor parte de los sistemas federales. En otras, no obstante, han surgido órganos de coordinación de asuntos intergubernamentales (véase Dupré, 1985; Pollard, 1986; Warhurst, 1987). En España todavía son rudimentarios, pero en aumento.
5. *Coexistencia entre multilateralismo y bilateralismo* al nivel político, pero preponderancia del multilateralismo. A pesar de algunos estereotipos diseminados por la doctrina española y foránea sobre la prevalencia de los modos de la cooperación bilateral y la interacción en nuestro modelo territorial, un estudio detallado de reuniones intergubernamentales indica que los órganos de cooperación bilaterales no se han usado extensamente y, en cualquier caso, han sido mucho menos utilizados que los multilaterales. De hecho, han sido utilizados con consistencia solo con seis o siete regiones. Por ejemplo, la mitad de las 178 reuniones bilaterales acontecidas en los últimos veinte años han sido con Navarra, Islas Canarias y Cataluña. Ha habido un crecimiento paralelo de ambos tipos de órganos, multilaterales y bilaterales, pero la proporción ha quedado claramente a favor de los órganos multilaterales (A. González, 2006; Ramos, 2006; Colino y Parrado, 2009).
6. *Un papel predominante del Gobierno central en las RIG*, generalmente sin oposición o tolerado por la mayor parte de los gobiernos regionales e incluso en sectores en los que la competencia regional es exclusiva, bien a través del despliegue de sus poderes concurrentes o su papel como intermediario con las instituciones de la UE, y el uso de su poder de gasto. Como en otras federaciones tales como Canadá, EE.UU., Austria y Australia, los acuerdos intergubernamentales son usados a menudo como un vehículo para ayudas federales y programas de costes compartidos en áreas como educación, sanidad y servicios sociales. El Gobierno central mantiene sus propias agencias de

ejecución operando al nivel subnacional en algunos sectores de la política pública, tales como desempleo y beneficios de la seguridad social, orden y seguridad, infraestructuras y recaudación de impuestos. Al mismo tiempo, en el caso español está clara la voluntad entre los gobiernos regionales de reconocer un papel al Gobierno central en la mayor parte de los sectores de actividad pública y renunciar al ejercicio de ciertos poderes en contraprestación por financiación central, situación que se encuentra habitualmente en otras federaciones, normalmente acompañada también de una insistente crítica de los juristas y mayoría de estudiosos regionalistas.

7. *Un sistema de financiación basado principalmente en el reparto de los ingresos por impuestos del Gobierno central, algunas fuentes propias regionales y generalmente ayudas incondicionales de igualación.* Los gobiernos regionales han preferido sistemáticamente incrementar su parte en los ingresos del Gobierno central que utilizar su discreción para aumentar ingresos mediante la imposición a sus propios ciudadanos. Esto ha conducido a un acuerdo tácito donde los gobiernos regionales han sido capaces de renunciar a la responsabilidad de gravar a sus ciudadanos en contraprestación por dejar al Gobierno central mantener alguna capacidad para decidir sobre varias políticas clave y continuar soportando la responsabilidad fiscal ante los ciudadanos. El poder de gasto del Gobierno central ha sido ejercido en muchas aéreas de competencia regional a través del uso de ayudas condicionadas o programas conjuntos, lo cual explica mucho la actividad de los órganos intergubernamentales.
8. *La politización partidista de las RIG al nivel de la «alta política» y cada vez más en la implementación de la legislación central, junto con la cooperación y las orientaciones a la resolución de problemas al nivel de los funcionarios.* La politización de los órganos de cooperación por los partidos opuestos no es algo peculiar al caso español (Canadá, Alemania y los EE.UU.). Al mismo tiempo, hay un relativamente alto grado de conflicto jurisdiccional al nivel político junto con una cooperación y una orientación a la resolución de problemas al nivel de los funcionarios públicos, en parte motivado por la alta movilidad de los funcionarios séniores y políticos entre los dos niveles de gobierno. También es digna de atención la importancia de los partidos políticos como mecanismos de alternativa de las relaciones intergubernamentales. La creciente influencia de las organizaciones regionales y de los líderes de los partidos en los principales partidos españoles de ámbito estatal y la extensión de gobiernos de coalición en muchas comunidades autónomas han hecho más difíciles de gestionar las RIG, tanto interna como externamente. Es más, recientemente las RIG verticales y la implementación de políticas públicas centrales se han visto cada vez más politizadas por el principal partido de la oposición,

el cual se ha servido de los órganos intergubernamentales y de los gobiernos regionales para bloquear o impedir la implementación de algunas políticas centrales o compartidas fuera de las razones ideológicas o simplemente electorales. Esto ha ocurrido con los programas para la dependencia, las leyes anti-tabaco, la introducción de la educación para la ciudadanía en las escuelas, o con algunas regulaciones centrales sobre aborto. Este fenómeno de politización de las RIG y boicot a las políticas centrales por los gobiernos regionales en áreas de competencia compartida es un fenómeno observado comúnmente en federaciones como EE.UU. y Suiza (Bednar, 2009; Nugent, 2009; Kissling-Näf y Walti, 1999).

9. *El predominio de la cooperación vertical frente a la cooperación horizontal.* De manera similar a Canadá, Australia o EE.UU., pero a diferencia de Alemania y Suiza, ha habido poco uso de la colaboración horizontal entre las unidades que componen el sistema español (véase Zimmerman, 2002; O'M. Bowman, 2004; Poirier, 2004; Bochsler, 2009). La desconfianza a la cooperación horizontal en la Constitución y en la práctica se ha compensado, sin embargo, por prácticas de colaboración informales, en muchos casos difíciles de detectar. La ausencia de órganos multilaterales horizontales formales e iniciativas entre las comunidades autónomas se ha reemplazado de este modo por algunos acuerdos informales entre comunidades autónomas vecinas y por la cooperación informal del día a día. En cualquier caso, la pertenencia a la UE y otros factores han promovido la cooperación entre las regiones a través de varios mecanismos formales e informales que hacen al Estado autonómico ir por el mismo camino que otras federaciones (Colino, 2010).
10. *Ausencia de votaciones en los órganos intergubernamentales y preponderancia de la unanimidad* como regla de adopción de decisiones. Esto no significa que en estos órganos no haya deliberación o formación de coaliciones, sino que habitualmente están dominados por la búsqueda del consenso y la legitimación compartida para los acuerdos, de manera que en la práctica deliberan hasta que el consenso se logra. Parece que más que una confrontación ideológica lo que predomina dentro de los órganos intergubernamentales, particularmente en los segundos niveles compuestos por políticos, quienes en muchos casos son profesionales de un sector o profesionales de la política, son las estrategias pragmáticas para resolver problemas. En todos estos casos ha habido un predominio de la camaradería profesional o de los intereses del sector sobre los partidistas, tal y como sucede en otras federaciones.
11. *El papel aún no claro y la politización partidista de la recientemente creada y cada vez más formalizada Conferencia de Presidentes.* La falta de un papel claro y la dependencia de la voluntad del Presidente

español de la recientemente formada e incipientemente formalizada Conferencia de Presidentes es una característica que el sistema español comparte con otros sistemas federales que tienen órganos intergubernamentales en la cúspide tales como la Conferencia de Primeros Ministros en Canadá (véase Meekison *et alii*, 2004; Bakvis, Baier y Brown, 2009; Painter, 1996; Watts, 2003). El reglamento recientemente aprobado de la Conferencia de Presidentes, debido a las críticas que se habían dirigido a su falta de formalización, ha establecido un calendario fijo, y reforzado una secretaría preparatoria y establecido reglas claras para la adopción de acuerdos, aunque todavía deja el poder de su convocatoria en manos del Presidente del Gobierno central. Debido a su politización partidista por el principal partido de la oposición, no se ha convocado en los últimos tres años. Esto no es algo que no se haya oído en otras federaciones, y críticas similares a la ausencia de formalización o a la arbitrariedad de su uso partidista por los primeros ministros se han venido oyendo de manera habitual por ejemplo en Canadá o en Australia.

12. *La débil coordinación interna de las RIG dentro de la maquinaria de los gobiernos regionales individuales.* Recientemente, esta débil coordinación ha producido algunos intentos de diseño institucional consistentes en la aparición de órganos especializados, con nombres y poderes diferentes, que han tenido la tarea del «análisis, promoción y control» de los asuntos intergubernamentales dentro de los diferentes departamentos generalistas o ministerios ejecutivos. En el caso del Gobierno central español, estos órganos han tenido una mayor tradición y una considerable experiencia desde los años ochenta como se refleja en la existencia de la Dirección General de Cooperación Territorial en el Ministerio para las Administraciones Públicas o la Dirección General para la Coordinación Financiera con las Comunidades Autónomas en el Ministerio de Economía. En las Comunidades Autónomas, la pertenencia a la UE y la creciente actividad de muchas conferencias de ministros intergubernamentales junto con las recientes iniciativas de reforma de los estatutos de autonomía regionales han promovido en los últimos tiempos la necesidad de establecer órganos especializados para llevar a cabo tareas de coordinación, negociación con otros gobiernos, aconsejar a otros órganos, y demás. Hasta entonces esto se hizo desde diferentes unidades en la presidencia o el ministerio de economía. En esta tendencia, el caso español sigue el camino tomado antes por federaciones parlamentarias como Alemania, Australia y Canadá.

¿Qué es entonces lo realmente peculiar de las RIG españolas?

Para definir lo que es realmente peculiar del caso español uno debería distinguir entre aquellos caracteres que son únicos a causa del sistema parlamen-

tario y el tipo de relaciones legislativo-ejecutivo, que comparte con otras federaciones parlamentarias (tales como la dominación por parte de los ejecutivos o los efectos del sistema de partidos) y aquellos elementos que derivan de la particular historia del modelo de instituciones, del proceso asimétrico de traspaso de poderes y el modo y la secuencia de la descentralización en un contexto de diferentes impulsos y capacidades de autogobierno. Incluso entre este último se podrían distinguir aquellos caracteres que a lo largo del tiempo se espera que converjan con otras federaciones y aquellos que parecen más estructurales y más impermeables al cambio. Estos caracteres estructurales que son realmente «únicos» son aquellos que requieren más atención en lo que concierne a sus consecuencias y posible reforma. A primera vista, deberíamos hablar de cinco posibles caracteres estructurales o sistémicos únicos:

1. Un relativamente alto nivel de conflicto jurisdiccional ante el Tribunal Constitucional, producido por la flexibilidad constitucional y el rol asignado a los estatutos de autonomía regionales en la jurisprudencia constitucional. Esto naturalmente conlleva una intensa intervención del Tribunal Constitucional en el sistema, con los problemas que puede acarrear.
2. Persistencia de algunos modos bilaterales de interacción para algunos asuntos que en otros países son abordados multilateralmente. Esta situación, que tiene el potencial de causar alguna ineficiencia, o injusticia y opacidad a veces, no encuentra empuje y por variadas razones mucha resistencia entre el Gobierno central o los gobiernos regionales.
3. El particular papel del Gobierno central, su ubicuidad y postura intervencionista. Aunque podríamos argumentar que este es un carácter que tenderá a desvanecerse y que puede encontrarse en otras federaciones, tanto parlamentarias o presidencialistas, parece que en España, en tanto en cuanto el rol es reorganizado y aceptado por la mayor parte de las comunidades autónomas, el Gobierno central mantendrá una cierta *autorictas* que excede de sus propios poderes constitucionales y que procede probablemente de la inercia de la historia y del modo de descentralización, es decir de la asimetría inicial, de la flexibilidad en la interpretación de las competencias, de la transferencia gradual de poderes y recursos, de los acuerdos financieros, etc. Como en otras federaciones, esta característica permanecerá siempre y cuando la más débil de las autonomías no renuncie a un papel fuerte del Gobierno central en orden a garantizar un cierto nivel de cohesión en el sistema y mientras que la colaboración horizontal no se desarrolle en una mayor intensidad.
4. La existencia de órganos de RIG no utilizados y la tendencia hacia una excesiva regulación de la cooperación. Esta característica parece más como una peculiaridad cultural-administrativa compartida con otros sistemas jurídicos europeos como Francia, Italia o incluso Alemania. Está determinada en parte por una condición sociológica como es el predo-

minio de la formación jurídica y de la profesión jurídica en todos los niveles de la Administración pública como es el caso en otros estados de tradición napoleónica.

5. La preferencia regional por la financiación a través de impuestos compartidos o transferidos más que a través de sus propios impuestos.

Aunque no únicos a España, también existen algunos caracteres peculiares ya mencionados que producen un cambio en estas características consideradas difíciles. En primer lugar, la alta movilidad de los altos funcionarios y políticos entre los dos niveles de gobierno. En segundo lugar, la importancia de los partidos políticos como mecanismos de relaciones intergubernamentales. Por otro lado, podemos igualmente mencionar algunos problemas prácticos peculiares al modelo español de RIG, que no son estrictamente patologías o caracteres estructurales pero que derivan de una inmadurez o falta de capacidad del sistema e inercia de ciertas unidades gubernamentales en el Gobierno central. Estos rasgos negativos en el funcionamiento del sistema, que tienen un claro impacto en su efectividad, en su capacidad conjunta de toma de decisiones, y transparencia, podrían superarse en el tiempo y con un rediseño institucional algo centrado y con la redistribución de recursos. Siendo igual de esquemáticos que antes, estos caracteres prácticos pueden también resumirse en cinco puntos:

1. Falta de reuniones regulares en algunos consejos o conferencias ministeriales intergubernamentales y en dependencia de la voluntad del ministro. Hay reuniones donde las unidades componentes no juegan un rol claro o significativo en la convocatoria o presidencia de las reuniones. Frecuentemente, la dependencia de la voluntad del ministro puede llevar al mal contrario, un número excesivo de reuniones extraordinarias intergubernamentales en algunas áreas sin objetivos claros.
2. La agenda y los problemas de organización y la sobrecarga de reuniones en los órganos de primer o segundo nivel. Esto a menudo conduce a la delegación del deber de asistencia por parte de los ministros en sus funcionarios ministeriales séniores que deben asistir a numerosas comisiones y consejos de diferentes niveles, lo que resta valor y legitimidad a las decisiones adoptadas en los órganos intergubernamentales, y a veces es un claro reflejo de la carga ministerial regional y la falta de personal.
3. Actitudes de falta de compromiso y responsabilidad por los representantes del Gobierno central. En algunos sectores, cuando los representantes regionales han de ser legalmente consultados dentro de esos consejos intergubernamentales, y expresan sus opiniones, el Gobierno central puede no tomarlos demasiado en serio. Algunas reuniones consultivas se utilizan como parte de un procedimiento consultivo formal pero sin un efecto apreciable sobre la posición del Gobierno central. En muchos casos hay una ausencia de discusión y deliberación sobre las iniciativas del Gobierno central que resultan muy relevantes para las comunidades

autónomas. Se ha observado una perpetuación de algunas relaciones jerárquicas entre esferas en algunos órganos.

4. Algunos problemas prácticos y procedimentales de funcionamiento y organización de los órganos intergubernamentales. Podrían mencionarse algunos fallos procedimentales (respecto a asuntos tales como el insuficiente reparto de información, la preparación del orden del día de las reuniones, y la falta de actas, la no asistencia o falta de delegación de los participantes) con posibles consecuencias jurídicas en caso de conflictos ante los tribunales. También, deficiencias en la distribución de materiales previos para las reuniones y falta ocasional de propuestas regionales de control y posiciones críticas.
5. Problemas en la supervisión de los acuerdos. La carencia de una cultura de evaluación de los resultados en España se extiende también a los órganos intergubernamentales, que pueden en algunos casos obstaculizar la efectividad de algunos acuerdos intergubernamentales. Hay también una falta de atención a los asuntos transversales que deberían coordinarse con otros órganos intergubernamentales.

4. DESARROLLOS Y TENDENCIAS RECIENTES. ¿HACIA UNA CONVERGENCIA CON OTRAS FEDERACIONES?

Tras este análisis en bruto de las discusiones académicas en lo que se refiere a las RIG españolas y un análisis breve de los caracteres únicos y no tan únicos del modelo federal español, se podría reflexionar sobre sus perspectivas y su eventual convergencia con otros sistemas similares. Tal y como Roig ha apuntado, en los últimos tiempos ha habido varios desarrollos importantes que estarían provocando una nueva fase en la evolución del modelo español, en gran parte caracterizado por nuevos mecanismos de relaciones intergubernamentales, cada vez más efectivos, tanto para la colaboración en sectores con competencias concurrentes y para la participación en decisiones conjuntas o en políticas del Gobierno central por las comunidades autónomas (Roig, 2008).

Los hallazgos más recientes de la investigación en ciencia jurídica y política muestran como las conferencias sectoriales han superado en la práctica muchas de las limitaciones del diseño constitucional y en algunos sectores de la política pública de hecho se han convertido en órganos de toma de decisiones que de manera creciente, a través de acuerdos intergubernamentales, por ejemplo, y programas de costes compartidos entre los dos niveles de gobierno han llegado a ser configuradores de políticas comunes y coordinadas en varios sectores, si bien el Gobierno central puede retener un papel ligeramente más prominente que en otros sistemas comparables.

Algunas tendencias hacia la diferenciación sectorial de la cooperación se perciben también en el sistema, el cual parece determinado en parte por la distribución de poderes en cada uno de ellos y por el tipo de actividad funcional

que es requerida por las autoridades públicas en cada caso (regulación, distribución de fondos, compartir información, consulta sobre proyectos legislativos de la UE o del Gobierno central, etc.).

Podemos advertir igualmente nuevas tendencias en la toma de decisiones conjunta y en el establecimiento de órganos de colaboración conjuntos tales como el consejo intergubernamental sobre dependencia de adultos, cuyo reglamento establece la elaboración de acuerdos que se convierten automáticamente en reales decretos del Gobierno central, a través de la articulación de tanto decisiones conjuntas multilaterales como acuerdos bilaterales entre el Gobierno central y las comunidades autónomas. O, dentro del sector de la agricultura, el nuevo instrumento de colaboración denominado Plan de Desarrollo Rural, establecido en la Ley sobre Desarrollo Sostenible Rural, que vincula al Gobierno central en términos de política y financieros, en sus subsiguientes acuerdos bilaterales con cada comunidad autónoma.

Muy importante también en esta nueva situación es la anteriormente mencionada Conferencia de Presidentes, la cual ha producido acuerdos generales en las áreas de investigación o financiación de la sanidad, pero que ha fallado a la hora de alcanzar acuerdos sobre la política anti crisis. Su mera existencia, no obstante, la cual hace a España más cercana a otras bien conocidas federaciones, representa un cambio cualitativo en el sistema el cual debería ser cuidadosamente supervisado en los años venideros.

Finalmente, podemos ver muchas actividades que llevan en la dirección de una creciente colaboración y coordinación horizontal entre comunidades autónomas. En los últimos años, más y más áreas de política han sido objeto de cooperación entre las regiones autónomas y acuerdos horizontales. Una iniciativa reciente, originalmente conocida en 2008 como las reuniones regulares de las seis regiones con estatutos de autonomía últimamente reformados (Islas Baleares, Cataluña, Andalucía, Castilla-León, Valencia, Aragón) se ha transformado en una Conferencia de Gobiernos Regionales similar a la suiza. Hasta el momento en que tuvo lugar esta ponencia a finales de 2011, las comunidades autónomas se habían reunido y habían alcanzado acuerdos para impulsar la cooperación o para hacer declaraciones políticas sobre asuntos actuales o institucionales. Se espera que pronto se pueda establecer una conferencia regional de presidentes. Todas estas tendencias equiparan de manera creciente la situación de las RIG españolas con aquella en otras federaciones más establecidas.

5. CONCLUSIÓN: UNA EVALUACIÓN INTERINA Y UNA AGENDA PARA LA INVESTIGACIÓN

En general, y a pesar del gran número de asuntos tratados por la literatura sobre las RIG españolas y algo de la extranjera relevante para comprender la práctica de la cooperación en el Estado autonómico, puede que haya

muchas vías más para explorar además de las de reforzar las que han surgido mencionadas anteriormente. Entre los temas que están aún esperando mayor estudio sistemático y empírico tanto de la ciencia jurídica como de la política, se podría mencionar, sin ser exhaustivo: el desarrollo, configuración y el poder real de las nuevas unidades de gestión intergubernamentales a ambos niveles de gobierno, la concentración en manos de los presidentes regionales de actividad intergubernamental, el papel de los parlamentos como arenas para las RIG, el rol intergubernamental particular de la Comisión del Senado sobre las Comunidades Autónomas, así como estudios sectoriales específicos, dirigidos a entender los mecanismos y las consecuencias de la cooperación en sectores tales como la dependencia, sanidad, educación, investigación e innovación, medio ambiente, etc.

Es verdad que el estudio de las RIG necesita de muchos recursos, una metodología costosa e información que no siempre está a disposición de los investigadores particulares y cada vez más requiere de proyectos de investigación colectivos y más ambiciosos. En cualquier caso deberíamos dar la bienvenida al reciente interés por las RIG en España mostrado por varias disciplinas sociales que se unen al tradicional interés del Derecho público y que puede por lo tanto completar su particular visión a veces limitada a la definición jurídica de las instituciones e instrumentos de las RIG, que no es habitualmente el componente más importante en el estudio de las RIG. También se debería agradecer el apoyo creciente de algunas instituciones públicas de investigación que han sustentado ambiciosos proyectos de investigación (Arbós *et al.*, 2009; León y Ferrín, 2009) y han representado un avance significativo sobre la situación previa y que reflejan un interés mayor en los gobiernos que representan de conocer el funcionamiento actual de la colaboración intergubernamental y tratar de mejorarla.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ARBÓS, X.; COLINO, C.; GARCÍA MORALES, M. y PARRADO, S., *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico: la posición de los actores*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2009.
- BAKVIS, H.G. y BROWN, D., *Contested Federalism. Certainty and Ambiguity in the Canadian Federation*, Oxford University Press, Toronto, 2009.
- BEDNAR, J., *The robust federation. Principles of Design*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- BOCHSLER, D., «Neighbours or Friends? When Swiss Cantonal Governments Cooperate with Each Other», en *Regional & Federal Studies*, n.º 19, 3, 2009, pp. 349-370.
- BOLLEYER, N. «Federal Dynamics un Canada, the United States and Switzerland: How Substates' Internal Organization Affects Intergovernmental Relations», en *Publius: The Journal of Federalism*, 2006, pp. 1-32.
- BRAUN, D. «Between Market-Preserving Federalism and Intergovernmental Coordination: The Case of Australia», *Swiss Political Science Review*, n.º 12(2), 2006, pp. 1-36.

- CAMERON, D. y SIMEON, R., «Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism», en *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 32, n.º 2, 2002, pp. 49-71.
- COLINO, C., «¿Hacia la normalidad federal? La existencia y el surgimiento reciente de nuevos mecanismos para la cooperación horizontal entre CCAA», en TUDELA, J. y KNÜPLING, F. (eds.), *España y modelos de federalismo*, CEPC/Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2010.
- COLINO, C., «Federalismo horizontal en el Estado autonómico. La evolución de los mecanismos de cooperación horizontal en España», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 2, 2011.
- COLINO, C. y PARRADO, S., «Análisis de la práctica y la dinámica de los procesos formales e informales de las relaciones intergubernamentales», en ARBÓS, X.; COLINO, C.; GARCÍA MORALES, M. y PARRADO, S., *Relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico: la posición de los actores*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2009, pp. 135-296.
- DUPR., J.S., «Reflections on the Workability of Executive Federalism», en SIMEON, R. (ed.), *Intergovernmental Relations*, University of Toronto Press, Toronto, 1985.
- GARCÍA MORALES, M.J., «La colaboración a examen. Retos y riesgos de las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 86, mayo-agosto de 2009^b, pp. 65-117.
- GARCÍA MORALES, M.J., «Los nuevos estatutos de autonomía y las relaciones de colaboración: un nuevo escenario, ¿una nueva etapa?», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 19, 2009^c.
- GONZÁLEZ, A., «La cooperación multilateral institucionalizada: las Conferencias Sectoriales», en LÓPEZ NIETO, L. (coord.), *Relaciones intergubernamentales en la España democrática. Interdependencia, autonomía, conflicto y cooperación*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 97-114.
- GORDIN, J.P., *Unraveling the politics of decentralization: Argentina and Spain in comparative perspective*, PhD Thesis, University of Pittsburgh, 2004.
- GRAU I CREUS, M., «Spain: Incomplete Federalism», en WACHENDORFER-SCHMIDT, U. (ed.), *Federalism and Political Performance*, Routledge, Londres-Nueva York, 2000.
- JOHNS, C.M.; O'REILLY, P.L. e INWOOD, G.J., «Formal and informal dimensions of intergovernmental administrative relations in Canada», en *Canadian Public Administration*, vol. 50 n.º 1, 2007, pp. 21-41.
- KISSLING-NÄF, I. y WÄLTI, S., «Der Vollzug öffentlicher Politiken», en KLÖTI, U.; KNOEPFEL, P.; KRIESI, H.; LINDER, W. y PAPAPOULOS, Y. (eds.), *Handbuch der Schweizer Politik: Manuel de la politique suisse*, NZZ Verlag, Zurich, 1999, pp. 651-689.
- KROPP, S., *Kooperativer Föderalismus und Politikverflechtung*, WS verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2010.
- MEEKISON, J.P. (ed.), *Las relaciones intergubernamentales en los países federales*, Forum of Federations, Ottawa, 2001.
- MEEKISON, J.P.; TELFORD, H. y LAZAR, H. «The Institutions of Executive Federalism: Myths and Realities», en MEEKISON, J.P.; TELFORD, H. y LAZAR, H. (eds.), *Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism*, The State of the Federation 2002, McGill-Queen's University Press, Montreal & Kingston, 2004, pp. 3-31.

- NUGENT, J.D., *Safeguarding Federalism. How States protect their Interests in nacional Policymaking*, University of Oklahoma Press, Norman, 2009.
- O'M. BOWMAN, A., «Horizontal Federalism: Exploring Interstate Interactions», en *Journal of Public Administration Research and Theory*, vol. 14, n.º 4, 2004, pp. 535-546.
- PAINTER, M., «The Council of Australian Governments and Intergovernmental Relations: A Case of Cooperative Federalism», en *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 26, n.º 2, 1996, pp. 101-120.
- PAINTER, M., «Multi-level governance and the emergence of collaborative federal institutions in Australia», en *Policy and Politics*, 29, n.º 2, 2001, pp. 137-150.
- PARRADO, S., «The role of Spanish Central Government in a Multi-level State», en *International Review of Administrative Sciences*, vol. 76, n.º 3, 2010, pp. 469-488.
- POIRIER, J., «Intergovernmental Agreements in Canada: At the Crossroads between Law and Politics», en LAZAR, H.; MEEKISON, J.P. y TELFORD, H. (eds.), *The State of the Federation 2002: Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism*, McGill-Queen's University, 2004, pp. 425-462.
- POLLARD, B.G., *Managing the Interface: Intergovernmental Affairs Agencies in Canada*, Institute of Intergovernmental Relations, Kingston, 1986.
- RAMOS, J.A., «Las Comisiones Bilaterales de Cooperación en el sistema español de relaciones intergubernamentales», en LÓPEZ NIETO, L. (coord.), *Relaciones intergubernamentales en la España democrática. Interdependencia, autonomía, conflicto y cooperación*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 115-132.
- ROIG, E., «La regulació de les relacions de la Generalitat amb l'Estat en el nou Estatut d'Autonomia de Catalunya», en *Activitat Parlamentària*, n.º 15, 2008, pp. 63-77.
- SEVILLA, J.; VIDAL, J.M. y ELÍAS, C., *Vertebrando España. El Estado autonómico*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2009.
- SIMEON, R., «Conclusion», en MEEKISON, J.P. (ed.), *Intergovernmental Relations in Federal Countries, A Series of Essays on the Practice of Federal Governance*, Forum of Federations, Ottawa, 2002.
- SIMEON, R., *Federal Provincial Diplomacy: The Making of Recent Policy in Canada*. University of Toronto Press, 2.º ed., Toronto, 2006.
- SIMMONS, J.M., «Securing the Threads of Co-operation in the Tapestry of Intergovernmental Relations: Does the Institutionalization of Ministerial Conferences Matter?», en MEEKISON, J.P.; TELFORD, H. y LAZAR, H. (eds.), *Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism. The State of the Federation 2002*, McGill-Queen's University Press, Montreal & Kingston, 2004, pp. 425-462.
- STEIN, M. y TURKEWITSCH, L., «Similarities and Differences in Patterns of Intergovernmental Relations in Parliamentary and Presidential Federations: A Comparative Analysis», en Paper Presented to the *International Political Science Association (IPSA) 21st World Congress of Political Science*, Santiago de Chile, 14 de julio de 2009.
- TRENCH, A., «Intergovernmental Relations: In Search of a Theory», en GREER, S.L. (ed.), *Territory, Democracy and Justice. Regionalism and Federalism in Western Democracies*, Palgrave Mac-Millan, Nueva York, 2006.
- WARHURST, J., «Managing Intergovernmental Relations», en BAKVIS, H. y CHANDLER, W.M. (eds.), *Federalism and the Role of the State*, University of Toronto Press, Toronto, 1987.
- ZIMMERMAN, J.F., *Interstate Cooperation: Compacts and Administrative Agreements*, Praeger, Westport, 2002.

Comunicaciones



El principio de separación de poderes en crisis: las relaciones intergubernamentales desde una perspectiva comparada

Eleonora Ceccherini
Profesora Titular de Derecho Constitucional.
Universidad de Génova

SUMARIO: 1. Estados federales-Estados regionales: ¿diversa génesis, destinos comunes? 2. Ejemplos de cooperación en el derecho comparado. 3. La negociación para jurisdiccional. 4. Conclusiones.

1. ESTADOS FEDERALES-ESTADOS REGIONALES: ¿DIVERSA GÉNESIS, DESTINOS COMUNES?

Desde el punto de vista de la relación entre soberanía y territorio, los ordenamientos estatales pueden subdividirse en Estados concentrados y compuestos, y éstos últimos a su vez, en regionales y federales, según muestren un reparto más o menos amplio de competencias normativas entre el centro y los entes territoriales.

La atribución de las competencias entre el centro y la periferia se lleva a cabo a través de un acto normativo (prevalentemente de rango constitucional) que define un elenco de materias. Una técnica que tiende a satisfacer finalidades de certeza jurídica y de garantía de las autonomías territoriales. De hecho, no se puede hablar de autonomía si no se definen las fronteras dentro de las cuales los entes territoriales pueden autodeterminarse, que servirían como límite a la actividad legislativa y administrativa del Estado central. Sin embargo, aún reconociendo que no se pueda prescindir de la existencia de listas de materias atributivas de competencias, la experiencia histórica parece mostrarnos que estamos frente a instrumentos inadecuados, en tanto la frontera delimitadora de competencias es necesariamente móvil.

En primer lugar, no obstante la vocación omnicomprensiva de estos listados, la evolución económica, social y tecnológica produce nuevos ámbitos materiales que presentan problemas de ubicación, porque o son difícilmente reabsorbibles con una interpretación evolutiva de las materias codificadas, o presentan aspectos comunes a materias diversas.

En segundo lugar, es preciso tener presente que las listas identifican materias, utilizando expresiones lingüísticas no coincidentes con el significado jurídico, si se tiene en cuenta que desde el punto de vista normativo no nos encontramos con una definición de materia sino con un conjunto de normas que ligan funciones, actividades e institutos; observamos, en consecuencia, que en la esfera del derecho debemos hacer frente a institutos que pueden ser instrumentales o comprensivos de varias materias.

En tercer lugar, no obstante la tendencia a explicitar los elencos o listas de manera precisa y definitiva, en la Constitución están contextualmente presentes fórmulas generales que operan como válvulas de escape para la cristalización del reparto.

Por lo tanto, el ejercicio de competencias puede ser realizado eficazmente sólo a través de una confrontación conjunta y coordinada entre varios niveles institucionales que confluyen al compartir aspectos comunes en las diversas materias. Dicha actividad cooperativa se desarrolla más frecuentemente a través de relaciones intergubernativas, que se realizan mediante relaciones entre representantes de los poderes ejecutivos, que pueden ser de tipo horizontal (si los sujetos pertenecen a la misma categoría institucional), o vertical (si se ven afectados miembros gubernativos de distintos ámbitos territoriales).

El surgimiento de esta tendencia lleva consigo al menos dos consecuencias: la primera afecta al poder legislativo, y la segunda al judicial.

En relación al primer aspecto, asistiríamos a un fenómeno de concurrencia/subsidiariedad de las relaciones intergubernativas con el Senado territorial. De hecho, en un primer momento, la cooperación entre centro y periferia se configuró a través de la creación de una asamblea legislativa representativa de los entes territoriales (*intrastate federalism*). Esta solución era compatible con la inspiración liberal que veía en el poder legislativo el centro del completo sistema ordinamental, estructurado en torno a la fuente-ley; además, a través del Senado, los Estados miembros recuperaban parte de su soberanía, cedida en el momento del nacimiento de la Confederación.

Sin embargo, la evolución de la forma de Estado, ya sea federal ya sea regional, ha puesto en evidencia algunos aspectos críticos respecto a la función de la Cámara Alta de inspiración territorial. En primer lugar, podemos poner de relieve cómo el Senado no se ha visto identificado con una Cámara de los Estados, en tanto los representantes electos responderían más a lógicas de partido que a intereses territoriales, viniendo a menos la *ratio* inspiradora de esta asamblea; además, los Estados modernos, teniendo la necesidad de asumir un número siempre mayor de funciones, manifiestan la necesidad de especificar los ámbitos de competencia que le corresponde o bien al Estado central o a los entes descentralizados; un proceso de especificación que sería poco compatible con las características de la generalidad y la abstracción típica de la ley.

Por lo tanto, el escenario comparado nos indica que la existencia de una Cámara territorial es un elemento relevante pero no exhaustivo de las relaciones centro y periferia. De hecho, asistimos a la consolidación de lógicas de *inter-*

state federalism, en base a las cuales las relaciones entre centro y periferia se producen a través de los aparatos del poder ejecutivo y se basan en procesos de negociación.

La preferencia evidenciada por este tipo de participación deriva del hecho de que la evolución de los Estados compuestos ha demostrado cómo la salvaguarda de la autonomía de los entes endo-estatales no pasaría tanto por la participación en el procedimiento legislativo, de las entidades territoriales, sino más bien por la previsión de encuentros, más o menos formalizados, entre los miembros de los ejecutivos, en los que se procede a una negociación de las propias funciones y actividades (siempre en el respeto a las disposiciones constitucionales), haciendo más fluidas las relaciones entre los distintos niveles institucionales.

Sin embargo, esta tendencia comporta un desequilibrio a favor de los poderes ejecutivos, ya sea estatales o regionales, y en consecuencia, contextualmente queda empañado el papel de las asambleas electivas.

A este fenómeno se le liga otro más reciente por el cual los ordenamientos tienden a imputar también a los representantes de los ejecutivos, la competencia para dirimir las propias controversias competenciales. Las partes del conflicto, de hecho, estarían orientadas a la búsqueda de mecanismos de mediación interna, al objeto de evitar el recurso al procedimiento jurisdiccional, siempre considerado como un elemento de garantía de las autonomías. Esta tendencia pone en evidencia al menos dos elementos: el primero se refiere al papel de los Tribunales y al redimensionamiento de los parámetros de legitimidad jurídica en la resolución de controversias; el segundo alude al acercamiento manifestado en el contencioso, que prevé la desaparición de un sujeto tercero imparcial —o de todos modos ajeno a los actores—, para centrarse exclusivamente sobre las partes.

2. EJEMPLOS DE COOPERACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Tras constatar esta tendencia, es necesario proceder a una clasificación de las relaciones intergubernativas, cuya manifestación puede dar lugar a formas de cooperación institucional y, en consecuencia, a la formación de órganos o de formas de cooperación funcional, es decir, al perfeccionamiento de actos y procedimientos. Además, la cooperación puede ser de tipo horizontal o vertical; con la primera se consideraría que los niveles institucionales representados son homogéneos entre ellos, mientras con la vertical se indicaría que la composición es mixta.

Los ordenamientos compuestos no han adoptado decisiones resolutivas o dirimientes en este ámbito, orientándose más bien por la activación de relaciones intergubernativas de varios tipos, cuyo éxito depende de la peculiaridad de los concretos países más que de la bondad de un tipo respecto a otro. Pero lo que es preciso subrayar es que se trata de una tendencia con varias graduaciones, aunque compartida por todos los ordenamientos compuestos.

En el ámbito extra-europeo, podemos referirnos a la experiencia australiana y canadiense. En la primera, el ejemplo viene constituido por el *Council of Australian Governments*, introducido en 1992 y compuesto por el Primer Ministro, los *Premiers* de los Estados, el *Chief Minister* del *Australian Capital Territory* y del *Northern Territory* y del Presidente del *Australian Local Government Association*. Sus funciones son las de poner en marcha acciones y políticas conjuntas entre los diversos niveles de gobierno en ámbitos definidos: sanidad, educación y formación, asuntos indios, infancia, urbanismo, economía, ambiente y recursos hídricos, protección civil.

Por lo que se refiere a Canadá, la negociación entre los dos niveles institucionales dirigida a la solución y a la aclaración del ejercicio de las competencias de cada uno, parece ser un *modus operandi* prevalente, hasta tal punto que se ha afirmado que: «*More than other federation, Canada relies on inter-governmental negotiation to help resolve political differences*».

A esta tendencia no parece extraña ni siquiera la particular técnica de reparto de competencias establecida por el *British North America Act*, en cuyo artículo 91 se recogen las competencias federales, fijando 29 materias, mientras el sucesivo artículo 92 está dedicado a los poderes exclusivos del legislador provincial y contiene una lista de 16 materias consideradas entre las competencias propias de las autonomías territoriales. Es evidente que el desarrollo tecnológico, social y cultural ha erosionado progresivamente la distinción entre los ámbitos materiales, sometiendo a tensión el sistema mismo, que intenta encontrar el modo de recomponerse. La negociación está estructurada sobre diversos planos, en los que están implicados no sólo los Primeros Ministros provinciales y el Premier federal o los responsables de los departamentos de las entidades territoriales y del Estado central pero, sobre todo, funcionarios públicos federales y provinciales con responsabilidad, que se superponen. Los acuerdos que se adoptan en este proceso normalmente representan una compleja serie de compromisos que no pueden ser alterados sin que se escamen completamente. Consecuentemente, estos *agreements* vienen presentados al Parlamento federal y a los legislativos provinciales exclusivamente para su ratificación, reduciendo las posibilidades de un cuidadoso examen y de un debate público.

Entre los ámbitos de mayor relieve en los que han tenido lugar las negociaciones intergubernativas desempeñando un rol de primera magnitud, se encuentra el de las relaciones internacionales relativas al comercio exterior, que es una materia de competencia federal. De hecho, antes de la ratificación de los acuerdos internacionales, cuya ejecución habría incidido después sobre las competencias exclusivas de las Provincias, los entes territoriales han tomado parte de forma activa en las estipulaciones de los acuerdos internacionales (por ejemplo, CUFTA y NAFTA, GATT), mediante una apretada serie de encuentros entre los propios ejecutivos y los negociadores federales. Este proceso ha llevado a apreciar de manera positiva la acción desarrollada por los representantes de los gobiernos de los distintos niveles institucionales, configurándose como un sistema de relación centro-periferia idóneo para salvaguardar la auto-

nomía de las instancias descentralizadas y de manera cualitativamente similar, si no superior, a un órgano de representación a nivel central. Además, subsisten muchas tipologías de relaciones entre el centro y la periferia en el ámbito de las relaciones internacionales; de hecho, el *Department of External Affairs* ha creado una oficina de relaciones con los gobiernos de las Provincias, de tal modo que las consultas entre Federación y Provincias son bastante numerosas.

Son sobretodo, de hecho, los procesos de globalización económica que se están produciendo a nivel mundial, los que inciden sobre el reparto de competencias entre Estado central y autonomías, en tanto la tendencia creciente a dar vida a organizaciones internacionales en materias reservadas a las entidades subestatales, pueden crear un movimiento «atractivo» hacia el centro. Por ejemplo, se puede poner en evidencia que dicha realidad afecta a los sistemas de reparto de competencias tal y como son establecidos por las Constituciones, encontrando un ejemplo en la cláusula de respeto de las obligaciones internacionales, la cual traslada el baricentro de atención desde la titularidad de las competencias, a la articulación de los procesos decisionales, convirtiendo en crucial el modo en que los entes territoriales son implicadas en las sedes decisionales de las organizaciones internacionales.

En particular, los Estados descentralizados del continente europeo se enfrentan al proceso de integración supranacional, que de una parte registra un movimiento centrípeto hacia las instituciones comunitarias, y de otra somete a tensión el reparto de competencias entre centro y periferia configurado por las Constituciones.

No es una casualidad, por lo tanto, que las relaciones intergubernativas concentren parte de sus esfuerzos en el intento de encontrar un foro de concertación entre autoridades centrales y locales en el ámbito comunitario.

En tal sentido, podemos referirnos, de modo ejemplificativo, a tres ordenamientos: el italiano, el británico y el español.

A través del Decreto legislativo n. 281 de 1997 (y sucesivas modificaciones), Italia ha intentado racionalizar la actividad de tres Conferencias intergubernativas: la Conferencia Estado-Regiones y Provincias autónomas, la Conferencia Estado-ciudades autonomías locales, y la síntesis de las dos precedentes, la Conferencia Estado-Regiones-Provincias autónomas-ciudades autonomías locales. La actividad de enlace se articula prevalentemente mediante la Conferencia Estado-Regiones y Provincias autónomas, que puede estipular pactos y acuerdos para favorecer la armonización de las legislaciones estatales y regionales, el logro de posiciones unitarias y la consecución de objetivos comunes entre Gobierno y Regiones (art. 8.l, 131/2003).

Tanto es así que, precisamente, en esta sede ha resurgido la actividad gubernativa de dirección y coordinación, que se consideraba suprimida con la reforma constitucional de 2001 y que, sin embargo, de hecho se realiza de manera concertada dentro de las Conferencias. Los niveles institucionales son, por lo tanto, corresponsables del ejercicio integrado y funcional de las respectivas competencias y deben funcionar a través del caleidoscopio del principio

de leal colaboración. Éste último, siendo un principio de ambigua y proteiforme definición, ha de ser precisado de vez en cuando a través de instrumentos de tipo legislativo y administrativo (*ex multis* Sentencias de la Corte Constitucional n. 62 de 2005, 201 de 2006), cuyo contenido puede definirse a través del «sistema de las conferencias», basado sobre la Conferencia Estado-Regiones, Estado-ciudades-autonomías locales y Conferencia unificada.

Más allá de las funciones de enlace y coordinación, la Conferencia Estado-Regiones desarrolla tareas significativas respecto a las relaciones con la Unión Europea. En particular, en caso de que un proyecto de acto normativo comunitario incida sobre las materias de competencia regional, el Gobierno convoca la Conferencia Estado-Regiones para hallar un acuerdo, y en la misma sede es posible solicitar al Gobierno que lleve a cabo después una reserva de examen en sede del Consejo de Ministros. Además, está prevista una sesión comunitaria de la Conferencia, dedicada al tratamiento de los aspectos de las políticas comunitarias de interés regional y provincial. Asimismo, la ley n. 131 de 2003 y la ley n. 11 de 2005 han dejado espacio de intervención, ya sea para la fase ascendente pero sobre todo descendente de la normativa comunitaria, a la cooperación horizontal a través de la Conferencia de los Presidentes de las Regiones.

El tema comunitario alcanza un papel de primaria importancia también en Reino Unido, donde la cooperación institucional y funcional se encuentra regulada por el *Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements*; un acuerdo adoptado el 1 de octubre de 1999, entre el Gobierno británico, el escocés y el galés y, en el año 2000, también por el nordirlandés, al objeto de explicitar «*the principles which underlie relations*» entre los diversos niveles institucionales. De forma expresa, el *Memorandum* establece que éste y los acuerdos adoptados en base al mismo no son vinculantes, y en consecuencia, representan un simple instrumento de trabajo para los sujetos afectados, sin que sus contenidos sean obligatorios. Sin embargo, merece la pena subrayar cómo las cláusulas del acuerdo, si bien no son obligatorias, se observan y se respetan, debido a la conciencia existente de que los instrumentos indicados estén en grado de hacer más fluidos el funcionamiento y la aplicación de los procesos de descentralización.

Esto viene a confirmar un dato recurrente del ordenamiento británico: el papel central que desarrollan las fuentes denominadas de *soft law*, que integran las disposiciones preceptivas de ley. Las indicaciones del *Memorandum* son «*binding in honour only*» y se utilizan como «*working instruments*». De este modo, aunque no son vinculantes, las disposiciones se observan en cuanto poseen un valor instrumental para la aplicación de la normativa primaria; la vinculatoriedad del *Memorandum* depende, en consecuencia, de la voluntad de las partes de respetarlo, desde una óptica que puede asimilarse a la observancia del principio de leal colaboración. El ordenamiento británico ha procedido, por lo tanto, a introducir este principio en el momento en que se ha enfrentado a un proceso de regionalización del territorio, considerándolo necesario para hacer funcional el sistema.

El mismo *Memorandum* especifica en el punto 7 que «*the administrations recognise the importance of co-operation across a range of areas. They also recognise that it may be appropriate for them to undertake activities on each other's behalf, which may be covered in agency arrangements or other agreements*».

El *Memorandum of Understanding* (punto 22) ha previsto la constitución del *Joint Ministerial Committee*, un organismo compuesto por el Primer Ministro británico (o sus delegados), el Primer Ministro escocés y nordirlandés (y sus delegados), el Primer Secretario, y un Ministro de la Asamblea para Gales, los Secretarios británicos para Escocia, Irlanda del Norte y Gales, del *First Secretary* y del *Assistant Secretary* galés; la Presidencia corresponde siempre al Premier británico o a un delegado suyo.

El Comité tiene la misión de controlar la aplicación de los *concordats* y del *Memorandum*, se configura como un foro competente para conocer todas las cuestiones que puedan surgir respecto a las materias atribuidas a las regiones, y no, y sobre todo, los aspectos tangenciales y de sobreposición entre éstas; en tanto las administraciones lo acuerden, en el órgano colegial es posible confrontar las regulaciones realizadas de las materias atribuidas a las regiones en los diversos territorios. Este órgano colegial puede ser también la sede en la que poner a punto los mecanismos de coordinación entre el Estado central y las autonomías territoriales, y donde llevar a cabo el intercambio de informaciones entre las administraciones. Además, hay que poner de relieve que la posición británica en el seno del Consejo de Ministros de la Unión Europea se negocia, precisamente, en el seno de este foro, lo que representa un elemento de particular interés para las administraciones descentralizadas.

El *Memorandum* regula también formas de cooperación funcional a través de los *concordats*. Estos acuerdos sirven para la aplicación uniforme del derecho en algunos ámbitos materiales, y están orientados a la cooperación administrativa y al intercambio de información, constituyendo mecanismos a través de los cuales el ordenamiento británico ha intentado resolver los problemas de cooperación entre los diversos niveles institucionales en la fase *post-devolution*. Utilizando una eficaz expresión lingüística, aquellos representan la «*blue of a reinvented Union State*». El *Memorandum of Understanding* especifica la necesidad de adoptar cuatro *main concordats* en otros tantos ámbitos materiales donde la necesidad de coordinación y coherencia se considera prioritaria y que son: las relaciones con la Unión Europea, la asistencia financiera al sector industrial, las relaciones internacionales que pueden incidir sobre las competencias de los entes territoriales, y las encuestas estadísticas.

A estos acuerdos se les suman otros de tipo específico que pueden ser estipulados también de forma bilateralmente y que están jerárquicamente subordinados. De hecho, algunos *concordats* prevén expresamente cláusulas que prohíben la abrogación de parte de los acuerdos ejecutivos adoptados sucesivamente.

Las materias abordadas a través de los *concordats* bilaterales entre Escocia y el Gobierno británico han sido, por ejemplo, políticas agrícolas, sanitarias,

culturales, de *home affairs*, ambiente, transporte, seguridad social, pesca y deporte. A su vez, estos *concordats* se han visto acompañados de directivas, circulares como la *Devolution Guidance Notes*, que representan unos documentos de trabajo útiles a los funcionarios para el desarrollo de sus actividades y que pueden prever reuniones de grupo e intercambio de informaciones.

Un ulterior elemento de evidente significado para las autonomías regionales está previsto en el anexo común del *concordat* sobre las relaciones internacionales, en el que se establecen los presupuestos generales para una actividad internacional de los niveles institucionales descentralizados en las materias de su competencia, en cooperación con el *Foreign Common Office*. Este último debe ser oído antes de que se ejecuten actos que podrían generar una responsabilidad internacional. En cambio, si las negociaciones entre los Estados tienen como objeto ámbitos materiales de competencia de las Regiones, el *concordat* considera deseable que de la delegación nacional formen parte representantes regionales.

El tema de las relaciones internacionales, sobre todo ligada a la cuestión de la construcción europea, emerge también en el ordenamiento español, que en el estado actual cuenta con instrumentos de cooperación institucionales, ejemplificados en la Conferencia de Presidentes, compuesta por el Presidente del Gobierno y de las Comunidades Autónomas, en las Conferencias multilaterales sectoriales, donde se reúnen las cúpulas de los ejecutivos *ratione materiae*, y en la cooperación funcional, desarrollada a través de los Convenios.

Por lo tanto, también el ordenamiento español ha percibido la exigencia de encontrar mecanismos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta la inadecuación de las funciones del Senado y la contextual afirmación, también en el Estado autonómico español, de los principios del federalismo cooperativo.

La *ratio* inspiradora de los convenios es opuesta a la que rige las conferencias; de hecho, éstas últimas se configuran como uno de los organismos multilaterales donde participan todas las Comunidades Autónomas sobre el principio de igualdad. La realización de convenios constituye, sin embargo, la consagración del principio del bilateralismo, por el cual cada Comunidad Autónoma negocia directamente con el Estado central, sin preocuparse de encontrar una posición común con otras homólogas. De hecho, no se puede infravalorar el hecho de que un instrumento de cooperación multilateral exalta el principio del igual peso específico de cada entidad descentralizada frente al Estado y articula una sede única de contratación en la que las comunidades pueden constituir un frente compacto. Las consecuencias más inmediatas y sensibles positivamente de los organismos multilaterales respecto a los convenios, vienen representadas por la circunstancia de que constituyen la realización de un único foro de debate, en el que las posiciones mayormente «autonomistas» vienen a descomponerse en las fases de la negociación a favor de la salvaguarda general del sistema.

Por lo que se refiere más propiamente al tema de la participación de las entidades endo-estatales en el proceso de negociación supranacional, cabe mencionar la institución en 1992, de la Conferencia sectorial para asuntos relacionados con la Unión Europea y, sobre todo más recientemente, al establecimiento de consejos consultivos incardinados en las respectivas conferencias sectoriales, cuya actividad está dirigida a fijar la posición española en el seno del Consejo de Ministros de la Unión Europea (Consejo consultivo de política agrícola para asuntos comunitario (2000), Consejo consultivo de política medioambiental para asuntos comunitarios (2009), Consejo consultivo de política pesquera para asuntos comunitarios (2000)). Estos últimos han registrado el mayor número de reuniones en el último año respecto al resto de conferencias sectoriales, mostrando la creciente sensibilidad sobre el tema (Informe 2010).

3. LA NEGOCIACIÓN PARAJURISDICCIONAL

Se trata de otra de las funciones que corresponde a los organismos de cooperación y de subsidiariedad respecto a los órganos jurisdiccionales tradicionalmente competentes para dirimir las controversias.

Un ordenamiento precursor en tal sentido es el belga que, con la ley de reforma institucional de 9 de agosto de 1980, ha instituido el Comité de concertación. Este órgano se compone del Presidente y de cinco representantes del Gobierno federal, el Presidente y un miembro del Gobierno flamenco, el Presidente de la comunidad francófona, el Presidente de la comunidad valona, el Presidente (normalmente francófono) y el primer miembro de otras comunidades lingüísticas de la región de Bruselas; y tiene como misión la prevención de los conflictos de competencias y de intereses entre los diversos niveles institucionales. En el primer caso, cuando un proyecto de ley o de decreto se considere que lesiona las competencias, el Consejo de Estado somete la controversia al comité, el cual debe, en el plazo de 40 días, encontrar una solución; en caso negativo el íter de aprobación del proyecto retoma su curso. En el caso de conflictos de intereses, si una asamblea considera que un proyecto de ley o decreto vulnera criterios de oportunidad $\frac{3}{4}$ de sus miembros puede solicitar la suspensión del examen del acto con la finalidad de buscar un compromiso con la otra asamblea. En caso de que se fracase, el Senado se expresará invitando al comité de concertación a una mediación que debe concluirse en 30 días; también en este caso la falta de acuerdo hace que se tenga que retomar el proceso de examen y aprobación del acto. En el ámbito de esta función, el Comité debe adoptar sus decisiones por unanimidad y, por tanto, cada componente dispone de derecho de veto. El análisis de este procedimiento invita a algunas reflexiones. En primer lugar, ha de subrayarse el hecho de que los sujetos que estipulan el acuerdo Estado-Regiones y Comunidades se encuentran formalmente en un mismo plano; es decir, que no se da entre los diversos niveles insti-

tucionales afectados una ordenación de tipo jerárquico, hasta tal punto de que cada componente dispone de derecho de veto.

Por lo que se refiere a las controversias relativas a la ejecución de los acuerdos de cooperación cerrados entre los niveles institucionales, la *Loi spéciale de réformes institutionnelles* 8/8/1990 establece la facultad de instituir un colegio arbitral, en el que cada una de las partes del acuerdo designa un miembro, y el órgano colegial es competente para pronunciarse sobre la interpretación y sobre el respeto o no por parte de los contrayentes, de las cláusulas del acuerdo. La decisión del colegio es irrecurrible y su contenido puede ser objeto de ejecución forzosa.

Dichas organizaciones reconducibles a una matriz intergubernativa tienen la misión de dirimir conflictos de competencia sobre bases políticas, con la finalidad de limitar los recursos jurisdiccionales. Este parece ser también el objetivo de las Comisiones bilaterales de cooperación entre Estado y Comunidades Autónomas en España, las cuales, en base a la Ley Orgánica n. 1 de 2000 del Tribunal Constitucional, ha establecido que en caso de controversia entre Estado y Comunidades Autónomas sobre una ley o un acto con fuerza de ley, el plazo de tres meses dentro del cual se presenta el recurso, se puede extender a nueve cuando entre las partes se active un procedimiento de conciliación ante la Comisión bilateral de cooperación. Como el Comité de concertación belga, los miembros de la Comisión bilateral son los representantes de los ejecutivos de los respectivos niveles institucionales y, análogamente, el organismo español tiene la tarea de poner en marcha un procedimiento conciliador entre las partes, a fin de evitar el contencioso ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, tanto en el caso español como en el belga, si la Comisión bilateral de cooperación no consigue encontrar una solución satisfactoria para las partes, siempre es posible iniciar un proceso ante el órgano de justicia constitucional. También en el Reino Unido, el *Joint Ministerial Committee* ha asumido competencias extrajudiciales gracias al *Protocole for avoidance and resolutions disputes* anexo al *Memorandum of Understanding*. En particular, se destaca un aspecto que subraya la diferencia entre el recurso a la vías jurisdiccionales clásicas y el que tiene lugar ante los organismos intergubernativos. Mientras los primeros desembocan en una sentencia motivada sobre meros parámetros de legitimidad jurídica, los segundos, sin embargo, toman en consideración también aspectos más propiamente de oportunidad política de hecho, el protocolo establece que la instancia pueda ser presentada cuando se den las «*circumstances, particularly those arising from differences in political outlook*».

El protocolo diseña un iter procedimental subdividido en varios pasos o fases que van desde la consulta a nivel burocrático hasta el examen de los vértices gubernativos constituidos por el pleno del Comité. La falta de acuerdo no impide el recurso judicial.

Por lo tanto, el Comité desarrolla una función integradora-subsidiaria de los conflictos entre poderes, con el objetivo de evitar o limitar el contencioso.

4. CONCLUSIONES

La expansión de las relaciones intergubernativas como modelos operativos de los Estados descentralizados, más allá de las modalidades concretas a través de las cuales se expresan (multilaterales, bilaterales, funcionales, institucionales), evidencia como se está afirmando un sistema de tipo relacional y no tanto jerárquico. Esto, indudablemente, hace entrar en crisis el orden consolidado de las relaciones entre centro y periferia que antes se ejercía a través de un elemento de supremacía inevitablemente constituido desde el Estado central. La experiencia de las Conferencias en Italia (junto con el Comité de concertación en Bélgica) demuestra este aspecto y, de hecho, en dichas sedes los miembros institucionales del Estado parecen reequilibrar sus posiciones.

Este proceso presenta dos corolarios: el primero se refiere al papel de las fuentes de *soft law*, el segundo afecta a la capacidad de la rigidez constitucional.

En lo que atañe al primer aspecto, se asiste a una progresiva insinuación de fuentes de *soft law*, es decir, actos que despliegan sus efectos hasta rozar si no a torcer o alterar aspectos competenciales establecidos en actos normativos. Por lo tanto, se abandona no sólo la impostación jerárquica institucional, sino también la de las fuentes. Dicha afirmación no puede más que conducir, en consecuencia, a una reconsideración del principio de tipicidad de los actos jurídicos, sobre todo del principio de legalidad. En definitiva, los ordenamientos de *civil law* deberían avanzar para considerar el papel de las fuentes convencionales que en los sistemas de *common law*, como Canadá y Reino Unido, contribuyen de manera significativa a la fluidez de las relaciones entre niveles internacionales.

En relación al segundo aspecto, podemos registrar cómo la mayor ponderación de los procesos decisionales empaña también los parámetros legales de valoración del reparto de competencias definido en fuentes normativas. De hecho, los ordenamientos compuestos intentan apoyar las vías jurisdiccionales, tradicionalmente consideradas instrumentos de garantía de los ámbitos de autonomía, con mecanismos de composición de los conflictos que se basan sobre valoraciones más propiamente de oportunidad que no de legitimidad jurídica. De hecho, cuando el conflicto competencial se trata en los organismos de concertación, no se excluye que la solución se adopte lesionando al tiempo el dato prescriptivo constitucional, mitigando la rigidez constitucional. Esta nueva faceta del prisma de las relaciones intergubernativas parece constituir un ulterior desarrollo del principio de subsidiariedad, no sólo circunscrito a las funciones administrativas sino también a las jurisdiccionales.

El reparto constitucional de las funciones entre Estado y Comunidades territoriales, de otra parte, entró ya en crisis con el proceso de integración supranacional de la Unión Europea que, en su erosión de la soberanía del Estado, no puede más que incidir sobre los entes descentralizados. Este proceso centripeto explica en parte la razón de las vocaciones de las relaciones intergubernativas

en el ámbito internacional-comunitario. Es indudable, de hecho, que el ámbito comunitario ejerce una peligrosa remodelación de los ámbitos de autonomía descentralizada, que pasa a través de la responsabilidad internacional del Estado central, puesto que las Regiones no disponen de instrumento de tutela jurisdiccional alguno frente a los actos comunitarios que, en contraste con el derecho europeo, lesionen sus competencias.

Para concluir, hemos de recordar cómo la cooperación interinstitucional formalizada a través de los apartados gubernativos y burocráticos, redimensiona el papel del poder legislativo, que a través de un eficaz bicameralismo representativo de las comunidades, podría constituir un elemento de cohesión del conjunto federal. Sin embargo, es innegable que estamos asistiendo en la mayoría de los ordenamientos democráticos, al predominio de los órganos ejecutivos en la determinación del *indirizzo* político, no constituyendo las relaciones intergubernativas más que la manifestación de esta alteración de la relación entre poderes. Es más, al objeto de superar las críticas anteriormente expuestas, parecería más útil modificar algunos aspectos relativos a las modalidades de ejecución de las relaciones intergubernativas, implicando de forma más significativa a los órganos representativos y llevando a cabo un proceso de transparencia del organismo colegial.

Desde esta óptica, no podemos dejar de citar la experiencia del *Bundesrat* alemán que, como un Jano bifronte es, de una parte, órgano del poder legislativo y, de otra, está compuesta por los ejecutivos de los *lander*, por lo que, en consecuencia, ejemplifica, al menos sobre el papel, una positiva síntesis de los dos aspectos.

Evolución de las relaciones intergubernamentales y el refuerzo de la autonomía

Rémi Barrué-Belou

Estudiante de doctorado en Université Toulouse 1, France y en Université Laval, Québec, Canada

SUMARIO: I. El dinamismo de las relaciones intergubernamentales desde el punto de vista de la distribución de los poderes: A. Evolución del poder legislativo: el sobrecoste de las competencias en las federaciones canadiense y estadounidense: 1. Evolución de las competencias en el federalismo canadiense. 2. La evolución de las competencias en los Estados Unidos. B. La evolución del poder financiero: el desarrollo de la cooperación y las tres soluciones de la integración de las finanzas públicas: 1. Las subvenciones condicionales e incondicionales. 2. La coordinación de las políticas financieras. 3. La armonización fiscal en los Estados Unidos y en Canadá: a. Armonización de leyes presupuestarias. b. Armonización de las leyes fiscales. II. El refuerzo de la autonomía de los Estados miembros en los sistemas federativos: A. Las consecuencias del equilibrio legislativo y financiero en la autonomía y la cooperación: 1. Autonomía estatal y local. 2. La autonomía de las entidades brasileñas. B. El refuerzo de la autonomía de los Estados miembros y de las regiones: 1. Cooperación y federalismo de colaboración: clave para fortalecer la autonomía de los Estados. 2. Influencia de las relaciones europeas e internacionales. III. Conclusión. IV. Referencias.

Las relaciones intergubernamentales son una característica fundamental del federalismo como un sistema dinámico y evolutivo. Desde este punto de vista, las relaciones intergubernamentales dependen de varios factores y pueden ser modificadas según los períodos (crisis, guerra, períodos de paz, etc.), políticas públicas nacionales, condiciones económicas nacionales e internacionales o políticas de descentralización o de centralización. Por eso, varios países de tipo federal tienen un sistema de relaciones intergubernamentales evolutivo.

Las relaciones intergubernamentales pueden ser estudiadas desde el punto de vista del poder legislativo, o sea la distribución de los poderes. Desde este punto de vista, el poder legislativo y el poder administrativo de cada nivel de gobierno serán importantes para las relaciones intergubernamentales. Eso de-

terminará las condiciones de las relaciones entre los gobiernos federales y los Estados miembros y por consecuencia, el equilibrio de los poderes. Pero las relaciones intergubernamentales pueden ser estudiadas desde el punto de vista fiscal. En efecto, el grado del poder fiscal de cada nivel de gobierno tendrá un impacto crucial en la autonomía y entonces, en las relaciones con los otros gobiernos.

Desde la perspectiva de los desafíos del federalismo y del futuro de los Estados miembros, especialmente la autonomía de los Estados, es importante analizar la distribución de los poderes (legislativos y financieros), su evolución y las relaciones cooperativas entre los gobiernos federales y regionales.

La creación de una nueva estructura como la de la Unión Europea (UE), la voluntad de respetar la identidad regional, la tendencia a la globalización, permiten reforzar la identidad regional y la autonomía local.

Por eso, las relaciones intergubernamentales entre los gobiernos, estatal y regional parecen desarrollar y ampliar la cooperación. La consecuencia es la evolución del papel y del poder del gobierno regional.

Por eso, sería interesante estudiar la evolución de los poderes y de las competencias de los gobiernos, federal y regional, en varias federaciones como Estados Unidos, Canadá o Brasil. Además, vamos a observar si esta evolución permite desarrollar cooperación entre los varios gobiernos de la federación y en particular desde el punto de vista financiero y legislativo. Eso nos permitirá ver qué resultados pueden ser positivos para la «federación española».

Entonces, en una primera parte, vamos a analizar el dinamismo de las relaciones intergubernamentales en ciertos sistemas federales desde el punto de vista de los poderes financieros y legislativos (I). En una segunda parte, vamos a analizar el fortalecimiento de la autonomía de los Estados miembros en los sistemas federales e intentar encontrar soluciones para España (II).

I. EL DINAMISMO DE LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DISTRIBUCIÓN DE LOS PODERES

El dinamismo de las relaciones intergubernamentales será analizado desde una perspectiva legislativa (A) y desde una perspectiva financiera (B).

A. Evolución del poder legislativo: el sobrecoste de las competencias en las federaciones canadiense y estadounidense

El siglo veinte mostró que el federalismo no es una estructura estática sino un sistema dinámico. En efecto, la coordinación y la cooperación se desarrollaron en todos los niveles de la federación tanto desde el punto de vista horizontal como vertical. Desde el punto de vista horizontal, los Estados miembros han revalorizado las relaciones entre ellos en varias áreas como el comercio, la jus-

ticia, las políticas públicas... Pero la cooperación y la coordinación se desarrollaron verticalmente también. Especialmente desde los años treinta y la crisis económica. En varios casos, los gobiernos federales decidieron ayudar a su población para superar las grandes dificultades y para sobrevivir. Esta ayuda fue el *Welfare State* en varios países como Estados Unidos, Canadá o Brasil. Pero los gobiernos federales no estaban acostumbrados a tener un papel central en los sectores sociales. Este papel era normalmente una misión de los Estados miembros porque es una de las competencias estatal según la distribución de las competencias entre ellos y el Gobierno federal. Jena Bednar confirme esta idea de la separación de las competencias escribiendo: «*any distribution of authority implies compromise. Not all objectives are complementary*» (Jenna Bednar, 2009, p. 7). A partir de ese momento, el federalismo dinámico sustituyó el federalismo dual. En el «nuevo» federalismo la distribución de las competencias no estaba bien respetada porque el papel del Gobierno federal aumentó. Fue un período de desarrollo de la cooperación entre los gobiernos federal, estatales y locales y pues de interdependencia. Desde el punto de vista legislativo, la consecuencia es la liberalización de los poderes y de las competencias. La distribución de los poderes ya no está respetada. Eso significa que un nivel de gobierno (sobre todo el Gobierno federal) puede actuar en sectores de competencia de otro nivel de gobierno. Es importante precisar que la cooperación no existe solamente entre los gobiernos. La cooperación existe también de manera informal en comités u organizaciones de ministros o funcionarios. Entonces, la superposición de las competencias tuvo una influencia negativa en la autonomía estatal y local. Eso permitió al Gobierno federal actuar en sectores de competencia estatal y en consecuencia, redujo la autonomía de los Estados.

Para ilustrar esta evolución del federalismo, vamos a ver la evolución de las competencias en Canadá (1) y después el caso estadounidense (2).

1. EVOLUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS EN EL FEDERALISMO CANADIENSE

Como un sistema evolutivo, el federalismo no es una estructura fija. Por eso, los poderes de los Estados miembros pueden ser fuerte o débil según las circunstancias. El federalismo canadiense es el ejemplo típico de competencias evolutivas. Cuando la federación canadiense fue construida, el Gobierno federal tenía que ser fuerte y poseer mucha autoridad sobre las provincias. Era necesario por dos razones. Primero porque el Gobierno federal tenía que desempeñar el papel de la monarquía británica para evitar disturbios entre la población. Para mantener cierta unidad en este gran territorio, era importante que el Gobierno federal mostrara su dominación. Segundo, porque el pueblo canadiense francés no quería perder su cultura y quería ser autónomo y gobernarse a sí mismo. Sin embargo, varios factores cambiaron la dominación federal. En primer lugar, un período durante el final del siglo XIX debilitó la legitimidad del Gobierno federal (Richard Simeon y Martin Papillon, 2006, p. 101). En segundo lugar, ciertos

hombres políticos tuvieron gran influencia en el Parlamento federal. Estos *leaders* como Honoré Mercier, Primer Ministro de Quebec o Oliver Mowat, Primer Ministro de Ontario, fueron los instigadores de las conferencias intergubernamentales. La primera conferencia en 1887 se concluyó por críticas negativas sobre el Gobierno federal. En tercer lugar, ciertos recursos de competencia provincial, como las energías hidroeléctricas o las minas, pasaron a ser un sector industrial muy importante, especialmente en el ámbito de los ingresos. Eso fortaleció el poder de las provincias. En cuarto lugar, las sentencias de los tribunales fueron a favor de las provincias y fortalecieron su poder frente al poder federal. Por ejemplo, la competencia federal sobre el comercio o las relaciones internacionales fue interpretada de manera restrictiva por los tribunales.

Sin embargo, la Gran Depresión de los años treinta modificó esa tendencia. El Gobierno federal tuvo que ejercer una política de asistencia en el país entero. Hubo entonces una tendencia a la centralización de las decisiones. Eso se amplificó después de la Segunda Guerra mundial ya que Canadá prosiguió una política keynesiana en los sectores económicos y sociales. Una nueva era empezó en los años setenta. Muchos movimientos de oposición provincial aparecieron en contra del Gobierno federal y se convirtieron en la «Revolución Quieta» en Quebec. Eso aumentó la voluntad de más descentralización y la reducción de la autoridad federal en los sectores provinciales como subvenciones condicionales.

2. LA EVOLUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS EN LOS ESTADOS UNIDOS

La autonomía de los Estados se mide por su capacidad a actuar en sectores de competencia exclusiva. En consecuencia, la capacidad de respuesta del Gobierno federal y sus poderes financieros sobre los Estados afecta la autonomía de los Estados. El papel de los Estados fue siempre importante en la federación estadounidense. Por ejemplo, los Estados son citados quince veces en la Constitución. Como en la gran mayoría de las federaciones, los Estados tienen su propia Constitución y los ciudadanos eligen a sus propios funcionarios y a su propio gobierno. Las constituciones estatales permiten modificar las instituciones y los poderes del Estado. A modo de ilustración podemos recordar que la situación de los gobernadores que no estaba muy desarrollada en un principio, fue modificada para fortalecer su poder legislativo en los Estados. Eso permitió a los gobernadores ser los *leaders* en políticas públicas como educación, desarrollo económico, sanidad o justicia criminal. Los gobiernos locales como las *cities*, los *towns* o *counties*, que no son mencionados en la Constitución federal, fueron creados por los Estados. Su competencia (como recaudar impuestos) fue también delimitada por los Estados. Aunque los poderes de los gobiernos locales están sometidos a los gobiernos de los Estados, hoy tienen cierta independencia y autonomía. Esta independencia está garantizada por la representación de los gobiernos locales en las legislaturas estatales y por el importante papel que desem-

peñaron en el desarrollo de las relaciones intergubernamentales desde los años sesenta. Según Ellis Katz, «under Pennsylvania's constitutional provision for home rule, local government "may exercise any power or perform any function not denied by this Constitution, by its home rule charter, or by the General Assembly"» (Elis Katz, 2006, p. 306). Pero los Estados estadounidenses perdieron parte de su autonomía desde un punto de vista financiero. El Gobierno federal utilizó su poder fiscal para influir en las políticas de los Estados. Muchas subvenciones fueron condicionales incluso para acciones en sectores de competencia estatal. Los Estados tenían que seguir las voluntades del Gobierno federal.

El sistema federal estadounidense es «simétrico», o sea todos los Estados tendrían que tener el mismo estatuto constitucional. En efecto, la Constitución reconoce numerosos poderes a todos los Estados pero deja una competencia exclusiva al poder federal. La Constitución garantiza los poderes concedidos al Gobierno federal, dejando a los Estados las competencias residuales. Eso permite proteger los Estados de las invasiones del poder federal. Además, los Estados pueden organizar y controlar sus poderes legislativo, ejecutivo y judicial siguiendo sus constituciones: la autonomía de los Estados queda protegida.

Los Estados Unidos conocieron también un período de centralización. Después de la *Great Depression*, el Gobierno federal desarrolló y amplió su poder de acción, especialmente en los sectores estatales. Como consecuencia, los gobiernos estatales y locales desarrollaron sus relaciones de cooperación para no estar sometidos al Gobierno federal.

Para concluir sobre este punto, la cooperación fue un paso importante en el federalismo estadounidense. Este «nuevo» federalismo superó la distribución constitucional de las competencias. Pero la cooperación de los gobiernos no se realizó solamente en el ámbito legislativo. Hubo también una cooperación en el ámbito financiero.

B. La evolución del poder financiero: el desarrollo de la cooperación y las tres soluciones de la integración de las finanzas públicas

Para estudiar la cooperación desde un punto de vista financiero, la integración de las finanzas públicas en las federaciones fue una solución importante para el desarrollo de la cooperación. En efecto, la cooperación tuvo un efecto positivo sobre los gobiernos estatales ya que éstos pudieron recibir subvenciones del Gobierno federal. Además, la cooperación pudo permitir la resolución de problemas globales. Es el caso cuando muchos gobiernos locales y estatales se enfrentan a un problema común que no pueden resolver solos porque no tienen los recursos necesarios. En este contexto, la cooperación con el Gobierno federal permite a los Estados recibir subvenciones aunque sean condicionales. Desde el punto de vista federal, la cooperación puede ser un buen instrumento para servir de la experiencia estatal o local y ver su capacidad de poner en práctica los programas nacionales según las condiciones supeditadas. Tres niveles de in-

tegración existen: las subvenciones condicionales o incondicionales (1), la coordinación de las políticas financieras (2) y la armonización fiscal (3).

1. LAS SUBVENCIONES CONDICIONALES E INCONDICIONALES

Desde un punto de vista financiero, la cooperación se puede alcanzar de dos maneras. Primero, por la transferencia de subvenciones de un gobierno hacia otro (del Gobierno federal hacia los gobiernos estatales, en general). Segundo, por el reparto de los ingresos. En este caso, uno o varios ingresos fiscales están divididos entre diferentes gobiernos.

En varias federaciones, las transferencias fiscales entre gobiernos son un elemento importante del equilibrio de los poderes. Las subvenciones pueden ser también una buena solución para que los Estados puedan actuar más fácilmente en sus sectores de competencias. En una lógica vertical de cooperación, el Gobierno federal puede decidir ayudar a los Estados con programas de desarrollo. Pero para respetar la autonomía y la independencia de los Estados, las subvenciones no tienen que ser condicionales.

En Canadá, por ejemplo, dos tipos de transferencias fiscales existen. Los dos se basan en el poder federal de gastar. Un programa de ecualización de los pagos existe desde 1957 y está protegido por la Sección 36 de la Constitución de 1982. Este programa se basa sobre el principio de «igualdad de posibilidades» de las regiones. Según este principio, cada provincia tiene que proponer «niveles de servicios comparables, con niveles de imposición comparables». Las subvenciones condicionales del Gobierno federal por programas provinciales fueron establecidas para igualar los ingresos de las provincias y para proteger su autonomía. El segundo tipo de redistribución de los ingresos pasa por el pago de subvenciones federales en sectores de competencia provincial. Este tipo de programa llamado «shared cost program» resulta menos interesante para las provincias porque corresponde a subvenciones condicionales y por eso, no respeta a la autonomía de las provincias. En efecto, en este caso, el Gobierno federal interviene económica y políticamente en áreas provinciales. Además, limita el poder de las provincias que no pueden actuar libremente.

En Estados Unidos, la Constitución no provee transferencias del Gobierno federal para los Estados pero la jurisprudencia permite las subvenciones gracias a la *General Welfare Clause* (art. 1, sección 8) y a la *Spending Clause*.

2. LA COORDINACIÓN DE LAS POLÍTICAS FINANCIERAS

La coordinación de las políticas financieras es un elemento característico del federalismo. La coordinación permite desarrollar el comercio y, entonces, las políticas regionales. La coordinación se realiza mediante reuniones intergubernamentales que organizan y planean acuerdos financieros. En Canadá, por

ejemplo, existen reuniones interprovinciales y reuniones federal-estatales en las que intervienen ministros provinciales, el Primer Ministro de cada provincia y el del Gobierno federal.

Dos tipos de coordinación existen: una coordinación conjunta o una coordinación jerárquica. La coordinación jerárquica significa que uno de los gobiernos tiene más poder que los otros y conduce las negociaciones. Este gobierno —generalmente el Gobierno federal— impone condiciones a los Estados. En este caso, la autonomía y la independencia de los Estados no están respetadas. Al contrario, en el segundo caso de coordinación, los gobiernos estatales tienen más libertad. La coordinación conjunta permite a los gobiernos estatales o locales influenciar más fácilmente en el proceso de decisión, para dar su opinión. En este caso, los Estados no están sometidos a una entidad superior y pueden invocar su autonomía.

3. LA ARMONIZACIÓN FISCAL EN LOS ESTADOS UNIDOS Y EN CANADÁ

La base de la cooperación en los sistemas federativos depende de la dimensión financiera de cada nivel de gobierno. Sin poder financiero, es imposible cumplir colaboración (Ana Maria Brasileiro, julio de 1974, p. 122). Diferentes maneras permiten conseguir una cooperación financiera. Se puede alcanzar por mecanismos constitucionales que organizan el proceso de cooperación. También se puede realizar por subvenciones, no programadas por la Constitución. La coordinación de las políticas financieras permite una armonización de las leyes fiscales. La armonización fiscal vertical consiste en armonizar ciertas tasas e impuestos estatales y federales de mismo tipo. Trae una parcial y moderada desinversión del Gobierno federal en los ingresos locales y estatales ya que impuestos regionales y locales se sustituyan a las subvenciones federales. Se consigue armonización si se incluye un crédito fiscal o una reducción fiscal. Es lo que aconteció en Estados Unidos en los años treinta y en Canadá desde 1962. Sin embargo, cuando el Gobierno federal tiene una influencia débil en materias fiscales, son los Estados los que realizan la armonización, horizontalmente. Es lo que pasó en Canadá para el impuesto sobre la renta.

No existe un modelo de cooperación financiera pero puede resultar de una armonización presupuestaria y de leyes fiscales (a) o de una coordinación fiscal o financiera (b).

a) Armonización de leyes presupuestarias

La coordinación de las prácticas resulta de la armonización de los documentos presupuestarios y más precisamente de la presentación de la contabilidad. La coordinación de la presentación de la contabilidad fue la consecuencia de la estandarización del derecho presupuestario. En Canadá, la armonización empezó en los años sesenta a raíz de los problemas de coordi-

nación intergubernamental y de las políticas presupuestarias. Las dificultades de coordinación resultaron de la diversidad de las instituciones en las provincias. Resultó también de la utilización de métodos presupuestarios diferentes según las administraciones locales o estatales.

b) Armonización de las leyes fiscales

La armonización fiscal se puede realizar en dos planos: vertical u horizontal. La primera es una armonización de impuestos federales y estatales de mismo tipo. La segunda concierne la armonización de los impuestos o de los sistemas fiscales de varios Estados. La armonización vertical está sobre todo generada por el retroceso del Gobierno federal. Entonces, para compensar, el gobierno regional participa. También, se puede alcanzar armonización por un crédito fiscal o por una deducción fiscal. Canadá y los Estados Unidos utilizaron estas técnicas. Se utiliza el crédito fiscal cuando el Gobierno federal recoge el impuesto sobre la renta o el impuesto a la herencia. Cuando la base de un impuesto federal y estatal es la misma, el Gobierno federal puede deducir una parte del impuesto estatal de su propio impuesto, para reducir el coste para el contribuyente. O sea, los dos gobiernos cobran una parte del mismo impuesto.

La coordinación fiscal horizontal es posible únicamente cuando los Estados miembros tienen relaciones estrechas y directas. Canadá es un buen ejemplo de armonización horizontal con los acuerdos interprovinciales en materia de impuestos sobre la renta.

La defensa de la autonomía de los Estados es algo muy difícil. Desde el punto de vista legislativo, la autonomía de los Estados depende de la capacidad de legislar y realizar acciones administrativas en sectores de competencia estatal. Desde el punto de vista financiero, diferentes etapas pueden ser alcanzadas. La cooperación financiera es la primera etapa en la defensa de la autonomía local o estatal. La coordinación es la segunda etapa cuando no hay coordinación jerárquica pero coordinación conjunta. Toma la forma de reuniones intergubernamentales y durante éstas, cada gobierno defiende sus intereses. La armonización es la tercera etapa en la cual los Estados pueden recaudar sus propios impuestos sin depender de las subvenciones federales. Las subvenciones incondicionales son la mejor manera de mantener la autonomía local y estatal. Pero vamos a ver en la segunda parte que la cooperación es también una buena manera para fomentar autonomía.

II. EL REFUERZO DE LA AUTONOMÍA DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN LOS SISTEMAS FEDERATIVOS

La evolución de las competencias tiene consecuencias en la autonomía y la cooperación (A) y muestra un refuerzo de la autonomía de los Estados miembros y de las regiones (B).

A. Las consecuencias del equilibrio legislativo y financiero en la autonomía y la cooperación

1. AUTONOMÍA ESTATAL Y LOCAL

Inicialmente, la cooperación en los Estados Unidos se realizó de manera horizontal. En efecto, la Constitución estadounidense permite a todos los Estados concluir acuerdos entre ellos, si el Congreso lo aprueba, en aplicación del párrafo 10 del artículo 1 de la Constitución. Pero la cultura estadounidense dejó mucha independencia a los Estados y se organizaron entre ellos. En consecuencia, la cooperación no fue una cosa natural para los Estados porque estaban acostumbrados a proceder solos. Si la cooperación era posible en teoría desde 1787, hubo que esperar hasta el final del siglo XIX y sobre todo a partir de los años 1920. Fue en particular en los años sesenta cuando los acuerdos entre Estados (*interstate compacts*) se multiplicaron y tomaron mucha importancia en el ámbito de la educación o del desarrollo regional. Los acuerdos son generalmente el resultado del federalismo cooperativo y están conducidos por comisiones compuestas por miembros designados por los gobernadores de los Estados. Pero a veces resulta complicado establecer una división clara de las competencias. Desde una perspectiva vertical, aunque los gastos públicos federales han crecido, los Estados se quedan con un gran poder de decisión, incluso en los sectores en los que el Gobierno federal da subvenciones. Es el caso, por ejemplo, en los sectores de la educación, del desarrollo urbano o de las vías de comunicación. Pero, por un fenómeno de centralización, este federalismo cooperativo dejó sitio a un federalismo *coercitivo*.

Los Estados tienen una sustancial autonomía fiscal y pueden decidir de su sistema de impuestos bastante libremente. El principio fundamental de autonomía de los Estados en Estados Unidos induce que la ecualización horizontal no está considerada como un objetivo federal. Los resultados de la reducción de las desigualdades fueron menos positivos que en otras federaciones. La autonomía es por lo tanto una barrera a cualquiera voluntad de reducir las desigualdades entre Estados, excepto para los Estados más débiles económicamente, que no pueden rechazar esta ayuda para proponer el mínimo de servicios a sus habitantes.

A modo de conclusión, es posible considerar que las subvenciones fueron positivas para mejorar la autonomía de los Estados de Estados Unidos. Permitieron a los Estados actuar más fácilmente en sus sectores de competencia y en más sectores, gracias a su capacidad financiera más importante.

2. LA AUTONOMÍA DE LAS ENTIDADES BRASILEÑAS

La autonomía es el poder de autodeterminación «exercised independently inside the boundaries of a superior rule» (Constantino Mortati, 1967, p. 694).

La autodeterminación supone una autoorganización, según Anna Cândida da Cunha Ferraz, y la lógica de autoorganización es una característica del federalismo brasileño (Anna Cândida da Cunha Ferraz, 1979, p. 53). La Constitución brasileña de 1988 prevee una autonomía de los Estados miembros y de las municipalidades. Así, los artículos 18 y 25 de la Constitución permiten a los Estados tener su propia Constitución.

Tres niveles de gobierno pueden ser observados en el sistema brasileño (Unión, Estados y municipalidades) y la Unión tal como los Estados tiene poderes legislativo, ejecutivo y judicial. La Unión es competente en los sectores relativos a la soberanía de la Federación brasileña. Respecto a los Estados, el poder ejecutivo está en manos del gobernador, elegido por el pueblo. Guía y conduce la política del Estado y no está sometido a la política de la Unión. El poder legislativo pertenece a una asamblea compuesta de diputados, también elegidos por el pueblo. La Asamblea unicameral puede actuar en todos los sectores excepto los previstos por la Constitución:

- Los Estados organizan también su sistema judicial según su propia Constitución y tienen una competencia financiera para asegurar su independencia. Los sectores en los que los Estados pueden recaudar impuestos están previstos en la sección 155 de la Constitución de 1988. Pueden crear impuestos y recibir una parte de los impuestos recaudados por la Unión.

Las municipalidades tienen un poder legislativo en sus sectores de competencia (en cuanto al desarrollo local) y un poder ejecutivo que garantizan su autonomía. Pueden recaudar sus propios impuestos en sectores específicos. La autonomía de las entidades de la Federación se manifiesta por diferentes elementos. Primero, tienen la capacidad de autoorganización: cada Estado tiene su Constitución y las municipalidades están organizadas por leyes orgánicas.

- Su autonomía es fortalecida por el hecho de que los poderes legislativos no están sometidos a la Unión. Las municipalidades gozan de un estatuto particular: pueden actuar sin ser controladas en los sectores de interés local, pueden crear y recaudar impuestos o parte de los impuestos recaudados por el Estado del que depende.

B. El refuerzo de la autonomía de los Estados miembros y de las regiones

En algunas federaciones, como la estadounidense o la canadiense, cada nivel de gobierno tiene competencias equivalentes desde un punto de vista legislativo o ejecutivo. Presenta varias ventajas. Primero, fortalece la autonomía regional y, a veces, local (cuando tiene un poder legislativo). Segundo, cada nivel de gobierno puede poner en práctica su propia legislación.

En España, la Constitución enumera las competencias exclusivas del gobierno «federal». Transfiere las competencias de las Comunidades Autónomas

a los Estatutos de las Comunidades. A pesar de la determinación de las reglas en la Constitución y de la asignación de la competencias, la realidad del federalismo español revela la ruptura entre la teoría y la práctica. Muchos sectores necesitan la cooperación de varios gobiernos. Es de buen agüero para los Estados y su capacidad a tener influencia en sectores que, normalmente, son de competencia federal. Por lo demás, respecto a los poderes residuales, la Constitución permite al Gobierno federal actuar. Eso tiene importante consecuencia en la autonomía de las comunidades porque limita el poder de actuar en sectores que no están previstos claramente para ellas en el texto constitucional.

1. COOPERACIÓN Y FEDERALISMO DE COLABORACIÓN: CLAVE PARA FORTALECER LA AUTONOMÍA DE LOS ESTADOS

La cooperación puede ser una buena solución para conservar parte de autonomía. Más precisamente, si la cooperación implica la participación de varias instituciones políticas en la creación de políticas públicas, cada Estado puede ser autónomo en la realización de políticas públicas que no hubiera podido llevar a cabo solo. Sin embargo, la cooperación puede también representar un peligro para la autonomía de los Estados, como en el proceso de negociación, porque un nivel de gobierno puede dirigir las negociaciones y entonces, limitar la autonomía de los otros. Además, la cooperación puede conducir a una forma de interdependencia o de centralización si el Gobierno federal es demasiado poderoso. Entonces, cada nivel de gobierno tiene que estar en un mismo nivel de igualdad en el proceso de cooperación.

El federalismo de colaboración es el procedimiento que permite realizar objetivos nacionales en colaboración con el Gobierno federal y con todos o varios miembros de la Federación. El federalismo de colaboración es diferente del federalismo cooperativo porque no existe influencia del Gobierno federal sobre los Estados con las subvenciones. El federalismo de colaboración puede tomar dos formas. La primera consiste en la colaboración con todos los niveles de gobierno para encontrar un equilibrio de los poderes y competencias. Pero hay imperativos: cada nivel de gobierno tiene que gozar de poderes administrativos y fiscales porque la coordinación de las políticas públicas depende en la interdependencia. Ahora bien, interdependencia supone que cada actor tenga el poder de actuar (David Cameron y Richard Simeon, 2002, p. 55). La segunda forma de colaboración tiene que ver con las relaciones entre los gobiernos estatales y locales. En este caso, el Gobierno federal desempeña un papel secundario.

El federalismo de colaboración es también una manera de encontrar solución a los sobrecostos de competencias cuando los niveles federales y estatales tienen ambos competencia. *Las ventajas fundamentales de la colaboración son dejar actuar un nivel de gobierno para evitar las modificaciones constitucionales. Canadá ilustra el federalismo de colaboración. Las conferencias fe-*

deral-provinciales de los Primeros Ministros fueron creadas sobre el modelo de la conferencia anual de los Primeros Ministros de las provincias. Ellas preparan planos y documentos oficiales para que el Gobierno federal ayude a las provincias en cuanto a problemas que encuentran. Las administraciones regionales y locales analizan sus problemas de competencia compartida y proponen soluciones al Gobierno federal.

2. INFLUENCIA DE LAS RELACIONES EUROPEAS E INTERNACIONALES

La internacionalización de las relaciones, la apertura de las fronteras, condujo las regiones a proteger su identidad y su autonomía. La Unión europea tuvo también una influencia en la protección de las regiones. El Fondo de Desarrollo Regional Europeo es un programa general que atribuye subvenciones a las regiones. Programas específicos existen como el programa de cohesión económica y social o el programa para el desarrollo de los territorios rurales. Estos programas fueron creados según el principio de subsidiariedad. Este principio fundamental atribuye la prioridad a la autoridad más cercana para actuar en sectores locales. Las autoridades más importantes podrán actuar si la más cerca no tiene los medios para hacerlo. Este principio dio más poder a las regiones gracias a las subvenciones, especialmente en los sectores económicos y sociales. Además, las regiones pueden proteger su identidad y su cultura porque ciertas subvenciones están asignadas para el desarrollo de la cultura regional. En lo que toca a la asignación de subvenciones, el Consejo por la Política Financiera y Fiscal ayuda también a las regiones. El proceso de integración europea ha cambiado de manera importante las relaciones centro-periferia. La transferencia de ciertos órganos decisorios hasta la Comisión europea la convirtió en un actor fundamental para el desarrollo de las regiones. Existen así relaciones directas entre los gobiernos regionales y la Comisión. Gracias a ello, las regiones han ganado más importancia, sobre todo gracias a su representación en ciertas instituciones europeas como el Parlamento Europeo o la Asamblea de la Regiones Europeas.

III. CONCLUSIÓN

Para las comunidades españolas, la coordinación es un asunto crucial en el sistema español por los sobrecostes entre los sectores regional y nacional. En consecuencia, la coordinación está realizada por comisiones sectoriales, compuestas por ministros regionales y nacionales.

En lo que se refiere a la asignación de subsidios, el sistema español no se parece realmente a un sistema federativo. Salvo en Navarra y en el País Vasco, ninguna comunidad recauda sus propios recursos financieros. Todos los impuestos están recaudados por el Gobierno «federal» y asignados a las Comunida-

des después de un proceso de negociación. En el País Vasco, la situación es radicalmente diferente ya que el gobierno regional recauda todos los impuestos y paga parte de sus ingresos al Gobierno español después de negociaciones. Un fondo específico para las regiones más pobres existe también. Con respecto al artículo 2 de la Constitución española que reconoce el derecho a la autonomía a las regiones y a la solidaridad, el Fondo de Compensación Interterritorial fue creado para ayudar a las regiones con dificultades económicas. Este fondo fue reforzado por la Unión europea con programas de desarrollo regional. Las relaciones políticas y financieras con otros gobiernos como el español o las entidades europeas son una buena solución para proteger y mantener la autonomía de las Comunidades españolas. Las subvenciones europeas o españolas permiten a las Comunidades españolas actuar en muchos más sectores. Entonces, la cooperación financiera y fiscal es un buen mecanismo para encontrar soluciones a los problemas regionales o locales. La cooperación promueve la expresión común de los puntos de vista y organiza las relaciones de ayuda. La distribución de las competencias ya no se debe respetar para defender la autonomía de los Estados miembros. La evolución del federalismo en varios países mostró que los sobrecostos de las competencias son frecuentes y ya no protegen los Estados de incursiones nacionales. Sin embargo, la capacidad financiera es algo crucial para proteger y mantener su autonomía. Subvenciones incondicionales permiten a los Estados actuar como quieran en sus sectores de competencia y entonces preservar su autonomía.

IV. REFERENCIAS

Libros

- BEDNAR, J., *The Robust Federation*, Cambridge University Press, Nueva York, 2009, p. 242.
- GUNTHER, R. y MONTERO, J.R., *The Politics of Spain*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 264.
- KATZ, E., «United States of America», en MAJEED, A.; WATTS, R.L. y BROWN, D.M., *A Global dialogue on Federalism: Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, McGill-Queen's University Press, 2006, pp. 296-321.
- MORTATI, C., *Istituzioni di Diritto Pubblico*, CEDAM, vol. 2, 7.º ed., Pádua, 1967.

Publicaciones periódicas

- BRASILEIRO, A.M., «O Federalismo Cooperativo», en *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, julio, n.º 9, 1974, pp. 83-128.
- CAMERON, D. y SIMEON, R., «Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism», en *The Global Review of Federalism* (spring), *Publius*, vol. 32, n.º 2, 2002, pp. 92-122.

- FERRAZ DA CUNHA, A.C., «Poder Constituinte do Estado-membro», en *Revista dos Tribunais*, San Paulo, 1979, pp. 7-49.
- GONÇALVES FERREIRA FILHO, M., «O Estado Federal Brasileiro à Luz da Constituição de 1988», en *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de Sao Paulo, vol. 86, 1991, pp. 116-129.
- SIMEON, R. y PAPIILLON, M., «Canada», en MAJEED, A.; WATTS, R.L. y BROWN, D.M., *A Global dialogue on Federalism: Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, McGill-Queen's University Press, vol. 2, 2006, pp. 92-122.

El sentido actual y futuro de las relaciones intergubernamentales: una visión comparada del modelo en EE.UU. y en España

Eva Sáenz Royo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Para qué servían las relaciones de cooperación en el origen de nuestro Estado autonómico? 3. El sentido actual de las relaciones intergubernamentales en España: la influencia del Estado en las políticas autonómicas. 4. El sentido futuro de las relaciones intergubernamentales en España: la influencia autonómica en la decisión estatal. 4.1. Composición y toma de decisiones en el seno del Consejo Territorial. 4.2. Vinculatoriedad de los acuerdos adoptados por el Consejo Territorial. 4.3. La actuación de las Comunidades Autónomas al margen del marco cooperativo. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones de cooperación intergubernamental existen como algo consustancial en todos los sistemas de descentralización política. Incluso en aquellos sistemas tradicionalmente denominados de federalismo dual cuya esencia es una radical separación de competencias y funciones entre los distintos niveles de manera que cada nivel de gobierno gestiona sus leyes a través de su propia administración. A este modelo responde el modelo federal de EE.UU., donde «paradójicamente» se vienen desarrollando relaciones intergubernamentales desde el siglo XIX, tal y como demostraría Elazar en 1962¹.

Esta experiencia en relaciones intergubernamentales de otros sistemas federales mucho más antiguos que el nuestro nos servirá en gran medida para conocer el sentido de las relaciones de cooperación en el marco de nuestro Estado autonómico, y analizar las posibilidades que estas relaciones pueden generar en el futuro.

¹ ELAZAR, D.J., 1962. La construcción de esta teoría se basa fundamentalmente en otras dos obras: CORWIN, E.S., «The Passing of Dual Federalism», en *Virginia Law Review*, n.º 36, febrero de 1950, pp. 1-24, quien emplea el término de federalismo cooperativo; GRODZNIŚ, M., *The American System: A New View of Government in the United States*, Rand McNally & Company, Chicago, 1966.

2. ¿PARA QUÉ SERVÍAN LAS RELACIONES DE COOPERACIÓN EN EL ORIGEN DE NUESTRO ESTADO AUTONÓMICO?

En origen las relaciones intergubernamentales en España se impulsan a raíz del proceso de traspaso de competencias y su contenido —sustancialmente— financiero tiene como objetivo transferir a las CCAA gran parte de los recursos necesarios para ejercer sus competencias². Esto se explica ya que la prioridad política en nuestro Estado autonómico se centró en descentralizar numerosas materias hacia las CCAA mientras que el traspaso de los ingresos fiscales fue más lento y limitado. Las RIGs se han utilizado como forma de salvar la insuficiencia financiera de las CCAA. De hecho más de una tercera parte de los convenios celebrados entre el Estado y las CCAA se hayan hecho en Servicios Sociales, competencia transferida en exclusividad a las CCAA, y han consistido básicamente en fijar la aportación del Estado a las CCAA³.

Para ello resultó imprescindible la admisión por la jurisprudencia constitucional del poder de gasto estatal más allá de sus competencias. Y dado que de lo que se trataba era de cubrir una insuficiencia financiera autonómica el Estado no debería tratar de influir en el ejercicio de dicha competencia autonómica, rechazando que el consentimiento autonómico legitimara la invasión competencial del Estado. Así se estableció en la STC 13/1992, de 6 de febrero:

«Se podría pensar que mal puede el Estado lesionar la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas cuando éstas en modo alguno están obligadas a aceptar la subvención establecida en los Presupuestos Generales del Estado para acciones de fomento en materias o servicios de competencia exclusiva de aquéllas. De manera que la Comunidad Autónoma siempre podría evitar la lesión a su autonomía política o la invasión competencial rechazando la subvención en la forma prevista en los Presupuestos Generales del Estado y si en uso de su autonomía de la voluntad la acepta, prestando su consentimiento a las condiciones y modo de la subvención, ello priva de fundamento a toda queja competencial en este sentido, pues sería como ir contra sus propios actos. Pero un razonamiento semejante sería constitucionalmente inaceptable porque la autonomía y las propias competencias son indis-

² Al respecto, pueden consultarse CICUÉNDEZ SANTAMARÍA, R. y RAMOS GALLARÍN, 2006; y CICUÉNDEZ SANTAMARÍA, R., 2006.

³ GARCÍA MORALES, M.J., 2004, pp. 71 y 72, donde se señala que durante el año 2003, el 35% del número total de convenios en servicios sociales. En total, 258 convenios. En el año 2005, el número de convenios en servicios sociales fue de 252 sobre un total de 580, es decir más del 43%, en GARCÍA MORALES, M.J., 2006^a, p. 83. Esta tendencia continúa en 2006, con 287 convenios en servicios sociales (GARCÍA MORALES, M.J., 2007, pp. 86-87) y en 2007 (GARCÍA MORALES, M.J., 2008, p. 179). Véase, también, GARCÍA MORALES, M.J., 2006^b, p. 26.

ponibles tanto para el Estado como para las Comunidades Autónomas y porque, como se dijo en la STC 201/1988, fundamento jurídico 4, la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas reconocida en los artículos 156.1 de la Constitución y 1.1 de la LOFCA exige la plena disposición 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». (FJ 7)

Dicha sentencia rechaza que el consentimiento autonómico pueda legitimar la invasión competencial estatal básicamente a partir de dos argumentos: la indisponibilidad de la autonomía y de las propias competencias; y —creo que este es el fundamental— la necesidad de suficiencia financiera para el ejercicio de las propias competencias.

Con base precisamente en esta doctrina del nuestro TC se aprueban previsiones referidas a la actividad de fomento en el último proceso de reformas estatutarias (véase, por todas, art. 114 EAC).

3. EL SENTIDO ACTUAL DE LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES EN ESPAÑA: LA INFLUENCIA DEL ESTADO EN LAS POLÍTICAS AUTONÓMICAS

Sobre todo a lo largo de la última década hemos asistido en España a un progresivo proceso de descentralización financiera. El hecho de que el peso de la financiación autonómica recaiga hoy en gran medida en impuestos cedidos total o parcialmente, con capacidad normativa incluida, hace que los recursos con los que cuenta la Comunidad Autónoma dependan en gran medida de la capacidad fiscal de la propia Comunidad Autónoma. Por tanto, ante la cuestión de si las CCAA tienen suficientes recursos para el ejercicio de sus competencias habría que decir que las CCAA lo que sí tienen hoy son suficientes mecanismos de financiación para ser libres a la hora de aceptar o no una subvención condicionada del Estado.

Si el sentido actual de las RIGs en España fuera cubrir la insuficiencia financiera autonómica está claro que la tendencia hubiera sido su disminución, a la par que la disminución de las transferencias financieras del Estado a las CCAA. Paradójicamente el número de convenios entre el Estado y las CCAA, al igual que la cantidad de las transferencias del Estado, han aumentado progresivamente⁴.

⁴ Véase *Informe sobre los Convenios de colaboración Estado-CCAA suscritos durante 2009*, p. 23: http://www.mpt.gob.es/dms/es/publicaciones/centro_de_publicaciones_de_la_sgt/Periodicas/parrafo/0111116/text_es_files/Informe-convenios-Estado-CCAA-2009-INTERNET.pdf

El proceso de descentralización financiera y el paralelo aumento del número de convenios intergubernamentales y de transferencias estatales impide considerar hoy que los mismos persigan cubrir la insuficiencia financiera autonómica. ¿Qué otro sentido pueden tener las RIGs y en definitiva las transferencias financieras que con ellas se producen en los modelos federales donde no se persigue suplir una insuficiencia financiera? En definitiva, en un contexto de autonomía financiera, ¿qué sentido pueden tener estas transferencias del Centro a las unidades autónomas?

Si tomamos como modelo el primero de los Estados Federales, EE.UU., un modelo del llamado «federalismo dual», podemos observar que ya en el siglo XIX desarrolló relaciones intergubernamentales entre la Federación y los Estados miembros. Estas relaciones estaban y están basadas en concesiones dinerarias desde la Federación a los Estados (los *grants-in-aid*, técnicamente llamados «*federal intergovernmental transfers*»)⁵. No obstante, estas concesiones dinerarias no pretenden cubrir una insuficiencia financiera de los Estados, ya que los ingresos de los Estados dependen de su propia capacidad fiscal al adoptarse los principios de un sistema fiscal múltiple o sistema de separación. La finalidad de estas concesiones dinerarias y, en definitiva, de las relaciones intergubernamentales entre la Federación y los Estados, es que los Estados en el ejercicio de sus competencias realicen las prioridades marcadas federalmente. Con la aprobación de la XVI Enmienda en 1913 permitiendo al Gobierno federal gravar la renta las concesiones dinerarias de la Federación a los Estados aumentan⁶, y paralelamente aumentan las condiciones impuestas desde la Federación en las relaciones intergubernamentales, así como su capacidad de influencia sobre la política estatal⁷.

Por su parte, en la práctica política española, han proliferado los convenios en materias de competencia autonómica con el objetivo de financiar actuaciones que el Estado ha considerado de interés general y, por tanto, ligados a subvenciones condicionadas. Entre ellos, los convenios para el desarrollo del Plan Nacional de Transición a la Televisión Terrestre Digital (TDT), Desarrollo del Plan Avanza para la Sociedad de la Información, los relativos a restauración hidrológica-forestal, los dirigidos a la financiación de libros y material escolar en niveles obligatorios de la enseñanza, los relativos al desarrollo de programas de incentivos de la actividad investigadora, o aquellos que financian programas dirigidos a colectivos específicos, tales como personas dependientes, jóvenes, mujeres, mujeres víctimas de violencia de género, inmigrantes, menores inmigrantes no acompañados, etc.⁸.

⁵ ELAZAR, D.J., 1962. Para el concepto de los *grants-in-aid* y concretos casos de desarrollo de relaciones intergubernamentales en EE.UU. durante el siglo XIX, puede verse SÁENZ ROYO, E., 2011, pp. 3 y ss.

⁶ Sobre el incremento de los *grants*, puede verse: DILGER, R.J., 2000, pp. 98-107; VINES, K., 1976, pp. 3-48.

⁷ ZIMMERMAN, J.F., 2001, p. 20.

⁸ Informe sobre los convenios de colaboración Estado-Comunidades Autónomas suscritos durante 2009, p. 14 en http://www.mpt.gob.es/publicaciones/centro_de_publicaciones_

Por ello, en España, al igual que en EE.UU. y en general en el derecho comparado, el sentido actual de las relaciones de cooperación entre el Estado y las CCAA es en gran medida la orientación e impulso desde el centro de determinadas políticas autonómicas. Buena muestra de ello es que es cada vez mayor la exigencia de cofinanciación por las CCAA⁹. A cambio las CCAA reciben fondos sin necesidad de subir sus impuestos.

No resulta, en definitiva, una peculiaridad de nuestro Estado autonómico el hecho de que las relaciones intergubernamentales estén estrechamente vinculadas a las subvenciones condicionadas y que hayan servido para orientar en buena medida el ejercicio de políticas autonómicas.

4. EL SENTIDO FUTURO DE LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES EN ESPAÑA: LA INFLUENCIA AUTONÓMICA EN LA DECISIÓN ESTATAL

Las relaciones intergubernamentales en modelos federales no sólo sirven para influir desde el Centro a las partes, sino que también sirven como instrumento para que los territorios autónomos influyan en la decisión estatal. Esta finalidad de las relaciones intergubernamentales en España hasta el momento no había sido ejercida sustancialmente, suponiendo un novedad al respecto la Ley 39/2006, de 14 de abril, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia —en adelante, LAAD—¹⁰.

El artículo 1.2 de la LAAD dispone que el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia responderá a una acción coordinada y cooperativa de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, que contemplará medidas en todas las áreas que afectan a las personas en situación de dependencia, con la participación, en su caso, de las Entidades Locales. También en el artículo 3.ñ) aparece la cooperación como uno de los principios fundamentales que inspira la ley. El SAAD se configura así como «cauce para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, en materia de promoción de la autonomía personal y la atención y protección a las personas en situación de dependencia» (art. 6.1 LAAD).

La forma de estructurar esta cooperación se realiza a través del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Según

de_la_sgt/Periodicas/parrafo/0111116/text_es_files/file/Informe_convenios_Estado-CCAA_2009-INTERNET.pdf

⁹ En concreto, de los 1.059 acuerdos y convenios firmados en 2009, en 542 casos, es decir en un 51%, existe aportación financiera autonómica: *Informe sobre los Convenios de colaboración Estado-CCAA suscritos durante 2009*, p. 17. Disponible en: http://www.mpt.gob.es/dms/es/publicaciones/centro_de_publicaciones_de_la_sgt/Periodicas/parrafo/0111116/text_es_files/Informe-convenios-Estado-CCAA-2009-INTERNET.pdf

¹⁰ Sobre esta materia, también en SÁENZ ROYO, E., 2010, pp. 372 y ss.

la Disposición Final 2 de la LAAD, «En el plazo máximo de tres meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, deberá constituirse el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia regulado en el artículo 8». Su creación efectiva se produjo el 22 de enero de 2007.

Se trata éste de un órgano de cooperación multilateral, semejante a las clásicas Conferencias Sectoriales, con la participación del Estado, las CCAA y, en su caso, las Entidades Locales (artículo 12 LD), pero con unos poderes hasta ahora inéditos en nuestras Conferencias Sectoriales. No se trata ahora sólo de pactar los criterios de reparto de fondos (que también —artículo 8.2.a LAAD—), sino también de pactar el contenido de los Reales Decretos y demás disposiciones que desarrollen la ley e incluso informar al Gobierno sobre el nivel mínimo de protección que corre exclusivamente a su cargo. En este sentido, se señalan como competencias del Consejo Territorial:

a) Acordar el Marco de cooperación interadministrativa para el desarrollo de la Ley previsto en el *artículo 10*.

b) Establecer los criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios previstos de acuerdo con los *artículos 10.3 y 15*.

c) Acordar las condiciones y cuantía de las prestaciones económicas previstas en el *artículo 20* y en la *disposición adicional primera*.

d) Adoptar los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios.

e) Acordar el baremo a que se refiere el *artículo 27*, con los criterios básicos del procedimiento de valoración y de las características de los órganos de valoración.

f) Acordar, en su caso, planes, proyectos y programas conjuntos.

g) Adoptar criterios comunes de actuación y de evaluación del Sistema.

h) Facilitar la puesta a disposición de documentos, datos y estadísticas comunes.

i) Establecer los mecanismos de coordinación para el caso de las personas desplazadas en situación de dependencia.

j) Informar la normativa estatal de desarrollo en materia de dependencia y en especial las normas previstas en el *artículo 9.1*.

k) Servir de cauce de cooperación, comunicación e información entre las Administraciones Públicas (art. 8.2 LAAD).

Por tanto, con la aprobación de la LAAD la cooperación entre el Estado y las CCAA se establece no sólo como vehículo de financiación del sistema —a través de los Convenios bilaterales de colaboración con cada Comunidad Autónoma, artículo 10.4 LAAD—, sino también —y esto es lo políticamente rele-

vante— como forma de desarrollo normativo de la ley a través de los acuerdos a los que llegue el Consejo Territorial del SAAD.

Con la LAAD el Estado decide entrar en un ámbito tradicionalmente autonómico a través de un título horizontal, pero en lugar de hacer un uso extensivo de dicho título horizontal, aprobar unilateralmente los Reglamentos de desarrollo de la ley y utilizar los Convenios de colaboración con las CCAA para implicar y orientar en ese sentido la política autonómica a través de la cofinanciación; en lugar de eso, señala el legislador central los aspectos donde considera necesaria la homogeneidad (competencias asignadas al Consejo Territorial) pero la concreción de la misma se deja en manos del Consejo Territorial. Por tanto, la orientación de las políticas autonómicas en materia de dependencia para conseguir cierta homogeneidad no está en manos del Estado sino que se decide multilateralmente.

4.1. Composición y toma de decisiones en el seno del Consejo Territorial

La importancia decisoria que tiene el Consejo Territorial para el desarrollo de todo el Sistema de Atención a la Dependencia hace que adquiera especial relevancia para conocer el protagonismo real de cada una de las Administraciones la composición del mismo y la forma de toma de las decisiones. Esto nos dará la medida de la participación de las CCAA en la definición de los «intereses generales supracomunitarios».

El Consejo está constituido por el titular del Ministerio de Políticas Sociales, los titulares del Gobierno de las Comunidades Autónomas, competentes por razón a la materia, y once representantes de la Administración General del Estado. También se cuenta con la participación con voz y voto de un representante por cada una de las Ciudades Autónomas de Ceuta y de Melilla, que tenga a su cargo la competencia en la materia de acción social y de dos representantes de las Entidades Locales, designados por la Federación Española de Municipios y Provincias. En definitiva, 33 miembros de los cuales 12 son en representación del Estado, 2 de las Entidades Locales y 19 entre CCAA y las Ciudades Autónomas. De esta manera se garantiza la mayoría de los representantes de las Comunidades Autónomas exigida en el artículo 8.1 LAAD.

El protagonismo de las CCAA se salvaguarda ya en la convocatoria de Pleno del Consejo, que se hará por iniciativa propia del Presidente o a petición de una tercera parte de los miembros o la mitad de las CCAA. En estos últimos supuestos, la solicitud deberá ser motivada indicando el asunto o asuntos a tratar (artículo 10.1 Reglamento).

Los acuerdos y propuestas se adoptarán por asentimiento de los presentes y en su defecto por el voto favorable de la mayoría de los representantes de la Administración General del Estado y de la mayoría de los de las Comunidades Autónomas (art. 12.2 Reglamento). En este sentido se garantiza que a la Administración General del Estado no le bastaría sumar a sus 12 votos 5 más

entre las Entidades Locales, Ciudades Autónomas o CCAA, para alcanzar un acuerdo, sino que es necesario que la mayoría de las CCAA estén de acuerdo con el mismo. Con ello se contradicen las previsiones doctrinales según las cuales el Gobierno central mantendría su protagonismo en el desarrollo reglamentario del sistema¹¹.

4.2. Vinculatoriedad de los acuerdos adoptados por el Consejo Territorial

Uno de los problemas que puede generarse en el SAAD es precisamente que se encarga el desarrollo normativo de la ley a un órgano de carácter cooperativo, siendo característica la voluntariedad y la falta de vinculación jurídica de las decisiones que se adopten en órganos de esta naturaleza (STC 31/2010, FJ 112).

Resulta difícil negar la vinculatoriedad jurídica de aquellos acuerdos adoptados en el seno del Consejo Territorial que son recogidos posteriormente en una disposición reglamentaria estatal.

No obstante, según el tenor literal de la LD, no todos los acuerdos adoptados en el seno del Consejo Territorial precisan de ser recogidos en una disposición reglamentaria estatal. De hecho nos encontramos con que aspectos tan importantes como la determinación de la capacidad económica del beneficiario y los criterios de participación de éste en las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia o los criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia no aparecen recogidos en un Real Decreto del Gobierno sino que simplemente son publicados a través de una Resolución de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad. El no incorporarse en una norma jurídica ha hecho plantearse desde los operadores jurídicos y la doctrina la efectividad jurídica de dichos acuerdos y las razones del legislador estatal para establecer estas diferencias de trato en función de la materia acordada en el seno del Consejo Territorial. De hecho se llega a afirmar que los acuerdos del Consejo que no precisan la incorporación en un Real Decreto del Gobierno «no serán vinculantes para las Comunidades Autónomas que no hayan manifestado su conformidad, de suerte que éstas podrán apartarse de los mismos», teniendo estos acuerdos el mero valor de «recomendación»¹². No me parece que sea ésta una interpretación correcta, ya que la competencia para esos asuntos está otorgada al Consejo Territorial a efectos de un desarrollo homogéneo de la ley, y no puede ser desconocida por las CCAA.

¹¹ Así se señaló que previsiblemente «la representación de la Administración Central unida a la de las Comunidades Autónomas en las que gobierne el partido en el poder podrá, de facto, imponer sus criterios en el seno del Consejo». PÉREZ DE LOS COBOS, F., 2007, p. 121.

¹² ROQUETA BUJ, R., 2009, pp. 87 y 101.

En todo caso en el supuesto de las Comunidades Autónomas que se opongan al acuerdo alcanzado en el seno del Consejo Territorial y luego planteen problemas a la hora de firmar el Convenio bilateral correspondiente, no parece aceptable la posibilidad de que se llegara a un acuerdo bilateral diferente de las pautas fijadas a nivel multilateral. El bloqueo en la firma de un Convenio bilateral conllevaría el compromiso por parte del Estado de financiar tan sólo el nivel mínimo garantizado, sin que pudiera ejecutarse el crédito consignado en los Presupuestos destinado a la financiación del Convenio bilateral (Disposición transitoria 1.º LAAD).

4.3. La actuación de las Comunidades Autónomas al margen del marco cooperativo

Al margen de su protagonismo y participación en el marco del Consejo Territorial y, por tanto, en el desarrollo normativo de la LAAD, la labor de las CCAA se reduce prácticamente a la gestión del sistema de dependencia previamente pactado en el Consejo Territorial y, en su caso, a las posibles mejoras que pueda incorporar a través de sus propios Presupuestos (artículo 11 LAAD).

En definitiva, serán las CCAA las que reconozcan el derecho por dependencia atendiendo a la residencia del solicitante de la prestación, teniendo este reconocimiento validez en todo el territorio nacional. Serán también los servicios sociales de las CCAA los que determinen, con la participación mediante la consulta y opinión del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le representen, un Programa Individual de Atención —en adelante, PIA— que habrá de contemplar las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas establecidas en la Ley. Actualmente, tal y como se ha desarrollado por el Real Decreto 727/2007, las CCAA también determinarán la intensidad de los servicios, salvo el de ayuda a domicilio (arts. 5-10), el régimen de compatibilidades e incompatibilidades de los servicios (art. 11) y respecto a las prestaciones económicas las condiciones de acceso (art. 12) y el importe de las prestaciones respetando el máximo establecido (para el año 2010, Real Decreto 374/2010, de 26 de marzo).

Por otra parte, la posibilidad de las CCAA de mejorar la atención a la dependencia con cargo a sus propios Presupuestos ha sido prevista expresamente por el legislador estatal en el párrafo segundo del artículo 11. De esta manera se diluyen las dudas que pudieran surgir acerca de una intervención autonómica al margen del Sistema estatal de atención a la dependencia; dudas que sí se han suscitado respecto a otros ámbitos asistenciales regulados por las instancias centrales¹³.

¹³ Sobre el tema, SÁENZ ROYO, E., 2009, pp. 57 y ss.

5. CONCLUSIÓN

En España hay una percepción bastante generalizada de que las relaciones de cooperación intergubernamentales no son lo que deberían ser y que constituyen más bien una forma de intervención del Estado en esferas autonómicas. En esta ponencia he tratado de demostrar que en origen las relaciones de colaboración intergubernamental verticales en España han servido en buena medida como forma de que el Estado financie a las CCAA para que éstas puedan ejercer las competencias transferidas. Este sentido originario va cambiando conforme se avanza en la descentralización financiera. En un contexto como el actual, con una amplia descentralización financiera, las transferencias financieras del Estado a través de las relaciones intergubernamentales —que lejos de lo que pudiera parecen incluso se han incrementado— no van dirigidas tanto a cubrir una insuficiencia financiera como a orientar e impulsar determinadas políticas autonómicas. El sentido de estas relaciones intergubernamentales sería pues semejante al que desde su origen han tenido estas relaciones en otros países como EE.UU. y, por tanto, no supone una peculiaridad de nuestro Estado autonómico.

Respecto al futuro, las relaciones de cooperación establecidas entre el Estado y las CCAA en la LAAD constituyen toda una novedad en nuestra historia autonómica en cuanto a la forma de ejercer las competencias por parte de cada una de las Administraciones territoriales implicadas. Hasta la actualidad los esfuerzos de las distintas Administraciones Territoriales han ido dirigidos fundamentalmente a la defensa y fijación de su respectivo ámbito de actuación para ejercerlo unilateralmente. Algo que, como ya hemos visto, ha resultado especialmente dificultoso y conflictivo en el ámbito de las competencias compartidas. La participación de las CCAA en el seno del Consejo Territorial en la fijación de las «condiciones básicas» para la atención a la dependencia supone sin duda un paso cualitativo en el desarrollo de nuestro Estado autonómico y un intento de reducir la conflictividad no tanto por vía jurídica (como se ha intentado por las reformas estatutarias) como por la vía política.

Si bien no puede sino considerarse loable la intención, resulta sin duda esta vía compleja en su desarrollo y poco eficiente según el *Informe sobre «La participación de la Administración General del Estado en el sistema para la autonomía y atención a la dependencia»* publicado por el Gobierno de España/Ministerio de la Presidencia, Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, en el año 2009. Señala el mismo que aun cuando entre las materias que son competencia del Consejo Territorial «se encuentran cuestiones tan fundamentales para el desarrollo del SAAD como los criterios comunes para la participación de los beneficiarios en el coste de los servicios (copago), los criterios comunes de acreditación de centros o los objetivos y contenidos mínimos para el necesario establecimiento del sistema de información, el Consejo Territorial no ha regulado, o la ha hecho con mucho retraso, casi dos años después de la adopción de la Ley, muchas de estas cuestiones».

Otro de los aspectos que se denuncian son respecto el seguimiento y análisis del desarrollo normativo que realizan las CCAA en el ejercicio de sus competencias¹⁴.

La falta de eficiencia, el bloqueo, la dificultad en la toma de decisiones y la difusión de responsabilidades que es lo que se denuncia en el funcionamiento del SAAD y en general en el federalismo cooperativo, ha desembocado en las recientes reformas del federalismo cooperativo alemán¹⁵.

Efectivamente el dinero está en el origen de las relaciones intergubernamentales en España, y sin el dinero no se entienden el desarrollo actual de la gran parte de las mismas en nuestro país donde el Estado utiliza su poder de gasto para orientar políticas autonómicas. El debate estaría hoy en determinar si resulta conveniente que esa orientación de las políticas autonómicas se siga haciendo de manera unilateral por el centro o se haga de manera concertada multilateralmente. Probablemente una apuesta por este federalismo cooperativo y una mayor capacidad de decisión de las CCAA tendría irremediadamente que conllevar a una disminución de las transferencias estatales y a un mayor compromiso financiero por parte de las CCAA: menor decisión estatal, menor financiación estatal. ¿Está dispuesto el Estado? Y lo que es más importante, ¿están dispuestas las CCAA?

6. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO GIL, A., *La reforma constitucional del federalismo alemán: Estudio crítico de la 52.ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, Generalitat de Catalunya/Institut d'Estudis Autònoms. 2009.
- , «La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los *länder* en la República Federal de Alemania», en REAF, n.º 10, 2010.
- CICUÉNDEZ SANTAMARÍA, R., «Las transferencias y subvenciones como instrumentos de las relaciones intergubernamentales en España», en LÓPEZ NIETO, L., *Relaciones Intergubernamentales en la España democrática: interdependencia, autonomía, conflicto y cooperación*, Dykinson, 2006.
- y RAMOS GALLARÍN, J.A., «La dimensión intergubernamental del sistema de financiación autonómico», en LÓPEZ NIETO, L., *Relaciones Intergubernamentales en la España democrática: interdependencia, autonomía, conflicto y cooperación*, Dykinson, 2006.
- DILGER, R.J., «The Study of American Federalism at the Turn of the Century», en *State and Local Government Review*, n.º 32, 2000.

¹⁴ Informe sobre «La participación de la Administración General del Estado en el sistema para la autonomía y atención a la dependencia», Gobierno de España/Ministerio de la Presidencia, Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, 2009, p. VI. Un cuadro de las materias que todavía son objeto de negociación cuando se realiza el informe en p. 26. Disponible en: <http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/informesadageneval.pdf>.

¹⁵ ARROYO GIL, A., 2009, pp. 122-125; ARROYO GIL, A., 2010, p. 44.

- ELAZAR, D.J., *The American Partnership: Intergovernmental Cooperation in the Nineteenth-Century United States*, University of Chicago Press, 1962.
- GARCÍA MORALES, M.J., «Relaciones de colaboración con las Comunidades Autónomas», en *Informe Comunidades Autónomas 2003*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2004.
- , «Relaciones de colaboración con las Comunidades autónomas», en *Informe Comunidades Autónomas 2005*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2006^a.
- , «Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico: estado de la cuestión y problemas pendientes», en *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico*, CEPC, 2006^b.
- , «Relaciones de colaboración con las Comunidades autónomas», en *Informe Comunidades Autónomas 2006*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2007.
- , «Relaciones de colaboración con las Comunidades autónomas», en *Informe Comunidades Autónomas 2007*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2008.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F., «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en la Ley de Dependencia», en MONTOYA MELGAR, A. (dir.), *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Thomson/Civitas, 2007.
- ROQUETA BUJ, R., «El sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia», en ROQUETA BUJ, R. (coord.), *La situación de dependencia. Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo estatal y autonómico de la Ley de Dependencia*, Valencia, Tirant lo blanch, 2009.
- SÁENZ ROYO, E., «Derechos de protección social y Estado autonómico: los márgenes constitucionales de actuación del Estado y de las Comunidades autónomas», en EMBID IRUJO, A. (coord.), *Derechos económicos y sociales*, Iustel, 2009.
- , «Las relaciones de cooperación intergubernamental en la Ley de Dependencia: un paso sustantivo hacia el federalismo cooperativo», en TUDELA ARANDA, A. y KNÜPLING, F. (eds.), *España y modelos de federalismo*, CEPC/Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2010.
- , «La reforma sanitaria de Obama en el marco del federalismo americano», en *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 11, 2011.
- VINES, K., «The Federal Setting of State Politics», en JACOB'S, H. y VINES, K., *Politics in the American States*, 3.º ed., Little, Brown, Boston, 1976.
- ZIMMERMAN, J.F., «National-state relations: Cooperative federalism in the twentieth Century», *Publius*, n.º 31, 2001.

El principio de bilateralidad en las reformas estatutarias tras la STC 31/2010: anhelo y realidad

Ana M.º Carmona Contreras
Profesora Titular de Derecho Constitucional.
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares. 2. La bilateralidad en la primera fase del Estado autonómico: ¿de dónde venimos? (tesis). 3. La bilateralidad en la reforma estatutaria: ¿hacia dónde íbamos? (antítesis). 4. La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010: ¿en dónde estamos? (síntesis): 4.1. Consideraciones generales en torno al principio de bilateralidad. 4.2. La vertiente participativa de las relaciones bilaterales: 4.2.1. Aproximación general. 4.2.2. Participación en el seno de la Comisión bilateral. 4.3. El deber estatal de motivar previsto en la Disposición Adicional 2.º. 5. Reflexiones finales: anhelo y realidad.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Siguiendo la estela marcada por el caso de Cataluña, los diversos procesos de reformas estatutarias acaecidos en España en los últimos años han prestado una singular atención a la regulación de las relaciones institucionales de las Comunidades Autónomas. En función de tal constatación de fondo, cabe afirmar que la incorporación a las renovadas normas institucionales básicas autonómicas de títulos específicamente dedicados a dicha cuestión, en los que se van a ir desggranando las diversas proyecciones espaciales de las relaciones autonómicas¹, se presenta como una de las señas de identidad² que caracteriza

¹ En los Estatutos de primera generación, la regulación de las relaciones autonómicas con otros entes se limitaban a las de naturaleza horizontal, esto es, a las mantenidas con otros entes autonómicos. Dejando a salvo dicho ámbito, sin embargo, la pauta general nos sitúa ante un contexto normativo dominado por la ausencia de referencias estatutarias a otras proyecciones espaciales de la vertiente relacional.

² GARCÍA MORALES, M.J., «Los nuevos Estatutos de Autonomía y las relaciones de colaboración. Un nuevo escenario, ¿una nueva etapa?», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 19, 2009, p. 363.

la intensa renovación de contenidos experimentada por aquéllas. En este sentido, hemos de recordar que, a pesar de que las relaciones institucionales no figuran en el elenco de contenidos necesarios que el artículo 147.2 CE asigna a la norma estatutaria, la directa conexión que las mismas presentan con el autogobierno justifican plenamente su incorporación a la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma³. La cuestión a dilucidar, pues, no es la de su ubicación estatutaria sino, antes bien, la de los límites constitucionales a los que dicha operación está sometida.

En este inédito contexto estatutario dominado por la eclosión reguladora de la referida proyección institucional, el presente estudio se dedicará a analizar el intenso protagonismo que en materia de cooperación vertical presenta el principio de bilateralidad en el nuevo Estatuto de autonomía para Cataluña. Asimismo, y en tanto que foro institucional que asume el rol protagonista como actor principal⁴ a cuyo través discurre dicho principio, definiéndose como «marco general y permanente de relación» entre los gobiernos de la Comunidad Autónoma catalana y el del poder central, se impone una atención preferente al papel atribuido a la Comisión Bilateral Generalitat-Estado (artículo 183 EAC).

A tal respecto, debemos ponernos de manifiesto que tanto la decidida apuesta del reformado Estatuto catalán a favor de este principio y su proyección orgánica a través de la referida Comisión⁵ como la valoración que en términos de constitucionalidad ha merecido por parte del Tribunal Constitucional en su fundamental Sentencia 31/2010 se perfilan como primordiales referentes analíticos de la tarea propuesta, acotando los márgenes dentro de los que se incardina la dialéctica interpretativa que determina su configuración efectiva.

³ ALBERT ROVIRA, E., «¿Pueden los Estatutos suplir el déficit constitucional relativo a la previsión de relaciones intergubernamentales? (Las relaciones de las Comunidades Autónomas con el Estado, las demás Comunidades y la Unión Europea en las reformas actuales de los Estatutos de Autonomía)», en RUIZ-RICO, G. (coord.), *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Universidad de Jaén/Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 716.

⁴ Las manifestaciones orgánicas de la bilateralidad, sin embargo, no se reducen únicamente a la citada Comisión. Con un código genético marcadamente específico desde una perspectiva material, la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Generalitat-Estado (artículo 210.1 EAC) asume destacadas competencias en el ámbito de la financiación de la Comunidad Autónoma, configurándose como foro privilegiado para el diálogo y la concertación con el poder central.

⁵ Recuérdese que la apuesta bilateral catalana es asumida en sus líneas esenciales por el texto reformado del Estatuto andaluz en lo que a su proyección orgánica se refiere, introduciendo una Comisión Bilateral Junta de Andalucía-Estado con un elenco de funciones prácticamente idéntico al de su homónima en Cataluña. No obstante, frente a la conceptualización de las vías relacionales con el Estado que contempla el artículo 3.1 EAC («Las relaciones de la Generalitat con el Estado se fundamentan en el principio de lealtad institucional mutua y se rigen por el principio de autonomía, por el de bilateralidad y también por el de multilateralidad»), la norma andaluza (artículo 219.1 EAA) va a introducir significativas diferencias, al disponer que las relaciones de dicha Comunidad Autónoma con el Estado se desarrollarán «en el marco del principio de solidaridad», encontrando su fundamento «en la colaboración, cooperación, lealtad y mutuo auxilio».

En efecto, sólo a partir del juego combinado entre el dato normativo presente en las disposiciones estatutarias y la lectura que del mismo ha llevado a cabo el máximo intérprete de la Constitución es posible obtener la imagen completa de cómo ha de entenderse la bilateralidad en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante, en aras de obtener una imagen contextualizada de las innovaciones concurrentes en la etapa actual, hemos considerado imprescindible aplicar un enfoque metodológico de carácter diacrónico que utilice como punto de arranque la configuración que presenta la bilateralidad en la fase estatutaria inicial (*tesis: ¿de dónde venimos?*), mostrando sus perfiles característicos. Esa exploración genealógica resulta fundamental para llevar a cabo una correcta valoración y, asimismo, un eficaz contraste con los rasgos definitorios asumidos por la bilateralidad en la reforma estatutaria (*antítesis: ¿hacia dónde íbamos?*), determinando el sentido de la evolución experimentada. El punto final de nuestro recorrido analítico aparece dominado por la atención a la interpretación que de dicho principio ha llevado a cabo la STC 31/2010 (*síntesis: ¿En dónde estamos?*). Los resultados obtenidos a partir de dicha operación de contraste nos permitirán, a modo de conclusión, determinar cuánto ha quedado en la realidad del intenso anhelo⁶ de situar el canal bilateral en primera línea de los instrumentos de relación autonómica con el Estado que manifiesta el reformado Estatuto de Autonomía para Cataluña.

2. LA BILATERALIDAD EN LA PRIMERA FASE DEL ESTADO AUTONÓMICO: ¿DE DÓNDE VENIMOS? (TESIS)

A modo de premisa, resulta imprescindible recordar que la bilateralidad, en tanto que cauce de relación a dos bandas Estado-Comunidad Autónoma, no supone en modo alguno una novedad atribuible a las recientes reformas estatutarias. Muy al contrario, ya desde los albores de la experiencia autonómica española dicho principio desplegó una amplia funcionalidad a través de las Comisiones Mixtas de Traspasos⁷, afirmándose como un rasgo genético del incipiente Estado autonómico⁸. El hecho es que la puesta en marcha del auto-

⁶ CRUZ VILLALÓN, P., «La reforma del Estado de las Autonomías», en *Revista Estudios Autonómicos y Federales*, n.º 2, 2006, p. 84, se refiere a la presencia en el texto del nuevo Estatuto catalán de un «aliento bilateral inconfundible, como criterio estratégico de relación con el Estado».

⁷ En tal sentido, debe ponerse en primer término la previsión contenida en el artículo 147.2.d) CE, señalando como contenido «necesario» del Estatuto de Autonomía no sólo «las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución» sino también (y por lo que aquí interesa) «las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas». Así pues, aunque de forma tácita, es en la propia previsión constitucional donde se ancla la existencia y justificación de esta manifestación de bilateralidad.

⁸ AJA FERNÁNDEZ, E., *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza Editorial, Madrid, 2003, p. 215.

gobierno en las CCAA en nuestro país trajo consigo un complejo proceso de transferencia de competencias desde el Estado central hacia las nuevas estructuras territoriales periféricas que discurrió básicamente a través de una vía dual y paritaria transitada por dos protagonistas: el Estado y cada Comunidad Autónoma singularmente considerada⁹.

En relación con la actividad desplegada por dichas comisiones destaca, como principal nota configuradora, la atribución de capacidad normativa con respecto a las transferencias, atribuyéndose a sus acuerdos carácter vinculante¹⁰. Buena prueba de ello es que el poder del Estado con respecto a los mismos quedaba circunscrito exclusivamente al terreno de su formalización, aprobándolos el Consejo de Ministros como reales decretos y sin poder introducir modificaciones sobre su contenido. Así pues, desde un punto de vista material, estamos ante unas normas de carácter paccionado, que son fruto del acuerdo bilateral y la afirmación de la propia diversidad¹¹.

Una vez superada esta primera (y fundamental) fase de despegue autonómico, la preferencia por dicho mecanismo relacional no desaparecerá del paisaje de la cooperación vertical en el sistema autonómico español, experimentando una significativa mutación en la que el rasgo predominante es la adopción de una renovada funcionalidad que, en comparación con la etapa precedente, denota una menor intensidad jurídica pero que, como contrapartida, incrementa su dimensión cooperativa. En efecto, a pesar de que una vez zanjadas las cuestiones relativas a los traspasos de servicios desde el centro hacia el ámbito autonómico, las conferencias sectoriales (foros multilaterales de naturaleza intergubernamental) se sitúen en primera línea de las dinámicas relacionales de índole vertical, se detecta que, de forma paralela, la lógica bilateral y sus nuevas instancias orgánicas —las Comisiones Bilaterales de Cooperación¹²— afirman no sólo una decidida voluntad de supervivencia sino también

⁹ En todas las CCAA se crearon dichas comisiones con lo que se va producir un fenómeno de generalización de la bilateralidad que, en expresión de VINTRÓ, J.; BERNARDÍ, X. y CORRETJA, M., «Bilateralidad y multilateralidad. La participación de la Generalitat en políticas y organismos estatales, y la Comisión Bilateral», en *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, n.º 12, 2011, p. 32, da lugar a una situación de «multilateralidad».

¹⁰ Recuérdese que la STC 76/1983, FJ 28, subraya expresamente la existencia de «una reserva competencial» a favor de dichas comisiones.

¹¹ VINTRÓ, J.; BERNARDÍ, X. y CORRETJA, M., *op. cit.*, p. 31.

¹² RIDAURA MARTÍNEZ, M.J., *Relaciones intergubernamentales: Estado-Comunidad autónoma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, nota 128, p. 106, nos recuerda la sucesión cronológica seguida en el proceso de creación de dichas Comisiones: La serie se inicia en 1983, con la creación de la Junta de Cooperación con la Comunidad Foral de Navarra. Ya en 1987 se constituyeron las correspondientes a Cataluña, Galicia, País Vasco y Andalucía. En 1988 celebraron sus primeras reuniones las Comisiones correspondientes a la Región de Murcia y La Rioja. A continuación se constituyeron las correspondientes a Illes Balears (1989), Canarias y Aragón (1990), Cantabria (1991), Castilla y León y Extremadura (1992), Principado de Asturias (1993), Castilla-La Mancha (1996), Comunidad Valenciana y Madrid (2000). Las correspondientes a las ciudades de Ceuta y Melilla celebraron sus reuniones constitutivas en 1995.

una apreciable capacidad de adaptación al nuevo contexto. Como novedad, en esta fase evolutiva, las Comisiones quedan despojadas de sus otrora facultades autonormativas para asumir una virtualidad operativa concebida en términos generales¹³ anclada en el terreno de la colaboración política y la prevención de conflictos.

A este respecto, debemos subrayar que, a pesar de que la normativización de estas comisiones no tendrá lugar hasta la Ley 4/1999, por la que se reforma la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículo 5¹⁴), dichas instancias contaban con un respaldo político expreso, según se deduce de los Pactos Autonómicos suscritos en 1992 por los dos principales partidos estatales (PSOE y PP). Configurándose la bilateralidad como complemento de las relaciones multilaterales de cooperación, dichas Comisiones se perciben como «el instrumento más efectivo para realizar el intercambio continuado de informaciones, negociaciones y acuerdos para dar respuesta a las necesidades derivadas de las peculiaridades geográficas, culturales, lingüísticas o del contenido estatutario de cada Comunidad Autónoma». Queda claro, por lo tanto, que en esta concepción de la bilateralidad el rasgo predominante es su necesaria vinculación con aquellas realidades específicas y singulares que, en su condición de tales, requieren un tratamiento particularizado en una sede apta para canalizar tales exigencias.

El discreto perfil que en la práctica presentan las tareas desempeñadas por las diversas Comisiones Bilaterales¹⁵ experimentará un notable incremento a raíz de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional acaecida en 2000 (LO 1/2000). Recuérdese que, en virtud del nuevo apartado 2 del artículo 33 LOTC¹⁶, dichas instancias asumen el rol de árbitros determinantes de

¹³ GARCÍA MORALES, M.J., *op. cit.*, p. 369, deduce de esta intensa vocación generalista que es propia de las Comisiones Bilaterales su carácter de «plataformas inespecíficas».

¹⁴ El apartado 1 de dicho precepto sienta las bases genéricas para la colaboración a dos bandas, al prever lo siguiente: «La Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas pueden crear órganos para la cooperación entre ambas, de composición bilateral o multilateral, de ámbito general o de ámbito sectorial, en aquellas materias en las que exista interrelación competencial, y con funciones de coordinación o cooperación según los casos». Va a ser en el apartado 2 en donde se confiera carta de naturaleza expresa a las Comisiones Bilaterales, trazando sus principales rasgos definidores: a) carácter inespecífico o vocación generalista («órganos de cooperación... de ámbito general»); b) naturaleza intergubernamental («miembros del Gobierno, en representación de la Administración General del Estado, y a miembros del Consejo de Gobierno, en representación de la Administración de la respectiva Comunidad Autónoma»); c) constitución voluntaria y facultad de autorregulación («su creación se efectúa mediante acuerdo, que determina los elementos esenciales de su régimen»).

¹⁵ GARCÍA MORALES, M.J., *op. cit.*, p. 368, llama la atención sobre el hecho de que estas comisiones «han tenido una importancia muy inferior a los instrumentos multilaterales, hasta el punto de que su existencia ha sido simbólica en muchos casos».

¹⁶ «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Presidente del Gobierno y los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas podrán interponer el recurso de inconstitucionalidad en el plazo de nueve meses contra leyes, disposiciones o actos con

cara a la resolución política de aquellos conflictos suscitados tras la aprobación de leyes o normas con rango de ley. En tal sentido, se prevé la ampliación del plazo para interponer recurso de inconstitucionalidad —que de los tres meses previstos con carácter general se extiende hasta un máximo de 9— siempre que en el seno de la Comisión Bilateral correspondiente se adopte un acuerdo para iniciar negociaciones en torno a la interpretación de la norma controvertida¹⁷.

Cuestión diversa —y ciertamente no irrelevante— es la relativa a la circunstancia de que si del diálogo intergubernamental se desprende un acuerdo que apunta hacia la necesidad de modificar algún precepto legal, asumiendo el compromiso de incorporar un contenido diverso, su efectividad queda necesariamente subordinada a la voluntad receptiva manifestada por parte de la correspondiente asamblea ante la iniciativa legislativa presentada por el Gobierno en cuestión. Menos problemática se presenta la hipótesis referida al caso en que el acuerdo alcanzado en la Comisión Bilateral, asumiendo la constitucionalidad de la norma objeto de disenso, se proyecta hacia el ámbito de su futuro desarrollo reglamentario, apuntando hacia el contenido que el ejercicio de la potestad ejecutiva ha de asumir¹⁸. Sin obviar tales dificultades, la idea fundamental a resaltar es que a través del ejercicio de esta facultad, las Comisiones Bilaterales asumen un importante papel de prevención y superación de conflictos en un ámbito tan destacado como es el de la producción normativa.

fuerza de Ley en relación con las cuales, y con la finalidad de evitar la interposición del recurso, se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se reúna la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la respectiva Comunidad Autónoma, pudiendo solicitar su convocatoria cualquiera de las dos Administraciones.
- b) Que en el seno de la mencionada Comisión Bilateral se haya adoptado un acuerdo sobre iniciación de negociaciones para resolver las discrepancias, pudiendo instar, en su caso, la modificación del texto normativo. Este acuerdo podrá hacer referencia a la invocación o no de la suspensión de la norma en el caso de presentarse el recurso en el plazo previsto en este apartado.
- c) Que el acuerdo sea puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional por los órganos anteriormente mencionados dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley, y se inserte en el *Boletín Oficial del Estado* y en el *Diario Oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente*.

¹⁷ Para una completa información acerca de la actividad desplegada en este ámbito por las distintas Comisiones Bilaterales, Véase GARCÍA MORALES, M.J., *op. cit.*, pp. 386-389.

¹⁸ Una elaborada reflexión sobre la problemática planteada en el texto se encuentran en GONZÁLEZ BEILFUSS, M., «La resolución judicial de las discrepancias competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas: el mecanismo del artículo 33.2 LOTC», en TORRONS MAS, J. (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 2007*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2008, p. 33.

3. LA BILATERALIDAD EN LA REFORMA ESTATUTARIA: ¿HACIA DÓNDE ÍBAMOS? (ANTÍTESIS)

Constatada la afirmación de la bilateralidad como principio y señalados los espacios operativos en los que ésta funciona en la dilatada experiencia de construcción y asentamiento del Estado autonómico, resulta evidente que los matices novedosos aportados por las reformas estatutarias deben incardinarse no en el terreno de la creación *ex novo* sino, antes bien, en el de la asunción de una renovada funcionalidad. En tal sentido, la intención del reformador estatuyente no se limita a ratificar el modelo precedente sino que, superando el mismo, manifiesta una indudable vocación transformadora. No se trata, por lo tanto, de cambiar la bilateralidad para que ésta permanezca igual¹⁹. El «intenso aliento bilateral»²⁰ que impregna la reforma catalana no es sino decidida expresión de una voluntad de introducir cambios sustanciales en la configuración de tal principio que lleve a instaurar un nuevo *modus operandi* en las relaciones entre la Comunidad Autónoma y el Estado. Una señal inequívoca en tal sentido viene dada por la constatación de la tendencial situación de asimetría que manifiesta la configuración del binomio multilateralidad-bilateralidad. Relación asimétrica que se concreta en la existencia de una relación de fuerzas no equilibrada que apuesta por la potenciación del circuito dual en detrimento de los canales multilaterales. Y todo ello, en un contexto constitucional dominado por la ausencia de previsiones normativas al respecto y en el que la norma estatutaria se arroga un protagonismo regulador que, en puridad, no debería corresponderle²¹.

El contenido del artículo 3.1 del Estatuto catalán pone claramente en evidencia el planteamiento reforzador cuando en la tarea de delimitar el marco político de las relaciones entre la Generalitat y el Estado, tras afirmar que las mismas «se fundamentan en el principio de lealtad institucional mutua», dispone que «se rigen por el principio general según el cual la Generalitat es Estado, por el principio de autonomía, por el de bilateralidad y también por el de multilateralidad». En tal entramado relacional de fondo, la bilateralidad tendería a operar como la regla, mientras que la multilateralidad se presentaría como la excepción, esto es, como canal secundario o residual de relación autonómica

¹⁹ PARÍS DOMENECH, N., «Las relaciones institucionales de la Generalitat en la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Revista catalana de dret públic*, Especial Sentencia 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, 2010, p. 399, afirma expresamente que «el EAC pretende superar el marco de relaciones que de manera natural se ha venido estableciendo».

²⁰ Véase nota 5.

²¹ En este sentido, compartimos plenamente el diagnóstico de CRUZ VILLALÓN, P., *op. cit.*, p. 84: «El problema esencial de este proceso es el del *orden de los factores*, que sí que importa, pues es claro que habría que haber comenzado por la Constitución y haber seguido por los Estatutos».

con el Estado²². La constitucionalidad de esta forma de concebir las relaciones institucionales ha sido cuestionada por los recursos presentados por el Partido Popular, el Defensor del Pueblo y el Gobierno de La Rioja, considerando que el mismo vendría a conferir a la Generalitat un *status* de paridad con el Estado en detrimento de la posición de las demás CCAA y que, a la postre, no haría sino generar asimetrías no toleradas por el texto constitucional. Corresponderá al Tribunal Constitucional determinar si se identifica o no con tal lectura del precepto estatutario.

En este paisaje relacional dominado por la idea de la dualidad deviene lógico e inevitable que la Comisión Bilateral de Cooperación Generalitat-Estado se sitúe en primera línea, asumiendo una relevancia y un protagonismo indudables, según se desprende de su consideración por el artículo 183.1 EAC como «marco general y permanente de relación entre los Gobiernos de la Generalitat y el Estado a los siguientes efectos:

- a) La participación y la colaboración de la Generalitat en el ejercicio de las competencias que afecten a la autonomía de Cataluña.
- b) El intercambio de información y el establecimiento, cuando proceda, de mecanismos de colaboración en las respectivas políticas públicas y los asuntos de interés común».

La lectura de este primer apartado arroja significativos avances con respecto a la etapa precedente, destilando un «énfasis, ambición y detalle en la regulación estatutaria» que en sí misma ya supone una primera novedad²³. Desde una perspectiva estrictamente semántica, aunque con una indudable intencionalidad política, resulta llamativo el cambio que experimenta la nomenclatura de los sujetos participantes en el foro aludido, abandonando su anterior veste administrativa (el artículo 5 de la Ley 4/1999 se refería a representantes de las respectivas Administraciones) para pasar a asumir una dimensión eminentemente conectada con la esfera política del poder ejecutivo (gobiernos).

Por lo que se refiere a la vertiente sustancial sobre la que se proyecta la centralidad de la comisión, la novedad esencial aparece anclada en la circunstancia de que, manteniéndose el criterio de la «interrelación competencial» (sic., «competencias que afecten a la autonomía de Cataluña»), se prevén no sólo las tradicionales «funciones de coordinación o cooperación según los casos» sino también facultades autonómicas de participación. Con ello, dicho principio, cuya formulación genérica se encuentra recogida en el ar-

²² Idea-fuerza que no se neutraliza acudiendo al argumento, por lo demás inapelable, de que el Estatuto no es sede normativa idónea para regular la multilateralidad, al escapar de su ámbito de competencias. El punto determinante en este sentido es que, más allá del tenor literal del artículo 3.1 EAC, una lectura completa y sistemática de la reformada norma institucional básica catalana pone claramente de manifiesto la inequívoca preferencia por el circuito bilateral, estableciéndose un diálogo directo entre el poder central y la Generalitat.

²³ CORRETJA, M.; VINTRÓ, J. y BERNADÍ, X., *op. cit.*, p. 36.

tículo 174.3 EAC²⁴ y que es objeto de una posterior especificación a lo largo del texto estatutario²⁵, experimenta un ulterior reforzamiento, concretándose en mandatos al legislador estatal y mostrándose, así, como un potente instrumento de penetración en el ámbito del poder central gracias al cual se abren importantes espacios para una mayor interrelación entre los diversos niveles de gobierno²⁶.

En este sentido, la novedad que aporta el texto catalán no reside tanto en la afirmación de la referida facultad participativa (a todas luces preexistente en nuestro ordenamiento a escala legislativa) sino, antes bien, su ubicación normativa en el máximo nivel ordinamental autonómico y, asimismo, su redireccionamiento hacia la sede bilateral. Van a ser precisamente estos dos aspectos los que den lugar a una segunda batería de reticencias en términos de adecuación constitucionalidad argumentándose que de ser así otorgaría a la Generalitat un poder de codecisión en ámbitos de competencia estatal.

Sentados los cimientos estructurales sobre los que descansa el principio de bilateralidad, a continuación, el Estatuto se dedica a indicar las funciones atribuidas a la Comisión («deliberar, hacer propuestas y, si procede, adoptar acuerdos en los casos establecidos» en el mismo), gracias a las que aquél toma cuerpo y se hace realidad tangible, proyectándose sobre una amplia constelación de actividades vinculadas con ámbitos muy diversos, según se desprende del artículo 183.2 EAC²⁷:

- a) Los proyectos de ley que inciden singularmente sobre la distribución de competencias entre el Estado y la Generalitat.
- b) La programación de la política económica general del Gobierno del Estado en todo aquello que afecte singularmente a los intereses y las competencias de la Generalitat y sobre la aplicación y el desarrollo de esta política.

²⁴ «La Generalitat participa en las instituciones, los organismos y los procedimientos de toma de decisiones del Estado que afecten a sus competencias, de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto y las leyes».

²⁵ Así, se prevé la facultad de la Generalitat para participar en la designación de miembros de órganos estatales, ésta se afirma en relación con el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, «en los términos que establezcan las leyes o, si procede, el ordenamiento parlamentario» (artículo 180 EAC). Una previsión similar encontramos en el artículo 182, dedicado a la «designación (por la Generalitat) de representantes en los organismos económicos y sociales». También en este supuesto, el ejercicio de la participación autonómica prevista queda siempre vinculada a «los términos previstos en la legislación aplicable».

²⁶ ROIG MOLÉS, E., «La reforma del Estado de las Autonomías: ¿ruptura o consolidación del modelo constitucional de 1978?», en *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, n.º 3, 2006, p. 169, sostiene que la participación autonómica en procesos decisionales incardinados en la esfera estatal es «un elemento implícito de nuestro sistema».

²⁷ Otras funciones asignadas a la Comisión Bilateral se refieren a las siguientes materias: juegos y apuestas (artículo 141.2 EAC); infraestructuras y equipamientos de titularidad estatal en Cataluña (artículo 149.2).

- c) El impulso de las medidas adecuadas para mejorar la colaboración entre el Estado y la Generalitat y asegurar un ejercicio más eficaz de las competencias respectivas en los ámbitos de interés común.
- d) Los conflictos competenciales planteados entre las dos partes y la propuesta, si procede, de medidas para su resolución.
- e) La evaluación del funcionamiento de los mecanismos de colaboración que se hayan establecido entre el Estado y la Generalitat y la propuesta de las medidas que permitan mejorarlo.
- f) La propuesta de la relación de organismos económicos, instituciones financieras y empresas públicas del Estado en los que la Generalitat puede designar representantes, y las modalidades y las formas de esta representación.
- g) El seguimiento de la política europea para garantizar la efectividad de la participación de la Generalitat en los asuntos de la Unión Europea.
- h) El seguimiento de la acción exterior del Estado que afecte a las competencias propias de la Generalitat.
- i) Las cuestiones de interés común que establezcan las leyes o que planteen las partes.

Hemos de llamar la atención sobre la circunstancia de que los apartados a), b) y f), esto es, aquellas previsiones imbuidas de una carga más fuerte de innovación funcional y una mayor virtualidad reforzadora de la capacidad autonómica frente al Estado central, van a ser objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional, ya sea de forma directa al señalar la inconstitucionalidad de la asunción por la Comisión Bilateral de ciertas funciones, ya sea de modo indirecto, cuando se cuestiona genéricamente la viabilidad constitucional de la atribución a la Generalitat de determinadas facultades previstas en otros artículos del Estatuto cuya gestión, según el artículo 183.2 EAC, corresponde a aquélla.

Para concluir el análisis de la configuración estatutaria de este órgano hemos de referirnos a la previsión contenida en la Disposición Adicional 2.ª EAC, en virtud de la cual la condición de foro preeminente de encuentro entre los ejecutivos autonómico y central que es propia de la Comisión experimenta un singular reforzamiento. En efecto, dispone dicho precepto que «si el Estatuto establece que la posición del Gobierno de la Generalitat es determinante para conformar un acuerdo con el Gobierno del Estado y éste no la acoge, el Gobierno del Estado debe motivarlo ante la Comisión Bilateral Generalitat-Estado». Los supuestos aludidos por la norma se proyectan actuaciones relativas a muy diversas materias:

1. Autorización de nuevas modalidades de juegos y apuestas de ámbito estatal (artículo 141.2 EAC).
2. Determinación de la ubicación de las infraestructuras y equipamientos de titularidad estatal en Cataluña (artículo 149.2).
3. Formación de la posición estatal con respecto a iniciativas o propuestas europeas que afecten a sus «competencias exclusivas» y si de las mis-

mas «se pueden derivar consecuencias financieras o administrativas de especial relevancia para Cataluña.

En relación con dichos ámbitos, por lo tanto, ante la constatación de una situación de desencuentro intergubernamental generada por el apartamiento estatal de la posición determinante formulada por la Generalitat, la Comisión se perfila como sede en la que el Ejecutivo central queda obligado a motivar el porqué de su decisión. La articulación, sin embargo, de tal deber se deja por el Estatuto en un terreno de sustancial indeterminación, sin que en modo alguno del mismo se desprendan consecuencias jurídicas del mismo. Dejando para el siguiente epígrafe la valoración que en términos de constitucionalidad esta previsión le merece al Tribunal Constitucional, el elemento clave que ahora merece ser destacado es que gracias a la misma no se deja al devenir político, al clima de colaboración imperante en cada momento, la instauración de un canal de comunicación entre ambas instancias políticas. Y tal obligación, desde una perspectiva de afianzamiento de la cultura cooperativa, ha de ser valorada en términos positivos.

4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 31/2010: ¿EN DÓNDE ESTAMOS? (SÍNTESIS)

Trazados los contornos existenciales del principio de bilateralidad y de su principal foro articulador —la Comisión Bilateral Generalitat-Estado— en el Estatuto catalán, pasamos a continuación a analizar el entendimiento que de los mismos ha mantenido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 31/2010. Según ya se expuso más arriba, el acercamiento a las pautas interpretativas aplicadas por el Alto Tribunal resulta imprescindible para determinar la imagen real y efectiva que en nuestro ordenamiento jurídico presentan tanto el referido principio como los ámbitos en el que éste se proyecta. De la confrontación entre el dato normativo y su interpretación por el TC emergerá, a modo de síntesis, el espacio existencial constitucionalmente aceptable para las cuestiones planteadas.

4.1. Consideraciones generales en torno al principio de bilateralidad

Afrontando la cuestión previa de si el Estatuto de Autonomía puede regular las relaciones con el Estado, a modo de premisa, el Tribunal afirma que éste no es sede normativa «inadecuada» a tal efecto²⁸. Ahora bien, el espectro accesible a la capacidad reguladora de dicha norma va a quedar circunscrito a un ámbito eminentemente genérico como es el establecimiento de los principios

²⁸ STC 31/2010, FJ 13.

que rigen las referidas relaciones verticales. En tal sentido, el Tribunal se muestra contundente, al subrayar que «más allá de esos principios, la concreta articulación normativa de ese régimen ha de responder a exigencias estructurales de orden constitucional que, como el principio de cooperación de cada CA con el Estado y de todos ellos entre sí, es evidente que sólo pueden deducirse de la Constitución misma»²⁹. Por lo tanto, se opera con un criterio atributivo de competencia que no deja resquicio a la duda y que reserva al nivel constitucional una cuota esencial de protagonismo que se materializa en «la concreta articulación normativa» del régimen de colaboración³⁰. Actuando así, el margen estatutario de acción queda irremisiblemente predeterminado, debiendo ajustarse a las previsiones constitucionales y, consecuentemente, asumir un contenido genérico.

Entrando ya en la valoración de la referencia estatutaria al principio de bilateralidad como canal de relación de la Generalitat con el Estado que, como el mismo artículo 3.1 EAC establece no viene a excluir la multilateralidad, afirma el TC que resulta «constitucionalmente pacífico (...) pues con ello sólo se significa que, siendo una y otro «Estado español», su posición respectiva vendrá impuesta en cada caso por lo que resulte del sistema constitucional de distribución de competencias»³¹. En función de tal planteamiento inicial, el Tribunal procede a completar su razonamiento subrayando que la bilateralidad estatutaria se plantea «en términos de integración y no de alteridad»³², de tal manera que cuando se afirma que «la Generalitat es Estado» (artículo 3.1 EAC) no se está diciendo más que la misma en cuanto unidad o parte conformadora del conglomerado estatal en su conjunto está capacitada para entablar una relación directa con el mismo: El Estado central o general. El planteamiento esgrimido por el TC resulta inobjetable, limitándose a poner en evidencia un principio de la preferencia reguladora a favor de la Constitución dentro del que ha de ubicarse necesariamente el espacio correspondiente a la norma estatutaria.

Llegado a este punto, sin embargo, el Alto Tribunal no va a dar por terminada su labor interpretativa, iniciando una «deriva extraña»³³ que le lleva a sostener que:

1. La bilateralidad no puede entenderse «como expresiva de una relación entre entes políticos en situación de igualdad, capaces de negociar entre sí tal condición, pues, (...), el Estado siempre ostenta una posición de superioridad respecto de las CCAA (STC 4/1981, FJ 3)».

²⁹ *Ibidem* (cursiva nuestra).

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ BALAGUER CALLEJÓN, F., «La incidencia de la STC 31/2010 en la formulación estatutaria de las relaciones entre la Generalitat de Cataluña y el Estado», en *Revista de Estudios Federales y Autonómicos*, n.º 12, 2011, p. 461.

Lo desatinado de tal planteamiento ha sido puesto de manifiesto desde distintos sectores doctrinales, los cuales han venido a coincidir³⁴ en que, dentro de sus respectivos ámbitos de competencias, las relaciones que se entablan entre las esferas estatal y autonómica en modo alguno se rigen por el principio de jerarquía sino por el de competencia. En tal contexto relacional, por lo tanto, no cabe duda de que ambos entes se muestran equiordenados y no en una situación de supra y subordinación³⁵.

2. Dicho principio, «sólo puede proyectarse en el ámbito de las relaciones entre órganos como una manifestación del principio general de cooperación, implícito en nuestra organización territorial del Estado (STC 194/2004, FJ 9)».

En esta segunda afirmación, el Tribunal parece estar adelantando cuál va a ser su postura en relación con el ámbito funcional que define la relación bilateral, limitándola únicamente al que presenta naturaleza cooperativa. De esta forma, estaría excluyendo, ya de entrada, la vertiente participativa que, como ya se indicó en su momento, gracias a la reforma estatutaria ha pasado a engrosar el haz de facultades que discurren por el carril dual.

4.2. La vertiente participativa de las relaciones bilaterales

4.2.1. APROXIMACIÓN GENERAL

A pesar de que, como acabamos de ver, la sentencia restringe el terreno de la bilateralidad a las tareas de la colaboración, lo cierto es que la previsión de la participación de la Generalitat en procedimientos decisionales del Estado «que afecten a sus competencias de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto y las leyes» (artículo 174.3 EAC) no va a ser declarada inconstitucional. La estrategia seguida por el Tribunal con respecto no sólo a esta disposición genérica sino también en relación con las diversas manifestaciones específicas que de la misma se derivan va a ser la de someterlos a un intenso tratamiento de remodelación/redefinición. Instrumento esencial para conseguir tal efecto es la sistemática aplicación de la pauta interpre-

³⁴ VINTRÓ, J.; BERNARDÍ, X. y CORRETJA, M., *op. cit.*, p. 3.

³⁵ CALLEJÓN BALAGUER, F., *op. cit.*, pp. 462-463, llama la atención sobre una idea esencial que el Tribunal ha obviado en su planteamiento, a saber, «La superioridad del Estado sobre las CCAA se refleja en determinadas técnicas constitucionales, pero no es invocable en relación con los mecanismos bilaterales de cooperación, que deben basarse en el respeto escrupuloso de las competencias respectivas». Por su parte, VINTRÓ, J.; BERNARDÍ, X. y CORRETJA, M., *op. cit.*, p. 4, consideran que tal modo de argumentar por el TC «denota el recelo que le suscita el principio de bilateralidad y la posibilidad de que tal principio permita articular una posición singular de Cataluña dentro del Estado en diferentes ámbitos».

tativa que alude a la preferencia del marco constitucional como sede normativa llamada a regular los aspectos concretos del sistema de relaciones institucionales y que relega a los Estatutos al ámbito de la afirmación de principios generales. En función de dicho canon interpretativo, el Tribunal procede a afirmar que «el precepto en cuestión es lo suficientemente *genérico e impreciso* para que no sea posible determinar su sentido si no es por relación con las normas (...) a las que se remite la precisa definición de cada uno de sus términos»³⁶.

Junto a dicha constatación preliminar no cabe perder de vista que, dado que «el precepto se refiere a la participación orgánica y funcional en el ámbito estatal», la remisión a las leyes que el mismo formula debe entenderse a favor de las que proceden del Estado, en tanto que titular de las competencias aludidas. Sentada tales premisas, la consecuencia inmediata es que las previsiones estatutarias «necesariamente han de *dejar a salvo la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad* que en su ejercicio corresponde a los órganos e instituciones del Estado»³⁷. De este modo, tanto el contenido del artículo 174.3 EAC como el de los restantes preceptos en los que éste se manifiesta específicamente con relación a concretos órganos e instituciones estatales resulta profundamente alterado, al quedar desprovistos todos ellos de valor prescriptivo para asumir un contenido eminentemente principal o programático³⁸.

4.2.2. PARTICIPACIÓN EN EL SENO DE LA COMISIÓN BILATERAL

El turno para el análisis de la cuestión participativa a partir de la toma en consideración de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado como escenario en el que ésta se desarrolla va a llegar en el Fundamento Jurídico 115 de la sentencia. En dicho fundamento se avala la constitucionalidad de la definición estatutaria como «marco general y permanente de relación» entre ambos Gobiernos, aunque para lograr tal efecto volverá a aplicarse una intensa terapia remodeladora en relación a cuál haya de ser el sentido conferido a tal disposición. En el desarrollo de dicha labor, el TC opta por una aproximación negativa o en clave de exclusión, puesto que procede a determinar los trazos existenciales y funcionales de dicho órgano a partir de las siguientes constataciones: «no excluye otros ámbitos de relación, ni otorga a dicha Comisión función distinta de

³⁶ STC 31/2010, FJ 111 (cursiva nuestra).

³⁷ *Ibidem* (cursiva nuestra).

³⁸ Una posición abiertamente crítica a este respecto mantiene PARÍS DOMENECH, N., *op. cit.*, p. 403, afirmando que la interpretación mantenida por el TC «vacía de contenido la previsión de esta participación en el texto estatutario que pasa a depender de la voluntad política y no de la concepción del Estado autonómico, y niega una práctica diversa ya prevista en diversas normas».

la de la de cooperación voluntaria en el ámbito de las competencias de ambos Gobiernos, que son indisponibles»³⁹.

Tal modo de proceder debería haber operado como criterio fundamental para rechazar la constitucionalidad del artículo 183.1.a) EAC en el que se atribuye a la Comisión Bilateral «la participación y la colaboración de la Generalitat en el ejercicio de las competencias que afecten a la autonomía de Cataluña». No va a ser, sin embargo así, puesto que una vez más el Tribunal recurrirá al criterio recurrente de que estamos ante «una facultad de acción política que sólo compromete en el ámbito político que le es propio y al que necesariamente se contrae»⁴⁰. Circunscrita dentro de estos márgenes, la participación y colaboración autonómica en el ejercicio de competencias estatales «no vulnera la Constitución, ya que no impide ni menoscaba el libre y pleno ejercicio por el Estado de sus propias competencias»⁴¹.

A idéntica conclusión se llega con relación a la atribución a la Comisión Bilateral de las siguientes facultades contempladas en el artículo 183.2 EAC:

- a) Los proyectos de ley que inciden singularmente sobre la distribución de competencias entre el Estado y la Generalitat.
- b) La programación de la política económica general del Gobierno del Estado en todo aquello que afecte singularmente a los intereses y las competencias de la Generalitat y sobre la aplicación y el desarrollo de esta política.
- c) La propuesta de la relación de organismos económicos, instituciones financieras y empresas públicas del Estado en los que la Generalitat puede designar representantes, y las modalidades y las formas de esta representación.

A este respecto, gracias a la aplicación del consabido mantra argumental, vuelve a reiterarse que «las decisiones o acuerdos que, en su caso, pueda adoptar la Comisión Bilateral, en tanto que órgano de cooperación» carecen de eficacia vinculante en cuanto tales, ya que no pueden «en modo alguno impedir el libre y pleno ejercicio por el Estado de sus competencias ni, en consecuencia, sustituir, vincular o dejar sin efecto las decisiones que le corresponda adoptar»⁴². Mención especial va a merecer la previsión contenida en el apartado a) del precepto analizado, afirmándose que sobrepasa la esfera funcional de la comisión, al referirse a «las competencias legislativas de las Cortes Generales y del Parlamento de Cataluña»⁴³. La razón aducida por el Tribunal es la siguiente: dado que nos movemos en el ámbito de las relaciones entre Gobiernos, «las competencias afectadas sólo pueden ser, en sentido estricto y en

³⁹ STC 31/2010, FJ 115.

⁴⁰ STC 31/2010, FJ 115.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² STC 31/2010, FJ 116.

⁴³ *Ibidem*.

términos de cooperación voluntaria, las correspondientes a uno y otro poder ejecutivo», debiendo excluirse las de índole legislativa, ejercidas por las Cortes Generales y el Parlamento de Cataluña, «órganos extraños a la Comisión Bilateral»⁴⁴.

Llegados a este punto, debemos afirmar que estos argumentos resultan abiertamente rechazables no sólo porque, para empezar, desconocen el tenor literal del precepto analizado, ya que en ningún momento se atribuye a la Comisión el ejercicio de funciones legislativas con respecto a los proyectos de ley contemplados. También, y sobre todo, porque parece olvidar que la iniciativa legislativa que corresponde a los Ejecutivos —central y autonómico— se erige en fundamental herramienta de acción de gobierno ubicándose, por lo tanto, dentro de su esfera de competencias. Finalmente, porque ignora la principal virtualidad que, gracias a la previsión del artículo 33.2 LOTC, en la práctica han desarrollado las Comisiones Bilaterales, esto es, su función de prevención de conflictos normativos⁴⁵.

4.3. El deber estatal de motivar previsto en la Disposición Adicional 2.^ª

Como el propio TC pone de manifiesto, la impugnación de tal Disposición Adicional —«si el Estatuto establece que la posición del Gobierno de la Generalitat es determinante para conformar un acuerdo con el Gobierno del Estado y éste no la acoge, el Gobierno del Estado debe motivarlo ante la Comisión Bilateral Generalitat-Estado»— presenta un «carácter marcadamente retórico»⁴⁶, según se desprende de la circunstancia que el recurso presentado «no se indica el precepto constitucional infringido»⁴⁷.

Al hilo de tal constatación, queda patente a lo largo del FJ 117 que la constitucionalidad del deber previsto no suscita ninguna duda, sin que quepa deducir ningún tipo de vinculación material del Estado⁴⁸, «dados los términos genéricos de la disposición impugnada, como un mecanismo de colaboración en supuestos en los que resultan o pueden resultar especialmente afectados los intereses de la Comunidad Autónoma, sin que en modo alguno el Es-

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ VINTRÓ, J.; BERNARDÍ, X. y CORRETJA, M., *op. cit.*, p. 38, apuntalan sus críticas al Tribunal Constitucional, considerando que la argumentación mantenida presenta «resonancias decimonónicas, extraña a la dinámica de los sistemas parlamentarios de gobierno».

⁴⁶ BALAGUER CALLEJÓN, F., *op. cit.*, p. 464, mantiene una posición crítica en torno a la actitud adoptada por el TC en este punto: «Tan claro es el precepto estatutario que precisamente está contemplando el supuesto en el que el Estado, por no estar vinculado en la decisión que deba adoptar, resuelve en sentido distinto o contrario a la posición mantenida por la Generalitat (lo que no podría hacer si existiera tal vinculación), así que no se entiende la persistencia en reiterar algo que es tan evidente».

⁴⁷ STC 31/2010, FJ 117.

⁴⁸ BALAGUER CALLEJÓN, F., *op. cit.*, p. 463.

tado resulte vinculado en la decisión que deba adoptar en el ejercicio de sus competencias»⁴⁹. En virtud de tales consideraciones, se concluye afirmando que el Estatuto al no considerarse «sede normativa inadecuada para prever con al generalidad con que se hace en la disposición recurrida este tipo de mecanismos»⁵⁰.

Un criterio similar va a mantener el Tribunal a la hora de descartar la constitucionalidad de las concretas previsiones estatutarias en las que se prevé específicamente el deber estatal de motivación, a saber:

- a) El informe previo que ha de emitir la Generalitat para autorizar nuevas modalidades de juegos y apuestas de ámbito estatal (artículo 141.2 EAC). Se considera que el mismo, al carecer de eficacia vinculante, «no condiciona en modo alguno la decisión que haya de adoptar el Estado». Por lo que se refiere al deber de motivación en caso de mantener una posición distinta a la formulada por la Generalitat, con el mismo no se «paraliza la competencia del Estado»⁵¹.
- b) A la misma conclusión se llega en relación con el informe que emite la Comisión Bilateral para la determinación de la ubicación de las infraestructuras y los equipamientos de titularidad estatal en Cataluña (artículo 149.2 EAC)⁵². El hecho de que la autoría de dicho informe no corresponda al Gobierno autonómico en exclusiva sino a la Comisión no altera el sentido de la interpretación generalmente aplicada en otros supuestos.
- c) Una argumentación más elaborada nos ofrece el Tribunal en el caso de la previsión contenida en el artículo 186.3 EAC —apartamento estatal de la posición formulada por la Generalitat frente a iniciativas europeas que afecten a sus competencias exclusivas y de las que se puedan derivar consecuencias financieras o administrativas—. En efecto, rechazando una aproximación maximalista al término «determinante» que permitiera considerarlo sinónimo de «vinculante», se propone un entendimiento alternativo que deja incólume la posibilidad «de que el Estado pueda fijar y hacer valer su posición, en caso de que, generalizada esta previsión estatutaria, dos o más CCAA mantuvieran posiciones divergentes»⁵³. El deber estatal de motivación, de este modo, queda instalado en el terreno de la colaboración considerándose como un mecanismo mediante el que se exterioriza la discrepancia «en un supuesto en el que resultan especialmente afectados competencias e intereses de la Comunidad Autónoma»⁵⁴. Interpretado en tal sentido, se concluye

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ STC 31/2010, FJ 86.

⁵² STC 31/2010, FJ 92.

⁵³ STC 31/2010, FJ 120.

⁵⁴ *Ibidem*.

que el Estatuto no es «sede normativa impertinente» para calificar la posición autonómica como determinante, siempre y cuando ésta se refiera no a cualquier tipo de iniciativa europea sino únicamente a aquéllas contempladas por el artículo 186.3 EAC»⁵⁵.

5. REFLEXIONES FINALES: ANHELO Y REALIDAD

Concluido el análisis del marco normativo que configura la bilateralidad en el reformado Estatuto catalán así como de la interpretación que del mismo ha llevado a cabo la STC 31/2010, llega el momento de formular ciertas reflexiones finales sobre cuál es el estado de la cuestión desde un punto de vista empírico. En tal sentido, el observador jurídico se enfrenta a una serie de incógnitas cuya resolución resulta obligada. Así, cabe preguntarse ¿qué queda de la voluntad estatuyente, de ese anhelo por articular nuevos horizontes al principio bilateral? Tras la aplicación del potente filtro corrector utilizado por el máximo intérprete de la Constitución, ¿cuál es la realidad en la que se mueve dicho principio? Y teniendo en cuenta los contornos existenciales que definen a la bilateralidad, según la lectura que mantiene el TC, ¿se ha producido un efecto regresivo con respecto a su configuración inicial? ¿Soplan nuevos vientos bilaterales en nuestro ordenamiento?

Una valoración general sobre los pronunciamientos contenidos en la STC 31/2010 en materia de relaciones institucionales en su específica vertiente dual pone claramente de manifiesto la existencia de una actitud de profunda desconfianza por parte del TC hacia esta materia. Buena prueba de ello es la adopción, por regla general, de criterios interpretativos cuya finalidad ha sido la desactivación del mandato normativo que incorporan las previsiones estatutarias analizadas. Actuando así, como se ha visto, se preserva la constitucionalidad, pero a cambio de sacrificar la naturaleza prescriptiva de las normas controladas.

La valoración positiva que merece la lógica consideración de la bilateralidad en términos de integración y no de alteridad, muy pronto quedará oscurecida por la afirmación de una posición de superioridad jerárquica a favor del Estado que, ignorando el criterio de la competencia, se va a traducir inmediatamente en la correlativa posición subordinada de las CCAA.

Por su parte, las facultades de participación autonómica en procesos decisionales del Estado, a pesar de que la mayor parte de las disposiciones impugnadas se formulan en términos genéricos que dejan a salvo la competencia normativa del poder central y, por lo tanto, no resultan inconstitucionales, resultan despojadas de contenido prescriptivo a la vista de la perfecta libertad que asiste al legislador estatal para actuar según su criterio.

⁵⁵ *Ibidem*.

Finalmente, la renovación que experimenta el catálogo de funciones asignadas por el Estatuto a la Comisión Bilateral, referente institucional básico en el que se escenifican las principales manifestaciones de la relación dual entre los gobiernos, también va a ser objeto de una incisiva relectura. La constitucionalidad de las disposiciones analizadas aparece directamente vinculada a una interpretación en la que el elemento central es el carácter voluntario de las funciones desplegadas. Circunscritas de modo estricto al ámbito intergubernamental, sus efectos se vinculan al terreno de la concertación política.

Embridada dentro de estos límites constitucionales, la potencialidad de esta bilateralidad eminentemente consultiva sigue siendo innegable: no cabe ignorar que una bilateralidad formalizada e institucionalizada, «resulta más fácil de forzar»⁵⁶, generando una dinámica orientada necesariamente hacia la colaboración. Sentadas las necesarias bases normativas, sin embargo, no podemos olvidar que el éxito de las relaciones institucionales (de cualquier tipo) pasa irremisiblemente por la existencia de una cultura de la cooperación en la que la voluntad política se presenta como «requisito estructural imprescindible»⁵⁷.

⁵⁶ ROIG MOLES, E., *op. cit.*, p. 172.

⁵⁷ CÁMARA VILLAR, G., «El principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las CCAA», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 1, 2004, p. 207.

Las relaciones de colaboración entre Comunidades Autónomas: una oportunidad para la racionalización del Estado autonómico en tiempos de crisis *

Josep M.º Castellà Andreu
Profesor titular de Derecho Constitucional.
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Una regulación constitucional desconfiada hacia la colaboración entre CCAA: el artículo 145.2 CE. 2. Los cambios introducidos en los Estatutos partir de 2006: un intento de flexibilización de las relaciones horizontales. 3. La ausencia de legislación estatal. El fracaso de los intentos de regular la cooperación autonómica de 2001 y 2006. Apertura de la vía convencional. 4. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre las relaciones de colaboración y su aplicación a la colaboración horizontal. 5. La legislación autonómica reciente: los casos de Aragón y Cataluña. 6. Conclusiones.

1. UNA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DESCONFIADA HACIA LA COLABORACIÓN ENTRE CCAA: EL ARTÍCULO 145.2 CE

Las relaciones de participación de las Comunidades Autónomas (CCAA) en las decisiones del Estado y de colaboración entre el Estado y las CCAA suelen citarse como uno de los déficits más destacados del Estado autonómico. Dentro de estas, la situación de las relaciones entre CCAA u horizontales ocupa una situación paradójica. Por una parte, son el único tipo de relaciones que la Constitución contempla, aunque desde una posición de desconfianza y cautela hacia las CCAA, al mencionar expresamente los instrumentos jurídicos en que se sustancian: los convenios y los acuerdos de cooperación (art. 145.2 CE). Pero, al mismo tiempo, un repaso a los treinta años de Estado autonómico nos per-

* Este trabajo forma parte de las actividades del proyecto de investigación «Estado autonómico y democracia: los derechos de participación en los estatutos de autonomía» (MCI, DER2009-12921).

mite constatar la falta de ejercicio de este tipo de relaciones por parte de las CCAA (como también de conflictos de competencia entre CCAA). El Consejo de Estado ha apuntado el carácter «manifiestamente insuficiente [del precepto constitucional], más orientado a encorsetar la iniciativa de las Comunidades para cooperar o colaborar entre sí y con el Estado que a imponerles la necesidad de actuar conforme a esos principios...»¹. Las CCAA han tendido a relacionarse, una a una, con el Estado central, con independencia de que la Constitución no aludiera para nada a las relaciones verticales.

En concreto, la Constitución se limita a mencionar dos tipos de instrumentos: convenios y acuerdos, sin precisar la diferencia entre ellos, salvo en el tipo de intervención de las Cortes: comunicación en el primer caso; autorización en el segundo. De los convenios se añade solo que los mismos sirven «para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas», pero de ello no queda claro cuál es el objeto de los segundos². El art. 74.2 CE especifica, respecto al procedimiento parlamentario de autorización por las Cortes de los acuerdos, que se iniciará en el Senado y que requerirá el acuerdo de ambas Cámaras; de no lograrlo estamos ante uno de los supuestos de creación de una comisión mixta Congreso-Senado. La cuestión está en saber qué criterio van a utilizar las Cortes para su calificación como acuerdo, y el tipo de control que llevan a cabo las Cortes.

Para determinar la diferencia entre convenios y acuerdos, no bastan los criterios formales o literales de por sí poco clarificadores («gestión y prestación de servicios» en el caso de convenios), sino que hay que atender a criterios materiales o de contenido. En este sentido, José María Rodríguez de Santiago apunta a una gradación de mayor a menor intensidad y tipo de vinculación que las CCAA hacen surgir entre ellas por vía convencional: desde (1) la prohibición de la federación de CCAA (art. 145.1 CE) —como sería el caso de un acuerdo entre CCAA de dotarse de una organización común—, pasando por (2) la firma de acuerdos de cooperación con autorización de las Cortes —como por ejemplo pactar el texto de una ley entre dos CCAA que sería aprobado por cada una de ellas—, hasta (3) la celebración de convenios que se comunican a las Cortes —por ejemplo la creación de una comisión mixta de carácter consultivo y deliberante—³. Cabe añadir, aunque el autor no los men-

¹ *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional*, ed. a cargo de RUBIO LLORENTE, F. y ÁLVAREZ JUNCO, J., Consejo de Estado y CEPC, Madrid, 2006, pp. 163-164. El Consejo de Estado se refiere a la «oscuridad y la rigidez» de esta regulación constitucional como causa del número escaso de convenios realizados entre CCAA y de la búsqueda de otras vías informales (p. 164).

² La doctrina ha criticado los términos vagos de esta disposición constitucional. Véase, últimamente, TAJADURA, J., «Los convenios de cooperación ente comunidades autónomas: marco normativo y propuestas de reforma», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 11, 2010, pp. 218 y ss.

³ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., «Artículo 145. Convenios y acuerdos entre Comunidades Autónomas», en CASAS, M.E. y RODRÍGUEZ-PINERO, M. (dirs.): *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 2184.

ción, (4) los protocolos o acuerdos informales (muy utilizados) que expresan compromisos políticos o declaraciones de intenciones y que no requieren ninguna formalidad (a ellos se aludirá más tarde al ver la STC 44/1986 y la legislación autonómica de convenios).

Resulta problemático el tipo de control que llevan a cabo las Cortes: de legalidad (Rodríguez de Santiago) o más bien de oportunidad política, pues emana de un órgano político. Asimismo se presenta difícil la impugnación por parte de las CCAA de la decisión de las Cortes de no autorizar el acuerdo, pues la misma no acaba de encajar en los distintos procedimientos ante el Tribunal Constitucional.

Los estatutos, el legislador estatal ordinario y el Tribunal Constitucional han tratado de colmar el déficit en el tratamiento jurídico de los principios y los instrumentos de relación entre el Estado y las CCAA. En menor medida, también los estatutos y la legislación autonómica han regulado los instrumentos horizontales de colaboración entre CCAA, a partir de lo dispuesto en el art. 145.2 CE. Normalmente el ordenamiento jurídico presta atención a los convenios, y no a los hasta hace poco inexistentes órganos de colaboración horizontal, que han comenzado a surgir fruto de acuerdos políticos entre gobiernos autonómicos.

2. LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS EN LOS ESTATUTOS A PARTIR DE 2006: UN INTENTO DE FLEXIBILIZACIÓN DE LAS RELACIONES HORIZONTALES

El art. 145.2 CE llama a los estatutos a desarrollar los instrumentos de colaboración intercomunitarios: «Los Estatutos podrán prever los supuestos, requisitos y términos..., así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes». Tanto los primeros estatutos (aprobados entre 1979-1983) como los aprobados a partir de 2006 han incorporado previsiones sobre convenios y acuerdos de cooperación. Las relaciones horizontales entre CCAA son citadas como contenido posible o lícito, de tipo adicional del Estatuto, según la STC 247/2007, FJ 11: se trata de un contenido que deriva expresamente de «previsiones [constitucionales] específicas» (como lo es el art. 145.2 CE), y no de las cláusulas del art. 147 CE., que constituye el contenido mínimo o necesario del Estatuto.

El Tribunal, en la STC 31/2010, se reafirma en que el Estatuto «no es una sede normativa inadecuada para la proclamación de los principios que han de inspirar el régimen de esa relación entre el Estado central y las instituciones propias de la Comunidad Autónoma catalana» (FJ 13, repetido en el FJ 110),

El autor considera que el acuerdo entre el País Vasco y Navarra de 1996, en términos jurídicos, debería haberse tramitado como un convenio, y no como un acuerdo de cooperación, puesto que se limitaba a crear un órgano permanente de encuentro, de tipo consultivo, cuyas decisiones no tenían efectos vinculantes. No obstante, reconoce que en términos políticos no fue percibido así.

aunque de ello pueda entenderse que corresponde a este tipo de norma sobre todo la determinación de los principios generales⁴. A continuación, no obstante, precisa el carácter constitucional (implícito) del principio de cooperación y reitera el propio papel del Tribunal en su interpretación: «la concreta articulación normativa de ese régimen ha de responder a exigencias estructurales de orden constitucional que, como el principio de cooperación de cada Comunidad Autónoma con el Estado y de todos ellos entre sí, es evidente que sólo pueden deducirse de la Constitución misma y, en consecuencia, de la jurisdicción que la interpreta...».

La doctrina que se ha acercado al tema ha constatado como el problema de la concreta regulación de las relaciones horizontales entre CCAA se halla en buena medida en la forma en que la han efectuado los Estatutos. Son ellos —sin que la Constitución obligue a ello— los que ya desde un primer momento: a) previeron la necesaria aprobación del respectivo Parlamento autonómico; b) habilitaron a las Cortes para que pudieran cambiar la calificación del convenio por acuerdo; y c) en algunos casos, los Estatutos circunscribieron los convenios a materias de exclusiva competencia de las CCAA.

Así pues, la rigidez de la regulación estatutaria ha llevado a que las CCAA hayan tratado de sortear estos requisitos formales y hayan firmado «protocolos» en lugar de convenios, para evitar tener que informar a las Cortes. Por tanto, ha predominado una relación informal sobre la formalizada a través de convenios y acuerdos. Ahora bien, como se ha apuntado al inicio, la experiencia ha demostrado, a mi juicio, que la práctica ausencia de relaciones horizontales no es solo un problema de rigidez de la regulación. Las CCAA han vivido, en general, de espaldas las unas con las otras, y pendientes del Estado central (relaciones verticales); además han primado razones de partidismo y alineamiento con base al color político de los gobiernos de las CCAA sobre la institucionalización de las relaciones; y por último, el rechazo de los gobiernos en manos de partidos nacionalistas de toda voluntad de integrarse en órganos e instrumentos multilaterales, o al menos en los de carácter más político o de alto nivel. Los convenios suelen afectar a la territorialización de subvenciones y ayudas y suelen tener carácter bilateral, de forma que el Estado firma convenios sobre la misma materia con las CCAA una a una. Las relaciones horizontales se han circunscrito, ordinariamente, a relaciones bilaterales entre CCAA vecinas para asuntos de interés común, y no ha habido apenas una práctica generalizada de relaciones horizontales multilaterales entre todas o un grupo de CCAA⁵.

⁴ MONTILLA MARTOS, J.A., «Las relaciones de colaboración en el nuevo marco estatutario: bilateralidad y participación», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 151, 2011, p. 160.

⁵ Véase un balance y cuadro general de la situación actualizado en ARBÓS MARÍN, X. (coord.), *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico. La posición de los actores*, IEA, Barcelona, 2009. También, en GARCÍA MORALES, M.J., «Las relaciones de colaboración en el Estado autonómico a los treinta años de la Constitución», en GARCÍA ROCA, J. y ALBERT, E. (coords.), *Treinta años de Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 163 y ss.

Los nuevos Estatutos han ampliado su atención a las relaciones interinstitucionales. Sobre todo, 1) han incluido algunos principios generales de dichas relaciones (colaboración bilateral y multilateral, lealtad institucional); 2) han regulado las relaciones bilaterales (Comisión bilateral), y 3) se han ocupado de la participación de la Comunidad Autónoma en órganos o utilizando instrumentos de participación procedimental o funcional (parecer, dictamen) respecto a competencias del Estado, sobre las que la Comunidad Autónoma pueda tener un interés (por estar relacionado con competencias propias). Una menor atención se ha prestado a las relaciones multilaterales, sean verticales (lo que es lógico porque su regulación debe ser general) sean horizontales (lo que no es tan lógico, pues la Constitución llama a los Estatutos a regularlas).

Sobre estas últimas, las nuevas previsiones estatutarias en parte han corregido las características de la anterior regulación, que habían sido objeto de críticas doctrinales, salvo en el caso de Andalucía (art. 226), que prácticamente sigue igual que antes⁶. En general,

- a) desaparece la necesidad de aprobación o autorización por el Parlamento autonómico, bastando la comunicación al Parlamento (y a las Cortes: Aragón, art. 91.2), o se reduce la aprobación a los casos en que el convenio afecta a facultades legislativas (Cataluña art. 178, Illes Balears art. 118)⁷;
- b) se elimina la mención al carácter exclusivo de las competencias sobre las que pueden versar los convenios (que en cambio sigue en la Comunidad Valenciana). Sobre este punto, creemos que se podría considerar que el Estatuto no está utilizando un concepto riguroso de competencia exclusiva sino que se refiere a la parte de la competencia sobre la que la Comunidad Autónoma tiene poderes exclusivos (ello es habitual en muchos estatutos desde 1979).

Sin embargo, no se altera en las nuevas regulaciones estatutarias la potestad de recalificación de las Cortes del convenio como acuerdo⁸.

El caso de Extremadura, el último Estatuto aprobado hasta la fecha, es significativo por lo detallado de sus previsiones (LO 1/2011)⁹. Respecto a los convenios, se establece un mecanismo de comunicación a la Asamblea (además de a las Cortes Generales, las cuales podrán emitir una «recomendación no vinculante») por si hay colisión de sus competencias estatutarias. La Asam-

⁶ Se puede ver un análisis detallado de las novedades introducidas por los nuevos estatutos en el monográfico de la *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 19, 2009.

⁷ No así en la Comunidad Valenciana, donde se debe aprobar siempre por mayoría absoluta de las Cortes valencianas (art. 59).

⁸ Sobre el tema de la recalificación por las Cortes, véanse, últimamente, las consideraciones favorables a la misma (tesis minoritaria entre la doctrina), GONZÁLEZ GARCÍA, I., «La facultad de recalificación de las Cortes Generales ex artículo 145.2 CE: una tesis personal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 91, 2011, pp. 103 y ss.

⁹ La LORAF de Navarra no ha sido modificada en este punto en la Reforma de 2010.

blea puede reclamar una autorización mediante votación por mayoría absoluta (art. 65.3), aplicándose en este caso el mecanismo previsto para la resolución de conflictos entre instituciones de gobierno (art. 44). Los acuerdos de cooperación, antes de su firma por el Presidente, deben someterse a la «autorización sin enmienda», esto es, a la ratificación de la Asamblea, además de a las Cortes (art. 66.2). Por último, el Estatuto extremeño prevé que las instituciones de la Comunidad Autónoma promoverán y participarán en foros de cooperación horizontal. En este contexto se mencionan los «compromisos puramente programáticos o políticos», a parte de los convenios y acuerdos (art. 67).

3. LA AUSENCIA DE LEGISLACIÓN ESTATAL. EL FRACASO DE LOS INTENTOS DE REGULAR LA COOPERACIÓN AUTONÓMICA DE 2001 Y 2006. APERTURA A LA VÍA CONVENCIONAL

El legislador estatal reguló la colaboración vertical primero a través de la Ley 12/1983, del Proceso Autonómico, y después con la Ley 30/1992, modificada en 1999, con especial atención al sistema de conferencias sectoriales (de tipo multilateral). No así la horizontal, ya que, de entrada, correspondería a las CCAA establecer el régimen jurídico de los instrumentos de relación mutua. Y sin embargo, se ha sostenido con razón que más colaboración horizontal es básica para mejorar la vertical¹⁰. Sobre la colaboración entre CCAA, el Reglamento del Senado regula el procedimiento parlamentario (arts. 137-139) como también lo hace el del Congreso (art. 166). El procedimiento del Reglamento del Senado prevé la posibilidad de que, a instancia de un grupo parlamentario o de 25 senadores puedan decidir que el convenio necesita autorización, y sobre el particular deberán pronunciarse la Comisión General de las Comunidades Autónomas y el Pleno. Por Acuerdo de la Mesa del Senado de 2008 se ha decidido aligerar el procedimiento, al eliminar la intervención de la Comisión General de las Comunidades Autónomas, de forma que ahora solo interviene el Pleno del Senado. En la práctica, no obstante, el Senado apenas ha cambiado la calificación de los convenios que se le han presentado.

Ante la disparidad de la situación estatutaria, las insuficiencias de la Ley 30/1992 respecto a la colaboración vertical, y los problemas de implementación práctica de las relaciones de colaboración vertical y horizontal en el Estado autonómico, en 2001, el Ministro de Administraciones Públicas, Jesús Posada (PP), presentó en la Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado una propuesta de Ley general de Cooperación. Se trata del

¹⁰ GARCÍA MORALES, M.J., «Los nuevos estatutos de autonomía y las relaciones de colaboración. Un nuevo escenario, ¿una nueva etapa?», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 19, 2009, p. 396. Para dicha autora, reforzar la colaboración horizontal multilateral podría servir para paliar la politización de algunas conferencias sectoriales.

intento más acabado hasta ahora de reunir en una ley del Estado la regulación sistemática de las relaciones de colaboración, ausente en la Ley 30/1992¹¹. El Gobierno pretendía: establecer cauces formales, ágiles, flexibles y eficaces para la cooperación entre las CCAA; tratar de eliminar conflictos de competencias e intensificar los mecanismos de solución extrajudicial de los conflictos; establecer o reforzar los procedimientos de colaboración de las administraciones autonómicas o del Estado en ámbitos competenciales que no son propios, pero donde es aconsejable la colaboración, sin afectar a la titularidad competencial de cada uno¹².

Para ello se precisan los instrumentos y órganos para llevar a cabo tales objetivos. Se alude a la revisión de las conferencias sectoriales y las comisiones bilaterales (respectivamente medios multilaterales y bilaterales de colaboración vertical ya existentes), a la creación de una «conferencia sectorial de cooperación autonómica», a los convenios verticales y horizontales (respecto a los cuales constata que no están jugando el papel que podrían y deberían tener), de consorcios y entes mixtos creados por el Estado y una o más CCAA o varias entre sí para la realización de fines determinados. Se plantea igualmente la creación de una «Conferencia de cooperación general» o «Conferencia de presidentes de Comunidades Autónomas». En este punto se suscitan, de forma general y abierta, una serie de cuestiones que la ley debería abordar: su reunión con y sin representación del Gobierno del Estado; con o sin todas las CCAA si alguna se negara a formar parte; con o sin Secretaría permanente; el carácter rotatorio de la presidencia; la convocatoria ordinaria una o dos veces al año y extraordinaria a solicitud de un determinado número de miembros; el régimen de acuerdos, por unanimidad o mayoría según los casos.

La propuesta fue acogida con frialdad por la oposición (PSOE), que puso el acento en la reforma del Senado en lugar de la potenciación de las relaciones intergubernamentales, y sobre todo por los partidos y gobiernos nacionalistas, que la calificaron de actualización del espíritu de la LOAPA o un intento del Estado de tutelar y vigilar a las CCAA, y propugnaron relaciones bilaterales entre el Estado y la respectiva Comunidad. Lo cierto es que la propuesta se dejó en el callejón del olvido, y tras el cese del Ministro en julio de 2002 ya no se volvió a hablar del tema.

¹¹ El Ministerio de Administraciones Públicas publicó en 2002 en su página web 5 tomos del *Informe sobre le proyecto de Ley General de Cooperación Autonómica*. Un resumen y valoración del mismo en CORCUERA, J., «Colaboración y cooperación en el sistema autonómico español. Reflexiones tras el fracaso de la propuesta de ley general de cooperación autonómica», en *Anuario Jurídico de La Rioja*, n.º 8, 2002, pp. 202-211. En este punto se sigue a dicho autor.

¹² El Ministro llama a un consenso político amplio pues reconoce que «aunque el principio de colaboración es obligatorio, como nos dice el Tribunal Constitucional... esta obligación de cooperar tan solo puede ser cumplida voluntariamente, pues es muy difícil, por no decir imposible, imponer la cooperación», véase Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado*, VII legislatura, Comisiones n.º 147, 12 de junio de 2001, p. 3.

Cuatro años más tarde, el Ministro de Administraciones Públicas, Jordi Sevilla (PSOE) preparó un anteproyecto de ley de cooperación del Estado con las CCAA, en el que trataba de potenciar órganos multilaterales, y regular el funcionamiento de la Conferencia de Presidentes¹³. El proyecto de ley nunca fue presentado al Congreso. La Conferencia de Presidentes, como máxima instancia de colaboración vertical, había empezado a funcionar de forma irregular desde 2004 y sin demasiado contenido en los últimos años¹⁴. El Reglamento interior es de 2009, pero no hay una regulación legislativa de la misma hasta la fecha. Está por ver si su creación dará lugar a la instauración de una Conferencia de Presidentes autonómicos sin la asistencia del presidente del Gobierno del Estado.

Mientras tanto, los gobiernos de las 6 CCAA que habían aprobado reformas de los estatutos de autonomía¹⁵ comenzaron a reunirse en 2008, creando un foro de encuentro denominado «Encuentros entre Comunidades Autónomas para el desarrollo de los Estatutos de Autonomía», con el objetivo de incrementar la cooperación en cuestiones de interés común. A este foro se fueron sumando otras CCAA, hasta que en 2010 firmaron el Acuerdo para la creación de la «Conferencia de los gobiernos de las Comunidades Autónomas»¹⁶. Se trata del único órgano de cooperación horizontal formalizado, sin la presencia del Gobierno central. Por ahora se han limitado a aprobar declaraciones de temas variados y escasos acuerdos de relevancia, así como 3 convenios y 1 protocolo de colaboración están en vigor¹⁷. El órgano fue creado mediante un acuerdo entre los gobiernos de las CCAA, sin que haya requerido la aprobación de ninguna ley estatal. La consolidación de este mecanismo de participación va a tener lugar en la medida en que se perciba como útil para todos los participantes a efectos de obtención y circulación de información, transmisión de propuestas, etc. A la luz de la experiencia no se puede decir que ello se haya conseguido. El impulso de relaciones horizontales entre CCAA se ha debido en una parte relevante a la puesta en funcionamiento de los Acuerdos

¹³ Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/espana/Gobierno/ultima/ley/coordinar/competencias/autonomicas/elpepiesp/20060116elpepinac_4/Tes (consultado el 12 de noviembre de 2011).

¹⁴ Sobre la misma, Véase TAJADURA, J., *El principio de cooperación en el Estado autonómico*, 3.ª ed, Comares, Granada, 2010, pp. 134 y ss.

¹⁵ Comunidad Valenciana, Cataluña, Islas Baleares, Andalucía, Aragón y Castilla y León.

¹⁶ Acuerdo de Santiago de Compostela de 25 de octubre de 2010 firmado por todas las CCAA con la excepción del País Vasco, Castilla-La Mancha, Canarias, Madrid y Asturias. Posteriormente se adhirieron las citadas, salvo el País Vasco. No participan las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. En 2011 se reunieron en Santander en lo que fue la I Conferencia (y por ahora única). Con la victoria de la Federación nacionalista CIU en Cataluña en noviembre de 2010, el Gobierno catalán dejó de participar. El Gobierno Mas apuesta por una relación bilateral con el Estado.

¹⁷ Disponible en: <http://www.comunidadesautonomas.org/> (consultado el 12 de noviembre de 2011).

CARCE de 2004 que permiten la participación de los gobiernos autonómicos en la Delegación española en determinadas formaciones del Consejo de Ministros de la Unión Europea y sus órganos preparatorios. Al establecerse la presencia de un representante de todas las CCAA ha favorecido la comunicación entre los gobiernos y la puesta en marcha de mecanismos de concertación.

4. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS RELACIONES DE COLABORACIÓN Y SU APLICACIÓN A LA COLABORACIÓN HORIZONTAL

Inspirándose en los sistemas constitucionales de los estados federales y regionales (cooperativos), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dedujo, desde muy pronto, un principio implícito de colaboración (a veces denominado también de cooperación y más tarde complementado con el de lealtad institucional) «que no es menester justificar en preceptos concretos», pues «se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución»¹⁸.

Al mismo tiempo, como ha sostenido el Tribunal en relación con las relaciones verticales: «no pueden resultar ampliadas las competencias del Estado, ni es posible por lo mismo limitar o condicionar el ejercicio de las competencias autonómicas sobre esta materia a la celebración o cumplimiento de convenio alguno entre las dos Administraciones territoriales» (STC 96/1986)¹⁹. En otro momento también afirmó que «el deber de colaboración... consiste en facilitar al máximo las competencias del otro ente» (STC 11/1986).

El Tribunal apenas se ha referido, en cambio, a las relaciones horizontales. A ellas se pueden aplicar, no obstante, los principios orientadores citados. La STC 44/1986 aborda un caso muy particular de acuerdo entre la Generalitat de Cataluña y la preautonomía de Murcia. El TC afirmó en aquella ocasión «no es, por tanto, el núm. 2 del art. 145, un precepto que habilite a las Comunidades para establecer convenios entre ellas, sino que, supuesta esta capacidad, delimita por su contenido los requisitos a que ha de atenerse la regulación de esta materia en los Estatutos y establece el control por las Cortes Generales

¹⁸ Por ej. la STC 18/1982 menciona el deber de colaboración «dimanante del general deber de auxilio recíproco entre autoridades estatales y autonómicas». El TC reitera esta idea literalmente o casi en sucesivas sentencias, en las que va añadiendo rasgos de la colaboración: obligación para las autoridades estatales y autonómicas de suministrar recíprocamente información (STC 76/1983) y proporcionar recíprocamente auxilio (STC 80/1985); deber de recíproco apoyo y mutua lealtad (STC 96/1986).

¹⁹ En la misma línea ha afirmado también que «como este deber no implica extensión alguna de las competencias estatales, el Estado no puede tratar de imponerlo mediante la adopción de medidas coercitivas, sino buscando, para las que haya de adoptar, la previa conformidad de las Comunidades Autónomas competentes, que por esta vía participan en la formación de la voluntad estatal» (STC 80/1985).

de los acuerdos o convenios de cooperación» (FJ 2). En realidad, como se ha visto, poca delimitación de contenido se produce entre convenios y acuerdos. Y el Tribunal apenas aclara nada más.

Desde otro punto de vista, el Tribunal ha admitido de forma clara en la STC 194/2004 que la dimensión supracomunitaria de un asunto, no necesariamente implica la traslación de la competencia al Estado o la participación del Estado en su gestión²⁰. Al contrario, se abre entonces una vía propicia para la colaboración horizontal entre CCAA. Ello ocurrió en relación con la composición de los órganos de gestión de parques naturales (a partir de la competencia del art. 149.1.23 CE), en que la Ley de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna salvaje reservaba al Estado su participación en los mismos. Según el Tribunal, al tratarse de una competencia exclusiva de las CCAA en gestión de espacios naturales (competencia ejecutiva), la Administración del Estado no tenía porque estar presente en el órgano de gestión. El Convenio es un instrumento adecuado en este caso para la gestión coordinada. También lo es la composición de los órganos de gestión de los parques por representantes de las administraciones de las CCAA implicadas.

La STC 31/2010, sobre la constitucionalidad del Estatuto catalán, aborda algunas cuestiones relativas a las relaciones interinstitucionales que, aunque no se dirijan de forma directa a las relaciones horizontales, sientan criterios generales que son de aplicación a las mismas y que pueden ser de interés a la hora de ver el marco jurídico para estas relaciones. El Tribunal responde a la impugnación del art. 176.2 y 3 EAC sobre participación en mecanismos multilaterales de colaboración voluntaria Estado-CCAA y CCAA entre sí, recordando los caracteres básicos de la colaboración multilateral (válidos para la colaboración horizontal): la voluntariedad y consiguiente falta de vinculación jurídica de las decisiones adoptadas en estos órganos y mecanismos multilaterales «que no pueden imponerse a quienes en ellos participen»; la no alteración de la titularidad de la competencia; y la ausencia de un derecho de veto de ninguna Comunidad Autónoma respecto al acuerdo de las demás (ente sí o con el Estado) (FJ 112).

Otro aspecto que aborda la sentencia es el de la participación de las CCAA en órganos o procedimientos decisorios del Estado, y cuyo interés a efectos de la colaboración horizontal no se puede soslayar ya que ésta tiene como uno de sus objetivos básicos la participación en la toma de decisiones estatales. Cabría plantear la actuación concertada de las CCAA o de algunas de ellas ante el Estado en defensa de sus intereses comunes, como es habitual en Derecho comparado. Esta cuestión es abordada a raíz de la impugnación de los arts. 174.3 (participación de la Generalitat en instituciones, organismos y pro-

²⁰ Ello será así cuando lo indique específicamente la CE en el momento de la distribución de competencias: cuando se distingue puertos y aeropuertos de interés general, obras hidráulicas, vías de comunicación que transcurran por más de una Comunidad Autónoma, la CE atribuye al Estado la competencia en el art. 149.1 CE.

cedimientos de toma de decisión del Estado que afecten a sus competencias) y 182 EAC (participación de la Generalitat en la designación de miembros de organismos de diversa índole pertenecientes o relacionados con la Administración del Estado)²¹. Para la sentencia, estos supuestos de participación orgánica y funcional: 1) están contenidos en preceptos genéricos e imprecisos, susceptibles de diversos desarrollos; 2) deben concretarlos leyes estatales; 3) deben dejar a salvo la titularidad estatal de la competencia implicada; 4) deben dejar a salvo la «perfecta libertad» que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado (su concreto alcance y su modo concreto de articulación). De ello se deriva que dicha participación, una vez prevista en la legislación estatal correspondiente, no puede tener carácter decisorio, sino que ha de ser en órganos consultivos o de asesoramiento y en el interior de procedimientos, como informe no vinculante [FJ 111, reiterado en el 114].

5. LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA RECIENTE: LOS CASOS DE ARAGÓN Y CATALUÑA

Los nuevos Estatutos suelen remitir a una ley autonómica el establecimiento del régimen jurídico de los convenios. Aragón (en cumplimiento del art. 91 del Estatuto) y Cataluña (art. 177.2) han sido las primeras en legislar, aunque han seguido dos caminos distintos: mientras Aragón aprobaba una ley específica, Cataluña lo incluía en la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas. Hasta ahora la regulación de los convenios en el plano autonómico estaba dispersa en distintas normas de contenido más general (reglamento parlamentario, ley de gobierno donde se introduce la firma del convenio por el Presidente, por ej. Ley catalana del Presidente y el Gobierno de 2008, o la ley del consejo consultivo).

La primera aportación de la Ley 1/2011, de 10 de febrero, de convenios de la Comunidad Autónoma de Aragón es el tratamiento sistemático y específico de las relaciones interinstitucionales de Aragón a través de la actividad convencional (convenios con el Estado central, con el resto de CCAA, en el ámbito de la Unión Europea y de la acción exterior, convenios con las corporaciones de derecho público). La ley menciona los principios en que se basa la actividad convencional: lealtad institucional, coordinación, y ayuda mutua; el fin de los mismos: «propiciar un mejor servicio a los ciudadanos y una utilización racional de los recursos públicos» y el límite: no afectación a la titularidad de competencias (art. 5); y los contenidos posibles de los convenios, entre los que se menciona los órganos firmantes, la competencia que habilita la actuación, la clase de convenio de que se trata, el objeto, la financiación, el plazo

²¹ Se excluye ahora del análisis, por las especiales características que presenta, la participación en la designación de magistrados del Tribunal Constitucional y de vocales del Consejo General del Poder Judicial prevista en el art. 180 EAC (FJ 113).

de vigencia, las causas de extinción, y mecanismos de denuncia y de solución de controversias (art. 6). En lo que se refiere a las relaciones de colaboración horizontales (capítulo III), se detalla el ámbito de aplicación: tanto para las relaciones multilaterales con otras CCAA, como para las relaciones específicas con las CCAA vecinas.

La ley distingue y se regulan tres tipos de convenios: a) protocolos o acuerdos de coordinación (art. 16); b) convenios de colaboración (art. 17) y c) acuerdos de cooperación (art. 18).

- a) Los protocolos o acuerdos de coordinación. Se trata de declaraciones de intenciones o líneas de declaración política, intercambio de información o la creación de órganos conjuntos de colaboración o coordinación. En cualquier caso, las notas características son: que no crean obligaciones jurídicas exigibles para las partes; y que no se comunica su celebración ni a las Cortes de Aragón ni a las Cortes Generales. Menos claro resulta el tratamiento de otros aspectos: se ha de acompañar de una memoria del titular del centro directivo promotor con los objetivos, antecedentes, compromisos, y también con los efectos económicos para la Comunidad Autónoma (el art. 26 lo refiere a los «proyectos de convenio», pero cabe pensar que se debe extender a todos los tipos de «convenios», en sentido genérico como el utilizado en el art. 15, del que los protocolos son una «modalidad»); no está claro quienes pueden firmar dichos protocolos: se menciona a los representantes del Gobierno de Aragón en los órganos de colaboración (art. 27.2), sin que en dicho caso concreto parezca que necesiten autorización para su suscripción mediante acuerdo del Gobierno de Aragón; en general, en otro momento se indica que la suscripción de «convenios y acuerdos» deberán ser autorizados mediante acuerdo del Gobierno de Aragón (art. 28.1), o bien en quien este delegue en un reglamento (art. 28.2).

Se trata de un supuesto interesante por su simplicidad y falta de comunicación parlamentaria. Su punto débil está en que no puede generar obligaciones jurídicas²². En muchas ocasiones, como se ha visto, las CCAA han recurrido a figuras de este tipo para escapar del deber de información a las Cortes.

- b) Los convenios de colaboración. Respecto a estos se reproduce el enunciado constitucional en cuanto a su objeto «la gestión y prestación de servicios propios», a lo que se añade «derivados de las competencias

²² La STC 44/1986 había aludido a este tipo de protocolos como «meras declaraciones de colaboración o enunciados de aspiraciones y propósitos recíprocos» distintos de convenios y acuerdos (FJ 3). El Tribunal constató en aquel momento la dificultad de distinguir los contenidos de un convenio, defendiendo la necesidad de aplicar un régimen jurídico conjunto, que se vería atraído hacia la figura del convenio o acuerdo de cooperación, necesitados de intervención parlamentaria.

autonómicas», que ya no se pide que sean exclusivas. Se regula la necesidad de informar a las Cortes de Aragón y a las Cortes Generales en el plazo de un mes, aunque los efectos se produzcan desde su firma.

- c) Acuerdos de cooperación. Su utilización se formula de forma residual: cuando las actuaciones previstas no sean objeto de los otros instrumentos. Deben ser autorizados por las Cortes Generales y «ratificados» (voto de totalidad, sin enmiendas, por tanto) por las Cortes de Aragón.

Respecto a los convenios y acuerdos de cooperación vale lo indicado en el punto A para los protocolos: necesidad de adjuntar memoria al proyecto de convenio; autorización de la suscripción por el Gobierno de Aragón con posibilidad de delegación; en el acuerdo de autorización designación del firmante.

La modificación del convenio o acuerdo puede ser: a) la modificación no sustancial: se llevará a cabo mediante «adenda» por parte del titular del órgano o representante firmante, debiendo comunicarlo posteriormente al Gobierno; b) si se trata de una «modificación sustancial» requiere una nueva autorización (menciona como caso de modificación sustancial una mayor colaboración financiera de la Comunidad Autónoma), art. 30.

Por último, se obliga a inscribir todos los convenios en el Registro de convenios de la Comunidad Autónoma a los efectos de publicidad en el plazo de dos meses de la firma, así como las modificaciones (art. 31) y se publicará en el *Boletín Oficial de Aragón* (art. 32).

En Cataluña, la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, dedica el título IX a las relaciones interadministrativas, y se refiere a las administraciones catalanas. Su aplicación a las relaciones con otras CCAA, con el Estado y con entes públicos de otros Estados y organismos internacionales está prevista en la Disposición Adicional 4, que remite a los arts. 110 y 111, dedicados respectivamente a la forma y contenido de los convenios y protocolos y al procedimiento y expediente. Así pues, estamos ante una regulación mucho menos ambiciosa por indirecta y no frontal de la materia objeto de nuestro estudio.

6. CONCLUSIONES

Las causas que han dificultado las relaciones horizontales entre CCAA, y que constituyen peligros para el futuro de dichas relaciones que hay que sortear son, como se ha visto, de distinto orden: a) rigidez de la normativa constitucional y estatutaria, lo que ha propiciado una práctica informal a través de «protocolos». Dicha rigidez afecta a la intervención de los Parlamentos autonómicos y a la habilitación a las Cortes para que modifiquen su calificación; b) opacidad o falta de publicidad de los convenios firmados, lo que dificulta tener conoci-

miento y acceso a los mismos; y sobre todo c) falta de voluntad política de cooperar por parte de las CCAA entre sí. Sin esta, una reforma legislativa difícilmente va a resolver los problemas planteados.

Hay que constatar en los últimos años un cambio de tendencia debido más a la participación directa de las CCAA en órganos de la Unión Europea que a la reforma de sus Estatutos de autonomía. A pesar que las relaciones horizontales no fueron una prioridad para los redactores de los Estatutos, dichas CCAA han iniciado en 2008 una práctica que se ha generalizado y ha supuesto la creación de la Conferencia de Gobiernos de las CCAA.

Existe un marco jurídico (derivado de los Estatutos y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en buena medida) que actúa como límite a tener en cuenta a la hora de abordar la regulación de las relaciones de colaboración horizontales: a) la indisponibilidad de la titularidad de las competencias. Las relaciones de colaboración afectan al ejercicio y a través de ellas no se puede expandir las competencias del Estado en detrimento de las competencias de las Comunidades Autónomas, o de una Comunidad en detrimento de las competencias de otras; y b) la voluntariedad de la colaboración, que se traduce en la imposibilidad de obligar a colaborar. Pero también en la no posibilidad de vetar o impedir por parte de una que las demás colaboren.

Los retos jurídicos que deben abordarse para mejorar las relaciones horizontales, son básicamente: a) crear órganos para las relaciones de colaboración (conferencias de presidentes de CCAA, conferencias sectoriales por materias), y su vinculación con las existentes en el plano vertical; b) regular el régimen jurídico de los convenios en términos de flexibilidad y evitar las discordancias en este punto entre CCAA. Esto incluye crear mecanismos de publicidad sobre los convenios existentes; y c) reducir al máximo la intervención parlamentaria con relación con los convenios: es preferible que los parlamentos reciban información sobre los convenios firmados a que deban ratificarlos o autorizarlos.

Ante estos desafíos, se plantea cuáles son los instrumentos jurídicos más adecuados para regular las relaciones de colaboración entre CCAA. De acuerdo con la Constitución y el Tribunal Constitucional, los Estatutos son *un* (no *el*) instrumento idóneo para ello, pero se suele admitir al mismo tiempo que no todo puede ser regulado por los Estatutos: primero, por el tipo de norma generalista y principalista que es, lo que se traduce en que corresponde a estos determinar el marco general básico; segundo, porque, se trata de normas de eficacia territorial limitada por lo que se requiere una normativa de alcance general. Ante esta situación, se abren varias posibilidades, complementarias de la previsión estatutaria. De entrada, la aprobación de leyes autonómicas de convenios, a las que remiten algunos Estatutos reformados y como la que ha aprobado Aragón recientemente. Se trata de un instrumento normativo adecuado para regular el régimen jurídico de los convenios de cada Comunidad Autónoma.

Más problemática resulta la regulación de las relaciones de colaboración horizontales por una ley estatal. En efecto, algunos autores han propugnado ya sea la reforma de la Ley 30/1992 o bien la aprobación de una Ley de Cooperación Autonómica (orgánica u ordinaria)²³. Se justifica esta última opción en la necesidad de dotar de un instrumento jurídico general homogéneo para todas las CCAA. No creo que esta última opción fuese el instrumento jurídico más adecuado en términos políticos: los intentos previos de aprobar una ley de esta índole fueron vistos como una injerencia del Estado por parte de los gobiernos nacionalistas. En cambio, desde el punto de vista jurídico, la reunión en una ley de toda la regulación de la cooperación aportaría una regulación sistemática y coherente de todos los instrumentos y órganos. Seguramente se puede llegar al mismo objetivo jurídico de fondo, sin generar las mismas susceptibilidades, a través de la reforma de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas. En cualquier caso, la regulación de las relaciones horizontales a través de una ley estatal, cualquiera que esta sea, nos ofrece dudas razonables acerca del respeto a la autonomía de las CCAA (¿por qué el Estado debe legislar sobre la colaboración entre CCAA?), y en todo caso debería respetar el carácter voluntario de la colaboración de las CCAA (salvo si el Estado tiene competencia específica de coordinación, como en sanidad).

Una reforma constitucional del art. 145.2 CE que consagrarse en términos menos cautelosos y más realistas las relaciones entre CCAA es visto por muchos como el colofón necesario para la consolidación de las relaciones de colaboración. El Informe del Consejo de Estado de febrero de 2006 sobre la reforma constitucional concretamente alude a dos contenidos de una hipotética reforma: a) la introducción del deber de cooperación y colaboración entre todos los entes con autonomía territorial; y b) la flexibilización de las relaciones, de forma que se suprima la autorización de las Cortes, «en la medida en la que tales actuaciones se corresponden con competencias propias de las Comunidades Autónomas», y se mantenga, no obstante el deber de información a las Cortes «e incluso [a] Gobierno» como aplicación del «deber de lealtad recíproca»²⁴. Ahora bien, no se puede olvidar que en muchos Estados compuestos, este tipo de relaciones horizontales son paraconstitucionales, lo cual no ha impedido su puesta en marcha.

Sin desmerecer las anteriores vías, quizás en este momento lo esencial pasa por una solución jurídico-política que combine institucionalización y flexibilidad:

²³ Esta última postura es defendida por TAJADURA, J., «Los convenios de colaboración...», *op. cit.*, pp. 231 y 247 y ss. En nuestra opinión, salvo reforma constitucional que la prevea, no hay razón alguna para considerar que ahora se deba utilizar la categoría normativa de la ley orgánica, pues no es una materia reservada a dicha categoría por la Constitución.

²⁴ *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional*, *op. cit.*, p. 165. Para el Consejo de Estado debe corresponder a órganos jurisdiccionales la verificación de la adecuación constitucional y legal de dichos acuerdos de cooperación, no a órganos políticos.

regulación del régimen jurídico de la colaboración en leyes autonómicas, e impulso de la práctica entre todas o grupos de CCAA a través de acuerdos entre ellas. A las CCAA interesadas corresponde elaborar reglamentos internos de los órganos de colaboración horizontal que creen donde se fijen el procedimiento de convocatoria de las reuniones y fijación del orden del día, presidencia rotatoria, discusión y toma de acuerdos.

Nada impide que las CCAA que lo deseen firmen convenios entre sí sobre el ejercicio de sus competencias y acuerdos que expresen compromisos de legislar o reglamentar ámbitos de forma homogénea (educación, unidad de mercado, servicios sanitarios...). Actuando de este modo, de abajo hacia arriba, seguramente se provocaría un efecto expansivo hacia otras CCAA y se darían pasos grandes para racionalizar el Estado autonómico en tiempos de profunda crisis como la que ahora vivimos. Solo falta voluntad política para ello de las Comunidades Autónomas.

La cooperación horizontal: una asignatura pendiente del Estado autonómico español

Javier Tajadura Tejada
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV-EHU)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La regulación de la cooperación horizontal en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía. 3. Una propuesta de reforma de la cooperación horizontal en el bloque de la constitucionalidad.

1. INTRODUCCIÓN

Dejando a un lado la controvertida cuestión relativa a si el Estado autonómico es o no un Estado Federal, en la medida en que se está produciendo una evidente confluencia entre los federalismos y regionalismos hacia fórmulas organizativas tan parecidas que es difícil distinguirlas, el estudio del modelo federal resulta fundamental para afrontar los problemas del Estado autonómico español. No pretendemos, por tanto, establecer las diferencias que existen entre el Estado federal clásico y otras formas de descentralización. Además, es preciso reconocer que existen diversas modalidades de federalismo. Lo que a los efectos de esta comunicación nos interesa subrayar es la distinción de dos modelos fundamentales: el federalismo dual y el federalismo cooperativo.

El federalismo clásico (*dual federalism*) implica una rígida separación vertical de poderes. En el subyace una filosofía política de «compartimentos estancos». Existen dos campos de acción del poder perfectamente delimitados y sin ningún tipo de vinculación entre ellos: el del Gobierno central y el de los Gobiernos de los Estados. El federalismo cooperativo (*new federalism*), por el contrario, trata de superar la técnica de la separación formal y absoluta de competencias, evitando centrar su atención en la división constitucional de la autoridad entre el Gobierno central y los Gobiernos de los Estados, y resaltando la actual interdependencia y la mutua influencia que cada nivel de gobierno es capaz de ejercer sobre el otro. En pocas palabras el federalismo dual responde a la idea de independencia y el federalismo cooperativo a la de interdependencia.

Este federalismo cooperativo presenta dos manifestaciones fundamentales: a) Una dimensión vertical: el federalismo cooperativo vertical. Con esta fórmula nos referimos al sistema de relaciones que se pueden producir entre el Estado Federal, por un lado, y los Estados miembros, por otro. Este sistema puede estar institucionalizado, constitucionalizado incluso, o bien carecer de apoyos jurídicos formales y basarse en la mera praxis política. b) Una dimensión horizontal: el federalismo cooperativo horizontal. La fórmula alude al sistema de relaciones que se producen entre los Estados miembros. En relación con él la cuestión fundamental reside en si el poder federal puede o no intervenir en este sistema, y, en caso afirmativo, cuál debe ser el grado de su intervención. Por regla general suele aceptarse que el Gobierno federal asuma un papel de garante de este tipo de relaciones. También aquí podemos distinguir entre relaciones informales e institucionalizadas.

La opinión común es que el federalismo dual constituye el primer momento en el proceso evolutivo del Estado federal. Tanto en los Estados Unidos como en la República Federal de Alemania, por citar dos casos paradigmáticos, las técnicas del federalismo cooperativo se imponen a la filosofía que representa el federalismo dual y ello porque aquél responde mejor que éste a los problemas actuales. El federalismo cooperativo vigente en Alemania o Estados Unidos se caracteriza por el entrecruzamiento de las competencias del poder central y las de los poderes territoriales, que conduce a la Federación y a los Estados *a actuar cada vez más de forma conjunta*, mediante acuerdos en los que diseñan un modelo de actuación común, que luego será ejecutado por actos de la Federación o de los Estados en función de la titularidad de la concreta competencia que se ejerza en cada caso. Las ventajas que el federalismo cooperativo presenta para el funcionamiento de cualquier Estado compuesto son claras.

Desde esta perspectiva, los instrumentos jurídico-políticos a través de los cuales se articula el federalismo cooperativo, pueden y deben comprenderse como garantías del pluralismo territorial. Lamentablemente, no lo han entendido así quienes han identificado, sin más, cooperación con centralización. Deshacer este equívoco nos exige examinar la relación existente entre el principio de cooperación y el principio de autonomía.

La progresiva penetración del poder central observada en todos los Estados compuestos es la respuesta lógica al trasvase sucesivo a la órbita del interés general de cuestiones que anteriormente eran estrictamente regionales o locales. Muchos asuntos han sufrido en los últimos tiempos una intensa publicación (medio ambiente, energía, alimentación) que los ha hecho salir de la órbita de los intereses locales (nivel desde donde se cumplimentaban las escasas decisiones públicas que eran precisas) para integrarlos en el interés general. El tránsito del Estado liberal al Estado social ha reforzado indudablemente al poder central. Ahora bien, éste fenómeno no ha venido acompañado de una apropiación en exclusiva por las instancias centrales de todas las competencias en relación con los problemas antes referidos, pero sí ha exigido la obligada participación de

aquéllas en su resolución. Las demandas del interés general no quedarían satisfechas de otro modo. Son ellas las que reclaman la cooperación.

Tres razones fundamentales impiden contraponer cooperación y autonomía:

- a) En primer lugar, la contraposición es falsa porque la cooperación resulta sin más de la necesidad de articular el ejercicio de los poderes y hacer operativo el reparto de competencias. En este sentido la autonomía es el primer presupuesto de la cooperación.
- b) En segundo lugar, porque la autonomía, como ha recordado nuestro Tribunal Constitucional sólo se explica en el contexto de la unidad y la unidad exige que las instancias centrales participen en la resolución de los problemas de interés general. Y es que cuando un problema se generaliza es inevitable la concurrencia del poder central.
- c) En tercer lugar —y esta es la razón más importante que viene a desmentir esa pretendida incompatibilidad entre autonomía y cooperación—, *porque la cooperación fortalece a la autonomía, permitiendo, en muchas ocasiones, que los entes autonómicos sigan ostentando responsabilidades sobre asuntos de los que sin el recurso a las técnicas cooperativas se verían privadas.*

Sin el recurso al principio de cooperación y a las diversas técnicas en que éste se concreta, el proceso de centralización exigido por el necesario aumento del intervencionismo del Estado habría ocasionado una notable pérdida de poder para las instancias autonómicas. El traslado al campo del interés general de problemas antes locales podría haber determinado que el poder central asumiera el monopolio de la decisión política sobre esos temas. La implantación de técnicas cooperativas es la que ha impedido que tal cosa ocurriera. Estas técnicas excluyen la decisión unilateral y permiten ampliar la responsabilidad de las instancias autonómicas en campos que de otra manera serían monopolizados por el poder central. En algunos casos, incluso, ciertas técnicas cooperativas son empleadas directamente por los entes autonómicos para acordar actuaciones conjuntas que evitan la intervención del poder central. La cooperación horizontal —una de las dos manifestaciones del federalismo cooperativo y a la que se refiere el artículo 145 la Constitución española— puede incluso llegar a impedir que salgan de la órbita autonómica ciertos asuntos que de no ser por las acciones emprendidas en el curso de esa cooperación interregional pasarían a la esfera de actuación del poder central.

El principio de cooperación convierte, en suma, al interés general en objeto de la atención concurrente de todas las instancias de poder. Ello hace que más que un principio teórico sea una necesidad de todo Estado compuesto y por lo que a nosotros interesa del Estado autonómico.

Las Conferencias Sectoriales y los Convenios de cooperación son los instrumentos fundamentales a través de los cuáles se articula el federalismo cooperativo tanto en su dimensión horizontal como vertical. Las primeras carecen de fundamento constitucional expreso. No ocurre lo mismo con los convenios hori-

zontales previstos expresamente en el artículo 145 de la Constitución. El objeto de esta comunicación es analizar su regulación jurídica y formular algunas propuestas de reforma.

2. LA REGULACIÓN DE LA COOPERACIÓN HORIZONTAL EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

El artículo 145 de la Constitución es el punto de partida obligado para el análisis del régimen jurídico de los convenios y acuerdos de cooperación. Su desafortunada redacción obedece al recelo con el que las Cortes Constituyentes contemplaron siempre la cooperación horizontal entre Comunidades Autónomas.

La redacción definitiva del precepto fue la adoptada por la Comisión Mixta Congreso-Senado. A ella debemos la fórmula finalmente establecida en el artículo 145: «1. En ningún caso se admitirá la federación de Comunidades Autónomas. 2. Los Estatutos podrán prever los supuestos, requisitos y términos en que las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre sí, para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales. En los demás supuestos, los acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas necesitarán la autorización de las Cortes Generales».

El texto nos muestra de esta forma la existencia de dos tipos de acuerdos interregionales, los «convenios» y los «acuerdos de cooperación», que difieren entre sí porque los primeros no requieren autorización de las Cortes y los segundos sí. La única diferencia material consiste en que los primeros deben versar sobre gestión y prestación de servicios propios. Esto no aclara mucho. Lo cierto es que el artículo 145 no nos permite precisar, en la práctica, qué tipo de actuaciones cooperativas han de ser consideradas convenios y cuáles acuerdos o, dicho de otra forma, qué hay que entender por gestión y prestación de servicios propios, lo que resulta de capital importancia, en cuanto que de dicha distinción dependerá que sea necesaria o no la actuación de las Cortes.

Hay que criticar este insuficiente tratamiento técnico-jurídico de uno de los principales instrumentos de realización de las técnicas de cooperación. Las razones de esta insuficiencia y de esta imprecisión constitucional las encontramos en el *Diario de Sesiones* al seguir el iter procedimental que siguió el precepto en cuestión. En los debates constituyentes prevaleció la errónea visión de que cualquier tipo de cooperación de las regiones entre sí obedece necesariamente a tendencias centrífugas, ignorando la importante función integradora de los mismos.

La redacción del artículo 145.2 técnicamente es defectuosa por cuanto no nos permite diferenciar entre convenios y acuerdos de cooperación. No obstante, permite subsanar esa insuficiencia mediante la remisión a los Estatutos de Autonomía de la regulación de los supuestos, requisitos y términos en que

se podrán celebrar los convenios y del carácter y efectos de la comunicación a las Cortes.

La Constitución habla de convenios para la gestión y prestación de servicios propios y de otros acuerdos de cooperación, pero hemos de empezar por constatar que no se trata de una distinción *impuesta* por la propia Constitución, sino que ésta se limita a *abrir una posibilidad* a los propios Estatutos de las Comunidades Autónomas para la diferenciación entre “convenios” y “acuerdos”. En realidad, es tan amplio el concepto de «gestión y prestación de servicios propios» que, prácticamente, todos los acuerdos podrían, si los Estatutos así lo dispusieren, subsumirse en él, y de esta forma evitar la necesidad de autorización de las Cortes. Son, pues, los Estatutos los que tienen que establecer la distinción entre unos y otros. Distinción que, insisto, es de la máxima importancia, dado que de ella depende que la intervención de las Cortes Generales revista la forma de autorización o de mera comunicación.

Pero los Estatutos, vamos a verlo a continuación, lejos de clarificar el tema lo han complicado. Lo cual es muy grave, pues es expresión de que los redactores de los Estatutos, al igual que la mayoría de los constituyentes, eran ajenos a la importancia que revisten las relaciones de cooperación horizontal. Vamos a examinar, en primer lugar, los distintos tratamientos estatutarios iniciales de la cooperación horizontal. A continuación examinaremos la regulación establecida en aquellas Comunidades que a partir de la VIII legislatura han aprobado nuevos Estatutos de Autonomía.

En primer lugar hay que poner de manifiesto que dos Estatutos de Autonomía, el de Aragón y el de Andalucía, no desarrollaron suficientemente el artículo 145 de la Constitución. El Estatuto de Aragón no contenía más que una breve referencia al tema que nos ocupa. El artículo 16 en su apartado f) establece:

«Es también competencia de las Cortes de Aragón: f) Ratificar los acuerdos y convenios de cooperación en los que la Comunidad autónoma de Aragón sea parte».

Las consecuencias de tan insuficiente regulación no pueden ser más claras. El artículo 145.2 de la Constitución diseña los «acuerdos» como una categoría residual, es decir, que son «acuerdos» todos los que no han sido definidos como «convenios» por el Estatuto. El Estatuto de Aragón, por tanto, al no definir los convenios, en la práctica, está determinando que todas las relaciones interautonómicas de Aragón deban incluirse en la categoría de «acuerdos» y, por consiguiente, requieran la autorización expresa de las Cortes Generales.

El Estatuto de Andalucía, por su parte, establece en su artículo 72.1:

«En los supuestos, condiciones y requisitos que determine el Parlamento (autonómico), la Comunidad Autónoma puede celebrar convenios con otras Comunidades Autónomas para la gestión y prestación conjunta de servicios propios de las mismas».

La Constitución remite al Estatuto la regulación de los convenios y éste, a su vez, atribuye tal función a una ley autonómica. Se trata, pues, de un claro ejemplo de reenvío. La remisión estatutaria podría considerarse como una infracción del artículo 145.2 por desconstitucionalizar de forma ilícita la materia. Pero parece más lógico pensar que la aprobación por las Cortes, mediante Ley Orgánica, del Estatuto, implica que aquéllas han considerado lícita tal remisión.

Señaladas las insuficiencias de los Estatutos aragonés y andaluz procede examinar el resto. Debemos averiguar qué entienden los Estatutos por «gestión y prestación de servicios propios», pues es este el único dato que la Constitución nos proporciona para distinguir entre acuerdos y convenios. En primer lugar analizaremos el significado de la expresión «gestión y prestación de servicios» y dado que no nos proporcionará ningún criterio de distinción, buscaremos éste en el calificativo de «propios». Después, examinaremos el alcance dado por los Estatutos al término «comunicación», la segunda nota definitoria de los «convenios» y que los distingue de los «acuerdos», pues estos últimos no han de ser meramente comunicados sino autorizados por las Cortes Generales.

Los Convenios pueden tener por objeto el ejercicio de determinadas competencias pero nunca su titularidad. Esto no es sino una exigencia del reiterado principio de indisponibilidad de las competencias. Tal es el sentido de la expresión «gestión y prestación de servicios». Ahora bien, es evidente que tal sentido no nos sirve como criterio diferenciador entre «convenios» y «acuerdos» puesto que también éstos últimos en cuanto sometidos al principio general de indisponibilidad de las competencias habrán de versar sobre «gestión y prestación de servicios». Es decir, las Cortes nunca podrán autorizar un acuerdo que, en sentido amplio, no signifique gestión y prestación, ya que, en caso contrario, estarían autorizando un traspaso de la titularidad de las competencias, operación para la cual como poder constituido no están legitimadas.

En definitiva, todas las materias que entran dentro de las competencias de las Comunidades Autónomas pueden constituir objeto de un convenio interregional. Carece, por tanto, de utilidad cualquier clasificación *ratione materiae*.

El significado del adjetivo «propios» que acompaña al sintagma anteriormente comentado ha sido muy discutido.

En todo caso, lo que importa subrayar es que «propios» no tiene porque identificarse con competencias exclusivas por dos razones. En primer lugar, porque tal criterio de distinción fue expresamente rechazado durante la elaboración del artículo 145. Y, en segundo lugar, porque dado que «exclusivas», a pesar de lo que digan muchos Estatutos, son muy pocas competencias, con esta interpretación se reduce el campo de actuación cooperativa de las Comunidades Autónomas.

Al limitarse a exigir el texto constitucional que las competencias sean «propias» hay que entender por tales tanto las exclusivas como las compartidas o concurrentes. Además el mismo Tribunal Constitucional distinguió ya en su primera Sentencia de 2 de febrero de 1981 entre competencias propias y exclusivas.

En realidad y como todas las interpretaciones son posibles, y válidas, habrá que estar, una vez más, a lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía. Y en este sentido, las diferentes soluciones adoptadas pueden agruparse, básicamente, en dos bloques:

- a) Por un lado, los que entienden que el término «propias» se refiere siempre y en todo caso a «competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas parte en el convenio»: Estatutos de Cataluña (artículo 27.1), Galicia (artículo 35.1), Asturias (artículo 21), Valencia (artículo 42), Castilla-La Mancha (artículo 40), Canarias (artículo 38), Extremadura (artículo 14) y Castilla-León (artículo 30).
- b) Por otro, los que establecen la posibilidad de celebrar convenios sobre «la gestión y prestación de servicios propios de su competencia»: Estatutos cántabro (artículo 30), riojano (artículo 15), murciano (artículo 19), balear (artículo 17) y madrileño (artículo 14).

Todas estas soluciones son constitucionales. Ahora bien, adoptar una u otra tiene importantes consecuencias prácticas. Y ello porque, según se adopte una u otra interpretación, se reduce la capacidad de las Comunidades Autónomas para celebrar convenios sin necesidad de autorización de las Cortes. Esto es algo que, pese a ser bastante evidente, pasó inadvertido a los redactores de varios Estatutos. Si se entiende «propios» como sinónimo de «competencias exclusivas», todos los convenios sobre materias que no sean de competencia exclusiva, es decir, la mayoría, serán considerados «acuerdos de cooperación» y por tanto requerirán la previa autorización de las Cortes. Por el contrario una interpretación amplia del término «propios» permitirá incluir un mayor número de acuerdos interregionales en la categoría de convenios y hará innecesaria, por tanto, la autorización de las Cortes.

Se trataba, en suma, de aprovechar una remisión constitucional a los Estatutos realizada en términos tan amplios que resultaba difícil de imaginar que pudieran llegar a celebrarse acuerdos de cooperación que no encajasen dentro del tipo «convenios». Pero muchos Estatutos, incomprensiblemente, no lo entendieron así.

Las deficiencias de los Estatutos se extienden también a la delimitación del concepto de «comunicación» a las Cortes Generales.

De la misma forma que el artículo 145.2 remite a los Estatutos la previsión de los «supuestos, requisitos y términos» en que las Comunidades podrán celebrar convenios para la gestión y prestación de servicios propios, dicho precepto remite también a los Estatutos la regulación del «carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales».

Los Estatutos pueden regular, por tanto, el carácter y efectos de la comunicación, pero necesariamente tienen que mantener dicho régimen de comunicación. Entendiendo por tal el acto de poner en conocimiento de otra autoridad unos determinados hechos.

La «comunicación» se puede concretar en una simple «notificación». En lo que no se puede convertir nunca es en la solicitud de una expresa autorización del Parlamento central porque ello implicaría salirnos del régimen de lo que hay que entender por comunicación.

El tratamiento estatutario, como ocurrió en el caso de la interpretación del término «propios» resulta muy plural. Pero lo que conviene ya anticipar es que, muchos Estatutos han desnaturalizado la «comunicación» otorgando a las Cortes por medio de la misma una auténtica facultad de decisión sobre la naturaleza del acto.

El examen de los diferentes Estatutos de Autonomía permite agrupar estos, principalmente, en dos bloques, dado que es fácil distinguir dos tipos de «comunicación» diferentes:

- a) Por un lado, el Estatuto valenciano, para todo tipo de convenios, y los Estatutos vasco, sólo para convenios con otros territorios históricos, y navarro (LORAFNA), sólo para convenios con territorios limítrofes, se limitan a señalar un plazo para la entrada en vigor del convenio, con la finalidad de que durante ese tiempo las Cortes Generales conozcan su celebración. Solamente en estos tres supuestos estatutarios se recoge una auténtica «comunicación». Este régimen jurídico resulta el más acorde con las exigencias constitucionales.
- b) Por otro lado, todos los demás Estatutos (salvo el de Aragón que no regula el tema), es decir, catalán, cántabro, canario, navarro (salvo la excepción contenida en el apartado anterior), balear, murciano, vasco (salvo la excepción contenida en el apartado anterior), gallego, asturiano, castellano-manchego, extremeño, madrileño, castellano-leonés, andaluz y riojano, llevan a cabo una auténtica dejación en manos de las Cortes de la facultad de calificar el texto como acuerdo o como convenio.

De lo anterior podemos extraer la siguiente conclusión: constituyen una excepción los Estatutos en los que la comunicación simplemente produce una *vacatio legis* de la eficacia del convenio. En la inmensa mayoría de ellos el efecto que dicha comunicación produce es habilitar a las Cortes para que en caso de que «manifiesten reparos» cualquier «convenio» haya de ser tramitado como «acuerdo». Se produce así en la generalidad de los casos una dejación de la titularidad estatutaria en manos de las Cortes Generales, de forma que van a ser éstas, en la práctica, las encargadas de encasillar cada uno de los supuestos concretos en uno de los dos tipos. Se posibilita así un control adicional de las Cortes sobre las Comunidades Autónomas no previsto en la Constitución. Atendiendo al artículo 145.2 de la Constitución es posible defender que las Cortes, en modo alguno, pueden «recalificar» el convenio. La única forma admisible de control de la constitucionalidad del convenio es la prevista en el artículo 162 de la Constitución y llevada a cabo por el Tribunal Constitucional. Pero la mayor parte de los Estatutos de Autonomía, paradójicamente, no lo han entendido así.

En definitiva, no se acierta a comprender por qué ante el ejercicio cooperativo de las competencias autonómicas sea preciso establecer modalidades adicionales de control que no existen cuando las Comunidades Autónomas ejercen esas mismas competencias de forma aislada.

Los Estatutos al establecer ese control adicional de las Cortes han desnaturalizado por completo el régimen de la «comunicación», y han realizado, por tanto, una práctica unificación de los instrumentos del «convenio» y del «acuerdo». Las regulaciones estatutarias restringen las facultades de las Comunidades Autónomas de una forma difícilmente conciliable con el espíritu y con la letra del artículo 145.2. Lo que el régimen de «comunicación» de los «convenios» pretendía, a diferencia del régimen de «autorización» de los «acuerdos» era establecer un campo de actuación interregional al margen del control de las Cortes Generales. Los Estatutos de Autonomía, sin embargo, han renunciado, como hemos visto, a tal campo de actuación cooperativa autonómica.

Un último problema relacionado con el tema que nos ocupa es determinar qué ocurre cuando se celebra un convenio entre dos Comunidades que prevén distinto régimen de intervención de las Cortes. En estos casos, no parece que quepa otra solución que aplicar el régimen estatutario más restrictivo. Es decir, si una Comunidad interpreta «propio» como «exclusivo» y otra como «no ajeno» habrá que entender que el convenio no es posible y que es necesario un acuerdo de cooperación. De la misma manera si una Comunidad establece un régimen de auténtica «comunicación» y otra permite a las Cortes recalificar el convenio como acuerdo habrá que entender que esto último es posible.

Este problema nos llevará a propugnar —en el último epígrafe de esta comunicación— una reforma tendente a establecer una regulación homogénea de estos instrumentos en el bloque de constitucionalidad. En la medida en que la remisión a los Estatutos no puede garantizar la necesaria uniformidad, tal regulación se debería remitir a una Ley Orgánica General de Cooperación. Y para zanjar cualquier discusión dogmática sobre su legitimidad, lo más acertado resultaría la inclusión de una referencia expresa a la misma en el propio Texto constitucional.

La competencia para aprobar los convenios y acuerdos interregionales es una cuestión de organización interna de cada Comunidad Autónoma. La cuestión de la aprobación definitiva del convenio por el órgano de gobierno o por la asamblea legislativa de la Comunidad Autónoma depende por completo de la regulación estatutaria del tema, en virtud de la remisión efectuada por el artículo 145.2.

En un examen del tratamiento estatutario de la materia, lo primero que llama la atención es que los Estatutos de Galicia, de Extremadura, y del País Vasco no contienen regla alguna al respecto. Tampoco el Estatuto de Andalucía, si bien este último afirma, en su artículo 72, que tal regulación se hará mediante ley del Parlamento andaluz. El resto de las regulaciones puede clasificarse en 3 bloques:

- a) La intervención más intensa de la asamblea legislativa en este tema es la contenida en el artículo 17 del Estatuto de la Rioja. Corresponde al Parlamento no sólo aprobar sino también autorizar al Gobierno regional la realización de cualquier convenio o acuerdo.
- b) Por otro lado, los Estatutos de Cataluña (artículo 27), Cantabria (artículo 9.1.d), Valencia (artículo 42), Castilla-La Mancha (artículo 9.2), Canarias (artículo 38) y Baleares (artículo 17), establecen simplemente que sus respectivos Parlamentos aprueban los convenios y acuerdos. Junto a éstos, los Estatutos de Aragón (artículo 16.f), Madrid (artículo 14, párrafos 13 y 14), y Castilla-León (artículo 14, párrafos 13 y 14) atribuyen al Parlamento la facultad de «ratificar» los convenios y acuerdos.
- c) Finalmente, fórmula diferente es la contenida en los Estatutos de Asturias (artículo 24.7), Murcia (artículo 23.7) y Navarra (artículo 26.b, en relación exclusivamente con los convenios, no con los acuerdos, aunque el Reglamento del Parlamento Foral ha unificado el régimen de ambos). En ellos se establece, con carácter general, la necesidad de una autorización previa por parte de las Asambleas legislativas autonómicas, para la celebración de acuerdos y convenios. Pero nada se dice en ellos sobre a quién compete su aprobación.

El examen de la regulación de la aprobación de los instrumentos cooperativos en los distintos Estatutos de Autonomía, nos pone de manifiesto, que la gran mayoría de ellos (vasco, catalán, gallego, asturiano, cántabro, murciano, castellano-leonés, castellano-manchego, canario, balear, extremeño, madrileño, ceutí y melillense) aborda el tema no como si se tratase de una forma de ejercicio de sus propias competencias, sino como si se tratase de una competencia sustantiva propia que necesita de una específica regulación.

El hecho de haber adoptado este enfoque material de la cooperación (como si elaborar convenios fuera una competencia sustantiva), y no uno meramente formal, ha determinado una extraordinaria complicación del tema. Se podría sencillamente haber prescindido de la regulación de la «aprobación» de los convenios pues la lógica del sistema hubiera atribuido por sí misma dicha competencia: allí donde el ejercicio aislado de la competencia corresponde al gobierno, aprobación gubernamental, allí donde el ejercicio individual de la competencia corresponde al parlamento, aprobación parlamentaria. Este criterio sigue siendo perfectamente válido como criterio de interpretación y supletorio de las regulaciones estatutarias.

En cualquier caso, el resultado del referido enfoque, ha sido un extraordinario reforzamiento de las posiciones de los Parlamentos autónomos en la materia. Este control parlamentario que, inicialmente, es un dato a favor del carácter democrático del sistema, presenta, sin embargo, una dimensión no tan positiva, en cuanto que introduce unas dosis de rigidez incompatibles con la agilidad requerida por este tipo de instrumentos. En este sentido, la doctrina ha

subrayado que los convenios han de ser necesariamente instrumentos ágiles en su actuación por las propias necesidades que los mismos tratan de satisfacer. Desde esta óptica, es evidente que algunos Estatutos han llevado demasiado lejos los requisitos del control parlamentario. El resultado de todo ello ha sido una muy escasa utilización del artículo 145. La rigidez del procedimiento de aprobación de los convenios, unida al doble deseo de los Gobiernos Autonómicos de evitar la intervención parlamentaria en la materia y el control de los órganos centrales del Estado ha frenado el desarrollo de las relaciones interautonómicas y las ha trasladado del ámbito de las relaciones públicas juridificadas y formalizadas hacia el de las relaciones informales y no institucionalizadas. En suma, la cooperación horizontal se ha canalizado a través de mecanismos distintos a los previstos en el artículo 145.2 de la Constitución, fundamentalmente mediante consultas, protocolos, o acuerdos informales entre los Gobiernos o las Administraciones respectivas.

De todo lo anterior cabe concluir que la regulación de los convenios de cooperación es manifiestamente mejorable. Los defectos apuntados podrían haberse corregido durante el proceso de reformas estatutarias producidas en la VIII Legislatura (2004-2008) pero, lamentablemente, la ocasión fue prácticamente desperdiciada. Un examen de las disposiciones de los seis nuevos Estatutos de Autonomía relativas a nuestro tema confirma que el legislador estatuyente de la VIII Legislatura, salvo meritorias y puntuales excepciones, no prestó la atención debida al mismo. Razón por la cual en el título de esta contribución califico a la cooperación horizontal como asignatura pendiente.

- a) Valencia. El artículo 59 del nuevo Estatuto regula los convenios de colaboración en los mismos términos que lo hacía el Estatuto de 1982 en su artículo 42. Así, sigue circunscribiendo el ámbito material sobre el que pueden celebrarse convenios a las materias sobre las que la Comunidad tenga competencia exclusiva. Y exige que los convenios sean aprobados por las Cortes Valencianas por mayoría absoluta.
- b) Cataluña. El nuevo Estatuto dedica el artículo 178 a la regulación de los convenios y acuerdos de cooperación con otras CCAA. En primer lugar, precisa algunos contenidos de los convenios de cooperación: creación de órganos mixtos, establecimiento de proyectos, planes y programas conjuntos. En segundo lugar y esto merece un juicio positivo, se regula la intervención parlamentaria de la siguiente forma: «La suscripción de los convenios y acuerdos sólo requiere la aprobación previa del Parlamento en los casos en que afecten a las facultades legislativas. En los demás casos, el Gobierno debe informar al Parlamento de la suscripción en el plazo de un mes a contar desde el día de la firma». Se agiliza así el procedimiento de suscripción de este tipo de instrumentos. En tercer lugar, y esto ya no resulta positivo, mantiene la facultad de recalificación del convenio por parte de las Cortes Generales: «Los convenios de colaboración suscritos por la Generalidad con

otras Comunidades Autónomas deben ser comunicados a las Cortes Generales y su vigencia empieza sesenta días después de esta comunicación, salvo que las Cortes Generales decidan que deben calificarse como acuerdos de cooperación que requieren la autorización previa a que se refiere el artículo 145.2 CE». En definitiva, el Estatuto de Cataluña corrige uno de los problemas apuntados, el relativo a la intervención parlamentaria autonómica, pero, incomprensiblemente, no elimina esa facultad recalificatoria de las Cortes que la Constitución, como vimos, en modo alguno impone.

- c) Islas Baleares. Los convenios y acuerdos de cooperación están regulados en el artículo 118 del nuevo Estatuto. En relación con el artículo 17 del Estatuto inicial, introduce dos novedades. Desde las premisas de este estudio, una merece un juicio positivo mientras que la otra no. La primera novedad es la supresión de la intervención del Parlamento de las Islas Baleares en el procedimiento. Es evidente que esto contribuirá a agilizarlo, y en todo caso, cuando el contenido del acuerdo exija su traducción en norma legal, la intervención del Parlamento seguirá siendo obligada. Lo que la supresión determina es que el Parlamento no deberá ya pronunciarse en aquellos casos en que la eficacia del convenio solo requiere la aprobación de normas reglamentarias. La segunda novedad consiste en que, manteniéndose la facultad recalificatoria de las Cortes, se eleva a sesenta días el plazo para la entrada en vigor tras su comunicación a las Cortes. Aumento del plazo que beneficia a las Cortes, pero en nada favorece a las CCAA.
- d) Andalucía. A pesar de las deficiencias del artículo 72 del Estatuto inicial, el nuevo Estatuto se limite a reproducir las previsiones de aquel. En primer lugar, el Estatuto continua remitiendo la regulación del tema a una Ley del Parlamento. En segunda lugar, mantiene expresamente en el art. 226.2 la facultad de recalificación de las Cortes. La única novedad consiste en la previsión contenida en el artículo 226.1, *in fine*, según la cual corresponde al Parlamento autonómico la facultad de «control y seguimiento» de los convenios.
- e) Aragón. El artículo 91 del Estatuto de Aragón incluye modificaciones de interés. En primer lugar, atribuye al Gobierno autonómico la facultad de celebrar convenios. Por ello no es necesaria ya la autorización de las Cortes de Aragón, basta la mera comunicación a las mismas del convenio en cuestión. En segundo lugar, por lo que se refiere a los efectos de la comunicación a las Cortes, el Estatuto señala que se comunicarán en el plazo de un mes, pero, a diferencia de otros, no limita su eficacia a ningún plazo por lo que debemos entender que surten efectos desde su firma. Finalmente, el nuevo Estatuto remite a una ley de las Cortes de Aragón, la regulación del régimen jurídico de los acuerdos. Podemos por ello concluir que se ha avanzado en la flexibilización del tema.

- f) Castilla y León. El nuevo Estatuto castellano-leonés incorpora a su articulado un capítulo específico, el Capítulo I del Título IV, dedicado a las relaciones de la Comunidad Autónoma, con el Estado y con las demás Comunidades. La regulación inicial de los convenios y acuerdos de cooperación figuraba en términos muy desafortunados en el artículo 30 del Estatuto inicial, que por un lado circunscribía el ámbito de los convenios a las materias de competencia exclusiva de la Comunidad, y por otro, atribuía a las Cortes una facultad de recalificación. El artículo fue reformado mediante la LO 4/1999, y convertido en artículo 38. La reforma lo empeoró notablemente en la medida en que mantuvo los dos errores señalados e incluyó la exigencia de que todos los convenios debían ser aprobados por las Cortes de Castilla y León. El nuevo Estatuto regula el tema en el artículo 60. Incomprensiblemente mantiene la exigencia de aprobación por las Cortes autonómicas en todo caso y la facultad de recalificación de las Cortes Generales. La única novedad que merece una valoración positiva es la ampliación del ámbito material de los convenios a la gestión y prestación de servicios de competencia de la Comunidad, suprimiendo el término «exclusiva».
- g) Conclusiones. El análisis precedente de la regulación de los convenios de cooperación contenida en los seis nuevos Estatutos de Autonomía nos permite extraer tres conclusiones parciales y una global. La primera conclusión parcial es que por lo que se refiere a la aprobación de los convenios, mientras que Cataluña, Baleares y Aragón, han flexibilizado el procedimiento al no exigir la aprobación por las asambleas autonómicas, Valencia, Andalucía y Castilla-León mantienen ese requisito. La segunda es que, la mayoría de los Estatutos (Andalucía, Cataluña, Baleares y Castilla-León), siguen otorgando a las Cortes Generales una facultad de recalificación de los convenios que no viene exigida, en modo alguno, por la Constitución. Finalmente, y esto resulta asombroso, que alguno de los nuevos Estatutos (Valencia) siguen limitando el ámbito de los convenios a las materias que son de competencia exclusiva de la Comunidad. Estas tres conclusiones parciales nos llevan a formular un juicio general negativo sobre las reformas analizadas en la medida en que no resuelven los problemas que anteriormente hemos expuesto.

3. UNA PROPUESTA DE REFORMA DE LA COOPERACIÓN HORIZONTAL EN EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El excesivo bilateralismo en la construcción del Estado autonómico, la escasa participación de las CCAA en las decisiones del Estado que les afectan principalmente a ellas (como la política europea), la excesiva conflictividad territorial, y la práctica ausencia de cooperación horizontal, constituyen aspectos de nuestro modelo de Estado susceptibles de ser mejorados.

En las páginas precedentes, he pretendido poner de manifiesto, con mejor o peor fortuna, algunas de las causas que explican esta última deficiencia: la práctica ausencia de cooperación intergubernamental horizontal. Pero las causas son más profundas.

Las Conferencias Sectoriales —sin duda alguna, la institución más representativa de lo que hemos denominado federalismo cooperativo— han sido configuradas —exclusivamente— como órganos de cooperación vertical. Ello es lógico en la medida en que su creación y regulación es obra del legislador estatal. Sin embargo, resulta sorprendente la falta de iniciativa de las Comunidades Autónomas para establecer cauces de cooperación horizontal mediante la creación por convenios entre ellas de Conferencias de Consejeros.

En este sentido es obligado subrayar, en la medida en que inexplicablemente es un tema que no está en la agenda del debate actual sobre el desarrollo del Estado autonómico, que la cooperación entre las Comunidades Autónomas está llamada a ser uno de los grandes ejes de su desarrollo y, en cierto modo, la prueba que deben pasar para acreditar su madurez organizativa. Lamentablemente, transcurridos treinta años desde la puesta en marcha del sistema, dicha prueba de madurez dista mucho todavía de haber sido superada.

Todo lo anterior nos pone de manifiesto que el principio de cooperación requiere un nuevo impulso. Así, en uno de los mejores estudios que sobre las reformas territoriales se ha escrito, el profesor Luis Ortega ha planteado con acierto la necesidad de superar el actual título VIII de la Constitución: «Debemos pasar de un Título VIII de creación del modelo a un Título VIII de funcionamiento del modelo». En ese nuevo Título debe ocupar un lugar central el principio de cooperación, y ello porque el funcionamiento eficaz del Estado sólo podrá lograrse en la medida en que se articulen mecanismos y procedimientos que canalicen la cooperación entre las distintas instancias territoriales del poder, y en que exista una voluntad real de cooperación entre ellas.

La consolidación y perfeccionamiento de nuestro Estado autonómico exige llevar a cabo unas reformas tendentes a su modernización: «Una de las claves de esta modernización exigida y que lentamente se va implantando —escribe el ilustre Catedrático de Derecho Administrativo citado— es la perspectiva de un resultado conjunto de la actuación de todas las instancias políticas implicadas en un asunto. El resultado social de las políticas públicas en un modelo descentralizado es siempre producto de una actuación plural. Por ello la nueva reforma debe incidir esencialmente, no tanto en el volumen competencial, sino en las formas de este ejercicio competencial. Se deben trasladar a la Constitución los principios de una actuación cooperativa y solidaria»¹.

Desde esta perspectiva, que comparto plenamente, la reforma territorial necesaria (constitucional y estatutaria) debería tener por objeto, fundamental-

¹ ORTEGA, L., *Reforma Constitucional y Reforma Estatutaria*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 49 y 50.

mente, no tanto reabrir el tema relativo al reparto del poder mediante un incremento de las competencias de los poderes territoriales en detrimento de las de los poderes centrales (lo que se ha hecho durante la VIII legislatura), sino el desarrollo del principio constitucional de cooperación, esto es, la creación y perfeccionamiento de instrumentos y procedimientos que sirvan de cauce de relaciones cooperativas entre las distintas instancias territoriales de poder. Dicho más brevemente, el debate no debería centrarse sólo en la asunción de nuevas competencias, sino también, y principalmente, en la forma de ejercer mejor las competencias que ya se tienen.

Esa reforma constitucional habilitaría para una mejor articulación jurídica de instrumentos cooperativos como el que nos ocupa. Sin un diseño constitucional adecuado de un modelo federal cooperativo, cabe prever graves problemas en el funcionamiento del Estado autonómico². Creo por ello oportuno concluir esta comunicación señalando cuáles deberían ser las líneas maestras de ese diseño.

La cooperación horizontal está expresamente prevista por la Constitución, pero el régimen previsto, que incluye el control del Senado, en términos muy difusos, y su formalización a través de convenios en los que los distintos Estatutos generalmente han incluido la participación de los Parlamentos de sus respectivas Comunidades Autónomas, adolece de una excesiva rigidez, y disuade a los Gobiernos autonómicos de transitar por esa vía.

La doctrina es prácticamente unánime en reconocer que la regulación actual de la cooperación horizontal dificulta la utilización de los convenios y acuerdos como medio para impulsar y consolidar en España un Estado autonómico cooperativo.

Esta insuficiente y deficiente regulación constitucional se debió a razones políticas. El fantasma de los «Países Catalanes» recorrió las Cortes Constituyentes y a punto estuvieron de establecer la necesidad de autorización por ley orgánica de cualquier convenio interautonómico. La fórmula final pudo haber determinado una solución flexible, pero, y esto es lo que resulta más sorprendente, los Estatutos —tanto los iniciales, como los nuevos aprobados durante la VIII Legislatura— redujeron el margen de actuación de las respectivas Comunidades ampliando las posibilidades de control de las Cortes e introdujeron, en general, mayores rigideces en el sistema.

A nuestro juicio, resulta evidente que la eliminación de aquellos elementos que dotan al sistema de tan excesiva rigidez, o en otras palabras, la flexibilización de nuestro modelo de cooperación horizontal, resultan imprescindibles para impulsar unas relaciones interautonómicas ágiles y fluidas, que puedan hacer frente a los retos del Estado del siglo XXI. La regulación de la materia en el bloque de constitucionalidad debe flexibilizarse. Esto exigiría llevar a cabo una

² Sobre el significado y alcance globales de esa reforma, remito al lector a TAJADURA TEJADA, J., *El principio de cooperación en el Estado autonómico. El Estado autonómico como Estado Federal Cooperativo*, 3.ª edición, Comares, Granada, 2010.

reforma del artículo 145 CE con ese objetivo. Dicha reforma contendría 3 elementos:

- a) La reforma debería consistir en suprimir el apartado primero del artículo 145 puesto que nada añade a los límites implícitos y explícitos que el Texto Constitucional impone a la cooperación: indisponibilidad de las propias competencias, respeto al equilibrio interno de poderes en cada Comunidad Autónoma y principio de solidaridad.
- b) En segundo lugar se debería suprimir definitivamente la distinción entre convenios y acuerdos. Distinción que ningún provecho reporta y muchos inconvenientes produce. A esto puede objetarse que es necesaria, puesto que en ciertos supuestos es conveniente que las Cortes, mediante el mecanismo de la autorización, ejerzan un control sobre la actividad cooperativa de las Comunidades Autónomas. Pero creo que tal control adicional, para verificar si se respetan los límites antes referidos, no resulta necesario.
Suprimido así el apartado primero y eliminada la distinción entre convenios y acuerdos, cabría preguntarse, finalmente, si tiene sentido mantener la existencia del precepto. En el principio de nuestra exposición está la respuesta: un artículo de este tenor nos evita los inconvenientes de tener que buscar un fundamento constitucional implícito a la cooperación horizontal. Por tanto debe ser mantenido.
- c) La remisión a los Estatutos también debería suprimirse puesto que al no haber distinción posible entre convenios y acuerdos ya no es necesaria. Además, en esta comunicación he expuesto las dificultades técnicas derivadas de una diversa regulación de la materia. En la medida en que nos encontramos ante un instrumento cuya eficacia y funcionalidad requiere una regulación uniforme, parece conveniente atribuir esta a una Ley Orgánica de Cooperación de aplicación a todas las Comunidades. Como a veces se ha discutido si las Cortes están o no habilitadas para la elaboración de una tal ley, la introducción de esta remisión tiene por objeto zanjar esa discusión. En consecuencia, la nueva redacción del artículo 145 CE podría ser la siguiente: «Las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre ellas con objeto de cooperar en materias de interés común. Una Ley Orgánica de Cooperación fijará el régimen jurídico de los convenios».
- d) Este precepto constitucional que reemplazaría al actual artículo 145, debería ubicarse en el contexto de un nuevo capítulo del Título VIII dedicado expresamente al principio de cooperación. En él se constitucionalizarían los instrumentos básicos del federalismo cooperativo: las Conferencias de Presidentes, las Conferencias Sectoriales, y los Convenios de Cooperación, tanto en su dimensión vertical como horizontal. El capítulo en cuestión establecería el diseño básico de los mismos y remitiría a la Ley Orgánica de Cooperación su desarrollo normativo.

Las objeciones que se puedan plantear a la existencia misma de una tal Ley, basadas en la afirmación de que la regulación de los instrumentos cooperativos debe corresponder a los propios Estatutos, carece de sentido. Y ello por dos razones, la primera, porque en 30 años los estatuyentes no se han ocupado de ello y cuando lo han hecho, ha sido con el poco afortunado resultado que hemos expuesto. Y la segunda razón, porque la funcionalidad de estos instrumentos exige su regulación uniforme. Ya han quedado expuestos los problemas que suscita la diversidad de regímenes jurídicos sobre los convenios.

Ahora bien, evidente resulta que esta Ley debe ser fruto del consenso entre las fuerzas políticas y entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Y ello por la razón evidente de que aunque considero oportuna la reforma constitucional propuesta, e igualmente creo conveniente la aprobación de la Ley Orgánica General de Cooperación, debo reconocer que una y otra servirán de poco, si no son la traducción jurídica de una voluntad política de cooperación.

Los nuevos mecanismos de cooperación en el Estado autonómico

Luis A. Gálvez Muñoz
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Murcia

José G. Ruiz González
Profesor Colaborador Honorario de Derecho Constitucional
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. La cooperación intergubernamental en el Estado autonómico. 2. La Conferencia de Presidentes. Un nuevo mecanismo para la cooperación vertical. 3. La apuesta autonómica por la cooperación horizontal multilateral: 3.1. Los encuentros entre las Comunidades Autónomas. 3.2. La Conferencia de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas. 4. A modo de balance, ¿se ha abierto una nueva etapa para la cooperación en el Estado autonómico?

1. LA COOPERACIÓN INTERGUBERNAMENTAL EN EL ESTADO AUTONÓMICO

La Constitución española (CE, en adelante), tras reconocer el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la nación española, diseñó un modelo territorial abierto y flexible, tanto en el acceso al autogobierno como en la distribución competencial. Un reparto basado en la voluntariedad en la asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas, que tiene como límite las materias o facultades que el artículo 149 reserva al Estado. La consecuencia de este proceso de descentralización política ha sido la aparición dentro del Estado de diecisiete Comunidades Autónomas de igual naturaleza que, dotadas de forma jurídica a través de los Estatutos de Autonomía, disponen de amplias competencias legislativas, administrativas y financieras.

Esta complejidad del Estado autonómico contrasta con la falta de previsión constitucional de un sistema de relaciones de colaboración entre las Comunidades Autónomas y el Estado —cooperación vertical—, a pesar de que del

propio modelo de reparto competencial contemplado en la Carta Magna se deriva la necesidad de cooperación entre los distintos entes territoriales, al ser atribuidas la mayor parte de las competencias en régimen de compartición.

La única referencia expresa que el Texto Constitucional hace a la cooperación se refiere a la horizontal, es decir, a la colaboración entre las Comunidades Autónomas. Concretamente, el artículo 145, con una redacción poco favorecedora de la cooperación al otorgar un excesivo protagonismo a las Cortes Generales, contempla la posibilidad de que las Comunidades Autónomas establezcan convenios y acuerdos entre sí para el ejercicio cooperativo de sus propias competencias. En concreto, este precepto señala textualmente que:

«Los Estatutos podrán prever los supuestos, requisitos y términos en que las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre sí, para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales. En los demás supuestos, los acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas necesitarán la autorización de las Cortes Generales».

La existencia de relaciones de cooperación es algo consustancial a cualquier modelo de descentralización política. Por ello, el Tribunal Constitucional ha proclamado en reiteradas ocasiones que el principio de cooperación, a pesar de no aparecer recogido expresamente en la CE, forma parte de la esencia del Estado autonómico. De este modo, como se desprende de la STC 106/1987, de 25 de junio, en el Estado autonómico existe —tanto en el ámbito vertical como en el horizontal— un deber recíproco y general que se manifiesta en el ejercicio no abusivo de las propias competencias, que no debe obstaculizar el ejercicio de las ajenas, y que se deriva de la vinculación de todos los poderes públicos a la Constitución y al ordenamiento jurídico, establecida en el artículo 9.1 de la Carta Magna.

Este marco normativo, nada favorecedor de la cooperación, junto a la inexistente tradición cooperativa, ha ocasionado que, a diferencia de lo ocurrido en otros países de nuestro entorno con sistemas federales, las relaciones cooperativas dentro del Estado autonómico hayan sido escasas. Durante largo tiempo han sido las Conferencias Sectoriales los mecanismos exclusivos de cooperación multilateral, siendo inexistentes otros sistemas —normativizados o no— de relaciones institucionales.

No obstante, tras las últimas reformas estatutarias parece observarse un cambio de tendencia. Los nuevos Estatutos de Autonomía incluyen sin excepción el principio de lealtad institucional y, junto a él, los principios de colaboración, de cooperación, de solidaridad o de auxilio mutuo, además de formalizar la bilateralidad en las relaciones con el Estado y de reconocer la multilateralidad, aunque en este último caso, sin aludir a instrumentos concretos para su formalización.

En esta misma dirección y coincidiendo con este nuevo impulso reformador del Estado autonómico al que nos estamos refiriendo, se han introducido a través de la praxis política nuevos mecanismos de cooperación, tanto entre el Estado central y las Comunidades Autónomas, como de éstas entre sí. Nos referimos a la Conferencia de Presidentes y a la Conferencia de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas.

La determinación de las características básicas de estos nuevos instrumentos de cooperación y la valoración de los resultados que se han obtenido, son los objetivos fundamentales del presente trabajo.

2. LA CONFERENCIA DE PRESIDENTES. UN NUEVO MECANISMO PARA LA COOPERACIÓN VERTICAL

Una de las deficiencias más notables del modelo institucional de cooperación vertical en el Estado autonómico, ha sido la ausencia de un mecanismo que permita el diálogo político al más alto nivel entre los diferentes poderes públicos, de manera que se posibilite el funcionamiento coherente del mismo. Esta situación resulta agravada si consideramos que el actual Senado, a pesar de ser definido en el artículo 69 de la CE como la Cámara de representación territorial, ni por su composición ni por sus atribuciones ocupa este lugar, no siendo más que una réplica del Congreso de los Diputados con funciones legislativas de segunda lectura y de control al Gobierno, pero sin ninguna competencia específica respecto a la organización autonómica.

Por todo ello, coincidiendo con el inicio del proceso de reformas estatutarias, y con la finalidad de establecer un nuevo cauce para la cooperación en el Estado autonómico, a iniciativa del Presidente del Gobierno, se convocó el 28 de octubre de 2004 la I Conferencia de Presidentes, institución que, aunque extraña a nuestra tradición jurídico-política, goza de gran importancia en los estados federales. Con este órgano, de trayectoria reciente e incierto futuro, del que forman parte el Presidente del Gobierno y los Presidentes autonómicos, se pretendió crear un nuevo foro de discusión y acuerdo sobre las grandes cuestiones que afectan al modelo autonómico español, para garantizar la igualdad, la solidaridad y el funcionamiento armónico del Estado.

Desde entonces y hasta hoy, han sido cuatro las reuniones que esta institución ha celebrado, en la última de las cuales se aprobó su Reglamento interno¹. De su tenor podemos extraer las características básicas de este órgano. Pasemos a analizarlas.

El rasgo fundamental de la Conferencia de Presidentes es su naturaleza eminentemente política, por ello, su objetivo no es adoptar decisiones de ca-

¹ Orden TER/3409/2009, de 18 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Reglamento interno de la Conferencia de Presidentes.

rácter jurídico. El propio artículo 1 de su Reglamento interno la configura como el máximo órgano de cooperación política entre el Gobierno de España y los Gobiernos autonómicos, debiendo actuar según el principio de lealtad institucional.

De esta naturaleza política de la Conferencia de Presidentes se derivan una serie de consecuencias jurídicas. La primera es que su puesta en marcha no requiere reforma constitucional. La segunda, que su funcionamiento no precisa de una regulación rigurosa, al no producir sus actos efectos jurídicos. Y finalmente, que su funcionamiento debe basarse en el consenso.

En cuanto a su objeto, conforme se establece en el Reglamento interno de la Conferencia de Presidentes, ésta tiene las siguientes funciones:

1. Debatir sobre las grandes directrices de las políticas públicas, sectoriales y territoriales de ámbito estatal, sobre las actuaciones conjuntas de carácter estratégico, y sobre los asuntos de importancia relevante para el Estado de las Autonomías, que afecten a los ámbitos competenciales estatal y autonómico.
2. Potenciar las relaciones de cooperación del Estado con las Comunidades Autónomas.
3. Impulsar y orientar los trabajos de las Conferencias Sectoriales y de otros órganos multilaterales de cooperación.

En congruencia con su carácter de órgano político, todos los actos que adopta la Conferencia de Presidentes tienen la consideración de acuerdos políticos, no derivándose de ellos consecuencias jurídicas directas. En este sentido, el artículo 6 de su Reglamento interno establece que, en atención al grado de consenso con el que se alcancen, la Conferencia de Presidentes podrá adoptar dos tipos de actos: acuerdos y recomendaciones. Los acuerdos son decisiones políticas que cuentan con el consenso de todos los miembros presentes de la Conferencia, siempre que asistan dos tercios de los Presidentes Autonómicos, mientras que las recomendaciones son declaraciones políticas que se podrán adoptar por el Presidente del Gobierno y dos tercios de los Presidentes Autonómicos presentes, comprometiendo solo a los miembros que las hayan suscrito.

En cuanto a su composición, la Conferencia de Presidentes está integrada por el Presidente del Gobierno, que la preside, y los Presidentes de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, actuando como Secretario el Ministro competente en materia de cooperación territorial que asistirá, a estos efectos, a las reuniones.

La Conferencia de Presidentes, en los casi siete años de existencia, se ha reunido cuatro veces. En estas reuniones, los asuntos tratados han sido muy diversos, llegando a alcanzarse en sus dos primeras reuniones acuerdos importantes en materia de financiación sanitaria y de investigación, desarrollo tecnológico e innovación. Sin embargo, en su última reunión, celebrada en diciembre de 2009, en la que se debatió sobre empleo, economía sostenible, agricultura,

ganadería, pesca y agua, no se llegaron a alcanzar acuerdos². Desde entonces no se ha vuelto a convocar.

3. LA APUESTA AUTONÓMICA POR LA COOPERACIÓN HORIZONTAL MULTILATERAL

Aunque de la lectura de los Estatutos de Autonomía recientemente reformados parece concluirse que la cooperación interautonómica sigue siendo la gran asignatura pendiente en el Estado de las Autonomías, al no haberse avanzado significativamente en relación con los antiguos Estatutos para favorecer el establecimiento de relaciones cooperativas, si analizamos lo ocurrido en la práctica observamos que, coincidiendo en el tiempo con este proceso de reformas estatutarias, se ha producido un cambio de tendencia en el ámbito de la cooperación horizontal en España.

De una parte, los convenios entre Comunidades Autónomas, casi inauditos en la práctica política española, han experimentado un notable incremento a partir de 2006. De otra parte, en 2008, se produce un novedoso acontecimiento de especial trascendencia en el ámbito de la cooperación horizontal. Nos referimos a la reunión que se celebra en Zaragoza entre las Comunidades Autónomas que habían reformado sus Estatutos, y que dio origen a la iniciativa denominada *Encuentro entre las Comunidades Autónomas para el desarrollo de los Estatutos de Autonomía*, germen de la actual Conferencia de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas³.

3.1. Los encuentros entre las Comunidades Autónomas

Con el objetivo de incrementar las relaciones entre las Comunidades Autónomas y profundizar en el proceso de transferencias de nuevas competencias, a iniciativa del Gobierno de Aragón, se reúnen en Zaragoza, el 9 de julio de 2008, una alta representación de los Gobiernos de la Comunidad Valenciana, Cataluña, Islas Baleares, Andalucía, Castilla y León y, por supuesto, Aragón, que actúa de Comunidad anfitriona. En esta reunión se acordó dar continuidad a estos Encuentros, para profundizar en el desarrollo autonómico. De ese modo, se introduce en el Estado autonómico una institución para la cooperación horizontal multilateral similar a las existentes en otros Estados descentraliza-

² Los asuntos tratados en las reuniones de la Conferencia de Presidentes pueden consultarse en la web: http://www.mpt.gob.es/areas/politica_autonomica/coop_multilateral_ccaa_ue/Confer_Presidentes

³ La Conferencia de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas cuenta con una página en Internet muy completa, de la que hemos extraído gran parte de la información que aportamos en este trabajo. Disponible en: <http://comunidadesautonomas.org>

dos de nuestro entorno sociopolítico, como la *Ministerpräsidentenkonferenz*, o reunión de los Presidentes de los *länder*, en Alemania, o la Asociación Nacional de Gobernadores, en los Estados Unidos.

Para sorpresa de muchos, los Encuentros no tardaron en dar sus primeros frutos. Ya en el III Encuentro de Comunidades Autónomas, celebrado en Valladolid el 23 de febrero de 2009, se aprobaron los dos primeros acuerdos, así como las Normas de funcionamiento.

Conforme a dichas normas rectoras del funcionamiento, los Encuentros se configuran, de igual manera que la Conferencia de Presidentes, como un instrumento político. Por ello, los acuerdos, que habrán de adoptarse por unanimidad, no generan vinculación jurídica alguna. Tan solo suponen un compromiso de las Comunidades Autónomas afectadas de iniciar la tramitación, por el procedimiento que determine su normativa aplicable, hasta que, concluida ésta, puedan ser suscritos por todas. Además de los acuerdos, se contempla la posibilidad de que en los Encuentros se aprueben declaraciones políticas.

Desde su creación en 2008, se han celebrado ocho Encuentros, en los que se han aprobado seis declaraciones y se han acordado once convenios o protocolos. A través de estos instrumentos, fruto de la voluntaria cooperación horizontal entre Comunidades Autónomas, se ha conseguido plasmar posicionamientos conjuntos en temas tan importantes como la incidencia de la fijación de bases estatales en el sistema de distribución de competencias, la participación de las Comunidades Autónomas en la formación de las posiciones del Estado ante la Unión Europea, la función del Senado o la incidencia de la actividad subvencional del Estado en el sistema de distribución de competencias. Igualmente, con el objetivo de mejorar la prestación de los servicios públicos a los ciudadanos, se han impulsado protocolos y convenios en diversas materias.

Aunque los Encuentros entre las Comunidades Autónomas surgen por iniciativa de las seis Comunidades con nuevos Estatutos de Autonomía, la voluntad manifestada por sus integrantes desde su inicio, fue la adhesión progresiva de todas. Una vez integradas dieciséis Comunidades Autónomas y habiendo alcanzado, en tiempo récord, la estabilidad como mecanismo de cooperación interautonómica, en el VIII Encuentro, celebrado en Santiago de Compostela el 25 de octubre de 2010, las Comunidades integrantes acordaron transformar los Encuentros para otorgarles mayor representación institucional, creando la Conferencia de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas.

3.2. La Conferencia de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas

Con el objetivo de consolidar un marco institucional y orgánico que promueva la cooperación y la colaboración política y administrativa entre las Comunidades Autónomas de cara a celebrar una Conferencia de Presidentes Autonómicos, las Comunidades integrantes de los Encuentros acuerdan constituir

en 2010 la Conferencia de Gobiernos de las Comunidades Autónomas, aprobando en ese mismo acto sus Normas de organización y funcionamiento.

La Conferencia se constituye como instrumento voluntario de cooperación política y administrativa en el ámbito de las competencias de las Comunidades Autónomas y como foro de diálogo entre las mismas, para mejorar el funcionamiento del Estado autonómico en beneficio de los ciudadanos. Para ello se fijaron como principales objetivos los siguientes:

1. Impulsar la colaboración de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias.
2. Impulsar la colaboración entre los Gobiernos de las Comunidades Autónomas y el Gobierno de España.
3. Promover acciones políticas en los asuntos de Estado.
4. Facilitar la celebración de la Conferencia de Presidentes Autonómicos.

Atendiendo a esta doble condición, de foro de diálogo y de instrumento de cooperación, en la Conferencia de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas, éstas podrán tanto deliberar sobre cuestiones políticas de interés común como adoptar acuerdos. Tales acuerdos pueden consistir, a su vez, en declaraciones políticas o pueden tener como finalidad el impulsar la celebración de convenios o protocolos de colaboración. Las declaraciones políticas necesitan el apoyo de al menos quince Comunidades Autónomas, mientras que los acuerdos para impulsar convenios y protocolos requieren, como regla general, la unanimidad, si bien, pueden aprobarse también por acuerdo mayoritario, aunque en este caso solo surtirán efectos para las Comunidades interesadas.

En cualquier caso, dada su naturaleza política, los acuerdos adoptados en la Conferencia de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas no producirán obligaciones jurídicas, solo constituirán compromisos políticos de realizar, conforme al Derecho autonómico propio, las actuaciones pertinentes para que resulten eficaces.

Por lo que respecta a las relaciones de la Conferencia de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas con el Estado, las Normas de organización y funcionamiento, además de contemplar la posibilidad de invitar al Gobierno de España a las reuniones y comprometerse a informarle de sus resultados, recogen expresamente la voluntad de la Conferencia de promover la coordinación con los mecanismos de cooperación vertical. Este aspecto resulta especialmente importante, ya que denota la voluntad de las Comunidades Autónomas de promover un verdadero sistema de cooperación intergubernamental en el Estado autonómico.

La Conferencia de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas celebró su reunión constitutiva el 21 de marzo de 2011 en Santander. En ella se aprobó una Declaración Institucional en la que se defendió la validez del modelo autonómico como instrumento de futuro, y se resaltó su papel coprotagonista, junto al Estado, en el desarrollo económico y social de España. Igualmente, en esta primera reunión de la Conferencia de los Gobiernos de las

Comunidades Autónomas se puso de manifiesto la voluntad de sus miembros de continuar con la línea de cooperación interautonómica que había caracterizado los Encuentros entre las Comunidades Autónomas, aprobándose diversos convenios y protocolos de colaboración en materia de pesca, industria, investigación y transportes, entre otras cuestiones.

4. A MODO DE BALANCE, ¿SE HA ABIERTO UNA NUEVA ETAPA PARA LA COOPERACIÓN EN EL ESTADO AUTONÓMICO?

Una de las consecuencias de la inexistencia de un sistema eficiente de cooperación multilateral en un Estado altamente descentralizado como es el español ha sido que, en la práctica, la auténtica cooperación se ha desarrollado en el ámbito informal, articulándose bilateralmente mediante encuentros entre el Presidente del Gobierno y los Presidentes autonómicos o mediante la negociación entre las cúpulas de los dos grandes partidos políticos estatales, quedando la cooperación institucionalizada —especialmente la que con carácter multilateral se ha desarrollado a través de las Conferencias Sectoriales— para cuestiones de alcance menor y, en todo caso, sectorial.

Este sistema, aunque ha resultado útil para consolidar el modelo autonómico, en nada favorece a un adecuado y coherente funcionamiento del Estado, ya que genera, en muchos casos, sensación de quiebra de los principios de igualdad y solidaridad entre las diferentes Comunidades Autónomas, base de la lealtad constitucional que ha de regir la actuación de los poderes territoriales en cualquier Estado compuesto.

No cabe duda de que, tanto la Conferencia de Presidentes como la Conferencia de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas, han venido a cubrir un vacío existente en el sistema de cooperación institucional de nuestro Estado. Con su institucionalización se ha dado el primer paso, quizás el más difícil e importante, en materia de relaciones de colaboración entre el Estado central y las Comunidades Autónomas, y de éstas entre sí.

Como antes indicamos, la Conferencia de Presidentes sólo se ha reunido cuatro veces en sus casi siete años de existencia, siendo escasos los acuerdos alcanzados en sus últimas reuniones. El hecho de que la Conferencia de Presidentes sea una iniciativa vertical y no un instrumento surgido de una necesidad sentida por las Comunidades Autónomas, como lo fue en su origen en Alemania o Estados Unidos, y la tentación de trasladar a la misma posiciones de carácter partidista, está dificultando notablemente, a nuestro entender, su consolidación.

La situación de la Conferencia de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas resulta diferente. Esta institución ha surgido de una voluntad de cooperación de las Comunidades Autónomas que en 2008 habían reformado sus Estatutos de Autonomía, que se concretó en la iniciativa conocida como Encuentros entre Comunidades Autónomas. Durante esta andadura, el número de Comuni-

dades Autónomas integrantes y la cantidad e importancia de los convenios y protocolos suscritos y de los asuntos tratados en ella se han ido incrementando progresivamente.

Nos encontramos, por tanto, con dos instrumentos novedosos de cooperación en el Estado autonómico que comienzan a dar sus primeros pasos, aunque a diferente ritmo. No hay duda de que se ha abierto una nueva etapa para la colaboración intergubernamental en España, pero ¿qué se requiere para que estos nuevos mecanismos cooperativos se consoliden?

Los nuevos instrumentos de cooperación que se han instituido, tanto en su dimensión horizontal como en la vertical, demuestran que, aunque la normativa —constitucional, estatutaria y legal— es notoriamente mejorable en aras a favorecer la colaboración intergubernamental, éste no es el impedimento esencial para que se impulse la cooperación en el Estado autonómico, especialmente la de carácter multilateral.

Sin duda, disponer de un marco constitucional que consagrara el principio de cooperación y que eliminara las trabas a la colaboración entre los distintos poderes territoriales ayudaría a consolidar estos nuevos mecanismos cooperativos, especialmente en un país como España, donde no está arraigada la cultura política de la cooperación. También podría ser útil para ello, contar con una Ley que regulase la coordinación entre los diferentes poderes territoriales. Es cierto, igualmente, que las recientes reformas de los Estatutos de Autonomía han constituido una oportunidad perdida para dar un espaldarazo a la cooperación multilateral.

Ahora bien, siendo todas ellas circunstancias que, de producirse, favorecerían la consolidación de estos nuevos mecanismos de cooperación, lo verdaderamente trascendente para su fortalecimiento es que tanto el Estado central como las Comunidades Autónomas superen los recelos históricos y entiendan el deber de cooperación como un producto del principio de lealtad constitucional que, lejos de limitarles sus competencias, les permite ejercerlas con mayor eficacia en beneficio de los ciudadanos. Este aspecto, cobra en los momentos actuales suma importancia, ya que, a consecuencia de la crisis económica en la que se encuentra inmersa España, se ha planteado con fuerza en la opinión pública el debate acerca de las ineficiencias del Estado autonómico. A nuestro entender, hoy más que nunca se requiere una apuesta decidida por la cooperación para, de ese modo, evitar las desconexiones entre los distintos entes territoriales, que pueden provocar duplicidades, despilfarro y, en definitiva, deslegitimación social del propio modelo territorial del Estado.

La declaración de apoyo al Estado autonómico, aprobada en la I Conferencia de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas apunta en la dirección correcta. En ella se defendió la validez del Estado autonómico como instrumento de futuro, si bien, haciendo especial hincapié en la necesidad de actuar desde la lealtad constitucional y la cooperación entre las Comunidades Autónomas, y entre éstas y el Gobierno de la nación.

Inmigración y cooperación en el Estado de las Autonomías*

Ignacio Álvarez Rodríguez
Profesor Ayudante de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. La competencia compartida en inmigración como principal razón para la cooperación interadministrativa. 2. Criterios que jalonan la cooperación: el principio participativo y el principio orgánico. 3. Mecanismos cooperativos basados en el principio participativo: 3.1. Actuaciones en materia de información. 3.2. Actuaciones en materia laboral. 3.3. Actuaciones en materia de planificación. 3.4. Actuaciones en materia de financiación. 4. Mecanismos cooperativos basados en el principio orgánico: 4.1. Órganos en sentido amplio: el Observatorio Permanente de la Inmigración y el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes. 4.2. Órganos en sentido estricto: la Conferencia Sectorial de Inmigración y la Conferencia de Presidentes. 5. Reflexiones finales. 6. Bibliografía.

1. LA COMPETENCIA COMPARTIDA EN INMIGRACIÓN COMO PRINCIPAL RAZÓN PARA LA COOPERACIÓN INTERADMINISTRATIVA

El esquema jurídico-político que la Constitución española adoptó en 1978 se caracteriza, entre otras cosas, por realizar una distribución descentralizada del poder, territorialmente hablando. Una lectura rápida de la misma conjugada con el análisis del funcionamiento práctico de nuestras instituciones conduce a observar tres niveles claramente delimitados: el estatal, el autonómico y el local. En la materia que aquí se trata aparece con especial relevancia el Derecho internacional (comunitario, para más señas), por lo que la cooperación interadministrativa deberá ser más intensa, en aras de un funcionamiento sistematizado y coherente del modelo.

* Estudio realizado en el marco del Proyecto VA005A10-1, sobre *Integración social y ciudadana de los inmigrantes en Castilla y León*, concedido por la Dirección General de Universidades e Investigación de la Junta de Castilla y León para el periodo 2010-2012 (IP: Prof. Dr. D. Francisco Javier Matia Portilla).

En lo que a inmigración se refiere parece que la doctrina mayoritaria observa una competencia compartida, aunque sea el Estado el que ostente un papel preponderante en la regulación de aquélla (Aja Fernández, Eliseo, 2006, p. 153). Desde la perspectiva del art. 149.1.2.º CE, el ente estatal vendría a regular el estatus jurídico de los inmigrantes, así como las condiciones de entrada, permanencia y expulsión del país. Para las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias a través de los diferentes títulos sectoriales —como es sabido, comprendidos en buena medida en sus Estatutos de Autonomía— la inmigración deviene tarea bajo su jurisdicción en cada una de las materias que los integren; como por ejemplo, en materia sanitaria, educativa, o de vivienda (Montilla Martos, 2007, pp. 11 y ss; Vidal Fueyo, 2007, pp. 68 y ss). No cabría exigir, en consecuencia, el desplazamiento de tales títulos, a favor de la genérica competencia estatal contenida en el precepto arriba referido (Santolaya Machetti, 2007, *passim*).

Por todo ello se puede argüir que eventuales éxitos de las políticas públicas sobre la cuestión residiría, así, en cómo y cuánto cooperen los dos niveles, sin olvidar el estrato local, cuya prestación de servicios de primera atención y acogida implica denodados esfuerzos que quizás merezcan más atención por parte del legislador (García Roca, 2008, p. 70).

Esto nos conduce a concluir que la inmigración queda configurada como una materia de carácter transversal y que, si se quiere cumplir efectivamente con el principal mandato que la normativa en la materia impone —la integración social de los inmigrantes—, se debe poner en marcha los mecanismos de colaboración pertinentes, tal y como establece el art. 2. *ter* de la Ley Orgánica 4/2000, en su versión de 2009 (Moya Malapeira *et al.*, 2011, pp. 321 y ss). De esa forma, se intentaría consolidar el desarrollo de un modelo que, todavía hoy, se encuentra en construcción (Roig Moles, 2006, p. 89).

2. CRITERIOS QUE JALONAN LA COOPERACIÓN: EL PRINCIPIO PARTICIPATIVO Y EL PRINCIPIO ORGÁNICO

Aparece de ese modo un principio básico en la cúspide como es el principio de colaboración, también traducido en su correlato de deber de lealtad constitucional. El Tribunal Constitucional aporta como doctrina consolidada un parámetro importante en relación con el postulado: no cabe alegar el mismo para distorsionar o alterar el régimen competencial, pero debe tenerse en cuenta a la hora de ejercer las mismas (por todas: STC 152/1988, de 20 de julio). Aquél se concretaría, a su vez, en tres facetas internas, diferentes y diferenciadas: el auxilio (prestación de asistencia de unas administraciones a otras); la coordinación (articular mecanismos para conseguir cierta orientación unitaria, aun ejerciendo cada una sus propios poderes); y la cooperación propiamente dicha, basada en un co-ejercicio de las competencias (Albertí Rovira, 2011, pp. 395 y ss).

No podemos olvidar que los *nuevos* Estatutos de Autonomía han jugado, y juegan, un papel muy importante en esta materia. Son varias las normas que llaman a tender puentes colaborativos entre administraciones, tanto a nivel general como a la hora de enfocar el hecho inmigratorio. A modo de ejemplo podemos citar el caso de Aragón (art. 75), Cataluña (art. 138), Andalucía (art. 62), Castilla y León (art. 76), y Extremadura (art. 9), última Comunidad Autónoma hasta la fecha en modificar su Estatuto, en 2011. Ahondando en la idea, el modelo que parece abrirse con estas novedades descansaría en el *principio participativo*, mediante el cual aquéllas participan en las decisiones que tome el Estado en materias conexas en las que, aun siendo este competente, existen intereses autonómicos específicos en el asunto (Montilla Martos, 2011, pp. 184 y ss).

Por otro lado, la legislación administrativa se ha ocupado del particular, a nivel general, regulando el *principio orgánico*. El art. 5.1 de la Ley 30/1992 establece que el Estado y las CCAA podrán crear órganos de cooperación, sean bilaterales o multilaterales, generales o sectoriales. Y dirá que no tienen la consideración de tales los creados por la Administración General del Estado para el ejercicio de sus competencias y en cuya composición se prevea que participen representantes autonómicos con fines meramente consultivos. Por lo tanto, la cooperación orgánica en sentido estricto exigirá el acuerdo constitutivo de los entes implicados en sectores allá donde exista interrelación competencial, como creemos sucede respecto a la inmigración, aunque obviamente no sólo (sobre tales aspectos desde una óptica general, Arévalo Gutiérrez, 2002, p. 470).

3. MECANISMOS COOPERATIVOS BASADOS EN EL PRINCIPIO PARTICIPATIVO

El principio participativo queda ligado a varios sectores que engloban otros tantos cometidos. Esquemáticamente pueden ser enumerados en actuaciones en materia de información; actuaciones en materia laboral; actuaciones en materia de planificación; y, por último, determinadas actuaciones en materia de financiación.

3.1. Actuaciones en materia de información

Se pueden diferenciar dos grandes ámbitos de participación de las CCAA, ambas plasmadas en el art. 68 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción otorgada por la Ley Orgánica 2/2009. La primera de ellas se refiere a que toda autorización en materia de trabajo basada en el arraigo deberá estar a lo que aquéllas —o en su caso, los Ayuntamientos— hayan determinado sobre el reconocimiento del mismo (art. 68.3). El informe de arraigo se convierte, de

ese modo, en el instrumento clave a la hora de conceder tales permisos, puesto que un juicio negativo sobre tal extremo —independientemente de que origen sea autonómico o local— no podrá constituir base suficiente para surtir efectos en dicho sentido (Delgado del Rincón, Luis. E., 2011, pp. 315 y ss). La segunda faculta a las Autonomías que hayan asumido competencias en materia de seguridad ciudadana y orden público para evacuar informes sobre cómo afectarían los procesos de autorización de residencia (y la renovación de los mismos) a tales aspectos, incluyéndose los finalmente realizados en el dossier elaborado por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (art. 68.4).

3.2. Actuaciones en materia laboral

Son varias las actuaciones autonómicas en aspectos laborales, aunque no todas ellas gozan de la misma intensidad (Parra Rodríguez, 2011, pp. 205 y ss). De acuerdo con las competencias asumidas estatutariamente las CCAA otorgan la autorización inicial de trabajo por cuenta propia. Dado que es el Estado el encargado de formalizar las autorizaciones de residencia (arts. 36 y 37 de la Ley Orgánica 4/2000), se estipula un procedimiento reglamentario con la participación simultánea de ambas administraciones, para que su actuación se realice coordinada y concordantemente, denegando o concediendo las mismas (art. 107 del Reglamento de 2011). La participación en la concesión de las autorizaciones por cuenta ajena también observa la concurrencia de las Autonomías, aunque quizás de forma más difusa. Este tipo de credenciales se obtienen conforme a los datos contenidos en el servicio de empleo público estatal, elaborado con información que aportan las CCAA. Una vez cumplimentado el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura —es decir, aquellos trabajos susceptibles de ser ocupados por trabajadores extranjeros— se determina la situación nacional de empleo, sirviendo de parámetro de referencia a la hora de otorgar, o no, aquéllas. La norma reglamentaria se preocupa también aquí porque los esfuerzos se canalicen de forma coordinada: en el marco del procedimiento establecido por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, y previo informe de la Comisión Laboral Tripartita (órgano formado por la Administración General del Estado y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de carácter estatal), serán los servicios de empleo públicos de las CCAA los encargados de realizar dicha labor (art. 65 del Reglamento de 2011).

Otro sector con voz autonómica es el de las contrataciones en origen. Lo que se ha venido conociendo como «contingente» hace alusión al bloque de personas extranjeras que podrían necesitarse para cubrirse determinados empleos nacionales, contratándose a las mismas, conforme a la situación nacional de empleo y tal y como su propio nombre indica, en su país de origen. El Ministerio de Trabajo e Inmigración aprueba una previsión anual de las ocupaciones conforme a los datos suministrados, entre otros, por las CCAA, in-

tentando la norma legal que todo ello se haga de forma coordinada (art. 39 Ley Orgánica 4/2000). Reglamentariamente el esquema parece haber privilegiado al Estado en esta concreta materia, sobre todo con el protagonismo que se le otorga a la Comisión referida anteriormente; esto, unido a otros factores —como por ejemplo la no participación en la gestión a posteriori del contingente— han llevado a algunos sectores doctrinales a afirmar que la colaboración tiene menor cabida de lo que parece a primera vista (Roig Moles, Eduard: 2006, p. 38).

Para terminar con este epígrafe hay que traer a colación la contratación de temporada, o lo que es lo mismo y siguiendo la terminología de la propia Ley Orgánica 4/2000, el régimen de los trabajadores extranjeros «temporeros». Las Autonomías participan directamente —junto a los agentes sociales y a los municipios— aportando la información necesaria para que el Estado establezca el régimen jurídico de estos, apostando la normativa en vigor por un modelo que les permita engarzar seguidamente distintas ocupaciones laborales (art. 42 de la Ley Orgánica 4/2000, en redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009). Indirectamente también se podría hablar de cierta actividad autonómica en tanto en cuanto la legislación obliga a que estas personas desarrollen su trabajo con garantías de dignidad, higiene y salubridad suficientes (art. 42 de la Ley Orgánica 4/2000, en redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009); así, las CCAA que hayan asumido competencias en materias conectadas a tales extremos podrían regular algunas cuestiones a ellas ligadas, como por ejemplo las referidas a la asistencia sanitaria.

3.3. Actuaciones en materia de planificación

Es apreciable una doble participación desde las CCAA a la hora de establecer los planes en los que se encuadran las múltiples tareas a realizar en lo que al hecho inmigratorio se refiere. Por un lado, aquellos planes elaborados de forma singular por cada una de ellas, vigentes en periodos temporales determinados y masivamente reproducidos a partir de 2001, en los que se contienen numerosas llamadas a la cooperación interadministrativa y cuyo principal nexo de unión es la integración de los inmigrantes (Bonino Covas *et al.*, 2003, pp. 18 y ss). Por otro lado, la realidad planificadora tampoco es ajena a múltiples municipios, dotándose estos de similares herramientas (por todos: Aragón Medina *et al.*, 2009, pp. 52 y ss; Pajares Alonso, 2005, pp. 151 y ss; y Vidal Fueyo, 2011, pp. 377 y ss).

Por otro lado, las Autonomías participaron en su día en el que ha venido siendo el marco de referencia obligado para el tratamiento de la inmigración en España desde la perspectiva estatal, como lo fue el Plan Estratégico de Integración y Ciudadanía 2007-2010 (PECI). Lo hicieron siguiendo dos vías. Anteriormente a su aprobación se abrió un periodo de consultas en el que manifestaron sus diferentes posiciones, contribuyendo a pergeñar la versión final del mismo.

Además, algunos órganos en los que aquéllas tenían representación emitieron los correspondientes informes en parecido sentido (tales como el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes o el Consejo Superior de Política de Inmigración, a día de hoy extinto), por lo que se puede concluir que de algún modo se pretendió hacer visible a la totalidad de agentes implicados y afectados por el Plan. El propio texto también hace constantes referencias a la necesaria colaboración entre todos ellos, aunque no esconde que su radio de acción es eminentemente estatal, explicitando que la inserción de las políticas autonómicas en la materia será una decisión potestativa, no preceptiva (PECI, 2007, pp. 8 y 9, y 27 y ss. Disponible en: <http://www.ft.mtas.es/periodico/inmigracion/200702/plan.pdf>).

A pesar de todo ello, en nuestro ordenamiento jurídico no se ha desarrollado —al menos en esta materia— las potencialidades que encierra el art. 7 de la Ley 30/1992, mediante el cual se posibilita que tanto la administración estatal como la autonómica suscriban *conjuntamente* planes y programas para lograr objetivos comunes allá donde existan competencias concurrentes (Roig Moles, 2006, p. 134).

3.4. Actuaciones en materia de financiación

Existen fundamentalmente dos fondos de financiación para cuestiones relacionadas con la inmigración en los que las CCAA tienen asignadas determinadas partidas. Uno es estatal, y recibe el nombre de Fondo de Apoyo a la Acogida e Integración de los Inmigrantes y al Refuerzo Educativo (FAIRE). El otro es europeo y se conoce con el nombre de Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países (FEINT).

El FAIRE se impulsó por vez primera en los Presupuestos Generales del Estado de 2005, para consolidarse al día de hoy en la legislación vigente en la materia. La concreción jurídica de las diferentes partidas presupuestarias que engloba muestra una drástica reducción de las mismas, a buen seguro debido a la crisis económica que todavía seguimos padeciendo. En 2009 fueron 141 millones de euros los que engrosaron aquél. En 2010, 71 millones. [Resolución de 24 de marzo de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Trabajo e Inmigración (BOE núm. 80, de 2 de abril de 2009); y Resolución de 18 de mayo de 2010 del mismo órgano (BOE núm. 127, de 25 de mayo de 2010)]. El Fondo se articula conforme a tres principios (subsidiariedad, complementariedad y cooperación institucional), que sirven de pórtico para realizar un reparto de las cantidades conforme a varios criterios objetivos. Partiendo de una asignación básica que toda Comunidad Autónoma recibe, en aras de garantizar la solidaridad interterritorial, se tiene en cuenta la situación geográfica de ésta; la proporción de población inmigrante que habita en su interior; los extranjeros extra-comunitarios empadronados, así como los trabajadores afiliados a la Seguridad Social, tanto en su régimen

general como en el régimen especial agrario. Decir, por último, que la participación autonómica se refuerza en estas cuestiones en tanto en cuanto la labor de informe, análisis y seguimiento de los montos económicos se realizan en el marco orgánico en el que aquéllas gozan de voz y voto, posteriormente analizado, y que se circunscribe principalmente a la Conferencia Sectorial de Inmigración, ante la desaparición del Consejo Superior de Política de Inmigración, encargado de la labor en su momento (Roig Moles, 2006, pp. 92 y ss).

El FEINT, por su lado, fue creado por la Unión Europea en 2007. Destacan tres características por encima del resto. Primeramente, su vigencia temporal, puesto que el Fondo está previsto para el periodo comprendido entre los años 2007 a 2013, ambos inclusive. En segundo término, quedan fijadas de antemano las previsiones de atribución de las partidas presupuestarias conforme a cada ejercicio anual. Así, del total de recursos puestos a disposición de España (123 millones de euros), el Plan que concreta las mismas cifra en 8,5 millones, 11,5 millones, 14 millones, 15 millones, 20 millones, 25 y 28 millones la percepción que corresponde a 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013, respectivamente. En tercer lugar, resalta la búsqueda de cooperación no ya interadministrativa, sino entre todos los agentes implicados en la materia. Por ello se bosqueja un sistema de acceso a las ayudas en régimen de concurso competitivo en el que pueden competir no sólo las pertinentes administraciones públicas competentes en la materia, sino todo tipo de organizaciones públicas y/o privadas interesadas en el mismo, tales como organizaciones no gubernamentales, asociaciones de inmigrantes y organismos privados (*Plan Plurianual que establece el Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países*, 2007, pp. 70 y ss).

¿Cómo se ha venido plasmando todo lo anterior en nuestro ordenamiento jurídico? En el que parece ser uno de los principales instrumentos privilegiados en la materia, como son los Convenios Bilaterales de Cooperación (Montilla Martos, 2007, pp. 36 y ss). En 2008 se cerraron en torno a 1.011 convenios y acuerdos, con especial protagonismo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (que como es sabido por aquél entonces ostentaba las competencias en inmigración), dado que suscribió 115. Sobre la integración de inmigrantes fueron suscritos 18, constituyendo la aportación estatal para los «grandes grupos de convenios» (firmados por al menos cinco Autonomías) una de las aportaciones más enjundiosas, con casi 198 millones de euros. En 2009 se rubrican 1.059 convenios y acuerdos. En lo que hace a la inmigración, se actualizan 16 de los 18 mencionados, y la partida monetaria para hacer frente al fenómeno —en buena medida circunscrito a la integración de tales personas— vuelve a ser de las más elevadas: en torno a los 200 millones de euros (Ministerio de Política Territorial, 2009 y 2010, *Informe sobre los Convenios de Colaboración Estado-Comunidades Autónomas suscritos durante 2008*, e *Informe sobre los Convenios de Colaboración Estado-Comunidades Autónomas suscritos durante 2009*).

Resta por reseñar un último apunte para cerrar este bloque, y es que esta última forma de cooperación interadministrativa, a pesar de que nominalmente recibe el nombre de «bilateral», ha venido desarrollándose en la práctica como una suerte de multilateralidad tácita, tal y como sostienen algunos sectores doctrinales (García Morales, 2006, p. 18). El motivo de tal aseveración es que, aun siendo formalmente acuerdos entre una Comunidad Autónoma y el Estado, desde este se vienen proponiendo textos muy similares entre sí a aquéllas, cuando no iguales, por lo que en ocasiones no gozan de singularidades específicas, independientemente de quiénes sean los firmantes (Duque Villanueva, 2007, p. 134).

4. MECANISMOS COOPERATIVOS BASADOS EN EL PRINCIPIO ORGÁNICO

Procede ahora estudiar brevemente qué instrumentos orgánicos existen en nuestro ordenamiento jurídico en lo que al hecho inmigratorio hace. Se tendrá en cuenta, a efectos expositivos, la divisoria anteriormente establecida entre órganos en sentido amplio y en sentido estricto.

4.1. Órganos en sentido amplio: el Observatorio Permanente de la Inmigración y el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes

Creado por el Plan para la Integración Social de los Inmigrantes de 1994 y regulado en la actualidad por el Real Decreto 345/2001, de 4 de abril, el Observatorio Permanente de la Inmigración (OPI), es un órgano colegiado cuya principal misión es llevar a cabo estudios y análisis sobre el fenómeno inmigratorio, lo que sirve de apoyo y asistencia al resto de agentes y organismos concernidos. Adscrito al Ministerio de Trabajo e Inmigración, se compone de un Presidente, un Secretario y 16 vocales: 10 representan al Estado, 4 a las Comunidades y Ciudades Autónomas, y 2 hacen lo propio respecto a los entes locales. Quizás desde la óptica cooperativa esto constituye su principal flaqueza, dado que la composición del mismo se nivela claramente a favor del Estado; no ya sólo por la distribución de las vocalías, sino también debido a que la Presidencia queda atribuida directamente al Delegado del Gobierno para la Extranjería e Inmigración, y la Secretaría a alguien que éste designe de entre los funcionarios titulares de su propio Gabinete. Aspecto loable es, por su parte, la transparencia y publicidad que otorga a sus trabajos, todos ellos fácilmente accesibles a través de su propia página web (<http://extranjeros.mtin.es/es/ObservatorioPermanenteInmigracion/>).

El Foro para la Integración Social de los Inmigrantes (FISI), encuentra anclaje en el art. 70 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, que modifica el apartado primero del mismo. Así, nos dirá que estamos ante un órgano equilibrado compuesto siguiendo un canon tripartito formado por los representantes de las Administraciones Públicas, las aso-

ciaciones de inmigrantes, y las organizaciones con interés e implantación en el ámbito migratorio (incluyendo sindicatos y/o patronales). También aclara su naturaleza jurídica, estipulando que es la estructura orgánica principal en materia de consulta, información y asesoramiento sobre la inmigración. El Real Decreto 3/2006, de 16 de enero, concreta su régimen jurídico, en lo que hace a su composición, competencias y régimen de funcionamiento.

Desde la óptica que aquí nos interesa merecen comentarse tres cuestiones. La primera se refiere a la apreciación, de nuevo, de cierto desnivel pro-estatal a la hora de conformar el órgano. Este se compone de Presidente, dos Vicepresidentes, un secretario y 30 vocales. Aquél es nombrado por el Ministro de Trabajo e Inmigración, a propuesta de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. La primera vicepresidencia se elige de entre los vocales que representan a las asociaciones de inmigrantes y organizaciones sociales. La norma impone que la segunda debe ser ejercida por la persona titular de la Dirección General de Integración de la Inmigración del departamento ministerial, mientras que la secretaría será para la persona titular de la Subdirección General de Relaciones Institucionales del mismo (arts. 6 y 7 del Real Decreto 3/2006). Respecto a las vocalías, se ha pretendido dar mayor relevancia a la presencia de agentes sociales y asociaciones de inmigrantes que a las administraciones públicas. 10 vocales corresponden a unos y otros 10 a las segundas. Además, de los 10 restantes, 2 son para representar a las Autonomías, 2 para los municipios, y 6 para otros tantos Ministerios. La segunda cuestión a resaltar es que tal extremo parece también constatable en cuanto a ciertas pautas de funcionamiento que muestra el órgano. Así, por ejemplo, desde las CCAA no se podría instar una reunión extraordinaria del Pleno, por exigirse mayoría de vocales para llevarlo a cabo; otro dato que corrobora, al menos hasta cierto punto, dicha visión, es que se entiende válidamente constituido el mismo en primera convocatoria con la única presencia del Secretario y del Presidente, extremo que adquiere relevancia si se pone en relación con quiénes ostentan el cargo.

No obstante, hay algunas razones para la esperanza colaborativa en esta sede, quizás repensando las cuestiones apuntadas. De un lado, el FISI se ha preocupado de dotarse —y de publicar— un compendio normativo de organización y funcionamiento interno detallado, lo que garantiza la transparencia y la seguridad jurídica en sus quehaceres. Además, ha desarrollado sus actividades de forma diligente, completando el primer mandato en su totalidad (2006-2009), acercándose al ecuador del segundo a adía de hoy (previsto para los años 2010-2013, ambos inclusive).

4.2. Órganos en sentido estricto: la Conferencia Sectorial de Inmigración y la Conferencia de Presidentes

Llega el momento de exponer los dos órganos que parecen alzarse con un papel protagonista en el entramado de relaciones intergubernamentales en ma-

teria inmigratoria (con un rol más relevante del primero). Existen algunos otros, como las Subcomisiones de cooperación, pero no acaban de obtener un juicio del todo favorable en lo que a su eficacia se refiere (Roig Moles, 2006, pp. 115 y ss).

La Conferencia Sectorial de Inmigración (CSI) tiene una vida corta y de alguna manera, poco conocida, aun siendo uno de los lugares privilegiados de consulta y participación entre el Estado y las CCAA (Moya Malapeira *et al.*, 2011, p. 343). Se desenvuelve en el contexto jurídico que estipulan los arts. 5, 7 y 8 de la Ley 30/1992. Sin olvidar que, en lo que a ellos no se oponga sigue vigente el art. 4 de la Ley 12/1983, sobre el proceso autonómico, sometida a interpretación por el Tribunal Constitucional en su conocida STC 76/1983, de 5 de agosto (que, por otro lado, respaldó la configuración realizada por la última en lo que a las conferencias sectoriales se refiere; Duque Villanueva, 2007, p. 115). Nos encontramos, en suma, ante un órgano multilateral, formado por miembros del Gobierno y miembros de los Gobiernos autonómicos, alabado en general, pero con algunas deficiencias por pulir (por todos: González Gómez, 2006, pp. 111 y ss). A día de hoy, y siguiendo datos obtenidos del Ministerio de Política Territorial, existen treinta y cinco Conferencias constituidas. Funcionando razonablemente (es decir, regularmente), veinticinco. En lo que hace al periodo comprendido entre 2004 y 2007 tuvo lugar la creación de varias Conferencias, entre las que se cuenta la que aquí nos ocupa, impulsada a su vez desde la Conferencia de Presidentes celebrada el 11 de enero de 2007.

El marco jurídico concreto se estipula en el art. 68.1 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción otorgada por la Ley Orgánica 2/2009, donde se dice que es el órgano que debe asegurar la necesaria coordinación de las actuaciones que desarrollen las administraciones públicas en materia de inmigración. Según datos oficiales, se han celebrado hasta el momento cuatro CSI: en 2008 —donde se aprueba su normativa reglamentaria interna, no publicada—, en 2009, en 2010 y, finalmente, el 22 de febrero de 2011, reunión que abordó asuntos de suma importancia, tales como aspectos relativos a la financiación de la materia, así como el estudio del borrador del nuevo Reglamento de Extranjería (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril), entre otros.

La Conferencia de Presidentes (CP) tampoco goza de una tradición longeva en nuestro país. Con claros ecos provenientes de Alemania, Suiza y Austria, en 2004 se creó un órgano pensado para la cooperación y coordinación entre el Estado y las Autonomías, reuniendo al Presidente del Gobierno con los Presidentes Autonómicos. A juzgar por este dato pareciera que la estructura podría ser calificada de vertical (por todos: García Morales, 2006, pp. 43 y ss), pero algunos sectores doctrinales han querido ver en ella ciertos tintes horizontales, en tanto en cuanto alguna de las funciones que aquélla tiene conferida no necesitaría de la (obligada) presencia del representante del Estado central (Bocanegra Sierra *et al.*, 2005, pp. 7 y ss). Celebrada la primera reunión en 2004, han tenido lugar tres más, en 2005, en 2007 y en 2009. En la tercera, como

es sabido, se impulsa la creación de la CSI y en la cuarta, la más reciente hasta la fecha, se aprueba el Reglamento interno de la misma, en lo que parece un intento de equilibrar la balanza entre los sujetos implicados a la hora de establecer las funciones y composición de la CP (Orden TER/3409/2009, de 18 de diciembre, por la que se dispone la publicación del reglamento interno de la Conferencia de Presidentes, publicada en el *BOE*, núm. 305, de 19 de diciembre de 2009).

Así las cosas, sería necesaria y recomendable la coordinación y comunicación entre la CP y la Conferencia de Gobiernos autonómicos, instrumento horizontal que se pone por vez primera en marcha el 21 de marzo de 2011, y que sustituye a los Encuentros que venían celebrándose desde 2008, pudiendo esta servir como mecanismo de debate y discusión de algunos temas de interés autonómico, coadyuvando a fijar posiciones comunes sobre temas concretos. Por otro lado, y con la salvedad ya conocida, de momento no parece que la CP haya dedicado especiales esfuerzos a la canalización del hecho migratorio, aunque por la relevancia del órgano y de sus miembros, quizás sea un foro más que adecuado en dicho sentido.

5. REFLEXIONES FINALES

Llegados hasta aquí procede realizar dos reflexiones finales. De un lado, que funcionan razonablemente los muchos mecanismos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas estudiados, al menos en materia migratoria, tanto desde la perspectiva participativa como desde la orgánica. Sin embargo, la (escasa) eficacia de alguno de ellos repercute negativamente en crear un modelo de gestión razonable y fiable. Los intentos de racionalizar el mismo son esperanzadores, puesto que ello implica una preocupación real por solventar los problemas y conflictos que inevitablemente se producen a la hora de lidiar con estas cuestiones. Y ello refuerza, sin duda, la credibilidad de las políticas de colaboración entre el Estado y las CCAA. Habrá que esperar a futuros desarrollos, y lógicamente a próximos trabajos, para observar cómo evoluciona el sistema esquematizado en las páginas anteriores.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AJA FERNÁNDEZ, E., «La política migratoria del Estado como marco de la actividad de las Comunidades Autónomas», en AJA FERNÁNDEZ, E.; MONTILLA MARTOS, J.A. y ROIG MOLES, E. (coords.), *Las Comunidades Autónomas y la Inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 153-182.
- ALBERT. ROVIRA, E., «Cooperación interterritorial», en ARAGÓN REYES, M. (dir.) y AGUADO RENEDO, C. (coord.), *Organización General y Territorial del Estado, Temas Básicos de Derecho Constitucional*, tomo II; Civitas-Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 394-398.

- ARAGÓN MEDINA, J.; ARTIAGA LEIRAS, A.; HAIDOUR, M.A.; MARTÍNEZ POZA, A.; ROCHA SÁNCHEZ, F., *Las políticas locales para la integración de los inmigrantes y la participación de los agentes sociales*, Los Libros de La Catarata, Madrid, 2009, p. 232.
- ARÉVALO GUTIÉRREZ, A., «Las relaciones entre la administración estatal, autonómica y local en el marco constitucional», en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (dir.) y CALVO CHARRO, M. (coord.), *La Administración Pública española*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, pp. 435-506.
- BOCANEGRA SIERRA, R. y HUERGO LORA, A., *La Conferencia de Presidentes*, Iustel, Madrid, 2005, p. 152.
- BONINO COVAS, C.; ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F., *Los planes de las Comunidades Autónomas para la integración social de las personas inmigrantes*. Confederación Sindical de Comisiones Obreras-Fundación 1.º de Mayo, Madrid, 2003, p. 196.
- CONSEJO DE MINISTROS-GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010*, Madrid, 2007. Disponible en: (http://www.mtin.es/es/sec_emi/Integralmigrantes/PlanEstrategico/Docs/PECIDEF180407.pdf).
- DELGADO DEL RINCÓN, L.E., «Los derechos sociales de los extranjeros», en MATÍA PORTILLA, F.J. (dir.), *Crisis e inmigración en España: reflexiones interdisciplinares sobre la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 301-344.
- DUQUE VILLANUEVA, J.C., «Las Conferencias Sectoriales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 79, 2007, pp. 113-153.
- GARCÍA MORALES, M.J. «Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico: estado de la cuestión y problemas pendientes», en GARCÍA MORALES, M.J.; MONTILLA MARTOS, J.A. y ARBÓS MARÍN, X., *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 9-72.
- GARCÍA ROCA, J., «Inmigración, integración social de los extranjeros y concurrencia de competencias territoriales», en VV.AA., *Derecho, inmigración e integración*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, pp. 53-80.
- GONZÁLEZ GÓMEZ, A., «La cooperación multilateral institucionalizada: las Conferencias Sectoriales», en LÓPEZ NIETO, L. (coord.), *Relaciones Intergubernamentales en la España Democrática. Interdependencia, autonomía, conflicto y cooperación*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 97-114.
- MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL-GOBIERNO DE ESPAÑA, *Informe sobre los Convenios de Colaboración Estado Comunidades Autónomas suscritos durante 2008, 2009*. Disponible en: (http://www.mpt.gob.es/publicaciones/centro_de_publicaciones_de_la_sgt/Periodicas/parrafo/0111116/text_es_files/file2/Informe_convenios_Estado-CCAA_2008-INTERNET.pdf).
- MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL-GOBIERNO DE ESPAÑA, *Informe sobre los Convenios de Colaboración Estado Comunidades Autónomas suscritos durante 2009, 2010*. Disponible en: http://www.mpt.gob.es/publicaciones/centro_de_publicaciones_de_la_sgt/Periodicas/parrafo/0111116/text_es_files/file/Informe_convenios_Estado-CCAA_2009-INTERNET.pdf.
- MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN-GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan Plurianual que establece el Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países, 2007*. Disponible en: http://www.mtin.es/es/sec_emi/Integralmigrantes/Fondo_Solidaridad/pdf/FEI_PLAN_PLURIANUAL_2007_2013.pdf.

- MONTILLA MARTOS, J.A., «Las relaciones de colaboración en el nuevo marco estatutario: bilateralidad y participación», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 151, 2011, pp. 153-199.
- MONTILLA MARTOS, J.A., «La distribución de competencias en inmigración entre el Estado y las Comunidades autónomas en la reforma del Estado autonómico», en MONTILLA MARTOS, J.A. y VIDAL FUEYO, C., *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 9-57.
- MOYA MALAPEIRA, D. y DONAIRE VILLA, F.J., «El nuevo marco competencial y organizativo de la inmigración», en BOZA MARTÍNEZ, D.; DONAIRE VILLA, F.J. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 321-350.
- PAJARES ALONSO, M., *La integración ciudadana. Una perspectiva para la inmigración*, Icaria, Barcelona, 2005, p. 247.
- PARRA RODRÍGUEZ, C., «El nuevo marco de las autorizaciones de trabajo», en BOZA MARTÍNEZ, D.; DONAIRE VILLA, F.J. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 205-218.
- ROIG MOLES, E., «Relaciones intergubernamentales en materia de inmigración: desarrollo de un modelo en construcción», en AJA FERNÁNDEZ, E.; MONTILLA MARTOS, J.A. y ROIG MOLES, E. (coords.), *Las Comunidades Autónomas y la Inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 77-152.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., «Extranjería y nuevos Estatutos de Autonomía», en *Revista d'Estudis Autonòmics y Federals*, n.º 4, 2007, pp. 159-183.
- VIDAL FUEYO, C., «Políticas públicas e integración», en MATIA PORTILLA, F.J. (dir.), *Crisis e Inmigración: reflexiones interdisciplinarias sobre la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 377-400.
- VIDAL FUEYO, C., «Breve aproximación a las políticas autonómicas en materia de inmigración», en MONTILLA MARTOS, J.A. y VIDAL FUEYO, C., *Las competencias en materia de inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 59-79.

Cooperación intergubernamental y políticas sociales en el Estado autonómico: la gobernanza compartida del Sistema para la Autonomía y la Atención de la Dependencia

Víctor Cuesta López
Facultad de Ciencias Jurídicas
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: 1. Introducción: la institucionalización de la cooperación intergubernamental en España. 2. Cooperación multilateral reforzada en el ámbito de las políticas sociales: el caso del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia: 2.1. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. 2.2. El marco institucional para una gobernanza compartida: el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN: LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN INTERGUBERNAMENTAL EN ESPAÑA

La larga lista de competencias compartidas y concurrentes enunciadas en la Constitución española (CE) y los Estatutos de Autonomía ha favorecido irremediabilmente las relaciones de interdependencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA). Sin embargo, la Constitución española no había previsto expresamente mecanismos institucionales que facilitasen la cooperación y la acción conjunta para la ejecución de las políticas compartidas. Es un hecho bien conocido, por ejemplo, que la Cámara Alta, el Senado, no ha servido como espacio de integración de los intereses regionales en la toma de decisiones nacionales. Además, el carácter asimétrico del Estado de las Autonomías y la importancia política de los nacionalismos catalán y vasco favorecieron en el origen del Estado de las Autonomías las negociaciones bilaterales entre las nacionalidades históricas y el Gobierno central. Como resultado, el patrón tradicional de relaciones intergubernamentales en España se limitaba principalmente a las interacciones informales, irregulares y de carácter bilateral.

Siguiendo los Acuerdos Autonómicos de 1981 y 1992 entre los dos grandes partidos nacionales, claramente inspirados por la lógica de la armonización territorial, la legislación española trató de superar las carencias constitucionales y establecer un marco institucional para la cooperación multilateral. Un paso muy importante en este sentido fue la creación de las conferencias sectoriales, concebidas como foros multilaterales donde «funcionarios de alto rango y representantes políticos tanto del Gobierno central y Comunidades Autónomas se reúnen para discutir las cuestiones sectoriales con el fin de maximizar la cooperación intergubernamental y evitar conflictos» (Moreno, 2001). Aunque la primera referencia a las conferencias sectoriales se hace en la Ley 12/1983 sobre el Proceso Autonómico (art. 4), las reglas básicas que hoy determinan su composición y funcionamiento se incluyen en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 5). Este marco legal, muy elemental, ha permitido un alto grado de autonomía a las conferencias sectoriales a la hora de establecer sus propias normas de funcionamiento.

En un primer momento, las conferencias sectoriales fueron percibidas por determinadas Comunidades Autónomas como una forma de controlar y limitar su capacidad de autogobierno. De hecho, en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 12/1983 las CCAA del País Vasco y Cataluña argumentaron ante el Tribunal Constitucional que la institucionalización de las conferencias sectoriales debía ser considerada como una intromisión inconstitucional en su ámbito de autonomía. El Tribunal Constitucional confirmó la constitucionalidad de las conferencias sectoriales, pero, al mismo tiempo, dictaminó que no podrían remplazar a los órganos de autogobierno de las CCAA en el ejercicio de sus propias competencias (STC 76/1983, de 5 de agosto). En consecuencia, las conferencias sectoriales debían limitarse al intercambio de información y el examen conjunto de problemas relativos a sus políticas comunes. La desconfianza política de las CCAA hacia las conferencias sectoriales, firmemente dirigidas por el Gobierno nacional, la limitación de sus funciones y la irregularidad de las reuniones determinaron su ineficiencia como foros para una auténtica cooperación intergubernamental.

Sin embargo, la situación fue cambiando gradualmente durante los años 90. Börzel ha argumentado que la europeización progresiva de las competencias nacionales y autonómicas se constituyó como un importante incentivo para fortalecer las relaciones de cooperación entre el Gobierno español y los gobiernos autonómicos.

Por una parte, las CCAA necesitaban la complicidad del Gobierno español para hacer valer sus pretensiones en el proceso de tomas de decisiones de la UE, mientras que el Gobierno de España dependía de la cooperación de las CCAA para una efectiva implementación de las políticas europeas. La constitución de la Conferencia Intersectorial de Asuntos Europeos (1992), y la celebración del «Acuerdo sobre la Participación Interna de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos a través de las Conferencias

Sectoriales» (1994) permitieron el acceso a la información y la participación de las CCAA en la formulación y la aplicación de las políticas europeas y facilitaron, de manera significativa, las interacciones cooperativas entre los dos niveles de gobierno (Börzel, 2000).

A pesar de que la regularidad y el resultado de las reuniones varían sustancialmente de una conferencia sectorial a otra, lo cierto es que, progresivamente, han cobrado mayor relevancia política y muchas de ellas tienen un papel destacado en la redacción de propuestas legislativas relativas a competencias compartidas o en la adopción de planes y programas conjuntos, así como su régimen de financiación. En total, y de acuerdo con los datos ofrecidos por la Dirección General de Cooperación Autonómica en mayo de 2010, se han constituido 37 conferencias sectoriales que alcanzan prácticamente todos los ámbitos de la acción política y que son asistidas técnicamente por funcionarios nacionales y autonómicos. La tendencia hacia una mayor cooperación multilateral parece ser confirmada por el incremento del número de convenios entre la administración central y las administraciones autonómicas así como por la creación de otros espacios de cooperación intergubernamental, al más alto nivel político, como la Conferencia de Presidentes. Este foro, convocado por primera vez en octubre de 2004 por el Presidente Zapatero y que reúne a los presidentes de las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, ha sido concebido para consensuar acuerdos políticos en relación a los asuntos de especial importancia para el sistema autonómico. No obstante y a pesar de que el reglamento de la Conferencia prevé su convocatoria anual, está no se ha vuelto a reunir desde diciembre de 2009.

La progresiva consolidación de la cooperación multilateral en el Estado de las Autonomías no significa, sin embargo, que las relaciones bilaterales hayan dejado de ser significativas. Sobre todo si tenemos en cuenta que los Estatutos de Autonomía modificados durante la última década han institucionalizado las comisiones bilaterales que tienen por objeto permitir la colaboración permanente entre el Gobierno español y la administración autonómica correspondiente. Por ejemplo, el Estatuto de Autonomía de Cataluña —aprobado en 2006 y que viene a inspirar las reformas estatutarias ulteriores— encomienda a la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, la deliberación y la adopción de acuerdos conjuntos con respecto a una larga lista de asuntos que podrían afectar a los intereses y competencias de la Generalitat (art. 183). En un clara apuesta por la asimetría, el Estatuto catalán llega a declarar que «la Generalitat no queda vinculada por las decisiones adoptadas en el marco de mecanismos multilaterales de colaboración voluntaria con el Estado y con otras comunidades autónomas con respecto a los cuales no haya manifestado su acuerdo» (art. 176.2).

2. COOPERACIÓN MULTILATERAL REFORZADA EN EL ÁMBITO DE LAS POLÍTICAS SOCIALES: EL CASO DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

2.1. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia

A fin de evaluar la reciente evolución de las relaciones multilaterales en el Estado de las Autonomías prestaremos especial atención a las relaciones de cooperación que se entablan en el ámbito de las políticas sociales y, de modo particular, en el denominado Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD). La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia propone un modelo complejo de gobernanza que ha sido definido como el cuarto pilar del Estado del bienestar en España (junto con la Seguridad Social, el Sistema Educativo y el Sistema Nacional de Salud). De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley 39/2006, «la propia naturaleza del objeto de esta Ley requiere un compromiso y una actuación conjunta de todos los poderes e instituciones públicas, por lo que la coordinación y cooperación con las Comunidades Autónomas es un elemento fundamental». Sin lugar a dudas, la implementación del ambicioso SAAD requiere de una cultura de cooperación mucho más intensa que la que inspiraba el modelo tradicional de relaciones intergubernamentales apoyado en las conferencias sectoriales.

Antes de entrar específicamente en el tema de las relaciones intergubernamentales previstas en el SAAD, haremos una breve referencia al contexto en el que ha sido aprobada la Ley 39/2006 y a sus fundamentos constitucionales. Siguiendo el patrón mediterráneo de asistencia social, la atención a los ciudadanos dependientes en España se ha proporcionado principalmente por las familias¹. La asistencia pública a situaciones de dependencia y en particular la asistencia a la tercera edad, ha formado parte de la competencia de «asistencia social», enunciada en el art. 148.1.20 CE, y ha sido asumida como competencia autonómica. En cualquier caso, aunque la regulación de estos servicios ha correspondido a las CCAA, las prestaciones han sido ofrecidas principalmente por las entidades locales. Además, una extensa red de organizaciones no gubernamentales también han proporcionado durante años asistencia a las personas dependientes, complementando de este modo el esfuerzo de las familias y las administraciones. El papel de la Administración General del Estado, a través del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), se ha limitado esencialmente a la coordinación de los servicios de asistencia so-

¹ En el año 2003, Costa-Font y Patxot constataban que «casi el 70% de los españoles mayores con dependencia reciben atención exclusiva de la familia, principalmente, por mujeres y niños, de hecho, casi el 5% de la población —83% de los cuales son mujeres— son los cuidadores, mientras que la gente apenas un 3% mayores reciben servicios sociales» (COSTA-FONT y PATXOT, 2003).

cial a través de directrices y planes de acción (planes gerontológicos). Esta herramienta de planificación, sin embargo, «ha tenido un impacto muy débil en la coordinación de los servicios» (Costa-Font y Patxot, 2003). La dispersión de las políticas de atención a dependientes y la falta de una coordinación nacional eficaz había llevado a una situación donde los servicios de asistencia a las situaciones de dependencia variaban sustancialmente entre las CCAA.

La intervención del legislador nacional a través de la Ley 39/2006 debe considerarse, por tanto, como un intento de garantizar una cohesión territorial mínima y un «marco estable de recursos y servicios para la población dependiente» a nivel nacional (Exposición de Motivos de la Ley 39/2006). Aunque las competencias en materia de asistencia social hayan sido asumidas por las CCAA con carácter exclusivo, la CE habilita al Estado a intervenir legislativamente regulando las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio de sus derechos constitucionales (competencia transversal del art. 149.1.1 CE). En este caso, los derechos constitucionales de las personas dependientes aparecen enunciados implícitamente entre los principios rectores de las políticas sociales. El art. 49 CE se refiere a la atención especializada requerida por los discapacitados físicos y mentales y el consecuente compromiso de las administraciones públicas españolas con la «política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración». En lo que respecta a la asistencia a la tercera edad, el art. 50 CE declara que los poderes públicos deben promover «su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio».

La Ley 39/2006 propone la reorganización de los servicios sociales para las personas dependientes sobre la base de tres principios básicos: universalidad, alta calidad y sostenibilidad. En realidad, estos principios se corresponden con los objetivos comunes establecidos por la UE en el marco del Método Abierto de Coordinación sobre Protección Social e Inclusión Social. El artículo 4.1 de la Ley 39/2006 declara el derecho subjetivo de las personas dependientes, «independientemente del lugar donde en el territorio del Estado español que residan», para acceder en igualdad de condiciones a los beneficios y servicios previstos en la ley. La declaración de este derecho social supone el esfuerzo compartido entre todas las administraciones públicas españolas para garantizar una cobertura universal. La situación de dependencia está claramente definida en el artículo 2.2 como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal». El reconocimiento de la situación de dependencia corresponde a las administraciones autonómicas (art. 28.2). Los ciudadanos que se han sido declarados formalmente como personas dependientes tienen derecho a recibir de la Red de Servicios Sociales de la respectiva CA los servicios adecuados (Servicios de pre-

vección de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal, Servicio de Teleasistencia, Servicio de Ayuda a domicilio, Servicio de Centro de Día y de Noche, Servicio de Atención Residencial) que corresponden a su grado (moderada, severa y gran dependencia) y nivel (cada grado se clasifica en dos niveles, en función de la autonomía de la persona y de la intensidad de la atención requerida) de la dependencia.

En cuanto a la financiación pública del SAAD, la Administración General del Estado debe financiar un nivel mínimo de protección a cada uno de los beneficiarios del sistema, de acuerdo a su grado y nivel de dependencia. Un segundo nivel de protección se financia entre la Administración General del Estado y las CCAA a través de Convenios. Además, las CCAA podrían ofrecer a los ciudadanos dependientes residentes en su territorio, un nivel adicional de protección que debe financiarse con cargo al presupuesto autonómico. Los beneficiarios del SAAD también podrían costear los servicios recibidos en función del tipo y costo del servicio así como de su situación económica personal (art. 33.1). En el caso de que la Red de Servicios Sociales no pueda prestar la asistencia adecuada, la Ley 39/2006 también prevé prestaciones económicas destinadas a cubrir los gastos derivados de los servicios ofrecidos por los centros de atención privados acreditados (art. 17). Los ciudadanos dependientes también podrían recibir, «con carácter excepcional», las prestaciones económicas con el fin de ser atendidos por cuidadores no profesionales siempre que se den «condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda» (art. 14.2). Los cuidadores no profesionales deberán cumplir, en todo caso, con las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social» (art. 18.3). La Ley 39/2006 también prevé el apoyo financiero para las personas en situación de gran dependencia con el fin de contratar a un asistente personal que facilite al beneficiario el acceso a la educación y el empleo y, en consecuencia, una mayor autonomía en la vida diaria (art. 19).

En lo que respecta al reparto de competencias entre el Estado y las CCAA en el marco del SAAD, la Ley 39/2006 plantea una clara división de funciones: la Administración General del Estado determinará el nivel mínimo de protección que se garantiza a cada uno de los beneficiarios del sistema y proporciona la financiación pública para este nivel de protección (art. 9). Por su parte, las CCAA son responsables, entre otras funciones, de planificar, ordenar, coordinar y dirigir, en el ámbito de su territorio, los servicios de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia; gestionar, en su ámbito territorial, los servicios y recursos necesarios para la valoración y atención de la dependencia; establecer los procedimientos de coordinación sociosanitaria, creando, en su caso, los órganos de coordinación que procedan para garantizar una efectiva atención; crear y actualizar el Registro de Centros y Servicios, facilitando la debida acreditación que garantice el cumplimiento de los requisitos y los estándares de calidad; inspeccionar y, en su caso, sancionar los incumplimientos sobre requisitos y estándares de calidad de los centros y servicios y respecto de los derechos de los beneficiarios (art. 11).

2.2. El marco institucional para una gobernanza compartida: el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia

El SAAD no limita las interacciones entre la Administración General del Estado y de las CCAA a la mera coordinación de sus respectivas funciones. La adecuada implementación del SAAD requiere de una nueva cultura en las relaciones intergubernamentales que debería derivar en un auténtico modelo de gobernanza compartida. El marco institucional propuesto por la Ley 39/2006 en el que deben desarrollarse las relaciones intergubernamentales es el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Según Izzo, este órgano debe operar como una «correa de transmisión» entre las distintas administraciones y permitir un diálogo político permanente que facilite la coordinación y la supervisión del SAAD (Izzo, 2010).

El Consejo Territorial está integrado por el ministro encargado de los asuntos sociales, que preside las reuniones, los consejeros de cada uno de los gobiernos autonómicos, también a cargo de los asuntos sociales y, de acuerdo con el Reglamento adoptado en la sesión constitutiva del Consejo Territorial celebrada el 22 de enero de 2007, once representantes de diferentes departamentos ministeriales de la Administración General del Estado, dos representantes de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, y dos representantes de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP). En cualquier caso, los representantes de las Comunidades Autónomas siempre serán la mayoría de los miembros del Consejo (art. 8.1). Buena parte de los miembros del Consejo Territorial del SAAD (el ministro y los consejeros autonómicos) son los mismos que integran la ya anteriormente constituida Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales. Además, la atención a la dependencia forma parte de la cartera de servicios sociales y es una parte relevante de éstos. Ante esta situación de duplicidad y «en aras de la simplificación administrativa, y de mejorar la eficiencia de la coordinación y la cooperación de las Administraciones», el Consejo Territorial del SAAD ha propuesto mediante su Acuerdo del 10 de julio de 2012 (publicado mediante la Resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, BOE n. 185, de 3 de agosto de 2012) la armonización de estos dos órganos de participación en uno sólo denominado Consejo Territorial de Servicios Sociales y del SAAD. El Consejo Territorial se reúne en sesiones plenarias, por lo menos dos veces al año, y es apoyado por el trabajo de una comisión delegada integrada por representantes de segundo nivel de las administraciones públicas.

El art. 8.2 reserva a la Conferencia Territorial una lista de importantes funciones para el desarrollo del SAAD incluyendo la adopción de decisiones vinculantes y confirmando, por tanto, que este órgano es algo más que un foro de discusión y coordinación política.

El Consejo Territorial es responsable, entre otras funciones, de establecer los criterios que determinan la intensidad de protección de los servicios de aten-

ción, ponerse de acuerdo sobre el marco de cooperación interadministrativa para la aplicación de la Ley a través de la firma de convenios, acordar las condiciones y cuantía de las prestaciones económicas o adoptar los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios. Una función especialmente importante asignada al Consejo Territorial es el establecimiento de los criterios que determinan la intensidad de la protección que debe garantizarse a cada uno de los beneficiarios del SAAD (de acuerdo a su grado y nivel de dependencia). Con el fin de garantizar un nivel mínimo de protección en todo el país, la decisión adoptada por el Consejo Territorial a este respecto deberá ser finalmente promulgada por el Gobierno español mediante el Real Decreto². Aunque formalmente el Decreto es adoptado por el Gobierno español, es evidente que la Ley 36/2009 otorga al Consejo Territorial un verdadero poder de decisión. En este sentido, García Morales también argumenta que «en este sistema no hay la misma flexibilidad que en los demás acuerdos de una Conferencia Sectorial, porque las decisiones del Consejo se elevan a Real Decreto del Consejo de Ministros. Ese elemento de vinculación normativa pretende garantizar el cumplimiento de sus acuerdos, pero también hace muy difícil llegar a esos acuerdos en dicho foro, dadas las consecuencias que en esos casos tienen los pactos» (García Morales, 2009). También podría argumentarse que el poder normativo *sui generis* del Consejo Territorial del SAAD podría contradecir la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que limita las funciones de las conferencias sectoriales al intercambio de información y el examen conjunto de los problemas relativos a sus políticas compartidas (Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto). Otra diferencia importante entre el Consejo Territorial del SAAD y el resto de conferencias sectoriales multilaterales, donde las decisiones se adoptan por consenso, es que sus acuerdos pueden ser adoptados por el voto afirmativo de la mayoría de los representantes de la Administración General del Estado y la mayoría de representantes de las CCAA (artículo 12.2 del Reglamento del Consejo). La regla de la mayoría altera drásticamente el tradicional carácter consensual de las relaciones intergubernamentales multilaterales.

En el Consejo Territorial del SAAD, la Administración General del Estado y cada una de las CCAA también deben ponerse de acuerdo sobre el «marco de cooperación interadministrativa» a través de la firma de convenios. Los convenios determinan los objetivos, medios y recursos para la aplicación de los servicios de atención a dependientes y, en particular, la financiación pública asignada a cada Administración a fin de garantizar los servicios y beneficios financieros que corresponden al segundo nivel de protección. Los convenios, anuales o plurianuales, deben incluir los criterios de distribución de los fondos (teniendo en cuenta factores como la población dependiente, la dispersión geo-

² Tras el Acuerdo del Consejo Territorial celebrada el 23 de marzo de 2007, el Real Decreto 504/2007 incorpora a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud adoptada por la Organización Mundial de la Salud.

gráfica, insularidad, la cantidad de emigrantes retornados). El art. 32.3 de la Ley 39/2006 también determina que la aportación de la Comunidad Autónoma será «al menos» igual a la de la Administración General del Estado. Este modelo de financiación conjunta de los servicios refuerza, sin duda, el carácter compartido de la gobernanza del SAAD. García Morales también ha destacado que los convenios «son una pieza de un entramado cooperativo especialmente intenso, como no se había producido antes en nuestro sistema, hasta el punto de que convierte el ámbito de dependencia propiamente en una «tarea común» consentida, esto es, en un ámbito de codecisión entre el Estado y las Comunidades» (García Morales, 2009). Sin embargo, también podría argumentarse que el hecho de que la financiación del SAAD dependa periódicamente de los resultados de una compleja negociación multilateral añade grandes dosis de incertidumbre para la sostenibilidad del sistema, especialmente en el actual contexto de crisis que afecta gravemente a los presupuestos públicos. En este sentido, Del Campo considera que la negociación de los convenios entre el Estado y las autonomías «puede crear inseguridad en un futuro más o menos inmediato, dado que la firma de un convenio depende de muchas cosas, entre otras, de la voluntad política de la autonomía» (Del Campo García, 2008).

Aunque los actores que se involucran más decisivamente en la gobernanza del SAAD son los representantes de las administraciones central y autonómica debemos mencionar que los gobiernos locales también participan en la gestión de los servicios de atención a la dependencia de conformidad con lo dispuesto por la normativa autonómica. En consecuencia, el Reglamento de la Conferencia Territorial prevé la inclusión de dos representantes de los gobiernos locales asociados a la FEMP. La participación de las organizaciones de la sociedad civil en el SAAD, sin embargo, tiene lugar fuera del Consejo Territorial. El marco institucional del SAAD incorpora otros órganos consultivos, cuyas funciones se limitan a informar, asesorar y formular propuestas genéricas y que vienen a integrar la opinión de los sindicatos y la patronal (el Comité Consultivo del SAAD), de los ancianos (Consejo Estatal de Personas Mayores), de los discapacitados (Consejo Nacional de la Discapacidad) y de las organizaciones del tercer sector (Consejo Estatal de Organizaciones no Gubernamentales de Acción Social).

3. CONCLUSIONES

Es innegable que la creación del SAAD representa un avance significativo del Estado del bienestar español. Además, el funcionamiento de su marco institucional también ha cambiado el patrón tradicional de las relaciones de cooperación intergubernamentales. La prestación de los servicios de atención a la dependencia requiere un compromiso reforzado entre varios actores institucionales, incluidas las administraciones nacionales, subnacionales y locales y otros

actores no gubernamentales de la sociedad civil. Para Izzo, el concepto de la gobernanza multinivel «puede ser aplicado fructíferamente con el fin de explicar el funcionamiento actual de la atención domiciliaria personas mayores en España» (Izzo, 2010). Moreno también ha argumentado que el modelo de gestión del SAAD no es centralizado «de comando y control», pero que se debe trabajar de forma gradual mediante un acuerdo intergubernamental con respecto a los aspectos prácticos y, más importante, la financiación por el tres capas principales de gobierno» (Moreno, 2008).

No obstante, en el actual contexto de crisis financiera ya han surgido problemas relativos a la financiación de los servicios de asistencia a la dependencia. De acuerdo con el informe del Observatorio de la Dependencia sobre la aplicación de la Ley 39/2006 (enero de 2011), 234.463 ciudadanos dependientes todavía están en el «limbo de la dependencia», que significa que no reciben ningún tipo de asistencia pública a pesar de que están formalmente acreditados por las CCAA (Barriga *et al.*, 2011).

Aunque la Ley 39/2006 trató de superar las desigualdades territoriales, la actual implementación del SAAD evidencia fuertes diferencias entre las CCAA. Por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de La Rioja, las administraciones públicas gastaron el año pasado 183 € per cápita en atención a la dependencia, mientras que en Canarias, el gasto es más de cinco veces más pequeño (32 €). Otro dato significativo es que la proporción de los ciudadanos declarados dependientes que aún no tienen acceso a la asistencia pública varía sustancialmente: del 60% en Canarias al 11% en Navarra (Barriga *et al.*, 2011). El propio Consejo Territorial ha constatado expresamente en su Acuerdo de 10 de julio de 2012 que «se ha producido una importante desigualdad de la aplicación de la Ley por parte de las CCAA ante situaciones de dependencia similares, con desarrollos normativos dispares que afectan tanto a la prestación de servicios, al procedimiento y tiempo en acceder a las prestaciones y servicios, como a la determinación de la capacidad económica del usuario y su aportación al coste de las mismas». En suma, resulta evidente que, transcurridos ya cinco años desde la entrada en vigor de la Ley 39/2006, los esfuerzos compartidos de las distintas administraciones para la implementación del SAAD no se han traducido en la pretendida cohesión territorial anunciada entonces por el legislador.

4. BIBLIOGRAFÍA

- AGRANOFF, R. y RAMOS-GALLARÍN, J.A., «Toward Federal Democracy in Spain: An Examination of Intergovernmental Relations», en *The Journal of Federalism*, n.º 27, 1997, pp. 1-38.
- ARBÓS MARÍN, X.; COLINO CÁMARA, C.; GARCÍA MORALES, M.J. y PARRADO DÍEZ, S., «Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico. La posición de los actores», *Col·lecció Institut d'Estudis Autonòmics*, n.º 64, 2009, pp. 312.

- BARRIGA MARTÍN, L.A.; BREZMES NIETO, M.J.; GARCÍA HERRERO, G.A. y RAMÍREZ NAVARRO, J.M., «Desarrollo e implantación territorial de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: Informe de evolución de la Ley cuatro años después», *VI Dictamen del Observatorio para el desarrollo de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia*, 2011, p. 238. <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/barriga-dictamen-05.pdf>
- BÖRZEL, T.A., «From Competitive Regionalism to Cooperative Federalism: The Europeanization of the Spanish State of the Autonomies», en *The Journal of Federalism*, n.º 30, 2000, pp. 18-42.
- COSTA-FONT, J. y PATXOT, C., «Long-term care for older people in Spain», en COMAS-HERREA, A. y WITTENBERG, R. (ed.), *European Study of Long-Term Care Expenditure*, Study Series 2003, European Commission Employment and Social Affairs, 2003, pp. 43-57. Disponible en: http://ec.europa.eu/employment_social/social_situation/docs/european_study_long_term_care_en.pdf
- COSTA-FONT, J. y PATXOT, C., «The Design of the Long-Term Care System in Spain: Policy and Financial Constraints», en *Social Policy and Society*, n.º 4-1, 2008, pp. 11-20.
- DEL CAMPO GARCÍA, E., *La experiencia española de cooperación interterritorial: algunas reflexiones desde el caso español. La Ley de Dependencia. Perspectivas, desafíos e innovaciones en la gestión pública. La coordinación interministerial e interjurisdiccional: aspectos claves del proceso de modernización del Estado*, Buenos Aires, 2008, pp. 61-86.
- GARCÍA MORALES, M.J., «Los nuevos Estatutos de Autonomía y las relaciones de colaboración, ¿una nueva etapa?», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 19, 2009, pp. 357-426.
- IZZO, M., «The governance of home care for the elderly in Spain and in Italy», en *Working paper 4/2010*, Centro Studi di Politica Internazionale, 2010. Disponible en: <http://www.cespi.it/WP/DOC4-10%20Izzo.pdf>
- MORENO, L., «Decentralisation in Spain», en *Regional Studies*, 36, 2001, pp. 399-408.
- MORENO, L. (2008): «The Nordic Path of Spain's Mediterranean Welfare», *Center for European Studies Working Paper Series 163*. Disponible en: http://aei.pitt.edu/9000/1/CES_163.pdf

Las relaciones del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias en el proceso de integración europea

María Soledad Santana Herrera
Candidata a Doctora en Derecho Constitucional
Universidad de las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: 1. Introducción: la influencia del proceso de descentralización política europea en el Estado de las Autonomías. 2. Los cauces de participación del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias en el proceso de integración europea: 2.1. Marco normativo. 2.2. Las facultades de participación del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias en la adopción de la posición del Gobierno de la nación con respecto a la negociación y ratificación de los Tratados comunitarios: a) El Derecho de instancia. b) El Derecho de información. c) El derecho de consulta. 2.3. La participación del Gobierno de Canarias en las Instituciones comunitarias. 3. Conclusiones. 4. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN: LA INFLUENCIA DEL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA EUROPEA EN EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

El Tratado de Lisboa intensifica el proceso de descentralización política europea más que los anteriores Tratados constitutivos de la Comunidad Europea, el cual comprende la «descentralización política» como la participación de las autoridades centrales, instancias regionales o locales en los órganos de naturaleza decisoria o consultiva de las Instituciones comunitarias.

La razón de esta elección se debe a que la exposición de los problemas socio-económicos por los poderes públicos regionales o locales que integran la Unión Europea (UE) facilita la adopción de soluciones mucho más eficaces. Esto se explica porque los poderes públicos regionales o locales tienen un conocimiento bastante exacto y una mayor sensibilidad hacia las inquietudes de sus ciudadanos con respecto a las cuestiones que afectan a la región o municipio que representan.

No obstante, el éxito del proceso de integración europea radica en que respeta el principio de autonomía institucional de los Estados miembros. En

este sentido, la UE no interfiere en las decisiones concernientes a la configuración de la organización territorial del poder —prevista en cada Constitución nacional— es decir si se opta a favor de un Estado unitario o un Estado federal.

En nuestro caso, el silencio de la Constitución española (CE), debido a los conflictos políticos, sociales y culturales característicos de aquellos años, se superó gracias a la encomiable contribución de la doctrina constitucional concerniente a los preceptos de la CE que guardan una relación directa o indirecta con el Título VIII de la CE, el cual se dedica a la organización territorial del poder. También, fue posible gracias al desarrollo de las Leyes Orgánicas (LO) en la materia, así como gracias a la promulgación y, en ocasiones, las reformas aprobadas a los Estatutos de Autonomías (EEAA). Todo esto ha permitido que el Estado de las Autonomías se defina como un «Estado asimétrico» (López Aguilar, 1998), en base a la clasificación de los modelos federales.

En este sentido, el Tribunal Constitucional (TC), desde el año 1989, permite que los Gobiernos de las Comunidades Autónomas (CCAA) ejerzan una cierta influencia sobre la posición que adopte el Gobierno de la nación con respecto a la negociación y conclusión de los Tratados internacionales. También, conciente la presencia de los mismos ante los órganos de naturaleza consultiva o decisoria de las Instituciones comunitarias, siempre que las materias tratadas afecten a las competencias exclusivas de las CCAA las cuales hayan sido previstas en sus respectivos EEAA. No obstante, el núcleo duro del artículo 149.1.3 CE «relaciones internacionales», es decir la obligación de contraer los compromisos internacionales o comunitarios y la facultad de negociar y concluir los Tratados internacionales, es una competencia exclusiva del Estado en conformidad con los artículos 93 y 94 CE.

Al contrario, la doctrina constitucional no suele especificar las modalidades de participación de las CCAA con respecto a las relaciones que media entre el Gobierno central y los Gobiernos autonómicos ante las Instituciones comunitarias. Tampoco se concretó en el texto constitucional porque obviamente no se dedicó un Capítulo o un Título en la materia. Este silencio suele ser superado por los EEAA porque suelen concretar las modalidades de la acción exterior de las CCAA. Éste es el caso del Estatuto de Autonomía de Canarias (EAC), en particular los artículos 37 y 38 del EAC después de la reforma aprobada por la LO 4/96, y se acentuó en la Proposición de Ley de la propuesta de reforma del EAC presentada el 22 de septiembre del 2006 por el Parlamento de Canarias, el cual dedica el Capítulo II del Título V a las «relaciones con la Unión Europea y acción exterior», como se verá más adelante.

2. LOS CAUCES DE PARTICIPACIÓN DEL GOBIERNO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA

2.1. Marco normativo

Se destaca que la particularidad del «hecho diferencial canario» se basa en la condición de islas como parte de un archipiélago, distinguiéndose por la lejanía hacia el territorio peninsular, el resto de Europa y los otros Estados extranjeros. Además se caracteriza por tener un clima cálido y escasas precipitaciones. Todo esto origina la necesidad de importar una amplia gama de productos en una situación de dependencia económica. Sin embargo, las islas Canarias han sido compensadas con la concesión de un especial Régimen Económico y Fiscal (REF) para que su renta *per capita* se sitúe al nivel de la media comunitaria.

El «hecho diferencial canario» se encuentra reconocido en el artículo 138.1 CE en conformidad con el artículo 2 de la CE, y en particular la disposición adicional 3 de la CE contiene una serie de previsiones específicas sobre el REF.

Consecuentemente, la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea no conllevó la aplicación de una serie de políticas económicas y aduaneras en la Comunidad Autónoma de Canarias (CAC), y se consiguió que fuese integrada en los fondos estructurales de la UE. Así, se reflejó en el artículo 25 del Acta de Adhesión de España a la CEE y en el Protocolo 2 concerniente a Canarias, Ceuta y Melilla, el cual fue actualizado durante los años 1991-1994.

A raíz de la entrada en vigor del Acta Única Europea, el establecimiento del mercado interior implicó la integración de la CAC en la política aduanera y comercial comunitaria. Gracias a las propuestas del Grupo Interservicios, unidad especial de acción comunitaria, durante los años 1987-1989, la CAC obtiene la condición de región ultraperiférica. Con el Tratado de Amsterdam, este estatuto deja de ser Derecho derivado para transformarse en Derecho originario a través de los artículos 227.2 o 299.2 del TCE, actual artículo 349 del TFUE. Enseguida, la condición de región ultraperiférica del archipiélago canario se reflejó en el artículo 46 del EAC de 1996 y, posteriormente, en el artículo 130 de la propuesta de reforma del EAC concernientes al REF y en el artículo 2 dedicado a la «lejanía, insularidad y ultraperiferia».

En definitiva, los intereses de la CAC con respecto a la posición que adopte el Gobierno de la nación durante las negociaciones y conclusiones de los Tratados comunitarios y la presencia de ésta ante las Instituciones comunitarias, se centra en todas las materias que afecten a su REF y a su estatuto como región ultraperiférica.

Así pasamos a analizar qué facultades dispone el Gobierno de Canarias con respecto a la posición que adopte el Gobierno de la nación en la negociación y conclusión de Tratados comunitarios y la participación de la CAC ante

las Instituciones comunitarias, cuando afecten a las competencias exclusivas de la CAC, previstas en los artículos 30 y 31 del EAC. Al respecto, la exposición parte del análisis de los artículos 37 y 38 del EAC y, en especial, atiende a las innovaciones que podrían haber aportado los artículos 151 a 157 del proyecto de reforma del EAC debido a que no fue aprobado por las Cortes Generales. Cabe mencionar que probablemente el problema de fondo se encuentre en el artículo 157.1 del citado proyecto, porque preveía que el Gobierno de Canarias contase con la facultad de ejercer su propia acción exterior en el ámbito de sus competencias y en la defensa del interés general constitucionalmente atribuido, sin perjuicio de la función de representación y competencias que le corresponde al Estado. No más porque el núcleo duro de las reglas concernientes a las relaciones internacionales es competencia exclusiva del Estado, en conformidad con el artículo 149.1.3 CE.

2.2. Las facultades de participación del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias en la adopción de la posición del Gobierno de la nación con respecto a la negociación y ratificación de los Tratados comunitarios

Nos situamos en la fase ascendente del Derecho comunitario y en función de la lectura del artículo 38 del EAC, el Gobierno de Canarias goza de las siguientes facultades que se exponen a continuación:

a) EL DERECHO DE INSTANCIA

Comprendida como la facultad de solicitarle al Gobierno de la nación la celebración o la negociación de ciertas disposiciones de los Tratados comunitarios, que afecten a los intereses insulares y, principalmente, a su REF o a su situación geográfica como región ultraperiférica, tal como se contempla en el artículo 38.3 del EAC.

En idéntico sentido, se recoge en el artículo 160.3 del proyecto de reforma pero incide mucho más sobre las materias mencionadas. Sin embargo, destaca porque contemplaba la posibilidad de solicitar la celebración de Tratados o Convenios internacionales en el marco de las políticas de la cooperación al desarrollo, con los países vecinos y los países o territorios donde existan comunidades canarias o descendientes de canarios para estrechar lazos culturales. Por tanto, esto se extiende, también, a todos los pueblos que integran la UE.

En sí, dicho precepto se actualizó en consonancia con las políticas de vecindad europea, el cual fue confirmado en el artículo 158.2 del proyecto de reforma. No obstante, actualmente, se contempla muy vagamente en el artículo 38.3 del EAC. Desde esta perspectiva, el artículo 157.2 del proyecto

de reforma sobresalía porque concedía el derecho de iniciativa al Gobierno de Canarias con respecto a todas las actuaciones citadas y, en particular, porque incorporaba la posibilidad de promover iniciativas destinadas a la cooperación con las restantes regiones ultraperiféricas en el marco de los programas de cooperación territorial europeos.

Finalmente, el artículo 161.2 del proyecto de reforma destaca porque contemplaba la posibilidad de que el Gobierno de Canarias le requiriese al Gobierno de la nación que plantease el Recurso de Anulación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), el cual se encuentra previsto en el artículo 230 del TCE y, actualmente, en el artículo 263 del TFUE, siempre que el acto comunitario susceptible de impugnación afectase a las competencias exclusivas de la CAC, en particular a su REF o a su estatuto como región ultraperiférica.

b) EL DERECHO DE INFORMACIÓN

La interpretación del artículo 38.1 del EAC en conformidad con el artículo 19.h) de la Ley 1/83 del Gobierno y de la Administración Pública de la CAC significa que el Gobierno de Canarias tiene derecho a recibir la información procedente del Estado y tiene la competencia de emitir su parecer autonómico. No obstante, sólo en el caso de que los Tratados comunitarios contemplen las políticas de legislación aduanera o afecten a los ámbitos materiales que sean competencia exclusiva de la CAC, y siempre que se produce un vínculo de conexión directo o indirecto al respecto. El parecer de la CAC no tiene naturaleza vinculante para el Gobierno de la nación puesto que la negociación y conclusión de los Tratados es competencia exclusiva del Estado en conformidad con el artículo 149.1.3 CE. Por consiguiente, la aplicación del Tratado comunitario afecta a la CAC porque no dispone de la facultad de impugnación, si el Gobierno ha negociado o concluido el Tratado sin haber consultado a la CAC o sin haber tomado en consideración el parecer autonómico.

Este mismo sentido presidía al artículo 160.2 del proyecto de reforma, sin embargo preveía el derecho de información del Gobierno de Canarias sobre las condiciones de aplicación de la normativa comunitaria.

c) EL DERECHO DE CONSULTA

Únicamente fue previsto por el artículo 159.4 del proyecto de reforma, en relación a la participación de los Parlamentos nacionales acerca del control del principio de subsidiariedad y proporcionalidad durante el proceso de adopción de la normativa comunitaria. Así, se contemplaba la posibilidad de consultar al Parlamento de Canarias sobre las propuestas legislativas europeas que

afectasen a los intereses insulares, con anterioridad a la emisión del dictamen de las Cortes Generales.

Acerca de la fase descendente del Derecho comunitario, el artículo 38.2 del EAC otorga el derecho de ejecución a la CAC, en conformidad con la doctrina constitucional. Esto se debe a que tiene la obligación de implementar en el ordenamiento jurídico autonómico la normativa comunitaria con respecto a las materias que afecten a su competencia. En caso contrario, surge la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario, sobre la base de los artículos 226 a 228 del TCE y, actualmente, los artículos 258 a 260 del TFUE.

En particular, el artículo 159.1 del proyecto de reforma sobresalía porque otorgaba a la CAC la facultad de aplicar y ejecutar, directamente, el Derecho comunitario en el ordenamiento jurídico autonómico dentro del ámbito de sus competencias. No obstante, la CAC se comprometía a informar sobre las disposiciones y resoluciones adoptadas al Gobierno de la nación, tal como se preveía en el apartado 3 del artículo citado.

En suma, durante la fase ascendente del Derecho comunitario, el Gobierno de Canarias frente al Gobierno de la nación goza del derecho de instancia y del derecho de información. Al contrario, no cuenta con el derecho de solicitar la interposición del Recurso de Anulación frente al TJCE y tampoco dispone del derecho de iniciativa. Mucho menos se le concede el derecho de consulta al Parlamento de Canarias, tal como fue previsto por el proyecto de reforma. Desde la perspectiva de la fase descendente del Derecho comunitario, la CAC goza del derecho de ejecución el cual constituye, también, una obligación. Sin embargo, no goza de la facultad de aplicar e implementar el Derecho comunitario directamente en el ordenamiento jurídico autonómico en consonancia con el proyecto de reforma.

A continuación pasamos a analizar cómo pueden participar los representantes autonómicos canarios en las Instituciones comunitarias.

2.3. La participación del Gobierno de Canarias en las Instituciones comunitarias

El silencio de la CE y la escasa concreción de la doctrina constitucional determina que el artículo 37.2 del EAC, únicamente, exprese que *«el Gobierno de Canarias podrá participar en el seno de las delegaciones españolas ante órganos comunitarios europeos cuando se traten temas de específico interés para Canarias, de conformidad con lo que establezca la legislación del Estado en la materia»*. A pesar de que tampoco especifica mucho más, el artículo 158 del proyecto de reforma dedicado a *«las relaciones con la Unión Europea»*, matizaba que la CAC participará en las Instituciones comunitarias y en los diferentes organismos internacionales, en conformidad con los términos establecidos en la CE, el EEAA, la legislación aplicable, los tratados o convenios in-

ternacionales y los acuerdos suscritos entre el Estado y Canarias, cuando los ámbitos materiales contemplados afecten al «hecho diferencial canario», y en particular a su condición de región ultraperiférica.

Con motivo de que no se especifica las modalidades de participación de los representantes autonómicos canarios frente a las Instituciones comunitarias, tenemos que atender a la dinámica del proceso de elaboración de la normativa comunitaria.

Muy brevemente se señala que la Comisión tiene que mantener contactos permanentes con las regiones y los municipios y tiene la obligación de consultar al Comité de las Regiones, previsto en el artículo 265 del TCE, actual artículo 307 del TFUE, cuando las materias contempladas en la propuesta normativa comunitaria afecten a sus intereses. Así, se pueden alcanzar normas comunitarias efectivas que resuelvan los problemas que gravan a los pueblos de Europa. Nuevamente, esto se debe a que las autoridades regionales o locales disponen de un conocimiento mucho más profundo que las autoridades centrales acerca de las necesidades y las inquietudes de los ciudadanos a quienes representan.

En este contexto, debido a que se alcanzó el acuerdo de la Conferencia para asuntos relacionados con las Comunidades Europeas de 1997 en España, los representantes autonómicos de la CAC gozan de la posibilidad de participar en los Comités y grupos de trabajos de la Comisión siempre que las materias contempladas afecten a los intereses insulares. Además se cuenta con un representante de la CAC en el seno del Comité de las Regiones. Desde esta perspectiva, es importante destacar el artículo 160.4 del proyecto de reforma porque suplía el vacío normativo de la CE, tras expresar que la CAC participaría en las organizaciones internacionales que admitan la presencia de las regiones de la UE y las entidades políticas no estatales.

Finalmente, situándonos en otro campo de acción, la CAC tiene la posibilidad de ofrecerles a las oficinas de representación de las CCAA en Bruselas información sobre sus productos, para intensificar la actividad económica y promover el turismo hacia las islas.

En definitiva, se puede considerar que el desfase generacional de la CE en este ámbito se cubre sólo, en parte, gracias a la dinámica del proceso de descentralización política europea. Así, la CAC goza de ciertos márgenes de participación durante el proceso de elaboración de la normativa comunitaria.

3. CONCLUSIONES

Por regla general, los procesos de reformas de los EEAA preceden a la reforma que, obligatoriamente, tiene que abordar los poderes públicos estatales en relación al texto constitucional de 1978.

En verdad, el capítulo II del Título V de la propuesta de reforma del EAC dedicado a las relaciones entre la CCAA con la UE, estaba en sintonía con el proceso de descentralización política europea.

Sin embargo, las propuestas de reformas de los EEAA, que se ajusten al modelo de organización territorial del poder del Estado de las Autonomías y contemplen el sistemas de relaciones que tiene que mediar entre el Estado y las CCAA, normalmente, terminarán fracasando hasta que los poderes públicos estatales no manifiesten la voluntad de abordar la reforma del texto constitucional de 1978. En otras palabras, esto seguirá sucediendo hasta que no se propongan como objetivo alcanzar un consenso para integrar al Estado de las Autonomías dentro de la clasificación de los modelos federales, en particular como un «federalismo asimétrico». En este sentido, es necesario que el texto constitucional acentúe mucho más el reconocimiento de los «hechos diferenciales» de cada una de las CCAA, para que puedan obtener el reconocimiento constitucional concierne a su participación durante el proceso de negociación y conclusión de los Tratados comunitarios con el Gobierno de la nación. Así como, también, posibilita que se pueda reconocer constitucionalmente la presencia de las CCAA ante las Instituciones comunitarias.

A mi parecer, la reforma constitucional puede alcanzar una solución satisfactoria con respecto a la organización territorial del poder, si se enfoca desde la perspectiva de los procesos de descentralización política, el cual no sólo se encuentra activado en el nivel de la UE sino, también, constituye la dinámica de otros tantos países europeos. Sólo así, el ciudadano canario, madrileño, extremeño, entre otros, puede tener la garantía y la tranquilidad de que sus intereses e inquietudes serán analizados en el contexto de las Instituciones comunitarias.

Como conclusión, nuestros problemas quizás se podrán resolver si se adopta como parámetro de referencia el proceso de integración europea porque se fundamenta en la divisa «unidad en la diversidad». Adoptando esta dirección, probablemente se podría producir una convivencia armónica sin fisuras, siempre que los poderes públicos estatales y los ciudadanos asuman, en conciencia, el respeto leal hacia las distintas culturas, lenguas y tradiciones que caracterizan a cada una de las 17 CCAA que forman parte de España como Estado miembro de la UE.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARBALLO ARMAS, P., «Canarias ante la Unión Europea: integración comunitaria y hechos diferenciales», en *Revista del Foro Canario*, 98: 2003, pp. 77-95.
- GARCÍA OTERO, C.J., «Comentario», en VARONA GÓMEZ-ACEDO, J. (ed.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Canarias*, Instituto Canario de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 841-866.
- LÓPEZ AGUILAR, J.F., *Estado autonómico y hechos diferenciales: una aproximación al «hecho diferencial» en el Estado de la Constitución de 1978: el caso de la autonomía canaria*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 277.

LÓPEZ AGUILAR, J.F.; CARBALLO ARMAS, P. y GARCÍA ANDRADE, D., «La posición de la Comunidad Autónoma Canaria ante la Unión Europea», en LÓPEZ AGUILAR, J.F.; RODRÍGUEZ DRINCOURT, J.R. (eds.), *Derecho público de Canarias*, Thonsom-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2006, pp. 409-425.

RODRÍGUEZ DRINCOURT, J.R., «La organización territorial del Estado, Estado autonómico y Estatuto de Autonomía», en LÓPEZ AGUILAR, J.F.; RODRÍGUEZ DRINCOURT, J.R. (eds.): *Derecho público de Canarias*, Thonsom-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 55-88.

La participación de las entidades sub-estatales durante las presidencias del Consejo Europeo de 2010

Jorge Tuñón

. Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales. Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

Régis Dandoy

Universidad Libre de Bruselas

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La movilización sub-estatal dentro del proceso de europeización. 3. Las presidencias rotatorias del Consejo de la UE durante la 2010. 4. La participación sub-estatal durante las presidencias rotatorias de 2010. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha comentado acerca de la nueva posición del «Presidente del Consejo de la UE» a partir de la ratificación del Tratado de Lisboa. La creación de este puesto así como su mediatización han oscurecido el hecho de que el modelo de las presidencias rotatorias del Consejo ha permanecido presente como parte de sus estructuras institucionales. Globalmente, las regiones tienen un impacto significativo en las políticas de la UE: directa y formalmente a través del Comité de las Regiones o bien por medio de su participación en el Consejo o en los comités de la Comisión Europea; o directa e informalmente a través de las oficinas de representación en Bruselas y sus actividades *lobbísticas* tanto en solitario como en compañía de otras regiones; o indirectamente a través de los mecanismos oficiales de representación de su propio Estado. Las presidencias rotatorias suponen en este sentido otra oportunidad para las regiones de ejercer alguna influencia en las políticas europeas, así como hasta en cierto punto en las nacionales.

Esta investigación pretende analizar las contribuciones regionales a las diferentes tareas y cuestiones relativas a las presidencias de la UE. La presidencia constituye para algunas regiones una oportunidad única de proyectar una cierta visibilidad acerca de su presencia, características esenciales y herra-

mientas para incluir sus asuntos particulares en un lugar altamente visible de la agenda política europea. Para las regiones provenientes de países federales o muy descentralizados, implica la oportunidad de enfatizar durante la presidencia políticas particulares como el desarrollo regional, los fondos estructurales, la cultura, el comercio o la educación, entre otros.

Este trabajo pretende analizar los factores que promueven o bloquean la participación de las entidades sub-estatales en las presidencias rotatorias de los países a los que pertenecen. Particularmente, analizaremos la influencia regional (aunque también los factores que la promueven) ejercida tanto por las 17 Comunidades Autónomas (CCAA) españolas como por las tres Comunidades y las tres regiones belgas durante las presidencias española y belga de 2010. Este análisis comparativo será utilizado para identificar las diferentes adaptaciones organizacionales dentro del marco regional.

De hecho, nuestra hipótesis inicial se desdobra en dos sub-hipótesis en tanto en cuanto la presidencia supone para algunas regiones una oportunidad única para publicitar su presencia, principales características e instrumentos para elevar sus asuntos propios a la agenda política europea: (1) la participación de las entidades sub-estatales no es similar y por ello algunas de ellas se involucran de manera más importante y directa en el proceso de la presidencia que otras, dependiendo de su tamaño o de su riqueza; (2) debido a la gran centralización de los principales eventos políticos en Bruselas o en la capital del país, las regiones deben compensar esta falta de visibilidad de su región siendo más activas en la organización de los denominados para-eventos (eventos culturales, conferencias, seminarios, etc.).

A través principalmente tanto de una exhaustiva codificación de eventos como de la recogida de datos (si bien también acudiremos a la realización de algunas entrevistas y el análisis de documentos claves) identificaremos algunas actuaciones comunes de influencia regional en el proceso de toma de decisiones del Consejo de la UE, así como en otras instituciones y órganos dentro del marco de las prioridades generales de la UE. Además, compararemos no sólo entre países sino también entre distinto tipo de regiones. De hecho, las regiones analizadas presentan distintos indicadores de autonomía, peso demográfico, especificidad cultural o/y lingüística, riqueza o incluso localización geográfica. Todas estas variables quedarán incluidas dentro de un modelo explicativo global que tratará de profundizar las en ocasiones divergentes características de cada región de España y Bélgica, así como su influencia sobre la UE a través de las presidencias rotatorias del Consejo.

2. LA MOVILIZACIÓN SUB-ESTATAL DETRO DEL PROCESO DE EUROPEIZACIÓN

El fenómeno regional puede ser analizado desde dos lógicas diferentes. De una parte la que va desde abajo hacia arriba (*bottom-up*), y de otra la que

va desde arriba hacia abajo (*top-down*). La dirección de la primera lógica relacional es aquella que va desde el nivel regional o sub-estatal hacia el Estado (regionalismo); mientras que la segunda lógica va, por el contrario, desde el Estado hasta el nivel regional (regionalización). Ambas teorías del *Tercer Nivel* y de la *Gobernanza Multinivel* serán también subrayadas. Siguiendo la teoría del *Tercer Nivel*, las autoridades sub-nacionales disfrutaron de una influencia creciente dentro del modelo europeo. De hecho, ya se les ha reconocido su posibilidad de desarrollar algunas capacidades, pero también de alcanzar un *status* político legal dentro de la arquitectura institucional de la UE. En efecto, el concepto del *Tercer Nivel* se refiere tanto a la acción como al vínculo de las entidades sub-estatales dentro del marco europeo, junto al primer nivel (las instituciones europeas), pero también al segundo nivel (los Estados miembros) (Tuñón, 2009, p. 19). En consecuencia, no es posible negar la existencia de un tercer/regional nivel de gobierno así como su influencia, justo por debajo del de los Estados miembros y del de la propia UE. Este nivel se encuentra con frecuencia más próximo a la ciudadanía, y en la mayor parte de las ocasiones, resulta más útil y eficiente para la efectiva aplicación de las políticas europeas. Por ello, la interacción entre el *Tercer Nivel* y la denominada *Gobernanza Multi-nivel* (GMN) nos conduce al hecho de que la Gobernanza europea se encuentra compartida entre diferentes pero interconectados niveles, y que el sub-estatal es el tercero de ellos.

Asimismo, la UE aparece como una nueva dimensión política caracterizada por la dispersión de autoridad y de competencias que son compartidas entre los diferentes niveles de gobierno. Sin embargo, los Estados todavía juegan un papel predominante dentro del proceso europeo. A pesar de ello, están obligados a confrontar su acción con la de otros actores que la limitan (Tuñón, 2009, p. 21). El nacimiento del modelo de la GMN (de la mano de Gary Marks en 1993) se debe a un proceso de redistribución de la construcción institucional y del proceso de toma de decisiones entre la UE y sus regiones.

La activación europea viene siendo un fenómeno muy conocido en la literatura de la Política Comparada (desde los noventa). Liesbet Hooghe (1995) utilizó por primera vez el concepto de «movilización sub-nacional», que ha sido regularmente adoptado también por otros muchos académicos (véase: Claeys *et al.*, 1998; Négrier y Jouve, 1998; o Keating, 2004). Dicho concepto pretendía describir las actuaciones de las entidades sub-nacionales dentro del proceso de toma de decisiones europeo. Fue aplicado en su vertiente descendiente en calidad de meras «arenas» de las políticas europeas, pero también en el marco de su vertiente ascendente buscando convertirse en «actores» influyentes del proceso europeo. Finalmente, Leonardo Morlino (Fargion *et al.*, 2006) entre otros, se opuso al concepto de movilización sub-nacional, proponiendo en su lugar otro: la activación.

A través de iniciativas, acciones o decisiones, las regiones europeas se pretenden asegurar una presencia visible a escala europea. Resulta imposible

negar que las regiones desarrollen una extensa activación europea a través de diferentes canales o mecanismos (Caciagli, 2006, p. 220). El desarrollo de canales formales para involucrar a los gobiernos sub-estatales dentro del proceso de toma de decisiones europeo, las actividades de cooperación implementadas dentro del marco de las organizaciones interregionales (incluso al margen de los programas de la UE), o el establecimiento de oficinas regionales europeas en Bruselas prueban la activación regional europea. Estos patrones constituyen la reacción sub-estatal en relación a las nuevas posibilidades previstas por el marco europeo: participación regional en el Comité de las Regiones, pero también y en cierta medida en la Comisión Europea (a través del sistema de la *Comitología*) así como en el Consejo de Ministros (Dandoy y Massart-Pièrard, 2005; Tuñón, 2009).

Desde la década de los noventa, las entidades sub-estatales europeas se han concienciado de las ventajas ofrecidas por la utilización de canales de acceso con respecto a las instituciones europeas. Las regiones se han dado cuenta de la cantidad de influencia que podrían llegar a alcanzar dentro del marco del diseño de las políticas europeas. Por ello, las regiones han venido estableciendo gradualmente fórmulas directas para tratar con Bruselas, al mismo tiempo que también promueven mecanismos indirectos o mediados a través de sus propios Estados (Tuñón y Dandoy, 2009; o Tuñón, 2010, 2011). Dentro del marco descrito, las regiones europeas no pueden desperdiciar las crecientes oportunidades de participación que les ofrecen las presidencias rotatorias. En efecto, las regiones pueden adicionalmente visibilizar su presencia, así como elevar el rango de ciertos asuntos de su propio interés dentro de la agenda política europea. Los Estados miembros a los que pertenecen necesitan de sus *inputs* y asistencia a la hora de organizar las tareas relativas a la Presidencia del Consejo, mientras que muchas de ellas están perfectamente dispuestas a beneficiarse de ello y por tanto influir en el proceso de toma de decisiones europeo.

3. LAS PRESIDENCIAS ROTATORIAS DEL CONSEJO DE LA UE DURANTE LA 2010

Una de las novedades esenciales introducidas por el Tratado de Lisboa ha afectado al modelo de las presidencias rotatorias. Desde una perspectiva política, muchos han subrayado la pérdida de influencia y de oportunidades de *lobbying* con motivo de las reformas de Lisboa (Beke, 2011; Bunse, Rittelmeyer y Van Hecke, 2011). Algunos analistas han venido incluso sosteniendo la pérdida de relevancia y visibilidad de la presidencia rotatoria (Molina, 2010, 2011). De hecho, las nominaciones del Presidente del Consejo y del Alto Representante para Asuntos de Exterior y Seguridad; pero incluso el establecimiento del modelo del Trío Presidencial amenaza, o por lo menos erosiona, tanto la visibilidad como la influencia del país que ejerce la presidencia rotato-

ria. A pesar de lo anterior, por mucho que se requiera un periodo de coordinación y cohabitación entre las presidencias rotatorias y la permanente, desarrollar la presidencia rotatoria todavía supone «la posibilidad de ejercer influencia a través, entre otras cosas del establecimiento de la agenda y la representación exterior» (Bursens y Van Hecke, 2011).

Tradicionalmente, la presidencia rotatoria del Consejo de Ministros y del Consejo Europeo no ha constituido una cuestión trascendente en el marco de las investigaciones sobre Unión Europea. Entre aquellos que han tratado previamente la cuestión de las presidencias rotatorias, algunos se han ceñido tanto a los roles como a las funciones adheridas a las mismas (Schalk *et al.*, 2007; Tallberg, 2003, 2004, 2006 y 2007); mientras que otros se han centrado en la influencia o el éxito desde la perspectiva tanto unitaria como colectiva (Beach y Mazzucelli, 2007; Bunse, 2009; Elgström 2003; o Quaglia y Moxon Browne, 2007). Sin embargo, hasta la fecha no se conocen análisis sobre la participación, las oportunidades, la visibilidad o la influencia ejercidas por las entidades sub-estatales dentro del marco de las presidencias rotatorias.

Tal y como ya ha sido subrayado, las presidencias rotatorias constituyen (incluso para las regiones) una oportunidad de establecer y manipular la agenda, proponer iniciativas, impulsar acuerdos, exponer liderazgos o/y presentarse como contrapartes negociadoras respecto a terceros (Bursens y Van Hecke, 2011). Siguiendo la denominada teoría del «Poder de la dirección» (Tallberg, 2006 y 2007), «quienes dirigen las negociaciones generalmente se benefician de un acceso privilegiado a trascendentes recursos de poder, esencialmente en lo relativo al control de los procesos y al de la información» (Tallberg, 2007, p. 23).

A pesar de que los principales análisis citados han subrayado desde diferentes perspectivas diversas oportunidades proporcionadas por las presidencias rotatorias del Consejo para ejercer —en cierta manera— algún tipo de influencia; no se han encontrado referencias hasta la fecha en torno al papel que pueden llegar a jugar las entidades sub-estatales. Dentro de este contexto, las presidencias rotatorias del Consejo de 2010 fueron ejercidas por dos países con estructuras organizativas bien federales, bien quasi-federales. La involucración regional en este proceso puede ser de alguna manera comparada y contrastada. Además, tanto España como Bélgica se han visto afectadas de una manera similar por la implementación del Tratado de Lisboa de una parte, así como por la crisis económica mundial, de otra. Además, ambos países tuvieron que tratar con situaciones internas relativamente incómodas durante sus presidencias. De hecho, el impacto de la crisis económica internacional ha sido muy superior en España que en otros países de su entorno, y precisamente una primera oleada de recortes financieros (que incluyeron los salarios de los empleados públicos) para reducir la deuda pública fueron aplicados durante la presidencia española. Asimismo, la situación belga durante su presidencia tampoco fue mucho mejor. Toda la presidencia hubo de ser gestionada por un go-

bierno técnico, ya que por motivos de política interna belga, desde junio de 2010 y durante todo el semestre presidencial, no fue posible la formación de un Gobierno federal (Beke, 2011).

Ante la posibilidad de alcanzar tanto visibilidad como influencia política (más fácilmente que de costumbre), las entidades sub-estatales tanto de Bélgica como de España se han involucrado en el proceso de las presidencias rotatorias correspondientes a sus respectivos países. Por ello, las siguientes secciones analizarán el grado de dinamismo (exhibido por las Comunidades Autónomas españolas y las regiones y comunidades belgas) en la organización de los eventos de la presidencia: reuniones oficiales de carácter político, conferencias organizadas por grupos de presión o eventos culturales, sin ánimo de exhaustividad.

4. LA PARTICIPACIÓN SUB-ESTATAL DURANTE LAS PRESIDENCIAS ROTATORIAS DE 2010

La presidencia rotatoria de la UE no sólo implica el ejercicio formal de la presidencia de las reuniones del Consejo de Ministros, sino también otros muchos eventos, actividades o manifestaciones, entre otros, que están asociados a este fenómeno. Durante las presidencias española y belga (respectivamente entre enero y junio la primera y entre julio y diciembre la segunda), se celebraron 1.480 eventos específicamente relacionados con cada una de las presidencias y que pudieron ser registrados¹. Estos eventos fueron desigualmente diseminados en el marco de ambas presidencias y cubrieron diferentes tipos de encuentros (desde reuniones del Consejo Europeo hasta eventos culturales), diferentes tipos de actores (desde funcionarios de las Naciones Unidas hasta representantes de asociaciones de ciudadanos o incluso simples ciudadanos), así como variadas temáticas (desde Asuntos Exteriores hasta específicamente procesos técnicos industriales).

Cada evento ha sido por tanto codificado dentro de una categoría en función de su tipología o naturaleza. Diferentes categorías fueron distinguidas, pero todos los eventos se pudieron clasificar al menos en una de las tres categorías principales: las reuniones políticas, los denominados eventos «no políticos», así como los eventos culturales. La primera categoría incluye los encuentros políticos organizados por actores institucionalizados y codificados en sub-categorías como: reuniones del Consejo de Ministros, reuniones del Consejo Europeo, reuniones del Parlamento Europeo, reuniones de los Representantes Permanentes, reuniones de funcionarios y expertos, reuniones con Terceros

¹ El criterio para la selección de los eventos fue doble: de una parte que fuesen organizados directamente en el marco de las actividades de la presidencia; de otra que recibiesen la distinción/etiqueta de la presidencia y fuesen por tanto incluidos oficialmente en el calendario de la presidencia.

Estados así como reuniones informales a escala ministerial. La segunda categoría del eventos abarca bajo la etiqueta de «Seminarios y Conferencias» principalmente los eventos organizados por actores no institucionales (empresas, grupos de presión, Organizaciones No Gubernamentales o universidades, entre otros) incluso en presencia de actores políticos o institucionales; así como conferencias científicas o de divulgación, mesas redondas, seminarios, *fóruns* o congresos relacionados con aspectos específicos de la presidencia y de las políticas europeas. La última categoría consiste en diferentes eventos culturales tales como exhibiciones, exposiciones artísticas en museos, teatros, proyecciones de películas de cine, conciertos, actuaciones musicales, fiestas, etc.

En la tabla 1 podemos observar que las presidencias española y belga se diferencian por cuanto respecta a la cantidad de reuniones políticas organizadas. Este tipo de encuentros representó significativamente más de la mitad de los eventos celebrados durante la presidencia española, mientras que sólo supuso el 44,15% del total de los organizados durante la presidencia belga. También se pudieron constatar variaciones significativas en cuanto al número de seminarios y conferencias en función de que la presidencia se celebrase en España o Bélgica, si bien esta diferencia se verificó en sentido inverso a la anterior.

Tabla 1
Número de eventos de la Presidencia por categoría

	Presidencia española	Presidencia belga	Total
Reuniones políticas	428 58,79%	332 44,15%	764 51,62%
Seminarios y conferencias	112 15,38%	206 27,39%	314 21,22%
Eventos culturales	156 21,43%	166 22,07%	322 21,76%
Otros	32 4,40%	48 6,38%	80 5,41%
Total	728 100,00%	752 100,00%	1480 100,00%

En el gráfico 1, podemos observar una notable variación en el número total de eventos organizados bajo periodicidad mensual. Como era de prever durante los meses de enero, julio y agosto se celebraron menos eventos que du-

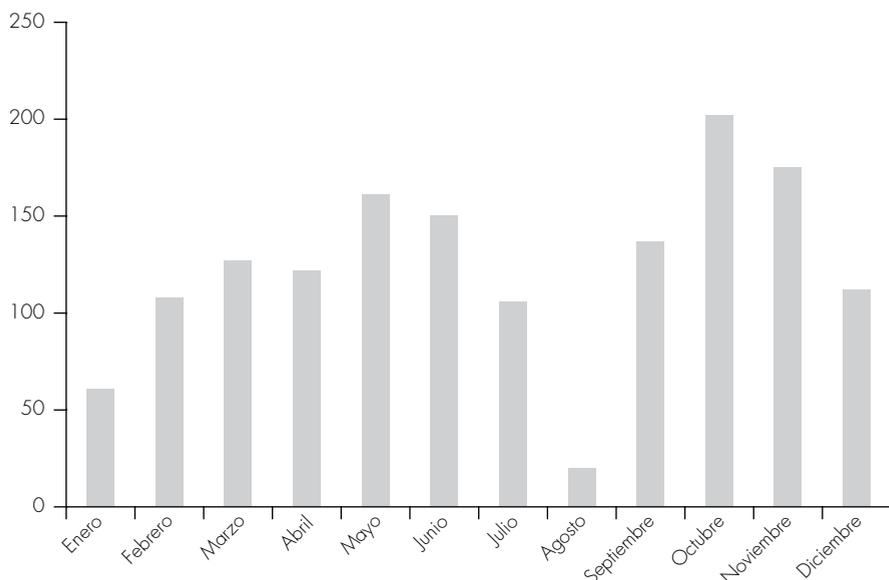


Gráfico 1

Número de eventos durante la Presidencia de 2010 por mes

rante el resto de los meses con motivo de las vacaciones tanto a escala europea como nacional. La misma lógica explica el reducido número de eventos organizados durante diciembre ya que la última reunión de carácter oficial tuvo lugar el día 22 de ese mes (Reunión del Coreper II). El momento central (en relación al número de eventos) de la presidencia española se encontró muy disseminado durante cinco meses, mientras que el momento central de la belga pudo principalmente localizarse durante tres meses (entre septiembre y noviembre) con un pico considerable durante octubre, mes en el que se celebraron hasta 202 eventos en el contexto de la presidencia belga.

Finalmente, la localización de los eventos también fue una variable incluida en nuestra base de datos (ciudad/región/país), lo que nos permitió investigar acerca del grado de activismo de los actores regionales, comparado con el demostrado por los actores federales. En otras palabras, ahondamos sobre la capacidad de una entidad política de organizar eventos presidenciales en base a la cantidad de eventos organizados en su propio territorio. Pudimos observar que la mayoría de los eventos que tuvieron lugar en territorio belga: 880 eventos (59,5% del total de los eventos celebrados durante las presidencias de 2010). Asimismo, otros 600 eventos tuvieron lugar en otros países y de ellos 464 (31,4%) en España. Sorprendentemente, sólo seis eventos fueron organi-

zados en Hungría, el país junto al que España y Bélgica conformaba el modelo de Trío presidencial.

Entre los 464 eventos organizados en España y los 880 en Bélgica, al menos 1.138 pudieron ser específicamente atribuidos a una región. Este número es inferior al total debido a la falta de especificación de la localización del evento (en algunos casos) o bien al hecho de que algunos eventos fueron simultáneamente organizados en más de una región. La distribución de eventos por región confirma la predicción de que las dos regiones en las que se encuentran ubicadas las capitales de ambos Estados concentraron la mayor parte de los eventos: 476 en la región de Bruselas y 245 en la de Madrid. Tal y como fue señalado con anterioridad, su *status* de capitales tanto de España como de Bélgica, y en este último caso además el de sede de la UE, explica el elevado número de eventos organizado en dichas regiones. Como puede verificarse en la tabla 2, de entre los eventos organizados fuera de estas dos regiones la mayor parte de los mismos tuvieron lugar en Flandes (107), seguida de Valonia (83) y Andalucía (56).

Al objeto de tener en cuenta la tendencia introducida por los eventos organizados en el día a día de las instituciones de la UE (reuniones del Coreper, sesiones plenarios del Parlamento Europeo, entre otras) así como aquellos eventos de carácter internacional cuya organización no recae en la Presidencia rotatoria como las reuniones de las Naciones Unidas, procedimos instrumentalmente

Tabla 2

Número de eventos de la Presidencia organizados en España y Bélgica por región

España	N	%	Bélgica	N	%
Andalucía	56	12,10	Bruselas	476	70,62
Aragón	11	2,38	Comunidad Germanófono	8	1,19
Asturias	11	2,38	Flandes	107	15,88
Islas Baleares	11	2,38	Valonia	83	12,31
País Vasco	7	1,51			
Comunidad Valenciana	12	2,59			
Islas Canarias	7	1,51			
Cantabria	3	0,65			
Castilla la Mancha	10	2,16			
Castilla y León	23	4,97			
Cataluña	37	7,99			
Extremadura	8	1,73			
Galicia	15	3,24			
La Rioja	1	0,22			
Madrid	245	52,92			
Murcia	3	0,65			
Navarra	3	0,65			

a eliminar dichos eventos de nuestra base de datos. Con ello se pretendía no sólo centrarse estrictamente en los eventos consecuencia de la Presidencia, sino también reducir potencialmente la preeminencia de las regiones capital, es decir el hecho incontestable de que la mayor parte de los eventos se celebraron en Madrid y Bruselas sólo en su condición de capitales de cada país. La evaluación del papel relativo jugado por las entidades sub-estatales en el marco de las Presidencias de la UE puede también estipularse limitando el análisis tan sólo a este tipo de eventos.

Entre esos 1.231 eventos no institucionalizados/no rutinarios, la proporción de eventos organizados fuera de los territorios español y belga es significativa incluso teniendo en cuenta la baja proporción de eventos culturales y económicos organizados fuera de ambos países en el marco de la presidencia de la UE. Pero incluso más interesante es el hecho de que en el marco de estos eventos no institucionalizados/no rutinarios, la proporción de los organizados en las capitales/región (Madrid y Bruselas) es más pequeño, alcanzando respectivamente el 40,4% y el 61,1%. El hecho de haber incidido específicamente en los eventos no institucionalizados y no rutinarios ha servido como ayuda para reforzar la presencia y el impacto de las regiones en el proceso de la Presidencia.

De hecho, si pretendemos ahora verificar nuestra hipótesis en relación a los denominados para-eventos, nos centraremos en este apartado sólo en los de índole cultural así como en la categoría de «Conferencias y Seminarios». De la individualización de dichos datos, los resultados nos indican que las dos regiones capitales son todavía las más activas en cuanto a la organización de eventos durante la Presidencia: 42,8% de los eventos culturales y las Conferencias/Seminarios españoles fueron organizados en Madrid, mientras que el porcentaje ascendió al 69,6% para Bruselas, en el caso belga. La jerarquía de las regiones más activas tras las capitales tampoco se modificó siendo tras Madrid las más interesadas Andalucía (13,19%) y Cataluña (11,54%), mientras que en Bélgica también Flandes y Valonia demostraron ser relativamente activas, albergando un 15,5% y un 12,8% respectivamente, de todos los para-eventos celebrados en Bélgica. Las diferencias en cuanto a los datos relativos al número total de eventos no son trascendentes en este caso y no se puede concluir, por tanto, que las regiones utilicen estos eventos de tipo cultural, las conferencias y los seminarios como una manera de equilibrar la cantidad de eventos de naturaleza política que se organizan en las regiones capitales.

Ahora integraremos las diferentes variables dentro de un modelo más ambicioso. Con la intención de confirmar nuestra hipótesis principal en relación al hecho de que las regiones más poderosas y grandes utilizan la Presidencia como una oportunidad e instrumento de reconocimiento. Por ello se operacionalizó el tamaño de la región de diferentes maneras: en términos de población (número de habitantes), tamaño del territorio (número de kilómetros cuadrados), densidad de población, riqueza (Producto Interior Bruto per capita) así como autonomía institucional (siguiendo el índice de autonomía institucional creado por Marks *et al.*, en 2010). Entre las mencionadas variables, sólo la relacio-

nada con la población pudo probarse como significativa en relación a la organización del conjunto de eventos de la presidencia (correlación de .692**), exclusivamente con los eventos no institucionalizados y no rutinarios (.689**), y con los eventos culturales, conferencias y seminarios (.667**). Ninguna otra variable se reveló como significativa: ni el tamaño territorial de la región, ni su riqueza, ni su *status* como «región especial» (tal y como sucede en los casos de Cataluña, el País Vasco, Galicia o Andalucía) a la hora de jugar un papel determinante el marco del proceso de la Presidencia.

Finalmente, el modelo de regresión binomial negativa que puede consultarse en la tabla 3 nos indica que sólo una variable independiente explica el número de eventos de la Presidencia organizados por cada región. Confir-

Tabla 3
Regresión binomial negativa del número de eventos

	Modelo	
Variables regionales	Status	.176 (.122)
	Tamaño	1.294 (5.054)
	Población	1.996** (4.857)
	Densidad	-0.82 (.114)
	Producto Interior Bruto	-1.416 (2.623)
Variables de control	País	1.094 (.4739)
	Capital	2.816** (2.816)
	Constante	-.723 (1.588)
	Binomial Negativo	.041 (.037)
	Cuadrado de Pearson ²	25.575
	Lógica de Probabilidades	-68.899
	Observaciones	21

Nota: * significativo al nivel 0.05; ** significativo al nivel 0.01.

mando las correlaciones explicitadas, la variable de la población está significativa y positivamente relacionada con el número de eventos de la Presidencia. En ese sentido, un mayor número de eventos se organizaron en las regiones más pobladas al margen de su tamaño, su riqueza, su grado de autonomía o su *status* constitucional.

5. CONCLUSIONES

Las presidencias de la UE constituyen una oportunidad única para un país para demostrar su capacidad y destreza para dirigir y organizar la agenda europea. Además de esta tarea formal de articular el debate europeo, las presidencias también permiten a varios actores (políticos, socio-económicos, de la sociedad civil, etc.) hacer llegar su voz y su opinión o incluso su mera existencia a las instituciones de Bruselas. Este artículo analizó el desarrollo de los denominados eventos presidenciales, tomando en consideración diferentes variables. Los datos recogidos nos permitieron evaluar la presencia y el dinamismo de cada actor político y de cada nivel de política dentro del marco de los doce meses de presidencia tanto española como belga. Las conclusiones esenciales son por tanto las que siguen.

En primer lugar, esta investigación pretendió revelar la involucración de los actores sub-estatales durante la presidencia de la UE de manera comparada y en relación a la de los actores estatales. Los resultados obtenidos confirmaron que la presidencia todavía queda reservada mayormente para los gobiernos estatales y que la mayor parte de los eventos son organizados en la capital del país. Incluso a pesar de que tanto España como Bélgica gozan de un profundo proceso de descentralización política y de que sus regiones y comunidades disfrutan de acceso directo al proceso de toma de decisiones de la UE, estas entidades no consiguen ejercer una fuerte influencia en la agenda presidencial, ni por la vía de la organización de reuniones de carácter formal o informal, ni de manera indirecta a través de la organización de eventos sociales y culturales.

Todavía, las regiones y las comunidades españolas y belgas son relativamente activas durante la presidencia. Sin embargo, nuestros resultados demostraron que este grado de involucración varía en función de las diferentes entidades sub-estatales. Algunas regiones se mostraron mucho más activas que otras. Como cabía esperar, aquellas de dimensiones reducidas como La Rioja o la Comunidad Germanófona fueron relativamente menos activas que otras. Así, grandes regiones como Flandes, Valonia, Andalucía o Cataluña albergaron un mayor número de eventos presidenciales. Además de las diferencias entre países, la variable clave que permitió diferenciar el grado de involucración en la organización de eventos por parte de cada región fue identificada. Las regiones mayores en términos de población albergaron más actividades de la presidencia que otras regiones, al margen de otras variables como su riqueza, *status*, grado de autonomía, etc.

Finalmente, las presidencias de la UE están compuestas de una variedad de eventos organizados. La tipología de dichos eventos puede variar desde las formales e institucionales reuniones políticas como las del Consejo o las sesiones plenarias del Parlamento Europeo, hasta otra multiplicidad de actividades. Desde los seminarios y las conferencias hasta los diferentes eventos culturales, como las exhibiciones y los conciertos, entre otros. Nuestros resultados demostraron que las regiones no utilizan estos dos últimos tipos de eventos al objeto de compensar la falta de visibilidad política. Las regiones más dotadas consiguen al mismo tiempo tanto atraer reuniones políticas para que sean desarrolladas en su territorio (por ejemplo, una reunión informal del Consejo de Ministros), así como una cantidad mayor de eventos culturales, conferencias o seminarios, entre otros.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEACH, D. & MAZZUCELLI, C. (eds.), *Leadership in the big bangs of European integration*, Palgrave-Macmillan, Nueva York, 2007.
- BEKE, M., «Review of the Belgian Rotating Presidency: From Political to Administrative Leadership», *Documento de Trabajo ARI del Real Instituto Elcano*, 16/2011, 2011.
- BUNSE, S., *Small States and EU Governance. Leadership through the Council Presidency*, Palgrave/Macmillan, Basingstoke, 2009.
- BUNSE, S.; RITTELMAYER, Y.-S. & VAN HECKE, S., «The Rotating Presidency under the Lisbon Treaty: From Political Leader to Middle Manager?», en VAN HECKE, S. & BURSENS, P. (eds.), *Readjusting the Council Presidency, Belgian Leadership in the EU*, Academic and Scientific Publishers, Bruselas, 2011.
- BURSENS, P. & VAN HECKE, S., «The 2010 Belgian Presidency of the Council of the European Union: A framework for análisis», en VAN HECKE, S. & BURSENS, P. (eds.), *Readjusting the Council Presidency, Belgian Leadership in the EU*, Academic and Scientific Publishers, Bruselas, 2011.
- CACIAGLI, M., *Regioni d'Europa: Devoluzione, regionalismi, integrazione europea*, Il Mulino, Segunda edición, Bolonia, 2006.
- CLAEYS, P.H.; GOBIN, C.; SMETS, I. & WINAND, P. (eds.), *Lobbysme, pluralisme et intégration européenne*, Presses Interuniversitaires Européennes, Bruselas, 1998.
- DANDOY, R. & MASSART-PIÉRARD, F., «The external action of autonomous regions in Europe», en *ECPR Joint Sessions*, Granada, 14-19 de abril de 2005.
- ELGSTRÖM, Ole (ed.), *European Union Council Presidencies. A Comparative Analysis*. Routledge, Londres y Nueva York, 2003.
- FARGION, V.; MORLINO, L. & PROFETI, S. (eds.), *Europeizzazione e rappresentanza territoriale. Il caso italiano*, Il Mulino, Bolonia, 2006.
- HOOGHE, L., «Subnational Mobilisation in the European Union», *Documento de Trabajo n.º 95/6*, Instituto Universitario Europeo, Florencia, 1995.
- KEATING, M. (ed.), *Regions and Regionalism in Europe*, Cheltenham: The International Library of Comparative Public Policy, An Elgar Reference Collection, 2004.
- MOLINA, I., «Innovating Europe in troubles times: A first assessment of Spain's EU Presidency in 2010», *Documento de Trabajo, ARI del Real Instituto Elcano*, ARI 115/2010, 2010.

- MOLINA, I., «The Role of the General Affairs Council Revisited in Light of the Experience of 18 Months with the Lisbon Treaty», *Documento de Trabajo ARI del Real Instituto Elcano*, 105/2011, 2011.
- NÉGRIER, E. & JOUVÉ, B. (eds.), *Que gouvernement les régions d'Europe*. L'Harmattan, París, 1998.
- QUAGLIA, L. & MOXON BROWNE, E., «What makes a Good EU Presidency? Italy and Ireland Compared», en *Journal of Common Market Studies*, vol. 44, n.º 2, 2007, pp. 349-368.
- SCHALK, J.; TORENVLIED, R.; WEESIE, J. & STOKMAN, F., «The Power of the Presidency in EU Council Decision Making», *European Union Politics*, vol. 8, n.º 2, 2007, pp. 229-250.
- TALLBERG, J., «The Agenda-Shaping Powers of the EU Council Presidency», en *Journal of European Public Policy*, vol. 10, n.º 1, 2003, pp. 1-19.
- TALLBERG, J., «The Power of the Presidency: Brokerage, Efficiency, and Distribution in EU Negotiations», en *Journal of Common Market Studies*, vol. 42, n.º 5, 2004, pp. 999-1022.
- TALLBERG, J., *Leadership and Negotiation in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- TALLBERG, J., «Bargaining power in the European Council», *Informe n.1/2007*, Instituto Sueco de Estudios Políticos Europeos, Estocolmo, 2007.
- TUÑÓN, J. & DANDOY, R., «El papel de las regiones en la actual Unión Europea», en *Actualidad*, n.º 47, Fundación del Centro de Estudios Andaluces, 2009.
- TUÑÓN, J., *La activación europea de las regiones legislativas. Análisis comparado de las estrategias de Canarias, Escocia, Toscana y Valonia*, Tesis doctoral, Universidad Complutense, Madrid, 2009.
- TUÑÓN, J., «Regions», en BARLINSKA, I.; KLANDERMANS, B.; KOSAKA, K. y WIEVIORKA, M. (eds.), *Sociopedia*, Asociación Internacional de Sociología (ISA) y Publicaciones SAGE, 2010.
- TUÑÓN, J. (ed.), *Escenarios presentes y futuros de las Regiones en la Unión Europea/ Current and Future Developments of the Regions within the European Union*, Fundación del Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2011.

La Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático. Especial referencia a las relaciones intergubernamentales y a la transversalidad

Marta Pérez Gabaldón
Profesora Colaboradora Doctora
Universidad CEU-Cardenal Herrera

SUMARIO: 1. Introducción: una aproximación a la complejidad del cambio climático como materia competencial: 1.1. La multidimensionalidad y la transversalidad horizontal de las cuestiones ambientales. 1.2 La transversalidad vertical y la pluralidad de instrumentos. 2. El origen del problema: la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia ambiental y su empleo para las políticas de cambio climático. 3. La Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático. Los motivos de su creación y sus principales elementos. 4. El funcionamiento del instrumento de relaciones intergubernamentales: los elementos positivos y negativos de su sistema de trabajo. 5. Conclusión. Algunas propuestas para mejorar la Comisión de Coordinación de Política de Cambio Climático. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN: UNA APROXIMACIÓN A LA COMPLEJIDAD DEL CAMBIO CLIMÁTICO COMO MATERIA COMPETENCIAL

Si bien a día de hoy la urgencia de acción de lucha contra el cambio climático y sus efectos es una cuestión ampliamente documentada, todavía se encuentran posiciones científicas reticentes a reconocer la incidencia del proceso de industrialización y de desarrollo económico en el cambio climático. La posición más extendida, no obstante es la defendida en el IV Informe del Panel Intergubernamental de Cambio Climático (en adelante, IPCC) que avala el inequívoco calentamiento global, afirmando que el aumento de la temperatura media del Planeta observada desde mediados del siglo XX es, muy probablemente, debida al aumento de la concentración de gases de efecto invernadero (en adelante, GEI) de origen antropogénico. Así pues, y aunque los escenarios proyectados por el IPCC tienen un margen de falibilidad, evidencian que si la

comunidad internacional adopta la posición de no desarrollar medidas para la mitigación de dicha concentración y la adaptación a sus efectos, las consecuencias para el planeta y la vida humana pueden tornarse irreversibles.

Hacer frente al problema global del Cambio Climático es uno de los retos más complicados e importantes del siglo *xxi*, realidad esta que se ve acentuada por la propia idiosincrasia de la materia. Es por ello que, a continuación centraremos nuestra atención en dos elementos de la política de cambio climático que marcan el desarrollo de la acción de las Administraciones competentes en la materia:

1.1. La multidimensionalidad y la transversalidad horizontal de las cuestiones ambientales

La asunción de la multidimensionalidad ambiental promueve la integración de la consideración ambiental en el resto de políticas públicas (Alda Fernández y Ramos Gallarín, 2006). El *mainstreaming* ambiental, que fue introducido por el artículo 6 del Tratado de Maastricht como un principio que debe guiar la acción de los Gobiernos, nos lleva a considerar que el medio ambiente debe ser entendido como algo más que la mera suma de sus elementos, teniendo pues en cuenta las mutuas interacciones con los elementos político, económico y social, lo que conduce, inevitablemente, a la gestación de un sistema de interacciones (Leff, 2003). Inevitablemente, esta realidad hará que la relación entre los distintos elementos no siempre sea fácil por cuanto las autoridades públicas, en ejercicio de las competencias asumidas en la materia, deben conjugar una multiplicidad de intereses presentes que en más de un caso resultan contrapuestos. De hecho, incluso el preámbulo de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, tiene en cuenta la más tensa de dichas relaciones: la existente entre el progreso económico y la protección ambiental —en observancia del principio de desarrollo sostenible—, al tratar de tener presente la necesidad de conjugar ambos elementos en el desarrollo de la política de cambio climático.

1.2. La transversalidad vertical y la pluralidad de instrumentos

La acción de lucha contra el cambio climático es emprendida desde una pluralidad de perspectivas a través de instrumentos legales, económicos, fiscales, penales y administrativos que intentan producir un cambio en el patrón del comportamiento humano causante de la mayor concentración de GEI en la atmósfera. Todos ellos pretenden alcanzar el objetivo de prevenir y mitigar el efecto negativo del cambio climático, así como lograr la adaptación a sus impactos inevitables. Sin embargo, las autoridades competentes deberían tener en cuenta que la implementación simultánea de varios instrumentos sobre el mismo

territorio y el mismo caso puede conllevar una serie de consecuencias que, en última instancia, podrían incluso redundar negativamente en la consecución del objetivo marcado.

Las autoridades tampoco deberían perder de vista que el cambio climático es un problema transnacional cuyas causas y consecuencias no pueden verse contenidas dentro de las fronteras legales entre Estados o dentro de los límites entre Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA), lo que, de alguna forma, justifica que encontremos una pluralidad de niveles de Gobierno con capacidad para desarrollar acciones en la materia por cuanto todos ellos se ven afectados por dicha lacra global. Así pues, incluso cuando en España la política ambiental y de cambio climático es desarrollada, en mayor o menor medida, por la Unión Europea, el Estado, las CCAA y los municipios, nosotros centraremos nuestra atención en el nivel estatal y autonómico, partiendo de la distribución de competencias que debería trazar las líneas dentro de las cuales ambos entes competentes pueden desarrollar su actividad. El recurso inicial al título ambiental, que se presenta con carácter residual ante la carencia de un título competencial específico en materia de cambio climático, y la falta de claridad en el reparto competencial que opera en dicha materia, será el punto de partida del problema planteado.

2. EL ORIGEN DEL PROBLEMA: LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA AMBIENTAL Y SU EMPLEO PARA LAS POLÍTICAS DE CAMBIO CLIMÁTICO

La vaga formulación contenida en el artículo 45.2 de la Constitución Española (en adelante, CE) que deja en manos de los poderes públicos *in genere* la capacidad de proteger, restaurar y promover el medio ambiente, no precisa un concreto reparto de atribuciones en la materia. De esta forma, tenemos que centrar nuestra atención en los artículos 149.1.23 CE, que deja en manos del poder central el establecimiento de la «legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección», y 148.1.9 CE, que establece que las CCAA pueden asumir vía Estatutos de Autonomía (en adelante, EEAA) «la gestión en materia de protección del medio ambiente».

Ahora bien, la lectura de ambos preceptos constitucionales únicamente nos lleva a la conclusión de la no exclusividad de la materia, apareciendo pues como una competencia compartida y haciendo esencial dirigir la atención hacia los concretos preceptos establecidos en cada uno de los EEAA (Arlucea Ruiz, 2005; Ortega Álvarez, 2008) y su interpretación a través de la jurisprudencia del Alto Tribunal (Terol Becerra, 2000; López Cutanda, Alonso Martín y Plaza Martín, 1999) a fin de tratar de definir de forma más precisa los límites de sus respectivas áreas de competencia.

Partiendo de esto, y antes de continuar, se nos antoja esencial reflejar, si quiera brevemente, la distribución de competencias en materia de lucha contra el cambio climático en España:

De un lado, corresponde al Estado el establecimiento de la legislación básica (cuestión para la que es especialmente relevante definir que entendemos aquí por «lo básico») y el desarrollo de determinadas actividades ejecutoras. La justificación de esta potestad rasposa, esencialmente, sobre la especial naturaleza de la cuestión, derivada de su carácter supra-autonómico o de su concepción como bien demanial, y la necesidad de prevenir daños irreparables sobre el medio. Además, el Estado puede desarrollar algunas tareas ejecutivas para asegurar la consecución del objetivo perseguido que se haya conectado a la competencia central en materia de bases (Sentencia del Alto Tribunal 48/1988) incluso cuando ello fuerza la Constitución al introducir los actos ejecutivos en el concepto de «legislación básica» (Jaria i Manzano, 2005).

Concretamente, en materia de cambio climático, según lo establecido en la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se establece el comercio de derechos de emisión, el poder central es competente para: establecer la base legal del régimen de comercio de derechos de emisión y su mercado; autorizar la agrupación de instalaciones; elaborar y aprobar el Plan Nacional de Asignación (PNA); negociar y decidir sobre la asignación de derechos de emisión; y regular y manejar el Registro Nacional de Derechos de Emisión (RENADE).

De otro lado, las CCAA pueden desarrollar las bases estatales, establecer leyes adicionales de protección y ejecutar la política en la materia, según lo establecido en sus respectivos EEAA. Así, el nivel inicial de competencia de cada Comunidad dependía de su interpretación respecto del margen de actuación dejado por la CE, de forma que «normas adicionales de protección» y normas de desarrollo de la «legislación básica» estatal pudiesen interpretarse como algo diferente e incompatible entre sí, como algo diferente pero complementario, o como sinónimo. De esta forma, la interpretación realizada por los 17 EEAA y el Alto Tribunal Constitucional (en adelante TC) llevó a la imposibilidad de trazar con precisión las áreas de actuación en materia ambiental, produciéndose la actuación simultánea de Estado y CCAA sobre una misma realidad, generando con ello la superposición y duplicidad de actuaciones que traen causa de buena parte de los resultados ineficaces e ineficientes de algunas de las medidas propuestas, que han resultado incluso contraproducentes entre sí por cuanto la falta de coordinación y la presencia de conflictos administrativos entre los diferentes entes con competencia en la materia han redundado negativamente sobre el objetivo perseguido (Marco Marco y Pérez Gabaldón, 2010).

Si bien con las primeras reformas de los EEAA todas las CCAA alcanzaron un nivel competencial más o menos similar en materia ambiental, el proceso de reformas estatutarias iniciadas en 2005 añade un elemento de complejidad en la materia que nos ocupa al recoger algunos EEAA títulos competenciales referentes a la lucha cambio climático o a la protección atmosférica (Cataluña,

Andalucía, Castilla y León, Aragón, Extremadura) como una materia propia, considerándola pues con suficiente entidad como para desgajarse del título competencial ambiental que regía con carácter residual.

En este sentido, la acción de las CCAA está especialmente centrada, primero, en las políticas de adaptación en atención al principio de proximidad; segundo, en los sectores no directiva por cuanto sus competencias son mayores en una serie de ámbitos relacionadas con áreas cercanas a estos sectores; y tercero, en la implementación y ejecución de las medidas gestadas para hacer frente al cambio climático, debido a la competencia asumida a tal efecto en sus EEAA.

3. LA COMISIÓN DE COORDINACIÓN DE POLÍTICAS DE CAMBIO CLIMÁTICO. LOS MOTIVOS DE SU CREACIÓN Y SUS PRINCIPALES ELEMENTOS

En los Estados Federales o cuasi Federales, la inevitable superposición de políticas públicas provenientes de las diferentes autoridades competentes, así como el conflicto y la interdependencia que surge como consecuencia del ejercicio de poderes compartidos entre dichos gobiernos, han requerido generalmente que los diferentes niveles no actúen de forma aislada entre sí (Watts, 2008). En efecto, el correcto funcionamiento de un Estado compuesto, como es el caso del Estado de las Autonomías, requiere «de un lado, de estructuras que garanticen la participación de los entes autónomos en la formación de la voluntad del conjunto; y de otro, de la existencia de suficientes mecanismos que permitan la coordinación, la cooperación, la mutua ayuda u asistencia entre las distintas instancias gubernativas y administrativas de poder, así como para la resolución de los conflictos que se puedan plantear», de forma que se entiende que «la participación encauza e incrementa la colaboración y ésta, a su vez, hace posible la eficacia de las decisiones que se adopten en beneficio del conjunto y de los entes autónomos, y realimenta la participación» (González Ayala, 2008). De esta forma, resulta obvio que el sistema precisa de mecanismos de consulta, cooperación y coordinación entre los Gobiernos.

En España, de forma previa al reconocimiento legal de los instrumentos orgánicos de relaciones intergubernamentales (en adelante RIG) de carácter bilateral y multilateral, el TC, había apuntado que «la necesidad de hacer compatibles los principios de unidad y autonomía en que se apoya la organización territorial del Estado constitucionalmente establecida implica la creación de instrumentos que permitan articular la actuación de las diversas Administraciones públicas» (STC 76/1983, de 5 de agosto), como los creados por otros Estados descentralizados.

La Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y la Ley 7/1985, de Bases de Régimen

Local, establecieron las bases del sistema de RIG atendiendo a los principios de lealtad institucional —que implica tener en consideración todos los intereses públicos presentes y, por tanto, el respeto a las esferas competenciales— y de colaboración —concepto que desde nuestra perspectiva comprende la cooperación, coordinación y deber de auxilio— (Pérez Gabaldón, 2011). No obstante, su implementación ha dado lugar a un mapa lleno de carencias, fallos e inconsistencias que han mermado la capacidad de los instrumentos gestados a partir de dichas normas. De hecho, las RIG en España, en el mejor de los casos, presenta algunas deficiencias por cuanto en el peor de ellos la relación entre las diferentes autoridades competentes es prácticamente inexistente (Aja, 2003).

De todos modos, es importante destacar que, más allá de los instrumentos creados según lo establecido por la Ley 30/1992, algunas leyes sectoriales han creado órganos específicos para canalizar la colaboración entre los entes competentes en una materia concreta, tal y como sucede en el caso del cambio climático debido, esencialmente, a la complejidad de una cuestión en la que varios niveles de gobierno tienen potestad para actuar pero cuyas causas y consecuencias, así como los efectos de las políticas para hacerle frente, no se pueden contener exclusivamente dentro de las fronteras nacionales o los límites territoriales autonómicos.

Así las cosas, la CCPCC fue creada por la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se establece el régimen de comercio de derechos de emisión, como trasposición de la Directiva 2003/87/CE, como un mecanismo de «coordinación y colaboración entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas para la aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión y el cumplimiento de las obligaciones internacionales y comunitarias de información inherentes a éste»¹.

Según lo establecido en la citada ley, el instrumento de RIG en materia de cambio climático, está formado por el Secretario General de Cambio Climático², que ejerce como Presidente, diecisiete representantes en nombre de la Administración General del Estado, un representante por cada Comunidad Au-

¹ Es necesario señalar que la coordinación es obligatoria únicamente en materia de planificación económica, ciencia y salud (artículo 149.1 CE), de forma que la coordinación facultativa aparece en escena como resultado de la percepción política de su necesidad o, en todo caso, por voluntad política, de forma que el cambio climático podría verse como una cuestión a medio camino entre ambas razones. En cualquier caso, cabe recordar que el TC considera que aunque la coordinación en materia ambiental no resulta preceptiva, no se puede negar la facultad coordinadora del poder central en este ámbito (Fundamento Jurídico 31 de la STC 102/1995, de 26 de junio).

² Hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2010, de 5 de julio, por la que se modifica la Ley 1/2005, de 9 de marzo, para incluir la aviación en el régimen de comercio de derechos de emisión, estaba formada por el Secretario de Estado de Cambio Climático, cinco representantes de la Administración General del Estado un representante de cada Comunidad Autónoma, un representante de cada ciudad autónoma y un representante de los entes locales.

tónoma, un representante por cada una de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, y un representante de los entes locales. Según el artículo 3 de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, su actividad se centra esencialmente en:

- a) El seguimiento del cambio climático y las políticas de adaptación.
- b) Las políticas de prevención y reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.
- c) El fomento de los sumideros de origen vegetal de las emisiones de carbono.
- d) El establecimiento de las líneas generales de actuación de la Autoridad Nacional designada por España y de los criterios para la aprobación de los informes preceptivos sobre participación voluntaria en los proyectos de mecanismos de desarrollo limpio (MDL) y proyectos de aplicación conjunta (PAC). Esto lo realizará siempre teniendo en cuenta los criterios establecidos por el Consejo Nacional del Clima.
- e) El impulso de programas y actuaciones destinadas a reducir las emisiones de los sectores no incluidos en el ámbito de actuación (sectores difusos).
- f) La elaboración y aprobación de directrices técnicas y notas aclaratorias para la armonización de la aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión.
- g) El desarrollo y la implementación de un régimen nacional de proyectos domésticos.

Cabe destacar que, aun y cuando la ley hace referencia a la coordinación y a la cooperación, así como a la información mutua, el funcionamiento real del instrumento es más coherente con el nombre del instrumento. De esta forma, la CCPCC se encuentra más centrada en la tarea coordinadora que en el aspecto cooperativo por cuanto, en sentido estricto, no podemos apuntar que se encuentre una verdadera cooperación al no hallarse una acción o una decisión conjunta, sino que hay una coordinación de la actuación de las CCAA y del Estado en la lucha contra el cambio climático debido a que el poder central ha asumido de manera efectiva un rol jerárquicamente superior a fin de dotar al sistema de una cierta coherencia para el conjunto del territorio nacional —siempre sin perder de vista la evidente transnacionalidad del problema del cambio climático—. En cualquier caso, ello no supone que cuando una cuestión es «sometida a consideración» de las CCAA su posición no sea tenida en cuenta, si bien no es lo más habitual. Esto se debe esencialmente al momento en el que el instrumento entra en escena dado que el trabajo de la CCPCC se produce cuando la decisión estatal está tomada y no durante el proceso decisonal. Ahora bien, en el caso de las Estrategias de acción a nivel nacional podemos hallar un halo de esperanza u optimismo por cuanto dichos documentos son expuestos por el poder central en el seno de este órgano a fin de lograr la «aprobación» de los miembros del mismo, lo que incluye a representantes del nivel autonómico y local; la cuestión más relevante

aquí, aun y cuando su comprobación precisaría de información que escapa de nuestro conocimiento, es si en caso de desacuerdo o desaprobación por parte de niveles infra-estatales de gobierno, sigue prevaleciendo la posición del poder central. Desde nuestro punto de vista, la inclusión de una verdadera acción y/o decisión cooperativa dentro de las relaciones desarrolladas en el seno de la CCPCC, de forma que las posiciones regionales fuesen tenidas en cuenta, podría ayudar a que las CCAA se sintiesen parte del conjunto o de la unidad, dentro de la diversidad imperante en el Estado, compartiendo así los intereses generales y los objetivos comunes de lucha contra el cambio climático que deben regir la acción en la materia y deben presidir las relaciones entre los entes competentes.

En cualquier caso, incluso cuando hay algunos elementos que merman la potencialidad de la CCPCC, tal y como expondremos en el siguiente apartado, esta se encuentra desarrollando una muy importante y necesaria labor para la implementación y puesta en marcha de esta complicada política compartida. Tal y como evidenciaba el informe «Recomendaciones de la Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático para la aplicación coordinada del régimen de comercio de derechos de emisión», de 13 de febrero de 2007, la implementación de la Directiva de la Unión Europea en un sistema de gestión multinivel presenta multitud de elementos necesitados de armonización entre las 17 CCAA. Apunta dicho informe que, durante el primer año de funcionamiento del régimen comunitario de comercio de derechos de emisión, las Autonomías emplearon diferentes técnicas para afrontar una misma atribución, dando lugar a una disparidad de trato entre las instalaciones en función de la Comunidad en la que tenían sede, realidad esta que venía pues a reforzar el argumento según el cual el poder central precisa contar con un importante papel coordinador en la materia. Sin embargo, nosotros nos planteamos si dicho tipo de colaboración es la única vía por la que se puede actuar para mejorar la operatividad, eficacia y eficiencia del sistema, atendiendo a una estructura común.

4. EL FUNCIONAMIENTO DEL INSTRUMENTO DE RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES: LOS ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE SU SISTEMA DE TRABAJO

Consecuentemente con lo que venimos apuntando, en el Estado de las Autonomías, la satisfacción del objetivo de colaboración e integración política que *de facto* podría seguirse de ella, desde un prisma estructural, depende de mecanismos creados para canalizar la participación de las CCAA en la posición del Estado. Sin embargo, desde el punto de vista funcional, depende de la asunción y el mantenimiento de un deseo de lealtad e integración política. Esta es la razón por la cual los instrumentos legales y técnicos para la coordinación y la cooperación entre los diferentes niveles son pues necesarios (Cámara

Villar, 2004), pudiendo tales foros ser, a su vez, una vía para canalizar la participación regional en los asuntos de Estado.

Cabe no perder de vista que las RIG en España están marcadas tres realidades incuestionables. La primera de ellas reposaría sobre dos axiomas que si bien son aplicables al caso español, podrían trasladarse a la mayoría de los sistemas federales o descentralizados del mundo contemporáneo, que son la conflictividad en las relaciones intergubernamentales y la politización de las instituciones territoriales. La segunda realidad, que proviene de la etapa del Estado de las Pre-autonomías centra su atención en los hechos diferenciales y la inercia centralizadora. La tercera y última realidad, descansa sobre tres principios que serán identificables como los pilares fundamentales de la organización territorial prevista, explícita o implícitamente, en el Estado de las Autonomías: la descentralización democrática, el agravio comparativo y la solidaridad interterritorial. Todo ello aderezado por tres reglas que han jugado un rol esencial en la estructuración política y social del proceso de federalización en España: la presión centrífuga espacial, la mimesis entre regiones y la asignación inductiva de poderes (Moreno, 2000, p. 91). La combinación de todos estos elementos da lugar a lo mejor y a lo peor de las RIG en España, elementos que están más o menos presentes en las relaciones entre los entes competentes en materia de lucha contra el cambio climático.

Así pues, de la combinación de tales elementos podemos hallar algunas realidades positivas en el sistema de RIG para la gestión compartida de la política de cambio climático. En primer lugar, la creación de la CCPCC es un importante paso que muestra una cierta voluntad por parte de los poderes públicos competentes de trabajar juntos en beneficio del interés general del Estado y de la humanidad. Además, ello supone un intento de las autoridades por mejorar su acción de lucha contra el cambio climático, reconociendo para ello la complejidad de la materia y la necesidad de la colaboración para hacer frente al problema. Desafortunadamente, no podemos afirmar que ello sea extensible al resto de materias no exclusivas, si bien lo cierto es que la que nos ocupa se encuentra en una situación de cierta ventaja respecto al resto de ámbitos compartidos.

En segundo lugar, y en relación a lo que acabamos de señalar, la CCPCC está logrando un sistema de acción por el clima más o menos coherente para todo el territorio nacional, no sin olvidar que la Ley 1/2005, de 9 de marzo, deja en manos de las CCAA una serie de funciones que generan una serie de problemas y una diversidad inicial que había que corregir por cuanto atentaba en contra de alguno de los principios que están a la base del Estado. La CCPCC trabaja para dotar de un mínimo común ciertamente armónico al Estado —de acuerdo con las líneas marcadas por la UE y teniendo en cuenta la facultad de las CCAA para incrementar los niveles de protección ambiental estatales— y para eliminar las disparidades entre regiones que van en detrimento de alguna de ellas y del conjunto, contribuyendo a su vez a evitar la aparición de la figura del *free-rider* y el *dumping* ecológico al interno del territorio nacio-

nal. Así, por ejemplo, observamos como las CCAA han pasado de la inicial inseguridad respecto de la legalidad de la vía por la cual han optado para implementar el régimen de comercio de derechos de emisión de GEI a lograr un sistema más eficiente como resultado de la aproximación de técnicas promovida por la CCPCC. De esta forma, la capacidad coordinadora del Estado ha dado como resultado algunas mejoras en la gestión compartida de dicho instrumento económico de acción para la mitigación de GEI.

En tercer y último lugar, y tal como se desprende de la presente disertación, resulta obvio que nuestra principal crítica hacia este instrumento de RIG en materia de cambio climático va orientada hacia la falta de cooperación, si bien cabe advertir al lector que esta está teniendo parcialmente lugar en otros instrumentos en los que las cuestiones relativas a la política de cambio climático son expuestas, discutidas y negociadas, y en las que, además, las CCAA tienen mayor capacidad de actuación.

Si bien hasta aquí hemos esbozado los elementos positivos, a continuación nos centraremos en destacar aquellas realidades que lastran a la CCPCC como instrumento para mejorar la gestión de la política de cambio climático como materia compartida. El primero de dichos elementos, es la presencia de una pluralidad de instrumentos que estudian, discuten y deciden respecto de la cuestión que nos ocupa, como puedan ser la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente, la Conferencia de Asuntos Relacionados con la Unión Europea o las Comisiones Bilaterales. De una parte, dicha realidad va ligada a la complejidad de la materia —la transnacionalidad, la transversalidad y el carácter cambiante del problema, esencialmente—, pues hacen que el cambio climático resulte inabarcable por un único instrumento. De otra parte, la mencionada dispersión del tratamiento en varios foros puede confundir a las CCAA a la hora de determinar en qué foros su posición será tenida en cuenta, en qué foros serán meramente informados sobre las políticas nacionales, o en qué foros ellos pueden alzar la voz para reclamar una acción en pro de sus intereses particulares o regionales, atendiendo estos últimos a sus especiales necesidades o peculiaridades. Si bien no pretendemos ahondar en ello, consideramos que la relación entre los foros podría ser una vía de solución a este problema.

El segundo elemento negativo se encuentra relacionado con el excesivo protagonismo que se da a las técnicas de coordinación. Ello supone que no hay una participación simétrica del Estado y de las CCAA en el proceso de discusión y de negociación por cuanto la capacidad de coordinación dota de una superioridad jerárquica al poder central. De esta forma, las CCAA se pueden hallar ante la disyuntiva de reclamar la intervención del TC o dejar que sus intereses pasen desapercibidos. No obstante, recordamos que la CCPCC es una vía de relación bastante exitosa, especialmente a través de los grupos de trabajo permanente que se encuentran en su seno de forma que el interés por la colaboración intergubernamental puede verse de forma más evidente en este que en otros instrumentos del RIG, aun y cuando como venimos señalando se encuentran ciertamente limitado a la coordinación a pesar de que la

Ley 1/2005, de 9 de marzo, refiere también a sus facultades para canalizar la cooperación.

No obstante, no podemos perder de vista que algunos partidos nacionalistas —e incluso nacionales en el ámbito regional— que cuentan con un importante respaldo electoral no quieren una igualación del nivel competencial, por lo que se muestran recelosos para con la participación en los foros multilaterales y tratan de centrar su atención en la negociación bilateral al considerar que esta puede generarles mayores beneficios —motivo por el cual algunos nuevos EEAA llevan al bloque de constitucionalidad sus respectivas Comisiones Bilaterales—. En la materia que nos ocupa, Canarias empleó la Comisión Bilateral en relación a la Ley 13/2010, de 5 de julio, por la que se incluye el sector de la aviación dentro del comercio de derechos de emisión, al considerar que en la transposición no se había tenido en cuenta su condición de territorio ultraperiférico, logrando con ello un acuerdo interpretativo. Ahora bien, consideramos que tal vez dicha cuestión podría haber sido tratada en la CCPC o en la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente —si el concepto «territorio ultraperiférico» se hubiese sustituido por el de «territorio insular», afectando también así a Islas Baleares—, permitiendo así la discusión multilateral y la persecución de un acuerdo que redundase en beneficio del interés general.

El tercer elemento negativo está en relación al predominio de los intereses políticos y los intereses particulares sobre los intereses generales. Incluso cuando afirmamos que el protagonismo del poder central es ciertamente excesivo, lo cierto es que ello contrasta con la pretensión de algunas CCAA de extender su área de actuación, su ámbito competencial, lo que inevitablemente incide en la incongruencia del sistema.

En este contexto, es importante considerar que la operatividad y efectividad del instrumento depende de la actitud de las Administraciones y Gobiernos presentes en el mismo. La existencia de una voluntad de colaboración y una atmósfera de entendimiento determina y hace posible la materialización de una relación fluida tendente al acuerdo, cubriendo así las carencias o deficiencias que los foros puedan presentar *per se*. La composición semi-política de esta herramienta de RIG otorga a la misma un cierto grado de conflictividad, dificultando la ubicación del objetivo común y de los intereses del conjunto cuando los intereses que se defienden como tal vienen en realidad a encubrir la defensa de unos ideales políticos, la voluntad de copar mayores cotas de poder, la ambición por extender el ámbito competencia o de unos intereses meramente regionales. Es en ese momento cuando la inexistencia de una cultura colaborativa se muestra como culpable de la falta de acuerdo respecto de los intereses comunes o del bien general del Estado. En efecto, los recelos entre algunas CCAA, la ausencia de un sentido de Estado y el deseo de ocupar un rol preeminente en el Estado se muestran como evidentes cuando se trata de gestionar una política compartida y, más si cabe, cuando esta afecta a otros ámbitos de suma sensibilidad política, económica y social.

5. CONCLUSIÓN. ALGUNAS PROPUESTAS PARA MEJORAR LA COMISIÓN DE COORDINACIÓN DE POLÍTICA DE CAMBIO CLIMÁTICO

De acuerdo con lo que hemos venido exponiendo hasta el momento, queremos hacer especial énfasis en cómo la presencia de cuatro autoridades con potestad para decidir, implementar y ejecutar políticas de cambio climático condiciona el desarrollo de los proyectos, las estrategias y las acciones específicas de todos y cada uno de los niveles competentes. La transversalidad vertical hace que la vía óptima —y ciertamente utópica— para el desarrollo de sus respectivas competencias pase por la acción de cada uno de dichos niveles actuando de forma exclusiva en el ámbito de su haz de facultades, de forma coordinada y cooperativa, para alcanzar el objetivo común de la adaptación y la mitigación del cambio climático, para alcanzar el tantas veces reclamado desarrollo sostenible que de alguna forma enlaza con la perspectiva antropocéntrica del medio ambiente presente en el artículo 45 CE.

Desde nuestro punto de vista, dado que lo anterior no resulta viable, las RIG en materia de cambio climático podrían incidir en la optimización de la gestión de la política que nos ocupa, si bien una mejora de las mismas, que podría producirse si las autoridades competentes tuviesen en cuenta tres consideraciones que pasamos a exponer, sería fundamental. En primer lugar, es esencial, en aras a la consecución de un sistema más fructífero y fluido de relaciones entre el Estado y las CCAA en materia de cambio climático, dar mayor protagonismo a la cooperación dado que con ello se facilitarían que las CCAA, como antes que en última instancia deberán implementar las políticas estatales, participasen en los procesos de decisión nacionales. De esta forma, sería más probable que los problemas concretos o las situaciones que afecten a una Comunidad Autónoma fuesen tenidos en cuenta a la hora de hacer frente al reto de luchar contra el cambio climático. Ahora bien, probablemente, ello iría aparejado a la necesidad de que la aparición de los instrumentos de RIG se produzca durante y no tras el proceso de decisión. Si el sistema de RIG funcionase en tal sentido, incluyendo a las CCAA en los primeros pasos de la toma de decisiones y haciéndolas partícipes de la voluntad común, el TC se liberaría de una importante carga en materia de conflictos competenciales y, a su vez, podría situar nuestro sistema organizacional más cerca de su concepción como un sistema federal.

En segundo lugar, tal y como ya se apuntó anteriormente, las CCAA han empleado las Comisiones Bilaterales para tratar de solventar problemas competenciales con el poder central siguiendo lo establecido en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, si bien ello ha generado algunas disparidades entre CCAA que han venido a aumentar los celos entre las regiones. Aun y cuando las relaciones bilaterales son útiles y necesarias a fin de aproximar el marco general a la realidad autonómica y de resolver problemas puntuales, resulta prioritario dar un impulso a las relaciones multilaterales tendentes a hacer presente la colaboración en su más amplio sentido.

Esta realidad nos lleva a considerar la urgencia de disponer de una serie de vías para la colaboración horizontal —entre las CCAA— por cuanto la reunión entre las Autonomías debería aparecer como un paso previo a la reunión con el poder central, a fin de que cada una de ellas pudiese exponer sus posiciones particulares y así tratar de acercar posturas entre ellas para, finalmente, tomar una posición común que pueda ser defendida con más fuerza ante el poder central. Es pues una asignatura pendiente por cuanto «la jurisprudencia constitucional (gestión conjunta entre CCAA como respuesta a la supraterritorialidad), los nuevos Estatutos (previsiones explícitas e implícitas de colaboración) o el propio proceso de integración (en la fase ascendente y descendente) abren vías para la concertación entre CCAA, pero son éstas quienes deben apreciar los incentivos de esta relación y los beneficios que les reportan» (García Morales, 2009, p. 127), dado que su acción conjunta, actuando como un bloque, podría ayudarles a defender los intereses autonómicos. No obstante, el alto nivel de politización de las relaciones entre las CCAA no ayuda a tal efecto.

En tercer y último lugar, y enlazando con la idea que acabamos de apuntar, consideramos necesario plantear una fórmula para neutralizar el alto nivel de regionalización —entendiendo este concepto como la tendencia a dar prioridad al interés regional frente a los intereses nacionales, aun y cuando ello atenta directamente contra el principio de solidaridad interterritorial— y de politización —entendiendo esta como la actitud política basada en el uso de la política ambiental y de cambio climático como una herramienta para la confrontación partidista— presentes en nuestra sistema, realidad esta que enlaza con la ausencia de una verdadera cultura colaboracional que sitúe como eje de la acción tanto el interés general como el objetivo común perseguido por cuanto estamos ante un ámbito de gestión compartida. Además, en materia ambiental sería interesante alcanzar un acuerdo político en el cual se de prioridad al reto común que supone la lucha contra el cambio climático, incluso en algunos casos en detrimento de otras preferencias particulares, dejando de lado todos aquellos intereses partidistas o regionalistas, de concentración de mayores cotas de poder, o de mayor desarrollo económico de una región en perjuicio del resto de CCAA. De hecho, la consecución de una gestión coherente de la política compartida de lucha contra el cambio climático debe hallarse por encima incluso de los canales formales de relación —sin que ello suponga vulnerar el reparto competencial establecido en el bloque de constitucionalidad—, por cuanto los entes competentes en la materia deben tomar conciencia de que el ejercicio de sus competencias va orientado a la consecución un objetivo de incommensurables implicaciones a todos los niveles sociales, políticos y económicos. Obviamente, la interdependencia horizontal y vertical entre los diferentes niveles de gobierno requiere el incremento de los esfuerzos para lograr el acuerdo y el consenso por cuanto, aun y cuando inevitablemente dificulta la toma de decisiones y la implementación de las mismas, resulta fundamental debido a la magnitud de las consecuencias que la in-

acción de los poderes públicos puede suponer. Así pues, debe regir para estos el principio de *in dubio pro natura*, para garantizar, desde una perspectiva antropogénica, la perdurabilidad del marco en el que la humanidad se desenvuelve.

REFERENCIAS

- AJA, E., *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, Madrid, 2003.
- ARLUCEA RUIZ, E., «Las competencias medioambientales estatutarias: entre la legislación básica estatal y la normativa local», en VIDAL BELTRÁN, J.M. y GARCÍA HERRERA, M.A., *Estado autonómico: integración, solidaridad y diversidad*, Instituto Nacional de Administración Pública, COLEX, Madrid, 2005, pp. 453-585.
- ALDA FERNÁNDEZ, M. y RAMOS GALLARÍN, F., «Relaciones intergubernamentales y políticas públicas: el caso de la política de medio ambiente», en LÓPEZ NIETO, L. (coord.), *Relaciones intergubernamentales en la España democrática: interdependencia, autonomía, conflicto y cooperación*, Dykinson, Madrid, 2006.
- CÁMARA VILLAR, G., «El principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en *Revista de Derecho Constitucional Español*, n.º 1, 2004, pp. 197-240.
- GARCÍA MORALES, M.J., «Instrumentos y vías de institucionalización de las relaciones intergubernamentales», en ARBÓS MARTÍN, X.; COLINO CÁMARA, C.; GARCÍA MORALES, M.J. y PARRADO DÍEZ, S., *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico. La posición de los autores*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2009.
- GONZÁLEZ AYALA, M.D., «Las relaciones intergubernamentales en el nuevo marco de las reformas estatutarias: la diferente conciliación de la bilateralidad-multilateralidad en las relaciones Estado-Comunidad Autónoma», en *INDRET-Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2008, p. 5.
- JARIA I MANZANO, J., «Problemas competenciales fundamentales en material de protección del medio ambiente», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 73, 2005, pp. 117-134.
- LOZANO CUTANDA, B.; ALONSO GARCÍA, R. y PLAZA MARTÍN, C., «El medio ambiente ante el Tribunal Constitucional: problemas competenciales y ultraeficacia protectora», en *Revista de Administración Pública*, n.º 148, 1999, pp. 99-132.
- LEFF, E., *La complejidad ambiental*, Siglo XXI editores, 3.º ed., México, 2003, p. 29.
- MARCO MARCO, J.J. y PÉREZ GABALDÓN, M., «Constitución y medio ambiente: una cuestión todavía por definir», en MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *La Constitución española después de su trigésimo aniversario*, Tirant-Lo Blanc, Valencia, 2010, pp. 179-210.
- MORENO, L., *Federalization of Spain*, Frank Cass, Londres, 2000.
- MUÑOZ MACHADO, S., «La distribución de competencias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales en materia de medio ambiente», en *Documentación administrativa*, n.º 190, 1981, pp. 351-382.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., «El medio ambiente y los nuevos Estatutos de Autonomía», en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 182, 2008, pp. 55-62.

- PÉREZ GABALDÓN, M., *Los problemas competenciales en materia medioambiental y las relaciones intergubernamentales como posible vía de solución*, Corts Valencianes, Col.lecci. Temes de Les Corts, Valencia, 2012.
- TEROL BECERRA, M.J., «Acerca del carácter más razonable que racional de la jurisprudencia constitucional relativa al medio ambiente», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 59, 2000, pp. 331-344.
- TRILLO TORRES, R. (dir.), *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Colección Tribunal Supremo, Editorial El Derecho y Quan, Madrid, 2010.
- WATTS, R.L., *Comparasing Federal Sytems, Institute of Intergovernmental Relations*, 2008, pp. 117-191.

V

La gestión de la diversidad:
Canadá y España

Ponencias

Reflexiones sobre la diversidad en Canadá: modelos competitivos

Richard Simeon
Universidad de Toronto

SUMARIO: Canadá plurinacional: francés e inglés. Regionalismo. Los canadienses aborígenes. Multiculturalismo.

Canadá y España al igual que otros pocos como el Reino Unido y Escocia están siendo quizás pioneros en el nuevo Estado post-Westfaliano.

Somos dos entidades políticas binacionales, multinacionales o plurinacionales (Gagnon y Tully), que buscan tanto la independencia como la autonomía de las naciones minoritarias; y una relación efectiva entre ellos y las mayorías que les rodean.

Las relaciones entre Canadá y Quebec han sido la división dominante en Canadá desde su fundación. Pero otras dimensiones distintas de diferencia son críticas también para la comprensión de la política canadiense y la gestión de la diversidad. Primero, Canadá es una sociedad de colonos, y las relaciones entre la mayoría y los pueblos aborígenes son una preocupación central. Segundo, las diferencias regionales de Este a Oeste juegan continuamente en hacer distintas la economía política, la política de los partidos, las elecciones, y las relaciones intergubernamentales entre adversarios. Tercero, mientras Canadá ha sido siempre una sociedad inmigrante, las recientes olas de inmigración han hecho reconocimiento e integración de los recién llegados como una preocupación central. Cada una de estas dimensiones de diferencia hace surgir en cierta medida diferentes preocupaciones y se desarrolla en diferentes instituciones, políticas y prácticas.

Este capítulo subraya cómo los canadienses han reconocido, acomodado y gestionado estas múltiples diversidades.

Así que querría ir a lo que es el tema común en las sociedades divididas como las nuestras —las diferentes interpretaciones y evaluaciones de las instituciones y procesos que se ha manifestado por parte de los diferentes grupos constituyentes—. No hay una única narrativa para Canadá y Quebec o para

el Reino Unido y Escocia, o para España y Cataluña o el País Vasco. Las mayorías y las minorías a menudo interpretan el mismo conjunto de hechos en modos bastante distintos.

En el caso canadiense, la mayoría a menudo piensa de sí misma como generosa, tolerante y acomodaticia con las naciones y grupos minoritarios, incluso como si enfatizaran la necesidad de unidad. Pero las minorías frecuentemente sienten que las respuestas de la mayoría son rencorosas, reacias, condescendientes, e insuficientes. Quisiera explorar esta tensión tal y como se desarrolla en Canadá.

Un número de colegas, en ambos lados de la división lingüística, se han unido a la discusión incluyendo a dos que están representados en este volumen, Alain Noël y Guy Laforest. (Véase también Gagnon, Rocher).

CANADÁ PLURINACIONAL: FRANCÉS E INGLÉS

Primero, Canadá es una federación multinacional: Quebec y el Canadá inglés.

Ambos son conceptos socialmente contruidos. De hecho Canadá simplemente no existiría sin un trato entre los franceses e ingleses que se plasmó en la Ley Constitucional de 1867 (originalmente la Ley de la Norteamérica británica, que era una Ley del Parlamento británico más que una constitución formal) Canadá no fue plena e inequívocamente soberano hasta el año 1982.

Pero había concepciones competitivas de la Confederación desde el comienzo. ¿Era un acuerdo entre naciones anteriormente autónomas; una verdadera federación de socios iguales, o un vehículo para la dominación del gobierno central? Cada interpretación tenía apoyo en el texto de Ley de la Norteamérica Británica —y en los puntos de vista de los diferentes participantes—.

El Canadá binacional de hoy en día tuvo sus orígenes en las guerras europeas entre Francia y Gran Bretaña que desembocaron en la captura británica de las posesiones francesas en Norteamérica, incluyendo la mayoría de lo que es ahora Canadá, en 1749. Los británicos acordaron¹ que se le permitiría a Quebec mantener su lengua francesa, su religión católica² y su tradición jurídica civil, estableciendo una fórmula de compromiso que permanece como un importante legado.

No obstante las tensiones se mantuvieron en auge, y tras las rebeliones abortadas en tanto el Canadá francés como en el inglés, un Representante británico, Lord Durham, fue enviado para que investigara. Al encontrarse «con dos naciones batallando en el seno de un único Estado», su solución fue asimilacio-

¹ En parte porque estaban preocupados con que los canadienses franceses pudieran apoyar a las colonias americanas del sur cada vez más rebeldes.

² El catolicismo había sido prohibido en Gran Bretaña en ese tiempo.

nista: las dos colonias debían fundirse en una, donde la mayoría británica y los valores y prácticas británicos del Gobierno parlamentario se esperaba que prevalecieran, junto con un gobierno responsable conforme al modelo parlamentario británico. Por el contrario, la Provincia Unida de Canadá, creada en 1840 enseguida se convirtió en un clásico sistema conasociacional, con igual representación de las dos comunidades lingüísticas, ministerios y burocracias duales, y vetos mutuos en asuntos clave. Pero pronto el rápido crecimiento de la población de habla inglesa en el Oeste de Canadá hizo impracticable la representación igual de los dos grupos en una única unidad. El Oeste de Canadá angloparlante exigió entonces una «representación según población» mientras que los francófonos del Este de Canadá se preocuparon por ser superados en votos por los ingleses.

La respuesta, dirigida por fuertes líderes en ambos lados —Sir John A. Macdonald y Georges-Etienne Cartier— fue la de seguir el modelo de los Estados Unidos: reconstituir la relación como una federación que finalmente incorporaría las colonias británicas que restaban en Norteamérica.

John A. Macdonald confiaba en que Canadá evolucionaría enseguida en algo cercano a un Estado unitario —y, de hecho, la Ley de la Norteamérica Británica contenía importantes disposiciones (tales como el poder federal para «rechazar» cualquier legislación provincial) que implicaban dominación federal—. Pero la resistencia política de Quebec y de otras provincias de Canadá, y una serie de decisiones judiciales cambió el rumbo, y para 1920 Canadá se asemejaba a una federación clásica.

La Gran Depresión de los años treinta y la Segunda Guerra Mundial alteraron una vez más de nuevo el rumbo. Varias provincias fueron incapaces de hacer frente a la crisis financiera y buscaron ayuda en Ottawa. Entonces la gestión de la guerra concentró aún más poder en Ottawa. En el período post guerra, fueron los recursos financieros federales y el liderazgo político los que socavaron el desarrollo del moderno Estado del bienestar. La mayor parte de la autoridad constitucional para la política social recaía en las provincias. Pero a través de una combinación de transferencias de poder al Gobierno federal (seguro de desempleo y pensiones) y el uso de fondos federales (el «poder de gasto»), se sentaron los ladrillos principales del edificio. Estos desarrollos tuvieron un amplio apoyo en el Canadá británico, pero fueron duramente resistidos por el conservador Gobierno católico de Quebec, tanto por motivos culturales y de religión como a causa del menoscabo a la autonomía de Quebec.

No obstante, en Quebec había fuerzas poderosas hacia la modernización, democratización y secularización se encontraban, cuestionando fundamentalmente la ideología conservadora, católica, rural y anti moderna que había dominado la provincia durante décadas. Entre los años cincuenta y sesenta, la «Revolución Tranquila» condujo al surgimiento de un nacionalismo progresivo, secular de Quebec y a la petición de una mayor autonomía política —un movimiento con fuerte reminiscencias de hechos en otros Estados

conservadores y católicos tales como España e Irlanda y en gran medida al mismo tiempo—. El nacionalismo fue entonces menos un asunto de preservar el catolicismo que de preservar la preponderancia de la lengua francesa. Quebec abrazó el Estado moderno del bienestar, pero sería entonces como *maîtres chez nous*.

Desde final de los años sesenta, el nacionalismo de Quebec dio un giro crecientemente independentista. El *Partido Quebequés* fue fundado en 1968. Se dedicó a la independencia de Quebec, junto con la «asociación» o «colaboración» con el resto de Canadá. Ganaron su primera elección en 1976, y se alternaron en el poder desde entonces con los Liberales provinciales. Su orientación ha sido socialdemócrata, a diferencia de anteriores manifestaciones del nacionalismo de Quebec. Se le unió el *Bloque Quebequés*, promoviendo el mismo programa a nivel federal, en 1990. En 1993, el Bloque Quebequés ganó cincuenta y cuatro de los setenta y cinco escaños parlamentarios y formó brevemente la Oposición Oficial en el Gobierno central. Continuó manteniendo la mayoría de los escaños federales de Quebec hasta que fue diezmado en las elecciones federales de 2011.

De 1979 hasta 1992, los canadienses se embarcaron en un intenso proceso de negociación constitucional buscando un nuevo acomodo entre Quebec y el resto de Canadá. Virtualmente todos los participantes quebequeses en los debates buscaban una mayor autonomía para la provincia —el Partido Quebequés pedía la independencia, los Liberales más poderes y reconocimiento constitucional de Quebec como una «sociedad distinta» en la que el Gobierno de Quebec tuviera un papel especial más allá del de otras provincias para preservar y proteger la provincia—. También pedían un mayor reparto del pastel financiero y límites estrictos al poder federal para usar su poder de gasto para configurar áreas de competencia provincial. Las «tradicionales demandas» de Quebec también incluían una representación formal de Quebec en el Tribunal Supremo de Canadá y una voz en la política de inmigración canadiense así como en los asuntos de la *francofonía* internacional.

Las respuestas a estas demandas adoptaron dos formas principales. La primera fue el acomodo. En los años 60, el Gobierno federal liberal avanzó hacia el logro de las aspiraciones autonomistas de Quebec, aceptando *de facto* una buena parte de la asimetría (a través de no hacer un reconocimiento constitucional formal) y transfiriendo significativos poderes en materia de impuestos. Este enfoque fue seguido por el Primer Ministro Pierre Trudeau, un francófono quebequés con una profunda aversión hacia el nacionalismo de Quebec. Su proyecto era *integracionista* —reconociendo la dualidad del francés y del inglés de costa a costa, fortaleciendo la representación francófona en el Gobierno central y extendiendo los derechos lingüísticos y servicios franceses a lo largo del país—. El argumento era el de la igualdad provincial, no el del estatus especial para Quebec. Su logro principal fue la «repatriación» de la Constitución canadiense de la Gran Bretaña y la promulgación de la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades de 1982.

Esto fue ampliamente apoyado fuera de Quebec, pero unánimemente rechazado por la Asamblea Nacional y el Gobierno de Quebec puesto que ofrecía muy poco en términos de poderes y autonomía a la provincia, y no daba reconocimiento a la diferenciación de Quebec. La Carta también incluía la afirmación del carácter «multicultural» de Canadá, visto para algunos quebequeses como un intento de cambiar el discurso del Quebec como una «nación fundadora» a los quebequeses como simplemente otro grupo étnico en el mosaico canadiense. El enfoque del acomodo volvió a la superficie, cuando en 1984 un nuevo gobierno conservador progresista, dirigido por Brian Mulroney accedió al poder, prometiendo traer de vuelta a Quebec a la familia constitucional, «con honor y entusiasmo». El resultado fue el «Acuerdo del Lago Meech», un acuerdo entre gobiernos que reconocía el papel diferente de Quebec, y respondía a otras varias preocupaciones de Quebec. No obstante, de acuerdo con las reglas para la modificación constitucional adoptadas en 1882, el acuerdo gubernamental debería ser aprobado en todos los legislativos provinciales. Una oposición masiva al acuerdo se extendió por todo Canadá, en parte a causa del especial trato que se percibía hacia Quebec, pero también en respuesta a la hostilidad pública a la naturaleza elitista, de puertas cerradas del proceso intergubernamental, y al fracaso en responder a las preocupaciones constitucionales que se habían desarrollado en otros lugares, incluyendo el reconocimiento del derecho aborigen a la autodeterminación, y la reforma del Senado para dar mayor peso a las provincias más pequeñas, un asunto de particular preocupación en las provincias del Oeste.

Otro intento más de encontrar un acuerdo constitucional, el «Acuerdo de Charlottetown», fracasó en 1992. Buscaba construir un consenso trayendo a la mesa a los representantes aborígenes, discutiendo el cambio constitucional tal como el interés de la reforma del Senado a otras partes del país, y buscando la ratificación mediante un referéndum nacional. También fue derrotado.

Así pues lo que Peter Russell describe como una «odisea constitucional» finalizó con un resultado insatisfactorio para todos. Pero entonces quedó claro que, dadas las reglas de modificación constitucional que requerían unanimidad, y las profundas divisiones, era imposible el cambio constitucional formal para resolver el asunto. Puede que de manera más fundamental, gestionar y equilibrar las múltiples diferencias de Quebec se estuviera convirtiendo en algo cada vez más difícil; y en una época más democrática, la élite negociadora para abordarlo ya no resultaba legítima.

Los asuntos entonces se movieron en una rápida sucesión. El Partido Quebequés planteó un referéndum en Quebec sobre la soberanía, ahora vinculada a la «asociación», para noviembre de 1995. El resultado fue muy estrecho, perdiendo por solo 44.000 votos, de una participación de casi cinco millones de votantes. El resultado mostró lo no preparadas que ambas partes estaban para gestionar una secesión, o para tratar la multitud de cuestiones complejas que podrían derivarse. El Gobierno federal respondió con una cuestión al Tribunal Supremo de Canadá. Se preguntaba si conforme a la actual

Constitución una provincia canadiense tenía un derecho unilateral a la sucesión, tanto según el Derecho canadiense o internacional. El Tribunal dijo que «no». La Constitución no decía nada al respecto, y la reclamación de Quebec de independencia no pasaría el test internacional porque Canadá era una democracia en funcionamiento; y los quebequeses no eran un pueblo oprimido. Sin embargo el Tribunal añadió una condición crítica —que si una provincia votara sobre una consulta sobre la soberanía con una clara mayoría, entonces los otros gobiernos tendrían una obligación «constitucional» de negociar el asunto—. En efecto, el Tribunal había insertado una cláusula de secesión en la Constitución canadiense.

El parlamento federal a continuación buscó adelantarse a la futura discusión aprobando la «Ley de Claridad» que dejaba por sentado que sería el parlamento federal quien determinaría si cualquier consulta futura estaba clara, y si la mayoría (no definida) también. Quebec respondió con su propia legislación: era Quebec quien decidiría la consulta, y en una democracia el cincuenta por ciento más uno era una mayoría suficiente.

Las canadienses dieron un paso atrás del umbral constitucional. Se dieron cuenta de que un gran cambio constitucional era inalcanzable. La atención entonces se dirigió a unas pocas crecientes reformas no constitucionales. En la «Declaración de Calgary» de 1997, los gobiernos provinciales reconocieron a Quebec como una «sociedad distinta». Aunque esta declaración no tuvo consecuencias políticas o legales. En 2003, el parlamento reconoció que «Quebec constituye una nación dentro de un Canadá unido», una afirmación importante, pero de nuevo sin implicaciones jurídicas. Nada de esto resultó de un diálogo nacional constitucional; y pocos le prestaron alguna atención.

A continuación del referéndum de 1995, el parlamento también reconoció los «vetos regionales», incluyendo el de Quebec, sobre cualquier futura modificación constitucional. Más en general el interés en el cambio constitucional parece haber disminuido considerablemente desde el referéndum de 1995. Una proporción significativa de la sociedad de Quebec continua apoyando alguna forma de soberanía, pero la pasión y urgencia se han desvanecido. Más que nunca, Quebec y el resto de Canadá parecen menos interesados en establecer un consenso que en que cada uno viva su propia cultura y sociedad, con un relativamente pequeño intercambio entre ellas. Incluso los soberanistas quebequeses continúan reteniendo una identificación limitada con Canadá, como hacen la mayoría de sus homólogos en Escocia.

REGIONALISMO

Canadá es una clara federación regional. Muchos observadores de fuera tienden a ver el debate fundamental canadiense como aquel entre Quebec y Canadá. De hecho, muchos quebequeses lo ven igualmente de este modo. Tienden a pensar que los canadienses fuera de Quebec ven el Gobierno fede-

ral como el más importante, y que se identifican con «Canadá» no con de sus provincias.

Las evidencias simplemente no sustentan esto.

Hay otras nueve provincias y tres territorios. Varían muchísimo en extensión, riqueza, estructuras económicas, antecedentes históricos, culturas e incluso identidades.

Si bien no tan fuertemente como en Quebec, las identidades y lealtades provinciales son fuertes. Los gobiernos provinciales son actos políticos poderosos, que se consideran socios iguales respecto del Gobierno federal, no como subordinados a él de ninguna manera.

Las diferencias entre el floreciente, rico en recursos oeste de Canadá; el Ontario en declive industrial y de fábricas, y demás, son fundamentales para entender el federalismo canadiense que se está desarrollando en la actualidad.

Hay fascinantes vínculos entre la idea de un Canadá con dos naciones y un Canadá de diez provincias, con Quebec y las otras provincias a veces en tensión, pero también a menudo aliadas en sus tratos con Ottawa.

Las demandas de Quebec para una mayor autonomía han ofrecido un modelo a seguir a las otras provincias. Su rechazo a doblarse a Ottawa les ha ayudado a su vez a reforzar el poder de negociación de Quebec en la federación.

Por lo tanto, Canadá es una sociedad profundamente federal. Y este hecho ha configurado profundamente las instituciones y prácticas federales. Las tensiones regionales han sido constantes en la historia canadiense, desde el siglo XIX la «Política Nacional» que subordinaba los productores de recursos del oeste a los intereses manufactureros, financieros y de transporte basados en el Canadá Central, hasta el presente día. De hecho, las presiones económicas han intensificado recientemente las tensiones regionales. Con la subida global en los precios en las materias primas, especialmente la gasolina, el gas y el potasio, las provincias donde se concentran estos recursos (Alberta, Saskatchewan y, en menor medida, Newfoundland y Labrador) han florecido. Ontario y Quebec, en su tiempo las provincias económicamente líderes, han visto sus tradicionales industrias manufactureras gravemente minadas, en parte debido al alza del valor del dólar canadiense que resulta del auge energético. En el desplazamiento hacia el oeste, los salarios son más altos, el desempleo es menor, y los ingresos de los gobiernos se han visto dramáticamente incrementados. Estas provincias han eliminado virtualmente su deuda pública, y pueden imponer impuestos menores mientras mantienen los servicios.

En el Canadá central la historia es diferente, afrontando un mayor paro, impuestos superiores, y grandes deudas y déficits. El Programa de Igualación canadiense, diseñado, como dice la Constitución, para asegurar a cada provincia los recursos para ofrecer niveles comparables de servicios públicos conforme a niveles comparables de imposición está ahora en seria tensión, sin una fácil solución a la vista —especialmente cuando Ontario, en su momento la más grande y rica provincia, es ella misma receptora de la igualación—.

Gestionar estas tensiones se hace más difícil a causa de algunos caracteres más amplios del sistema federal canadiense. El sistema electoral de mayoría simple premia a los partidos políticos regionales con un apoyo regionalmente concentrado. El resultado es un sistema de partidos regionalizado, en el cual importantes sectores del país pueden sentirse excluidas de la influencia sobre Ottawa. Este efecto se acentúa por el gobierno de un único partido en vez del de coalición, y por una dominación gubernamental combinada con una muy estricta disciplina de partido que limita la capacidad de los miembros del parlamento para hablar en nombre de sus circunscripciones.

LOS CANADIENSES ABORÍGENES

Las divisiones territoriales de región y lengua, inscritas en nuestras instituciones, no son aún la totalidad de la historia canadiense. Dos otras líneas de diversidad son críticas. La primera está grabada en nuestra historia —la división entre Europeos y los pueblos nativos y aborígenes—.

Estos pueblos —la mayoría de ellos ahora viviendo en las ciudades— están desperdigados también entre muchas pequeñas «primeras naciones» a lo largo del país. Son un clásico grupo subordinado, resonante de los pueblos indígenas en otras sociedades colonizadoras, como los Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda y algunos países latinoamericanos también.

Se ha hecho recientemente algún progreso con respecto al reconocimiento de los tradicionales derechos sobre la tierra y autodeterminación, pero la integración y acomodo de los pueblos aborígenes resta quizás uno de los más grandes fracasos de Canadá en el acomodo. Los índices de pobreza, enfermedad, condiciones de vivienda deficientes, resultados educativos y suicidio son mucho más altos en las comunidades aborígenes que entre el resto de canadienses.

MULTICULTURALISMO

La dimensión final de la diversidad a tratar es la tradición de Canadá de multiculturalismo. Canadá por supuesto que ha sido desde sus primeros días un país de inmigrantes. Desde los años setenta el país ha abrazado el «multiculturalismo» como un carácter definidor fundamental del país consagrado en el Derecho y la Constitución.

En proporción a la población, Canadá acepta más inmigrantes que ningún otro país avanzado, cerca del uno por ciento de la población cada año. Estos inmigrantes, en su momento principalmente europeos, ahora vienen de una amplia variedad de países —Chica, Sudáfrica, África y otros—. La aplastante mayoría se asienta en unas pocas áreas metropolitanas —Toronto, Vancouver y Montreal, aunque hay igualmente ahora un movimiento hacia otras ciudades

como Calgary—. Una mayoría de los residentes de Toronto, la más grande ciudad de Canadá han nacido en el extranjero.

Quizás el hecho más característico sobre todo esto sea la poca tensión política que ha habido.

A diferencia de en los Estados Unidos o en Europa, simplemente no hay una oposición política organizada a los inmigrantes y a la inmigración. Cualquier político que expresara tales opiniones sería condenado inmediatamente.

Por lo tanto, puede decirse que esto es una historia de gran éxito de Canadá. No es que no haya tensiones. En los años recientes, los inmigrantes han estado menos bien desde el punto de vista económico. Algunos se preocupan porque las comunidades inmigrantes están viviendo mucho en sociedades aisladas, con poco intercambio con la mayoría u otros grupos.

Y ha habido algún debate sobre lo que llamamos el «acomodo razonable». Hasta qué punto se espera de los inmigrantes que adopten los valores y actitudes «canadienses». ¿Hasta qué punto se les permite y se les acepta que conserven sus previas culturas y prácticas?

Esto en sí mismo se ha expresado con más energía en Quebec, cuando ha existido nerviosismo en torno a la inmigración. El multiculturalismo propugnado por Pierre Trudeau fue visto por algunos como un intento para definir a los francófonos como «solo un grupo étnico más». Y en cuanto a la lengua minoritaria, Quebec se preocupó porque los migrantes fueran más proclives a asimilarse a la mayoría anglófona. Así pues ha trabajado duramente a través de su lengua y de otras políticas para animarles a integrarse dentro de la comunidad lingüística francesa, con algún éxito, aduciendo que el nacionalismo de Quebec esté basado en la lengua y sea más un nacionalismo cívico que étnico.

No obstante, Quebec mantiene también una actitud liberal, y posee una voz importante en la política de inmigración nacional, para asegurar que una gran proporción de los recién llegados a Quebec sean de países francófonos de África y de otros lugares.

Por consiguiente, quizás más que otros países, Canadá gestiona diversidades múltiples, y lo hace por medio de una amplia variedad de políticas y prácticas.

Pero desde el inicio es la división lingüística la brecha históricamente dominante, fundamentalmente en la conformación de las políticas canadienses.

Así pues déjenme ir a mi otro tema principal. Éste es la diferencia entre las interpretaciones francófonas y anglófonas del federalismo canadiense, los medios principales a través de los cuales la dimensión lingüística se institucionaliza. El amplio entendimiento en el Canadá inglés plantearía alguno de los siguientes puntos sobre la diferencia en el acomodo lingüístico en Canadá.

- Que desde la Conquista —con muchas excepciones importantes— el resto de Canadá ha respondido en general positivamente a la diferenciación de Quebec.

- Que Quebec ha sido el piloto principal del excepcional grado de descentralización de Canadá.
- Que mientras no se ha logrado constitucionalmente, Quebec se beneficia de un alto grado de diferenciación y asimetría constitucional.
- Que Quebec ha continuado ejerciendo un alto grado de influencia en las instituciones del Gobierno central —en el periodo postguerra los Primeros Ministros St. Laurent, Trudeau, Mulroney, Martin y Chretien eran todos quebequeses—.
- Que la infrarrepresentación de los quebequeses en los puestos séniores en el Gobierno federal y la función pública documentada en los años sesenta se ha corregido.
- Que las desventajas económicas de los francófonos en los negocios y las rentas, de nuevo del todo documentado por una Comisión Real en los años sesenta, se han invertido.
- Los canadienses ingleses —contrariamente a los puntos de vista de algunos expertos de Quebec que creen que se identifican mucho más fuertemente con el Gobierno federal— están altamente comprometidos con el federalismo, con profundas identidades nacionales y provinciales. Pueden definir de manera diferente a los quebequeses el gobierno compartido y el autogobierno de Elazar pero creen firmemente en él.

De manera más general, algunos dirían que está lejos de ser un fracaso, la participación de Quebec en la federación no ha sido la camisa de fuerza que el antiguo Primer Ministro René Levesque llamaba. Lo que es más destacable es el éxito de la Revolución Tranquila y el proyecto de construcción nacional de Quebec desde los años sesenta.

- Quebec ha sido libre para desarrollar un potente conjunto de políticas para proteger y mejorar el carácter francófono del Estado.
- Ha sido libre para desarrollar un conjunto de políticas sociales altamente progresivas que deberían ser modelo para Canadá.
- Ha sido libre para desarrollar un conjunto de políticas económicas e industriales distintivas, a veces conocidas como «Quebec SA».

Incluso más profundo que eso, en cultura en todas partes, en la sociedad civil y en otras áreas no gubernamentales, Quebec y los quebequeses demuestran dinamismo, una confianza, una vivacidad, un sentido del control de sus vidas que es un potente testimonio de las virtudes de la autonomía provincial y del federalismo descentralizado.

En este contexto, un observador anglófono como éste que escribe podría desear decir que el proyecto de construcción nacional de Quebec ha sido un éxito tremendo.

Los quebequeses ofrecen una interpretación diferente. Para ellos la Conquista de 1749, seguida del gran desarrollo anglófono de Canadá resta un legado histórico que no debe ser ignorado. En el presente, a pesar de todas las

demandas, el resto de Canadá ha fallado a la hora de reconocer el carácter distintivo de Quebec, y el papel del gobierno provincial para preservar y promover esa diferenciación en la Constitución. Ese Quebec se queda como una minoría franco-parlante en un océano anglófono, además una provincia con una proporción a la baja del total de la población canadiense y de la influencia en Ottawa. De hecho, algunos podrían decir que el resultado de las elecciones de 2011, en que fue elegida una mayoría conservadora para el Gobierno federal con pocos escaños de Quebec, es un presagio para el futuro. Si la política canadiense de entre los años sesenta y noventa fue dominada por la búsqueda de acomodo con Quebec, puede mantenerse que las siguientes décadas serán dominadas por la búsqueda de acomodo entre el Este y el Oeste de Canadá, y entre los nativos nacidos y los inmigrantes canadienses.

En conclusión, me he concentrado en las tensiones y conflictos de las relación franco-inglesa.

Esto no debería oscurecer los éxitos que se han hecho conjuntamente. Primero entre esos es nuestra mutua tolerancia. Hemos sabido gestionar como debatir la sucesión —ruptura del país a los ojos de los canadienses ingleses— pacífica y democráticamente por un largo período. Con una importante excepción, en 1980, hubo sólo un único estallido de violencia y un ejemplo de represión estatal en este período.

En segundo lugar, podría decirse que la alianza entre Quebec y el resto de Canadá es un factor central en la capacidad de Canadá para mantenerse independiente de los Estados Unidos.

En tercer lugar, se puede mantener que Canadá ha sido una sociedad multicultural ejemplar en integración.

En cuarto lugar, podría decirse que la justicia y la igualdad para los pueblos aborígenes ha sido nuestra mayor debilidad.

Alain Gagnon, un profesor quebequés con el que no siempre estoy de acuerdo, fue capaz de escribir conjuntamente una historia del federalismo canadiense en la que pudimos encontrar un acuerdo en que lo que distinguía a Canadá es que está profundamente comprometido a negociar la diferencia; somos un «país negociador» desde sus primeros inicios en el encuentro entre comerciantes de pieles y pescadores franceses. Equilibrar y negociar la diferencia no es nunca fácil.

Aún llegaremos a opiniones diferentes. No está claro si tales diferencias —normativas y empíricas— pueden ser resueltas por evidencia y análisis o si hay asuntos *a priori* de fe, no sometidos a evidencia. Y enraizados en los legados históricos que ambos grupos han heredado.

Primeramente, los observadores de fuera, y quizás los quebequeses nacionalistas igualmente, parecerían creer que Canadá es una historia franco-inglesa.

Pero eso no es verdad. Canadá es un país altamente regionalizado.

Confianza y desconfianza entre Harper y Quebec

Guy Laforest
Universidad Laval

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Algunas reflexiones sobre la confianza y sus derivados. 3. Harper y Quebec: 3.1. Los contornos de una profunda desconfianza entre 1986 y 2005. 3.2. Las promesas de una confianza tenue 2005-2008. 3.3. Desconfianza renovada 2008-2012. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo exploraré la relación compleja y en evolución de la confianza y desconfianza entre Steven Harper, al actual Primer Ministro federal de Canadá, elegido por vez primera en 2004 y que prorrogaría su mandato con un gobierno de mayoría el 2 de mayo de 2011, y en el otro lado Quebec. La confianza y la desconfianza son ya asuntos complejos para las ciencias políticas contemporáneas y para los estudios sobre el federalismo. Las haré incluso más complejas al considerar en la relación socios diferentes cualitativa y cuantitativamente: un ser humano que casualmente es el líder político más importante de una democracia federal sofisticada, y en el otro lado una entidad geográfica que resulta ser una sociedad nacional distinta en esta federación. Quebec, aquí, para los fines de este trabajo, englobará las siguientes realidades: la provincia de Quebec, los francófonos de Quebec, el nacionalismo de Quebec y los nacionalistas de Quebec y, finalmente, los líderes políticos de Quebec —aquí me referiré esencialmente al actual presidente de Quebec, Sr. Jean Charest, en el cargo desde 2003—. Aunque la confianza es relacional, y requiere niveles de reciprocidad, observaré este fenómeno en su mayor parte desde la perspectiva del propio Sr. Harper, explorando su trayectoria política e intelectual. Con todo no ignoraré completamente la otra perspectiva, que puede entrecerse por ejemplo de las suertes electorales del Sr. Harper en Quebec en las elecciones federales desde 2004, sino que mi atención se quedará en los elementos fácticos, históricos y de percepción

que, tomados en su conjunto, han configurado la perspectiva cognitiva del Sr. Harper sobre Quebec, que han llevado a lo largo del tiempo a varios grados de confianza y desconfianza.

El trabajo empezará con una exploración de estos dos conceptos primarios, confianza y desconfianza, en la literatura contemporánea de las ciencias políticas. A continuación se procederá a evaluar críticamente las trayectorias intelectual y política del Sr. Harper concentrándose en las dimensiones que se refieren a Quebec, como se ha caracterizado previa y ampliamente. Esta parte se dividirá además en tres subsecciones: 1986-2005, 2005-2008 y 2008-2012. En la conclusión de este trabajo, desearía explorar algunas alternativas para el futuro acerca de la relación entre Harper y Quebec, y puedo intentar aventurarme en aguas comparadas, particularmente aquellas de España, en las consecuencias de las elecciones generales españolas de noviembre del 20 de noviembre de 2011, que llevaron a la formación de un nuevo gobierno con la mayoría del Partido Popular dirigido por Mariano Rajoy.

2. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CONFIANZA Y SUS DERIVADOS

Hasta hace poco, los teóricos políticos han sido más bien descuidados sobre el concepto de confianza, aunque esta idea es bastante central en la filosofía liberal de John Locke sobre la soberanía, la cual explica la relación entre el pueblo y sus representantes electos. La confianza, siguiendo a Locke, es siempre un asunto limitado, no puede ser ciega, es revisable y consecuencialista, dependiendo de cómo se comportan nuestros representantes cuando les «encomendamos» el poder. Antes de explorar con mayor detalle la dimensión cognitiva de la confianza, voy a mostrar su relevancia para mi tema —Harper y Quebec— citando a dos académicos canadienses, Ronald Watts y Norman Wayne, quienes han analizado respectivamente el papel de la confianza en la cultura política de regímenes federales, y su lugar en el contexto de las sociedades multinacionales:

«Las condiciones necesarias para una solución federal: una primera condición previa es la existencia de una voluntad para federarse. Los sistemas políticos federales dependen del apoyo consensual y por lo tanto es poco probable que tengan éxito como soluciones impuestas. En segundo lugar, dado que los sistemas federales implican tanto el autogobierno como el gobierno compartido, sin unos valores básicos y objetivos comunes subyacentes, el fundamento para un gobierno compartido a largo plazo será al final imposible de lograr. En tercer lugar, la confianza es necesaria para hacer funcionar acuerdos federales. Una condición esencial es el desarrollo de una fe y confianza mutua entre los diferentes grupos dentro de una federación y un énfasis en el espíritu de respeto mutuo, la tolerancia y el compromiso.» (Watts, 2010, p. 339)

«Desde el punto de vista de la mayoría, el consentimiento colectivo de los socios federales funciona en un doble sentido: constituye una forma de compromiso y lealtad al proyecto federal por igual por parte de las minorías nacionales, que no puede ser fácilmente eludido. Si las minorías quieren garantías de que los términos fundamentales de la asociación no van a ser violados sin su consentimiento, las mayorías esperarán no menos de las minorías. El lenguaje de la lealtad o de la solidaridad es también probable que figure en la redacción de una constitución justa multinacional (...) Hay enormes beneficios en confiar en una asociación federal y un compromiso demostrado anti-asimilacionismo resulta esencial para asegurar la confianza de las minorías.» (Norman, 2006, pp. 164-165)

Las intuiciones de Watts y Norman nos proporcionan ideas sobre la complejidad de la confianza y la desconfianza en regímenes multinacionales. François Rocher, Alexandre Pelletier y Simeon Richard han tratado de aprovechar estos conocimientos sin dejar de lado la literatura más general sobre la confianza en la sociología política. Las observaciones que siguen pretenden sintetizar sus principales aportaciones. Rocher se basa en el trabajo de Russell Hardin e intenta ir más allá de la confusión entre la confianza y la confiabilidad. Él considera que la confianza es relacional, mientras que la confiabilidad se refiere a la calidad de la persona, o del grupo, a quienes se ha concedido confianza (Rocher, 2012, p. 2) La confianza viene de la valoración positiva que uno hace de la confiabilidad del otro. La confianza, para Rocher, es el resultado de un cálculo, de una evaluación. Creo que esto es muy importante de tener en cuenta a la hora de tratar de una figura política tan cartesiana como Stephen Harper. Si la confianza es sobre el cálculo y la evaluación, está investida de una importante dimensión cognitiva. Esto implica una relación estable entre socios, testada por la experiencia y basándose la misma en un conocimiento sustancial del otro u otros. Enriquecido por su estudio de la literatura sobre sociología política, Rocher se pregunta sobre los desafíos que están por llegar siempre que los estudiosos intenten aplicar a la dinámica de confianza/desconfianza en contextos multinacionales los puntos de vista de la mayoría de los trabajos en la confianza que concentran su énfasis en las relaciones interpersonales diádicas. En contextos multinacionales, las relaciones sociales implicarán una variedad de actores, grupos nacionales mayoritarios y minoritarios, partidos políticos que desean representarlos, líderes políticos, comunidades intelectuales, gobiernos, instituciones estatales. Estas entidades diversas lidiarán no sólo con aquellos de la misma «familia» social (partidos con partidos, gobiernos con gobiernos, etc.), también interactuarán con otros grupos o entidades de una manera transversal. Stephen Harper, por ejemplo, como líder político, ha tratado y está tratando actualmente con la Provincia de Quebec, con el Gobierno de Quebec, con el Sr. Jean Charest, como Primer Ministro de Quebec e interlocutor político clave, pero también, aunque menos sistemáticamente, con el nacionalismo de Quebec y con la comunidad intelectual de Quebec.

La confianza, sin embargo, no es un asunto exclusivamente cognitivo. Se tiene que traducir en una realidad en un espacio político, que en federaciones multinacionales asimétricas resulta que implica relaciones de poder entre las mayorías y las minorías. Alain Noël ha escrito inteligentemente acerca de esta dimensión, invitando a los estudiosos de los regímenes multinacionales, especialmente a los teóricos políticos, a que incorporen a sus reflexiones «los argumentos de poder, así como el poder de los argumentos» (Noël, 2006, p. 438). La existencia de un desequilibrio de poder significa que, en general, como sugiere Rocher, el grupo más importante o influyente no requiere del mismo grado de confianza en su relación con las minorías que a la inversa, ya que sus intereses son más fácilmente preservados o protegidos. Las dimensiones cognitivas y de poder de la confianza, así como algunas otras, se resumen en el Cuadro I, que se reproduce al final de este documento (tomado directamente de Rocher, 2012).

Cuadro I

Confianza-Desconfianza: Dinámicas en un contexto plurinacional marcado por la asimetría de las Comunidades

Tipo de confianza	Relación de poder	Características Institucionales	Dimensión cognitiva	Dimensión normativa
Confianza incondicional	Simétrica	Doble mayoría	Fusión de intereses	Confiabilidad, previsibilidad e interés general
Confianza moderada	Asimétrica	Veto convencional/constitucional	Intereses divergentes y objetivos comunes	Diálogo, compromiso e interés general
Desconfianza moderada	Asimétrica	Capacidad política para bloqueo	Intereses divergentes y desacuerdos concernientes a los objetivos	Presión, compromiso e intereses particulares
Desconfianza radical	Dominación	Unilateralismo mayoritario	Intereses antagónicos	Traición e intereses particulares

Fuente: Reproducido de Rocher 2012, próximamente, con autorización de François Rocher.

En su propio trabajo sobre las relaciones de confianza en las asociaciones de la sociedad civil en contextos multinacionales, Pelletier y Simeon ofrecen un buen complemento a la tipología y reflexiones de Rocher. En cuanto a los tipos de confianza, también sugieren cuatro variaciones:

Rocher	Pelletier y Simon
Confianza incondicional	Confianza sustancial
Confianza moderada	Confianza instrumental
Desconfianza moderada	Cooperación sin confianza
Desconfianza radical	Ausencia de cooperación

Pelletier y Simeon también insisten, como Rocher, en la necesidad en contextos federales tan complejos de un equilibrio entre autonomía e interdependencia. Los autores sugieren que la confianza siempre implica una combinación de dimensiones estratégicas (instrumental) y morales que requieren de buena fe y reciprocidad (Pelletier y Simeon, 2012, p. 4). El ámbito de la confianza es, por supuesto, siempre, o casi siempre, el reino de la incertidumbre. Al reflexionar sobre las dos tipologías de confianza que ofrece Rocher, por un lado y, por Pelletier y Simeon por otro lado, me pregunto si es teórica o empíricamente posible encontrar tal cosa como la confianza incondicional en un contexto multinacional. Por lo tanto, prefiero *prima facie* una sociología política que deposite la confianza sustancial en el ápice. Dudo, no obstante, que la confianza sustancial, en contextos multinacionales, pueda carecer de dimensiones instrumentales. La lógica del interés, en la que tanto Rocher y Noël han insistido, no se puede descartar. Por consiguiente, creo que la noción de Rocher de la confianza moderada es, a primera vista, más útil que la categoría de Pelletier y Simeon de confianza instrumental. Pasaré ahora a la consideración de las relaciones evolutivas respecto de la confianza y la desconfianza entre Harper y Quebec.

3. HARPER Y QUEBEC

3.1. Los contornos de una profunda desconfianza entre 1986 y 2005

Stephen Harper es, sin duda, la figura más importante en la política canadiense desde la llegada del nuevo milenio. En las elecciones federales canadienses de 2000, el Partido Liberal, encabezado por el Sr. Jean Chrétien, ganó su tercera mayoría gubernamental consecutiva. A raíz de las elecciones, el Sr. Stockwell Day, líder del Partido de la Alianza Canadiense, dimitió. Junto con la Alianza Canadiense, otro partido de derecha, el Partido Conservador Progresista de Canadá, fue rotundamente derrotado. Considérense los logros de Stephen Harper desde esos acontecimientos: en 2002, se convirtió en el líder del Partido de la Alianza Canadiense; en 2003, jugó un papel decisivo en la fusión de los dos partidos de la derecha y se convirtió en nuevo líder del Partido Conservador de Canadá; en 2004, su partido logró reducir el Partido Liberal, entonces dirigido por Paul Martin, a la condición

de gobierno en minoría tras las elecciones federales celebradas en junio; en enero de 2006, el Sr. Harper se convirtió en el Primer Ministro de Canadá tras el triunfo de su partido que formó un gobierno de minoría; en octubre de 2008 el Sr. Harper prometió su cargo como Primer Ministro, al ganar un segundo mandato al frente de un gobierno de minoría. En mayo de 2011, el día de su mayor triunfo hasta la fecha, el Sr. Harper y su partido ganaron las elecciones federales canadienses y formaron su primer gobierno de mayoría, al tiempo que demolían completamente a los dos partidos de oposición, los Liberales dirigidos por Michael Ignatieff y el Bloque Quebequense conducido por Gilles Duceppe. Ambos líderes fueron derrotados en sus propios distritos. Tal y como están las cosas, en la primavera de 2012, el Bloque Quebequense tiene un nuevo líder, Daniel Paille, pero es relegado a los márgenes del Parlamento sin el estatus y los recursos de un grupo parlamentario. Los Liberales tienen un líder interino en la persona de Bob Rae. Y los Nuevos Demócratas, que acababan de lograr mayoría de los escaños en Quebec por vez primera, están en el proceso de selección de un nuevo líder tras la muerte del anterior, el muy estimado Jack Layton. Stephen Harper, en este contexto, domina en la cima de la esfera de poder de la política canadiense.

Nacido en Ontario en 1959, el Sr. Harper se trasladó a Alberta y al Oeste de Canadá con veinte años. Se involucró en la política federal en ese momento, apoyando a Jim Hawkes, su candidato conservador local quien fue elegido en 1984. Cuando Brian Mulroney se convirtió en Primer Ministro de Canadá se alejó del Gobierno del Sr. Mulroney y del Partido Conservador Progresista de Canadá, al sentirse decepcionado con el trato al Occidente de Canadá, con el modo de conducir las relaciones federal-provinciales y la política constitucional durante la saga del Lago Meech (1987-1990), y su apoyo de las políticas intervencionistas, políticas económicas y sociales estatistas, acerca de cuestiones tales como el seguro de desempleo. Se posicionó con el movimiento populista occidental de Preston Manning, hizo un discurso en el congreso fundacional del Partido Reformista a finales de octubre de 1987, y pronto se convirtió en asesor sénior de política de Manning como líder. Los contornos de profunda desconfianza y sospecha del Sr. Harper sobre Quebec ya estaban bien establecidos en ese momento. Insistí en la sección anterior sobre el hecho de que la confianza está dotada de una importante dimensión cognitiva. Ésta se crea a lo largo del tiempo, en una multiplicidad de experiencias. En el caso del Sr. Harper, muchas de estas experiencias fueron compartidas con otra persona significativa John Weissenberger, con quien desarrolló una profunda relación personal en sus primeros años en el Oeste.

Weissenberger había pasado la primera parte de su vida en Quebec, parte de la minoría anglófona de Montreal, durante los años llenos de acontecimientos entre la Crisis de Octubre de 1970, las leyes lingüísticas de 1974 y 1977, que culminaron con la victoria del Partido Soberanista quebequense de René Lévesque en las elecciones de 1976. Con Weissenberger, Harper llegó a desarrollar una visión del régimen lingüístico de Quebec como que coartaba

la libertad de expresión y la primacía de los derechos individuales. Como William Johnson, biógrafo de Harper, argumenta, ambos desarrollaron un entendimiento profundamente conservador de Canadá y del mundo (Johnson, 2005, p. 43). En lo que respecta a la interpretación filosófica de la modernidad, acabaron apoyando una visión liberal fuertemente individualista considerando al Estado como un mero instrumento para apoyar los objetivos y proyectos de los individuos. Debido tanto a la visión de Friedrich Hayek del orden espontáneo, se aliaron con el libre mercado y se mantuvieron inmensamente suspicaces respecto de las intervenciones del Estado en los asuntos económicos y sociales. Esto jugó un papel en la visión de Harper sobre Quebec. Desde la Revolución Tranquila a principios de los años sesenta, el Estado había sido utilizado por una élite académica e intelectual política de clase media alta para servir a los intereses de la mayoría francófona. El Partido Quebequés de René Lévesque podría considerarse que persigue este proyecto. A partir de ese momento, Harper se había alineado con al menos un enfoque libertario débil en las políticas económicas y sociales, tratando de limitar lo más posible las intervenciones del Estado (Johnson, 2005, p. 47). Weissenberger y Harper en ese momento también se autoproclamaron conservadores en el sentido de Burke, dando más valor a las tradiciones y convenciones a partir de la experiencia británica, recalcando el gradualismo reformista y la sospecha profunda sobre el cambio radical, revolucionario. Esta dimensión aumentó la desconfianza de Harper hacia Quebec. Durante la Revolución Tranquila, el elitismo estatista de Quebec había optado por un cambio radical y, a mediados de los años setenta parecía convertirse en aún más revolucionario con el proyecto del Partido soberanista quebequés dirigido a asegurar la secesión de Quebec de Canadá. En materia de idiomas, Weissenberger y Harper consideraban a Quebec profundamente desleal.

Por un lado, según ellos, Quebec y los francófonos de Canadá se beneficiaban de la simetría oficial del régimen lingüístico pan-canadiense de bilingüismo de Pierre-Elliott Trudeau, mientras que Quebec ejecutaba dentro de sus fronteras un régimen de monolingüismo oficial en detrimento de los derechos de los quebequeses anglófonos. Para empeorar las cosas, la cultura política de intervencionismo estatista de Quebec era considerada por ellos completamente arraigada en Canadá, con la dominación del Partido Liberal en general y con la visión de Pierre-Elliott Trudeau en particular. Y para empeorarlas aún más, en los años setenta, el Gobierno federal Trudeau pareció embarcarse en un camino a la colisión con Alberta y otras provincias occidentales sobre el control de los recursos naturales. Junto a su amigo Weissenberger, Harper se sintió profundamente incómodo con los ataques percibidos de Quebec sobre el conservadurismo económico y epistemológico de Hayek, sobre el conservadurismo político de tipo Burke, sobre la defensa de principios conservadores del imperio de la ley en la tradición británica del que Canadá está considerado como uno de los herederos más importantes del mundo. Según su biógrafo, Stephen Harper ha mostrado siempre un gran respeto a la visión del Sr. Trudeau de repatriar la constitución canadiense en 1982, enriqueciéndola con una Carta de

Derechos y de las Naciones y tratando de consolidar Canadá como una nación. Al mismo tiempo, filosóficamente, se oponía profundamente a las políticas del Sr. Trudeau sobre temas tales como idiomas y recursos, a imponer a todo Canadá la cultura de Quebec de estatismo nacionalista. El Sr. Trudeau y su Partido Liberal, de acuerdo con Stephen Harper, en la década de los ochenta, estaban obsesionados con la cuestión de Quebec y descuidaron los objetivos superiores de justicia individual y regional para todos los canadienses.

Más allá de Hayek y Burke, Weissenberger y Harper también estaban bastante influidos en la década de los ochenta por un libro escrito por Peter Brimelow, que miraba estratégicamente al futuro de Canadá en América del Norte y en el mundo, desde una perspectiva más bien churchilliana fuertemente predispuesta a favor de los pueblos de habla inglesa y su contribución a la historia de la humanidad. Brimelow ofrecía una visión de la importancia y papel de Quebec en la historia de Canadá. Weissenberger y Harper leyeron el siguiente pasaje de una década después de la primera victoria de Lévesque, cinco años después del fallido referéndum de soberanía de 1980, y justo cuando Brian Mulroney, Roberto Bourassa y otros políticos canadienses estaban a punto de ponerse de acuerdo sobre los términos del Lago Meech que reconocía a Quebec como una sociedad distinta dentro de Canadá, y le concedía al Gobierno y la Asamblea Nacional de Quebec, el estado de Quebec, desde la perspectiva constitucional de Harper la facultad constitucional de legislar para proteger y promover Quebec como sociedad distinta.

«La historia y la política de Quebec están dominadas por una única gran realidad: el surgimiento de la nación francófona. El proceso ha sido lento, complejo y agonizante. Ha habido comienzos fallidos, las reversiones y largos períodos de inactividad. Pero durante más de doscientos años, su sentido último ha sido el mismo: ir cada vez más hacia la autoexpresión, como la planta que crece en busca la luz.» (Brimelow, 1986, p. 180)

Desde la primera firma del Acuerdo del Lago Meech en 1987 hasta su feneamiento en 1990 a los referéndums canadienses y quebequenses de 1992 sobre el Acuerdo de Charlottetown, Stephen Harper, en solidaridad con Preston Manning y el Partido Reformista o por sí mismo, actuó en base a su conservadurismo de principios y sobre las dimensiones cognitivas y normativas de su desconfianza hacia Quebec para combatir enérgicamente las transformaciones constitucionales que estos proyectos ofrecían a Canadá. En esencia, Harper se oponía firmemente al estatus especial, real o percibido de Quebec, adhiriéndose a una visión de la igualdad individual, provincial y regional bajo el paraguas del estado de derecho canadiense. Como occidental y como un conservador histórico canadiense, desarrolló una comprensión del federalismo que permitía provincias fuertes y una descentralización sustancial. El Lago Meech y sus disposiciones de sociedad distinta no sólo estaban en desacuerdo con su visión de la igualdad provincial, también significaban que el estado de Que-

bec podría llegar a ser incluso más intervencionista, investido de la autoridad constitucional para preservar y promover una sociedad distinta. Por otra parte, al conceder a Quebec el derecho de veto, el Lago Meech significaba que el proyecto ansiado del Partido Reformista de un Senado Triple-E (igual, eficaz y electo), probablemente nunca vería la luz porque Quebec se opondría. Curiosamente, parece pertinente al examinar la confianza y la desconfianza en contextos multinacionales remarcar que Harper, durante la era del Lago Meech, pensara que Quebec no había pedido o propuesto que se le otorgara tal significativa concesión para sí mismo, lo que podría haber sido «una renuncia a una clara opción de secesión» (Johnson 2005, p. 83). Obviamente, desde perspectivas opuestas desarrolladas en ese momento en el Gobierno de Quebec o en los círculos políticos e intelectuales de Quebec, el Acuerdo del Lago Meech era por supuesto interpretado bajo una luz muy diferente, vinculado a la transformación sustancial de la Constitución canadiense en 1982 sin el consentimiento de Quebec, por lo que se consideraba necesario para restablecer la confianza en el proyecto federal canadiense. Sin embargo, mi atención en este trabajo sigue siendo la importancia de la trayectoria de Harper y de su perspectiva. Su punto de vista sobre las cuestiones de la confianza y la desconfianza sigue siendo mi preocupación principal.

Desde el Acuerdo de Charlottetown a finales de la década incluyendo los meses aciagos antes, y después, el referéndum de 1995 de Quebec, Stephen Harper se mantuvo firme en su intento de mantener, con frialdad, analíticamente, con precisión, la coherencia de su visión de la política y de su visión de Canadá. Harper tenía recelos epistemológicos y filosóficos acerca de la dirección de la política en Quebec —demasiado estatismo—. De Brimelow, traía fuertes prejuicios sobre de la inevitabilidad histórica de la búsqueda de Quebec por formas cada vez mayores de soberanía y auto-determinación política —demasiado nacionalismo quebequés—; además, no le gustaban las ambigüedades que rodeaban las luchas de Quebec por la soberanía y la autodeterminación y sus relaciones con el imperio de la ley en Canadá, en otras palabras, con la primacía de la Constitución canadiense. Con Manning y el Partido Reformista, pero también actuando por su cuenta, buscó un mayor compromiso a Canadá como nación por parte de Quebec, y buscó una mayor claridad con respecto a la legalidad de cualquier empresa secesionista. Después del Referéndum de Quebec de 1995, del asunto de la cuestión al Tribunal Supremo de Canadá de 1998 sobre la secesión de Quebec, y de la ley aprobada por el Parlamento de Canadá a principios de 2000 bajo la iniciativa de Jean Chrétien y Stéphane Dion, conocida como la Ley de claridad, todo junto puede considerarse que ofrecía una satisfacción sustancial a Harper, a sus acciones y visión de principios de los noventa. En conjunto, la sentencia del Tribunal Supremo y la Ley de claridad reiteraron los principios fundamentales de la Constitución canadiense —el federalismo, la democracia, el constitucionalismo y el estado de derecho, el respeto de los derechos de las minorías—, establecieron un marco legal para la secesión de una provincia canadiense den-

tro de las categorías de la Constitución —después de un referéndum sobre una cuestión clara que se traduzca en una respuesta clara que conduzca a negociaciones en las que todas las partes deberían mostrar buena fe y respeto por los principios de la Constitución—, y se especificaban bajo que condiciones el Parlamento canadiense federal consideraría que la cuestión sería clara y la respuesta igualmente nítida. Los dos pasajes que voy a citar provienen de una moción sometida a un congreso del Partido Reformista durante la saga Charlottetown, y de una proposición de ley en concreto que Stephen Harper sometió a la Cámara de los Comunes canadiense en 1996, en el tiempo inmediatamente posterior al segundo referéndum de Quebec. Estos dos pasajes revelan mucho sobre el contexto de la época, que utilizando los términos de la tipología de Rocher, se caracterizaba por la desconfianza radical (falta de cooperación de acuerdo con Pelletier y Simeon), de los nacionalistas de Quebec y los secesionistas desde la perspectiva de Harper y una amplia parte de la opinión canadiense. Tomados en conjunto, estos dos pasajes son, para mí, los predecesores intelectuales del «Plan B» del Gobierno central canadiense en los años Chrétien-Dion, de la cuestión del Tribunal Supremo sobre la secesión y de la propia Ley de claridad. Ellos contribuyeron, posiblemente, a una transformación del clima de la política en Canadá a finales de los años noventa, de la desconfianza radical a la desconfianza moderada (Rocher), o de la ausencia de cooperación a la cooperación sin confianza (Pelletier y Simeon). Este paso de la desconfianza radical a la desconfianza moderada obviamente es lo que caracteriza aquí, si no estoy errado, la opinión pública en la mayoría de la nación de una federación multinacional. Más allá de estos pasajes, sin embargo, creo que nada había cambiado realmente en torno a la desconfianza de Stephen Harper sobre Quebec.

«Considerando que las concesiones hechas a causa de esta amenaza separatista están demostrando para muchos ser costosas, ineficaces, una fuente de fricción profunda entre Quebec y el resto de Canadá, y una barrera para el desarrollo de los objetivos nacionales para el país en su conjunto (...) Se resuelve que el Partido Reformista declare claramente su convicción de que la Confederación debería mantenerse, pero que sólo podrá ser mantenida a través de un claro compromiso de Canadá como nación, en el que las demandas y aspiraciones de todas las regiones tienen derecho a la misma consideración en las negociaciones constitucionales y en el debate político, y en el que la libertad de expresión es plenamente aceptada como fundamento para la política lingüística en todo el país.» (Citado por Johnson, 2005, p. 147)

«Una declaración unilateral de independencia por parte del Gobierno de Quebec o del legislativo de Quebec, o la negativa de cualquiera de ellos a someterse a cualquier ley canadiense que se aplique en Quebec es ilegal y no tiene vigencia ni efectos con respecto a la Constitución de Canadá y las leyes generales de Canadá y no afecta: (a) a la competencia del Parlamento para aprobar leyes que tengan efectos en Quebec,

(b) a la capacidad del Gobierno de Canadá para gobernar Quebec como una provincia de Canadá, (c) a la competencia de la tribunales para aplicar la ley de Canadá en Quebec o (d) al mantenimiento de Quebec como parte de Canadá bajo la ley canadiense.» (Citado por Johnson, 2005, p. 255)

Al evaluar la relación de Harper con Quebec, creo que no ha habido realmente un cambio sustancial entre 1996, año en que Harper presentó esta proposición de ley al Parlamento, y finales de 2004, poco después de su primera campaña electoral federal como líder de las fuerzas reunidas de la derecha y del Nuevo Partido Conservador de Canadá. En 2004, luchando contra el Partido Liberal dirigido por Paul Martin, los conservadores de Harper consiguieron 99 miembros del Parlamento, y redujeron a los liberales a la condición de gobierno en minoría. Sin embargo, su rendimiento fue pésimo en Quebec, con menos del 9% de los votos y sin representantes electos. Entre 1996 y 2004, Harper se mantuvo firme en que Quebec no necesitaba ninguna forma de estatus especial, ningún nuevo reconocimiento sustancial o simbólico, que estaba legal y plenamente integrado en Canadá. En esencia, la única diferencia fundamental entre su grupo y sus adversarios liberales era que los conservadores abrazaban una forma de federalismo que parecía más respetuosa con los poderes de las provincias. Si nada sustancial había cambiado realmente, algunas señales indicaban que Harper podría reconsiderar, al menos en parte, su propia visión, su enfoque al entendimiento de Quebec y de Canadá. Voy a considerar estas señales en la introducción del siguiente apartado, que abarca el período 2005-2008.

3.2. Las promesas de una confianza tenue 2005-2008

La visión conservadora de Stephen Harper privilegia los valores libertarios de mercado sobre el Estado de Bienestar y la cultura política que lo apoya, promueve los derechos individuales y los valores de la familia frente al hedonismo y el nihilismo de gran parte de la última modernidad de Occidente, alimenta una política de conflicto que favorece a los contribuyentes desde el sector privado sobre los receptores de asistencia social, alberga enormes sospechas, como hemos visto frente al estatismo nacionalista de Quebec y a su percepción de ausencia de compromiso frente a Canadá, y promueve la comprensión del federalismo canadiense que otorga al menos igual valor al federalismo y a la fundación de 1867 que a la refundación realizada por Pierre Trudeau con la repatriación y la Carta de Derechos y Libertades en 1982. El pensamiento de Harper integra totalmente la visión de la política que lo ve todo como fundamentalmente conflictual. Con el fin, por lo tanto, de asegurar una presencia duradera de su visión con todos sus elementos en el Canadá del siglo XXI, cree que el Partido Conservador debe intentar la hercúlea tarea de des-

plazar al Partido Liberal como partido dominante en el sistema político. A partir de 1996, en delante de manera gradual, Harper actuará bajo la premisa de que, en orden a asegurar un anclaje estable de su visión, con el fin de desplazar a los liberales, los conservadores tenían de algún modo que hacer las paces con Quebec. Yo uso la expresión confianza tenue para caracterizar el cambio que se produjo en el enfoque de Harper y que se puede ver claramente en acción en los discursos que realizó en la ciudad de quebequesa de Montreal en diciembre de 2005 y enero de 2006, en medio de la campaña electoral federal que llevó a la formación de un gobierno de minoría conservadora. En estos discursos, y en algunos pronunciamientos a partir de entonces, Harper acuñaría una nueva doctrina, «*fédéralisme d'ouverture*», que puede ser traducido como «federalismo abierto» o «federalismo de apertura» (Pelletier, 2008; y Hébert, 2007). Me resulta claro que el «*fédéralisme d'ouverture*» como una forma de confianza tenue hacia Quebec correspondía a lo que Pelletier y Simeon llamaban confianza instrumental. Una vez más, esto no es necesariamente negativo o peyorativo. Todo el mundo tiene intereses: líderes políticos, gobiernos, naciones. La confianza tenue o instrumental es un progreso en las dos categorías inferiores de nuestras dos tipologías, desconfianza moderada (Rocher) o cooperación sin confianza (Pelletier y Simeon). Con el tiempo, porque la confianza está investida de una dimensión cognitiva que integra el significado y las consecuencias de las experiencias, la confianza tenue o instrumental puede estabilizarse en confianza moderada. Quisiera argumentar que, sin embargo, interpretemos como interpretemos las promesas del «*fédéralisme d'ouverture*» entre 2005 y 2008, no se estabilizaron en una confianza moderada, por lo tanto, llevaron a nuestro último y, posiblemente presente, momento en las relaciones entre Harper y Quebec, que se caracterizarían por una renovada desconfianza de 2008 a 2012.

Las semillas de la confianza tenue o instrumental entre Harper y Quebec se plantaron ya en 1996, cuando Harper evocó en Calgary en una convención política de filosofía conservadora las condiciones que permitirían a la derecha política canadiense volver a establecerse como una fuerza mayor para competir con, y en su caso desplazar al Partido Liberal, como el grupo político principal en el país. En ese momento, Harper creía que cada vez que las fuerzas conservadoras se habían unido para ganar una elección, incluyeron gentes de tres grupos: gentes de Ontario y del Canadá Atlántico que habían apoyado tradicionalmente al antiguo Partido Conservador; gente del oeste de Canadá que había apoyado históricamente a varios partidos populistas del Occidente; a finales de los noventa, el Partido Reformista; y, por último, las personas vinculadas con la tradición nacionalista en Quebec que no habían abandonado por completo la idea de un Canadá federal como proyecto político (Johnson, 2005, p. 264). En 1996, Harper tenía muy poco que decir acerca de las formas en que tal coalición se podría formar de nuevo en el futuro. En los años siguientes, los acontecimientos se desarrollaron creando algunas condiciones previas para la realización de este proyecto.

Después de tres gobiernos de mayoría consecutivos obtenidos por Jean Chrétien, el Partido Liberal se estaba viendo cada vez más envuelto en un conflicto fratricida en el que participaban los partidarios del Sr. Chrétien y los de su archi-rival, Paul Martin. Este último finalmente prevalecería y sustituiría al Sr. Chrétien en el invierno de 2004. En Quebec, las cosas comenzaron a cambiar en 2003, cuando el Partido Liberal de Quebec, bajo el liderazgo del Sr. Jean Charest ganó las elecciones el 14 de abril e impulsó el soberanista Partido Quebequense en la oposición.

El Sr. Charest y sus liberales eran federalistas comprometidos y comprensivos con el nacionalismo canadiense sin dejar de ser nacionalistas autonomistas quebequenses. Ellos desarrollaron un enfoque coherente hacia el federalismo canadiense, con el deseo de mejorar la calidad de las relaciones intergubernamentales horizontales a través de la creación de una nueva institución de cooperación entre las provincias y territorios, que rápidamente vio la luz como Consejo de la Federación a finales de 2003. Rápidamente, el Sr. Charest y el Primer Ministro de Canadá tuvieron éxito en cambiar el clima de las relaciones federales-provinciales al cerrar, junto con otros líderes provinciales, en el otoño de 2004, un nuevo acuerdo de diez años para financiar conjuntamente el sistema sanitario en Canadá, completando este acuerdo con otro paralelo, asimétrico entre el Gobierno central y Quebec. El Sr. Martin y su gobierno tuvieron menos éxito en Quebec con la creación de una Comisión de Investigación, encabezada por el juez John Gomery, que exploraría las formas en que la normativa de muchos departamentos administrativos federales no era respetada, mientras se empleaban medios irregulares para financiar el Partido Liberal federal, en un muy extenso plan para tratar de reforzar un sentimiento de lealtad a Canadá en Quebec tras las secuelas del referéndum de 1995. Las suertes electorales del Partido Liberal de Quebec, ya debilitadas en 2004, podrían ser heridas de muerte si la situación era debidamente explotada por sus adversarios. En resumen, estos eventos proporcionaron al Sr. Harper una oportunidad de la que él comenzó a apoderarse durante las primeras semanas de la campaña electoral federal de diciembre de 2005 y enero de 2006, cuando expuso los principales aspectos de su nueva doctrina del «*fédéralisme d'ouverture*»:

- a) más allá de federalismo dominante y paternalista, mostrar un mayor respeto hacia las competencias constitucionales provinciales y la división de poderes;
- b) fomentar una mejor colaboración y coordinación con las provincias y circunscribir el poder de gasto de Ottawa;
- c) reconocer la existencia de un desequilibrio fiscal vertical entre Ottawa y las provincias y la voluntad de actuar sobre este problema;
- d) reconocer las responsabilidades especiales culturales e institucionales de Quebec y atribuir un papel importante al Gobierno de Quebec en la delegación canadiense en la UNESCO;

- e) en las relaciones Canadá-Quebec, ofrecer un notable cambio de tono: «vamos a cambiar el debate, cambiar el programa y cambiar la federación». (El federalismo de apertura de Harper se describe en Pelletier, 2008, así como en Caron y Laforest, 2009).

Se puede argumentar que el sorprendente coqueteo nuevo del Sr. Harper con Quebec fue el elemento clave que llevó a la victoria de los conservadores en 2006, permitiendo así que el Sr. Harper se convirtiera en Primer Ministro de Canadá (Hébert, 2007, p. 10). En 2006, el Sr. Harper y su partido habían hecho más que un avance modesto en Quebec. Ganaron diez escaños en la provincia, mientras que no habían logrado ninguno en 2004, y obtuvieron un 24,6% de los votos, frente al 8,8% en 2004. Entre Harper y Quebec, entre 2005 y 2007-2008, las cosas estaban lejos de ser perfectas. El Sr. Harper era, y sigue siendo, demasiado conservador y anti estatista para la opinión mayoritaria de izquierda y centro de Quebec y para sus élites políticas. En estas circunstancias, habría sido totalmente impropio esperar una confianza incondicional o sustancial entre Harper y Quebec. No obstante, por un tiempo, al menos durante dos años, parecía como si Harper y Quebec estuvieran remando conjuntamente por las aguas de confianza instrumental y moderada.

Aunque el gobierno minoritario conservador liderado por Harper no ha logrado cumplir con su promesa de elaborar una así llamada «*Charte du fédéralisme d'ouverture*», creo que hay un cierto consenso en Quebec en que el Sr. Harper logró entre 2006 y 2008 avances significativos en la mayoría de los elementos de este programa. Considerando, además, que el Sr. Harper ha trasladado a la Cámara de los Comunes a finales de 2006 una resolución que reconociera que los quebequenses forman una nación en un Canadá unido, que ha demostrado un gran respeto por la lengua francesa, que ha puesto de relieve aquí y en el extranjero el papel de Quebec en general, y de la ciudad de Quebec en particular en la fundación de Canadá, es un poco sorprendente que no lograra avances sustanciales en Quebec en las elecciones federales de otoño de 2008. En octubre de 2008, los conservadores del Sr. Harper ganaron las elecciones una vez más, de nuevo formando un gobierno de minoría, una vez más, con 10 escaños en Quebec, pero con un apoyo electoral reducido al 21,7%. Cualquier análisis de estos asuntos ha de ser cuidadoso. En verdad, el motor del «*fédéralisme d'ouverture*» había ido perdiendo parte de su energía a partir del inicio de 2007, en una variedad de asuntos: las declaraciones sobre la necesidad de circunscribir el poder de gasto habían sido tímidas en el mejor de los casos, quedaban algunas ambigüedades en cuanto a que realmente quería decir el Sr. Harper en torno a la solución nacional, a los proyectos de reforma del Senado, junto con el deseo de establecer una mayor igualdad provincial en la Cámara de los Comunes dando más escaños a Ontario, Alberta y la Columbia Británica (ideas de reforma para las que encontró resistencia en Quebec) y la idea de un regulador de los mercados bursátiles con

sede en Ottawa, han tenido una fuerte resistencia en la ciudad federalista de Quebec. Es más, el Sr. Harper entre 2006 y 2008 no ha mostrado ningún entusiasmo hacia la coordinación racionalizadora a través de las Conferencias regulares y más racionales de Primeros Ministros y, en general, se ha mantenido al margen de la idea de volver a abrir el filo constitucional en orden, entre otras cosas, a reconoce formalmente la identidad nacional de Quebec. Añádase a esto la grieta entre el Sr. Harper y el Primer Ministro de Quebec, Jean Charest, que data de la decisión de este último de reducir los impuestos sobre la renta tras las secuelas del presupuesto federal de 2007 que abordase el tema de equilibrio fiscal, y se obtiene un retrato más realista de la relación entre el Gobierno del Sr. Harper y Quebec. En algún momento entre 2007 y 2008, el motor de la confianza tenue o instrumental entre el Sr. Harper y Quebec descarriló. Voy a explorar las dimensiones psicológicas en el próximo apartado.

3.3. Desconfianza renovada 2008-2012

En las elecciones federales canadienses del 2 de mayo de 2011, Stephen Harper vio a su Partido Conservador ganar cómodamente las elecciones, obteniendo 166 de los 308 escaños con el 39,6% de apoyo electoral —véase el Cuadro II— y en los días posteriores, formó el gabinete de su primera mayoría gubernamental. Sin embargo, lo hizo con un apoyo considerablemente re-

Cuadro II
Resultados de las elecciones generales canadienses, 2000-2011

Año		Alianza- Reforma	Bloque Quebequés	Liberal	Nuevo partido democrático	Partido Conservador*	Partido Verde	Inde- pen- dientes	Otros partidos	Total**
2000	% votos válidos	25,51	10,71	40,8	8,5	12,2			2,2	301
	N.º escaños	66	38	172	13	12			0	
2004	% votos válidos		12,4	36,7	15,7	29,6	4,3	0,3	1	308
	N.º escaños		54	135	19	99	0	1	0	
2006	% votos válidos		10,5	30,2	17,5	36,3	4,5	0,5	0,5	308
	N.º escaños		51	103	29	124	0	1	0	
2008	% votos válidos		10	26,3	18,2	37,7	6,8	0,6	0,4	308
	N.º escaños		49	77	37	143	0	2		
2011	% votos válidos		6,1	18,9	30,6	39,6	3,9	0,4	0,5	308
	N.º escaños		4	34	103	166	1			

* El Partido de Reforma-Alianza se fusionó con el Partido Progresista-Conservador para formar el Nuevo Partido Conservador de Canadá en 2003.

** En 2003, igualmente, el número de escaños en la Cámara canadiense de los Comunes, la cámara baja del Parlamento, pasó de 301 a 308 escaños.

Cuadro III

Votos obtenidos por la Alianza-Reformista-Conservadores Progresistas, y después por el Partido Conservador en Quebec, 2000-2011

Año de la elección	% de votos	N.º de escaños
2000	5,6	1
2004	8,8	0
2006	24,6	10
2008	21,7	10
2011	16,5	5

ducido en Quebec, pasando de 10 a 5 escaños, de un 21,7% a un 16,5% de apoyo electoral —consúltese la Tabla III—. Durante estas elecciones, cambios políticos sísmicos se habían producido en Quebec, con el Nuevo Partido Democrático dirigido por Jack Layton pasando de 1 a 58 escaños, obteniendo un 42% de apoyo electoral y con el colapso tanto de los soberanistas quebequeses del Bloque Quebequense liderado por Gilles Duceppe y el Partido Liberal dirigido por Michael Ignatieff. En la campaña previa a las elecciones, se hizo evidente que el Sr. Harper y los conservadores aplicaban una estrategia diferente a la que habían utilizado en 2006 y 2008, poniendo mucho menos énfasis en todo lo relacionado con «*fédéralisme d'ouverture*». La creación de empleo, el apoyo a las familias, la eliminación del déficit, proporcionar una mayor seguridad a los canadienses, proteger Canadá aquí y en el exterior mediante el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas e invertir en el desarrollo y la seguridad del Norte, esas eran las prioridades de los conservadores en 2011, y no tenían nada particular que ofrecer a Quebec. Es evidente que el partido más rico y mejor organizado en Canadá, los conservadores liderados por Harper, trataron de asegurarse una mayoría ganando en Ontario, las Marítimas y la Columbia Británica, seleccionando estratégicamente los escaños potenciales y segmentando inteligentemente el electorado. En los meses posteriores a las elecciones, el nuevo gobierno de mayoría cumplió las promesas de campaña del Sr. Harper.

El programa del gobierno, tal y como apareció en el Discurso del Trono, pronunciado por el Gobernador General el 3 de junio de 2011, incluiría las siguientes prioridades: apoyar el crecimiento y el empleo, la eliminación del déficit, el apoyo a las familias trabajadoras, la protección de Canadá, ayudar a los canadienses respetuosos con la ley, ayudar a las comunidades e industrias, promover la integridad y la responsabilidad. La última prioridad incluye ideas tales como la reforma del Senado, una representación más equitativa en la Cámara de los Comunes mediante la concesión de más escaños a Ontario, Alberta y la Columbia Británica, y eliminar el apoyo estatal para la financiación de los partidos políticos. Todos estos elementos llevan al Sr. Harper a un camino de colisión con el Gobierno liberal del Sr. Charest en Quebec y con la corriente de opinión

pública dominante de la provincia. La cooperación existe entre los gobiernos del Sr. Harper y del Sr. Charest, tal y como quedó demostrado por el acuerdo sobre la armonización de impuestos sobre las ventas que transfirió dos billones de dólares a Quebec el 30 de septiembre de 2011, pero yo diría que éste es un ejemplo de cooperación sin confianza. Es más, el Sr. Harper se vio obligado tras las elecciones a reorganizar el personal de la Oficina del Primer Ministro con la dimisión de su Secretario de Prensa, Dimitri Soudas, que también pasó a ser su principal asesor sobre Quebec. Lo reemplazó con Angelo Persichilli, un veterano de los medios étnicos en Toronto que no habla francés y que hizo comentarios despreciativos sobre el papel de Quebec en Canadá en el pasado reciente. Teniendo en cuenta todos estos hechos, la pregunta que ha de hacerse es la siguiente: ¿qué fue mal entre el Sr. Harper y Quebec entre 2007-2008 para explicar este cambio de rumbo, este movimiento de la confianza instrumental o tenue a la desconfianza renovada?

Cada vez que los socios en una relación pasan de una profunda desconfianza (desconfianza radical, ausencia de cooperación, cooperación sin confianza, en las tipologías del Cuadro I que he utilizado aquí) a una confianza instrumental o tenue, el asunto en su conjunto sigue siendo muy frágil. Creo que en la era del «*fédéralisme d'ouverture*» y de la confianza tenue, la postura del Sr. Harper hacia Quebec empezó a cambiar en la primavera de 2007, en el marco de la campaña electoral que finalmente vio a los liberales del Sr. Charest reducirse al estado de un gobierno en minoría, con la ADQ¹ de Mario Dumont reemplazar el Partido Quebequense como oposición oficial. Antes de las elecciones, el Gobierno del Sr. Harper en Ottawa había anunciado que en la resolución de la cuestión de la existencia de un desequilibrio fiscal entre el Gobierno central y las provincias, que había sido durante años una de las prioridades de Quebec y del Gobierno del Sr. Charest, Quebec recibiría más de mil millones de dólares. El Sr. Charest siempre había dicho que Quebec necesitaba este dinero para hacer frente a los crecientes costes en sus competencias más importantes, la sanidad y la educación. Sin embargo, al final de un primer mandato en el gobierno difícil, el Sr. Charest prefirió utilizar estas subvenciones para ofrecer a los votantes de Quebec una sustancial reducción del impuesto sobre la renta. Obviamente, el Gobierno de Quebec tiene perfecto derecho a hacer con sus ingresos lo que quiera dentro del imperio de la ley y dentro de su terreno competencial en la federación. El Sr. Harper, no obstante, que había gastado parte del capital político en el resto de Canadá para reconocer la legitimidad del asunto del desequilibrio fiscal, debió haberse sentido bastante sorprendido y profundamente decepcionado por el cambio. El Sr. Charest empeoró las cosas, en 2007-2008, no sólo por estar en desacuerdo con la política del Gobierno de Harper en cuestiones medioambientales como el cambio climático, sino también por la fuerza con que se expresó sobre este desacuerdo

¹ Acrónimo de *Alliance Democratique québécois*.

en una serie de importantes foros internacionales. El «*Fédéralisme d'ouverture*» seguiría siendo un tema importante para la plataforma electoral conservadora que llevaría a las elecciones de octubre de 2008, y figuró entre los elementos que se mencionarían en el Discurso del Trono, que siguió a esta elección prorrogando a los conservadores de Harper con un gobierno en minoría. Aunque las palabras se quedaron allí, el espíritu parecía que no estaba. Los conservadores de Harper no perdieron escaños en Quebec en 2008, pero tampoco ganaron terreno. En niveles de apoyo de los votantes, sufrieron una pérdida notable, pasando del 24,6% a 21,7% después de una campaña mediocre donde fueron atacados hábilmente por el Bloque Quebequense, por las previstas reducciones federales del apoyo gubernamental a la cultura. A finales de 2008, en las semanas que siguieron a la reelección del Sr. Charest con su tercer gobierno y el segundo con mayoría con el desastre electoral sufrido por el ADQ y Mario Dumont, con quien el Sr. Harper había establecido buenas relaciones personales y con quien compartía algunos rasgos ideológico —susplicacia frente al estatismo del bienestar, amplio apoyo a una mayor responsabilidad individual— la ventana de la oportunidad para el «*fédéralisme d'ouverture*», para la confianza instrumental o tenue entre el Sr. Harper y Quebec pareció cerrarse.

4. CONCLUSIÓN

La confianza y la desconfianza son asuntos cognitivos. Están basados en la experiencia, son dinámicas y fluyen, evolucionan con el cambio histórico y político de las circunstancias. En las federaciones multinacionales, entre las mayorías y las minorías en el ámbito de la sociedad civil, entre los líderes políticos y los representantes gubernamentales, la confianza siempre habrá de ser algo frágil, inherentemente inestable. Las mayorías y las minorías y, sus líderes respectivos, no buscan exclusivamente los mismos objetivos. Algunos de los objetivos serán comúnmente compartidos: la seguridad, la paz social, la prosperidad económica, la elaboración y conservación de un sistema de gobierno liberal que promueva los derechos individuales, el funcionamiento normal de las instituciones representativas y deliberativas de la democracia, el establecimiento de una esfera pública pluralista. No obstante, en una democracia multinacional, la nación mayoritaria, como Simeon ha mostrado coherentemente, pondrá mayor prioridad en la integración nacional al nivel del Estado, a garantizar la solidaridad y la interdependencia de todos los individuos y grupos a lo largo de todo el estado. Por otro lado, las naciones minoritarias pondrán mayor énfasis en el empoderamiento de las minorías nacionales, a través de mayores poderes, a través de expresiones de carácter distintivo y la asimetría, a través de las formas de asegurar el reconocimiento simbólico y sustancial por la nación mayoritaria y por el Estado.

En este contexto general, volver a las categorías exploradas en este trabajo, la confianza incondicional es inimaginable. En el mejor de los casos, las mayorías, minorías y sus líderes llegarán a un orden razonablemente esta-

bilizado sobrevolando entre lo que Rocher ha llamado confianza moderada y desconfianza moderada, entre el espectro más amplio sugerido por Pelletier y Simeon de cooperación sin confianza, a confianza instrumental a confianza sustancial. Como he sugerido en este trabajo, creo que un elemento de instrumentalidad existirá siempre.

Con el fin de estabilizar una forma de confianza moderada, creo que se pueden aprender dos lecciones de un examen de la relación entre Harper y Quebec. La trayectoria de Harper nos ayuda a comprender que, cuando la confianza moderada o instrumental se ha logrado, en un contexto personal cargado de desconfianza histórica y de prejuicios profundamente arraigados, los principales líderes electos deben actuar de manera coherente y respetar sus promesas. Jean Charest no lo hizo en la primavera de 2007, cuando utilizó el dinero que Quebec había recibido como una forma de compensación en el desequilibrio fiscal vertical con la federación para reducir los impuestos sobre la renta de sus ciudadanos. En segundo lugar, aunque puedan tener diferencias políticas sustanciales, los líderes de las mayorías y de las minorías no deberían actuar en el plano internacional para ampliar esas diferencias políticas, sin ningún aspecto de comunicación en la materia entre ellos. En materia medioambiental, el Primer Ministro de Quebec, Sr. Jean Charest, mostró una suerte de falta de respeto hacia el Sr. Harper en una variedad de foros internacionales. ¿Cuál puede ser el significado de todo esto para España y, en particular, de la relación entre Mariano Rajoy, el presidente recién electo del Gobierno español, y Artur Mas, líder de CiU y presidente del Gobierno catalán? Rajoy y Mas hablaron entre sí al menos dos veces entre las elecciones generales españolas del 20 de noviembre y el receso de Navidad. Se reunieron formalmente en La Moncloa en Madrid para una sesión formal de trabajo el 3 de febrero. Creo que las categorías exploradas en este trabajo pueden ser útiles para entender la relación entre estos dos líderes, sus respectivos gobiernos y los pueblos/las sociedades que representan. No debe buscarse la confianza incondicional. Las discusiones deberían ser frecuentes. Cada parte debe entender la jerarquía de los objetivos del otro. Siempre que sea posible, los discursos y acciones comunes deben ser pronunciados y realizados para construir el edificio de la confianza relativa. Las promesas, siempre que se hagan, deben mantenerse a toda costa. Y cuando los conflictos sean inevitables —y teniendo en cuenta la esencia de la política en una federación multinacional, esto tiene que suceder—, los canales de comunicación deben mantenerse, así como el respeto interpersonal. El resto, como siempre, será cognitivo, basado en la experiencia y revisable.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BAIER, A., «Trust and Antitrust», en *Ethics*, vol. 96, n.º 2, 1986, pp. 231-260.
BANTING, K. (ed.), *Open Federalism: Interpretations, Significance*, Institute of Intergovernmental Relations, Kingston, 2006.

- CARON, J.-F. y LAFOREST, G., «Canada and Multinational Federalism: From the Spirit of 1982 to Stephen Harper's Open Federalism», en *Nationalism and Ethnic Politics*, vol. 15, n.º 1, 2009, pp. 27-55.
- COOK, R. et al., *Cooperation without Trust?*, Sage, Nueva York, 2005.
- DRYZEK, J., «Deliberative Democracy in Divided Societies: Alternatives to Agonism and Analgesia», en *Political Theory*, vol. 33, n.º 2, 2005, pp. 218-242.
- FLANAGAN, T., *Harper's Team: Behind the Scenes of the Conservative Rise to Power*, McGill-Queen's University Press, Montreal y Kingston: 2007.
- GAGNON, A., *L'âge des incertitudes: Essais sur le fédéralisme canadien et la diversité nationale*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2011.
- GAGNON, A. y REQUEJO, F. (eds.), *Nations en quête de reconnaissance: Regards croisés Québec-Catalogne*, Peter Lang, Bruselas, 2011.
- GAGNON, A. (ed.), *Contemporary Canadian Federalism: Foundations, Traditions, Institutions*, University of Toronto Press, Toronto, 2009.
- GAGNON, A. y IACOVINO, R., *Federalism, Citizenship and Quebec: Debating Multinationalism*, University of Toronto Press, Toronto, 2007.
- GAMBETTA, D., *Making and Breaking Cooperative Relations*, Basil Blackwell, Nueva York, 2000.
- HÉBERT, Ch., *French Kiss: Stephen Harper's Blind Date with Québec*, A. Knopf Canada, Toronto, 2007.
- HARDIN, R., *Trust*, Polity Press, Cambridge, 2006.
- LAFOREST, G., «The Meaning of Canadian Federalism in Quebec», *Critical Reflections*, 11, octubre de 2010, pp. 11-56.
- LAFOREST, G., «The Internal Exile of Quebecers in the Canada of the Charter», en KELLY, J.B. y MANFREDI, Ch.P., *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, UBC Press, Vancouver, 2009, pp. 251-262.
- LAFOREST, G., *Pour la liberté d'une société distincte*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2004.
- MARKOVA, I. y GILLESPIE, A., *Trust and Distrust: Sociocultural Perspectives*, Information Age Pub, Charlotte, 2008.
- MARTIN, L., *Harperland: the Politics of Control*, Viking Canada, Toronto, 2010.
- MÖLLERING, G., «The Nature of Trust: from Georg Simmel to a Theory of Expectation, Interpretation and Suspension», en *Sociology*, vol. 35, n.º 2, 2001, pp. 403-420.
- MONTPETIT, E., *Le fédéralisme d'ouverture: la recherche d'une légitimité canadienne au Québec*, Septentrion, Québec, 2007.
- NADEAU, Ch., *Contre Harper: bref traité philosophique sur la révolution conservatrice*. Boréal, Montreal, 2010.
- NOËL, A., «Democratic Deliberation in a Multinational Federation», en *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 9, n.º 3, 2006, pp. 410-444.
- NORMAN, W., *Negotiating Nationalism: Nation-Building, Federalism and Secession in the Multinational State*, Oxford University Press, Toronto, 2006.
- PELLETIER, A. y SIMEON, R., «Groupes linguistiques et société civile: confiance, coopération et accommodements au sein des associations volontaires au Canada», en KARMIS, D. y ROCHER, F. (eds.), *La dynamique confiance-méfiance dans les fédérations multinationales*, Presses de l'Université Laval, Québec, (2012).
- PELLETIER, R.J., *Le Québec et le fédéralisme canadien: un regard critique*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2008.

- PRATTE, A. (ed.), *Reconquérir le Canada: un nouveau projet pour la nation québécoise*, Les Éditions Voix Parallèles, Montreal, 2007.
- ROCHER, F. (2012), «La construction du Canada en perspective historique: de la vigilance (ou de la méfiance) comme élément consubstantiel des débats constitutionnels?», en KARMIS, D. y ROCHER, F. (eds.), *La méfiance dans les fédérations multinationales*, Presses de l'Université Laval, Quebec, (2012, forthcoming).
- RUSSELL, P.H., *Trust and Distrust in Canada's Multinational Constitutional Politics*, Workshop on Trust, Distrust and Mistrust in Multinational Societies, Montreal, junio de 2010.
- SHEPPARD, B.H. y SHERMAN, D.M., «The Grammars of Trust: A Model and General Implications», en *Academy of Management Review*, vol. 23, n.º 3, 1998, pp. 422-437.
- SMITH, D., *Federalism and the Constitution of Canada*, University of Toronto Press, Toronto, 2010.
- SZTOMPKA, P., *Trust: A Sociological Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- USLANER, Eric M., *The Moral Foundation of Trust*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- WATTS, R., «Comparative Reflections on Federalism and Democracy», en BURGESS, M. y GAGNON, A.G., *Federal Democracies*, Routledge, Londres, 2010, pp. 325-346.
- WEINSTOCK, D., «Building Trust in Divided Societies», en *The Journal of Political Philosophy*, vol. 7, n.º 3, 1999, pp. 287-307.

Recursos electrónicos de interés general para estudiar la política canadiense y quebequesa

- Gobierno de Canadá, Oficina del Conejo privado, Asuntos intergubernamentales de Canadá, <http://www.pco-bcp.gc.ca/aia>
- Gobierno de Quebec, Ministerio del Consejo ejecutivo, Secretaría de Asuntos Intergubernamentales canadienses, <http://www.saic.mce.gouv.qc.ca>
- Primer Ministro de Canadá, <http://www.pm.gc.ca>
- Primer Ministro de Quebec, <http://www.premier.gouv.qc.ca>
- Instituto de investigaciones sobre políticas públicas, <http://www.irpp.org/fr/index.htm>
- Instituto de Relaciones Intergubernamentales, <http://www.queensu.ca/iigr/>
- Instituto para la Investigación sobre Política Pública, <http://www.irpp.org>
- Parlamento de Canadá, Senado y Cámara de los Comunes, <http://www.parl.gc.ca>
- Partido conservador de Canadá, <http://www.conservateur.ca>
- Partido liberal de Canadá, <http://www.liberal.ca>
- Nuevo partido democrático de Canadá, <http://www.npd.ca>
- Bloque quebequés, <http://blocquebecois.org>
- Partido verde de Canadá, <http://www.greenparty.ca>
- Partido liberal de Quebec, <http://www.plq.org>
- Partido Quebequés, <http://www.pq.org>
- Partido de la Acción democrática de Quebec, <http://www.adq.qc.ca/>
- Quebec Solidario, <http://quebecsolidaire.net/>

Principales periódicos quebequeses y canadienses

FRANCÉS

<http://www.cyberpresse.ca>

<http://www.ledevoir.com>

INGLÉS

<http://www.nationalpost.ca> et <http://www.globeandmail.ca> En inglés <http://www.cbc.ca> y Radiotelevisión pública canadiense, en francés, <http://www.radio-canada.ca>

Asociación quebequesa de Derecho constitucional, <http://www.aqdc.org/public/main.php?s=1&l=fr>

Asamblea nacional de Quebec, <http://www.assnat.qc.ca>

Asociación internacional de estudios quebequeses, <http://www.aieq.qc.ca/>

Biblioteca de la Universidad de Toronto, <http://content.library.utoronto.ca/>

Biblioteca de la Universidad Laval, <http://www.bibl.ulaval.ca/mieux>

Boletín electrónico trimestral sobre la ciudadanía, la democracia y la diversidad etnocultural, <http://www.queensu.ca/cded/news.html>

Centro de investigación interdisciplina sobre la diversidad en Quebeq (CRIDAQ), <http://www.cridaq.uqam.ca/>

Cátedra de investigación de Canadá en estudios quebequeses y canadienses, <http://www.creqc.uqam.qc.ca/>

Comisión consultiva sobre las prácticas de acomodo unidas a las diferencias culturales, o Comisión Bouchard-Taylor, <http://www.ccpardc.qc.ca/>

Consejo internacional de estudios canadienses, <http://www.iccs-ciec.ca/>

Tribunal Supremo de Canadá, <http://www.scc-csc.gc.ca>

Director general de elecciones de Quebec, <http://www.wdgeq.qc.ca/>

Elections Canada, <http://www.elections.ca/>

Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Canadá sobre las cuestiones relativas a la Carta de derechos y al federalismo, <http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/fr/>

Fórum de las Federaciones: una red internacional sobre federalismo, <http://www.ciff.on.ca>

Gobernanza democrática y etnicidad, grandes trabajos de investigación concertada del Consejo de Investigaciones de Ciencias humanas de Canadá, <http://www.edg-gde.ca/>

¿Café para todos? Homogeneidad, diferencia y federalismo canadiense

Alain Noël
Universidad de Montreal

SUMARIO: 1. ¿Cómo llegó Canadá ahí?: los orígenes dualistas de la Ley de la Norteamérica británica de 1867. 2. La asimetría como un subproducto. 3. La política real del federalismo verdadero. 4. Conclusión. Bibliografía.

Café para todos fue la expresión utilizada en España para caracterizar una determinada manera de conciliar la homogeneidad y la diferencia. La expresión describía el proceso por el cual los acomodos concedidos a las «nacionalidades históricas» se extendieron poco a poco a todos, en el nombre de la unidad y la identidad nacional o en el de la solidaridad y de la ciudadanía, por lo general en contra de la voluntad de las «nacionalidades históricas» (inicialmente, el País Vasco, Cataluña y Galicia; Moreno y Colino, 2010, p. 291; Balfour y Quiroga, 2007, pp. 61-62). *Café para todos*; lo que es bueno para uno es bueno para todos.

No estoy seguro de qué es exactamente lo que serviríamos a todos en Canadá (con suerte no café), pero sin duda se puede relacionar a esta llamada a la uniformidad, que se ha hecho una y otra vez, ya sea en nombre de las provincias presumiblemente iguales (piénsese en los acuerdos de lago Meech y de Charlottetown) o en el de los ciudadanos necesariamente iguales (piénsese en los estándares nacionales). A través de los años, los científicos de la política han propuesto numerosos relatos de esta versión norteamericana de la política del «café para todos». Guy Laforest, por ejemplo, ha escrito elocuentemente sobre la atracción recurrente y de gran alcance, en nuestra vida política, a favor de lo que él llama un Canadá en «blanco y negro» (2004, pp. 70-79). Anteriormente, Alan Cairns y muchos otros utilizaron el término «construcción provincial» para describir un proceso de desarrollo y ambición institucional que, pensaban, se toparía con la mayoría de las provincias, con efectos similares (Black y Cairns, 1966; Young, Faucher y Blais, 1984). Más tarde, Peter Russell acuñó

los términos «política mega-constitucional» para capturar el amplio alcance de un debate de múltiples facetas que rápidamente involucraba a mucho más que «dos naciones». Era la hora de la «Ronda del Canadá», un juego en el que todos los gobiernos y actores sociales estaban reclamando un lugar, a la par del de todos los demás (Russell, 2004).

Hay mucho que decir acerca de estos puntos de vista sobre el federalismo, que coinciden en señalar cómo, paradójicamente, los conflictos sobre la diferencia a menudo se convierten en búsquedas multilaterales de homogeneidad. No voy a detenerme, sin embargo, en dichos aspectos. Quiero subrayar en cambio que, aunque importante, esta política multilateral de la diferencia y homogeneidad —nuestra propia marca de la política del «café para todos»— no ha sido el principal impulsor del federalismo canadiense. La lucha por un Canadá en «blanco y negro» fue sin duda importante. De hecho, en la década de los noventa el país casi se desintegra a raíz de los debates constitucionales sobre la homogeneidad y la diferencia. Sin embargo, para la mayor parte de la historia del país, tales oposiciones sobre la distinción y la uniformidad constituyeron una línea de segundo orden del conflicto, detrás de una más fundamental, más autonomía y unidad.

Es fácil combinar los dos conflictos, porque están conectados. En una federación, quienes hacen hincapié en la diferencia son propensos a favorecer soluciones descentralizadas, y aquellos que compiten por la homogeneidad hablan el lenguaje de la solidaridad y de la unidad, lo que justifica la guía de un gobierno central fuerte. Pero las cuestiones en juego son diferentes. Los debates sobre la homogeneidad y la diferencia tienen que ver con la naturaleza de la intervención pública y las posibilidades de acuerdos más o menos simétricos o asimétricos en una federación. Los debates sobre la autonomía y la unidad preocupan de forma más explícita la división de poderes y de los recursos financieros entre los órdenes de gobierno, y ponen en tela de juicio el equilibrio adecuado entre la autonomía y el gobierno compartido. Tales debates, por lo tanto, principalmente no son sobre la diferencia, sino que se refieren a la realización de la idea federal central, lo que hace posible que los pueblos a vivan a la vez juntos y por separado (Noël, 1998).

Por poner un ejemplo, Yves Vaillancourt explicaba en un estudio de políticas sociales en las décadas de los sesenta y setenta que las reformas implementadas por el Gobierno de Quebec en estas dos décadas no eran tan diferentes de las aceptadas y adaptadas en otras partes de Canadá. En ese momento, escribió Vaillancourt, la visión social de Quebec «era fundamentalmente la misma» que se favorecía el resto de Canadá, pero, no obstante, se destacó porque era «implementada no por Ottawa sino por Quebec» (2003, p. 160). La cuestión no era la diferencia en cuanto tal, sino el ejercicio de la autonomía.

En este capítulo, ampliaré este argumento para afirmar que con el tiempo la política del federalismo canadiense ha sido definida menos por la política de la homogeneidad y la diferencia o por los problemas de simetría y asimetría que por las políticas federales más clásicas de la autonomía y la unidad.

Esta distinción no es meramente semántica. Establecida pronto, la prioridad de la autonomía y la unidad sobre la homogeneidad y la diferencia configuró de manera duradera la política del federalismo canadiense, y produjo lecciones importantes tanto para nuestra comprensión de Canadá como para el estudio comparado del federalismo en entornos multinacionales. La evolución de Canadá señalaba, en particular, a la importancia perdurable del principio federal en un acuerdo multinacional y a la naturaleza inherentemente política y situada del federalismo —aquí y allí, ahora y entonces—.

En este primer capítulo se explica, brevemente, cómo se inició el debate en Canadá. Desde el principio, el federalismo canadiense se definió por la tensión entre la autonomía y la unidad, sobre todo como resultado de las políticas dualistas que prevalecían con anterioridad a 1867. A continuación, el capítulo avanza en el tiempo para discutir cómo, en las últimas décadas, la política de autonomía por lo general ha triunfado sobre la política de la diferencia, dejando a los acuerdos asimétricos en menores, casi subproductos accidentales de la búsqueda implacable de Quebec por la autonomía. Por último, la tercera parte extrae algunas implicaciones comparadas para subrayar, en particular, la importancia política del principio federal en el desarrollo de las sociedades multinacionales.

1. ¿CÓMO LLEGÓ CANADÁ AHÍ?: LOS ORÍGENES DUALISTAS DE LA LEY DE LA NORTEAMÉRICA BRITÁNICA DE 1867

No quiero alargarme sobre una historia muy bien conocida, pero es importante tener en cuenta que en sus inicios Canadá fue mucho más dualista de lo que es hoy en día. En 2006, el año del último censo disponible, el francés era la lengua materna del 21,8% de los canadienses, en comparación con el 57,2% del inglés y el 19,7% de otros idiomas (Statistics Canada, 2007). La proporción de francófonos no estaba muy por encima de una quinta parte de la población del país. En cuanto a Quebec, había caído por debajo de un cuarto del total. En 2012, la población de la provincia se estimó en poco más de 8 millones de personas de más de 34 millones de canadienses, con una proporción del 23,1% (Statistics Canada, 2012, p. 16). En 1871, en cambio, en los primeros días de la federación, los canadienses franceses formaban casi un tercio de la población del país (31,1%) y de la provincia de Quebec (32,3%; Linteau, Durocher, y Robert, 1983, p. 38). En ese momento, con 1,2 millones de habitantes, Quebec todavía aparecía más o menos a la par de su antiguo socio de la Provincia Unida de Canadá, Ontario, que tenía una población de 1,6 millones de euros (Basavarajappa y Ram, 1983, Serie A2-14). La política cotidiana reflejaba esta dualidad social.

La Ley de la Norteamérica Británica de 1867, la ley que dio origen a la federación canadiense, era de hecho una respuesta a las políticas dualistas que habían diseñado prácticamente todos los debates en las décadas anteriores. En

1840, el Gobierno británico había traído Quebec (entonces bajo Canadá) y Ontario (entonces Alto Canadá) a una sola entidad, la Provincia Unida de Canadá, para amalgamar a los canadienses franceses dentro de una colonia más amplia, donde estarían subrepresentados y, finalmente, asimilados. La nueva provincia, sin embargo, atrincheró aun más el dualismo existente. De hecho, dio lugar a un modelo aún más elaborado de arreglos duales, donde la mayor parte de las posiciones y ventajas políticas eran compartidas, y donde prácticamente todas las decisiones tenían que ser aprobadas por una doble mayoría. Los canadienses franceses no estaban insatisfechos con esta complicada pero equilibrada situación de las cosas, lo que les daba un veto efectivo en virtualmente todas las decisiones, pero sus colegas ingleses empezaron a impacientarse, especialmente una vez que la población de Canadá Oeste (Ontario), llegó a ser no menos sino más numerosa que la del Este de Canadá (Quebec). En algunos aspectos, la situación era similar a la de la actual Bélgica, con dos socios relativamente iguales que constantemente tienen que comprometerse a gobernar juntos. Para muchos políticos del Oeste de Canadá, este requisito resultaba cada vez más gravoso: «Tenemos dos razas», declaraba George Brown en 1864, «dos lenguas, dos sistemas de creencia religiosa, dos sistemas de todo, por lo que se ha hecho imposible que, sin sacrificar sus principios, los hombres públicos de ambas secciones puedan reunirse en el mismo gobierno. Las dificultades han ido en aumento cada año» (citado en McRoberts, 1997, p. 9). Brown defendió una alternativa federal, donde la mayoría de las competencias se transferirían a legislaturas provinciales separadas, a fin de que cada parte se rigiese como quisiera. Al final, en 1867, la solución adoptada fue realmente federal, pero con dos provincias adicionales (Nueva Brunswick y Nueva Escocia) y un Gobierno federal relativamente fuerte. Más allá de los detalles de esta historia, lo que aquí es importante es que la búsqueda de una solución que funcionase llevó a los fundadores a menos asimetría —que no tenía mucho sentido en un contexto dualista— que al principio federal, la idea de dejar que las diferentes sociedades formularan sus propias decisiones autónomas sobre asuntos no relacionados directamente con el objetivo común. Esta solución, que combinaba elementos de autogobierno y gobierno compartido, surgió como un compromiso de trabajo entre los que habrían sido partidarios de un gobierno unitario y contó con la inclusión de nuevas provincias para diluir el dualismo existente, y los que querían establecer provincias autónomas con sus propios legislativos, la visión mayoritaria en Quebec, pero también en Nueva Brunswick y Nueva Escocia (McRoberts, 1997, p. 10).

La Ley de la Norteamérica Británica de 1867 constitucionalizó ambos tipos de aspiraciones: creó el nuevo país que la mayoría quería, con un Gobierno federal relativamente fuerte investido con poderes bien delimitados y suficientes recursos financieros, pero también mantuvo provincias autónomas, con sus propios poderes y recursos. En el Canadá inglés, muchos celebraron la aparición de una nueva «nación» con «una visión común y un sentido de propósito», encarnado en el nuevo Gobierno federal (Silver, 1997, pp. 250-51). En Quebec,

por el contrario, la mayoría vio en la nueva federación la consolidación de «un país autónomo franco-canadiense bajo el control de los canadienses franceses» (Silver, 1997, pp. 218-19). Aún así, los canadienses franceses también mantuvieron una participación en el Canadá en su conjunto, al igual que muchos en el Canadá inglés valoraron también los beneficios de la autonomía provincial.

Al principio del siglo xx, el político quebequés Henri Bourassa propuso la imagen de un «pacto doble» para explicar cómo la federación estaba destinada tanto a sellar un «pacto» entre los canadienses ingleses y franceses, como a reunir a las diferentes colonias de América del Norte América (McRoberts, 1997, pp. 20-21). Esta idea de un pacto dualista encajaba mejor en la visión canadiense francesa que en la visión canadiense inglesa de la federación pero, no obstante, indicó que, incluso entre los nacionalistas canadienses franceses, se mantenía la preocupación por los imperativos de la unidad. La autonomía y la unidad, el gobierno compartido y la autonomía: en todas partes de Canadá, estas dos aspiraciones coexistían, aunque con diferentes pesos. Juntas, hicieron de Canadá una federación.

Con el tiempo, hubo numerosos intentos por parte del Gobierno de Quebec para obtener algún tipo de reconocimiento para el estatus nacional distinto del pueblo, en línea con los orígenes dualistas de la federación, pero estos intentos fueron relativamente raros y, por lo general, bastante modestos. De hecho, casi no hubo ningún intento de alcanzar reconocimiento nacional en el primer siglo de la federación, cuando los conflictos constitucionales se referían sobre todo al respeto de la división inicial de los poderes y a la distribución de los recursos financieros. Durante la «Revolución silenciosa» en la década de los sesenta, los gobiernos de Quebec comenzaron a hablar en términos de reconocimiento, de igualdad, y de un posible *statut particulier*, pero, concretamente, los debates políticos más importantes continuaron refiriéndose a la distribución de competencias y de recursos, cuestiones donde las ganancias tangibles parecían más probables. Incluso en las negociaciones que condujeron a la adopción de la *Constitución de 1982*, el Gobierno de René Lévesque no insistió mucho en el reconocimiento, y trató de conseguir ganancias en competencias y recursos, a través de un acuerdo con otras provincias disidentes. Después de haber perdido su apuesta por la soberanía, el Gobierno de Quebec parecía de nuevo listo para jugar el juego convencional de las negociaciones federales-provinciales, definido por la antinomia entre la autonomía y la unidad.

La situación cambió dramáticamente después de 1982, tras la aprobación de una nueva ley constitucional, sin el consentimiento de la Asamblea Nacional de Quebec. Las negociaciones que siguieron a los acuerdos del Lago Meech y Charlottetown, para que el Gobierno de Quebec estuviera de acuerdo con la nueva Constitución, incluyeron cláusulas de reconocimiento. Fracasaron, sin embargo, y para todos los propósitos prácticos, sellaron el destino de las reformas constitucionales en Canadá. Tras el referéndum de 1992 sobre el Acuerdo de Charlottetown, cambiar la Constitución se convirtió en algo muy poco probable, y de hecho más difícil de conseguir que la soberanía de Quebec.

Todo esto para decir que, a lo largo de la historia de Canadá, el objeto principal de la discordia entre los gobiernos se refería menos a la homogeneidad y a la diferencia como tales que a la autonomía y la unidad, que es el saldo a establecer entre autogobierno y gobierno compartido. En varias ocasiones, los gobiernos de Quebec buscaron formas explícitas de reconocimiento nacional de otros gobiernos de la federación, pero en casi todos los casos, cuando se enfrentaban a una opción, se privilegió el realce de la autonomía provincial sobre el reconocimiento formal de la diferencia. En 2004, por ejemplo, un acuerdo territorial federal-provincial sobre financiación sanitaria ofrecía un poco de asimetría para el Gobierno de Quebec, pero esta asimetría esencialmente significaba que, en un ámbito de la jurisdicción provincial, el Gobierno de Quebec construiría y recaudaría sus propios indicadores para la atención sanitaria, probablemente con un enfoque similar al adoptado en otras partes (Noël, 2004). Entonces, como antes, la autonomía se demostró más importante que la diferencia. Con todo, en el federalismo canadiense diferencia y asimetría rara vez han sido el nombre del juego.

Sin renunciar nunca a la búsqueda de alguna forma de reconocimiento nacional, el Gobierno de Quebec —y, probablemente, los votantes, los partidos y los grupos de Quebec— se centró por lo general en el objetivo más inmediato y tangible de una mayor autonomía y autogobierno, combinándolo con una preocupación permanente por los arreglos de un gobierno compartido justo y equilibrado. La idea era establecer y consolidar un estado de Quebec fuerte y autónomo, mientras se aseguraba que el gobierno compartido en la gobernanza federal era, de hecho, compartido. Por lo tanto, una y otra vez el Gobierno de Quebec insistió respecto de la división constitucional de poderes establecida en 1867 y en un reparto de los recursos financieros más o menos a la par de esta división de poderes. Y cuando se buscaba el cambio, era siempre con el objetivo de aumentar, no reducir, la autonomía de Quebec. Al mismo tiempo, los quebequeses esperaban un gobierno compartido para reflejar la creación del país y, en particular, para darles a ellos y a su lengua una posición adecuada en los asuntos federales. El autogobierno y el gobierno compartido siempre se ponderan más que la homogeneidad y la diferencia. En este contexto, cuando la asimetría ha surgido, por lo general ha sido por accidente, como un subproducto de los conflictos sobre la autonomía y la unidad.

2. LA ASIMETRÍA COMO UN SUBPRODUCTO

En las primeras décadas de la federación, la política de la autonomía y de la unidad quedó silenciada porque la intervención del Estado en sí era limitada. El Gobierno federal intervino poco más allá de sus funciones básicas asociadas a la seguridad, al comercio y al desarrollo económico, y la situación se correspondía bastante bien con la imagen clásica federal de la división de poderes como un conjunto de «compartimentos estancos» (Simeón y Robinson, 1990:

49). A través de todo Canadá, la política seguía siendo en gran parte definida por lugares y territorios, y los políticos provinciales y federales se veían principalmente como representantes de su propia comunidad. No existía el apoyo organizado por un Estado intervencionista federal que actuara en nombre de una visión nacional superpuesta simplemente. Los actores sociales, las élites políticas y las decisiones de los tribunales tendían a reforzar la autonomía provincial, de una manera bastante simétrica (Simeón y Robinson, 1990, pp. 53-54). Los conflictos más calientes, por consiguiente, no tuvieron mucho que ver con la búsqueda de la autonomía sino con las exigencias de unidad y de gobierno compartido y, en particular, con el lugar de los canadienses franceses en un orden federal en el que ya no estaban a la par de los canadienses ingleses. La abolición de las escuelas francesas en Ontario y Manitoba y los debates sobre la participación de Canadá en las guerras imperiales británicas, por ejemplo, polarizaron la opinión pública y convencieron más a los canadienses franceses de que sus derechos solo estaban protegidos fuertemente dentro de Quebec. Estos intensos conflictos no trajeron sin embargo una transformación profunda de la federación tal y como había sido creada en 1867.

Esta transformación se produjo después de los años treinta, con el desarrollo del Estado de bienestar contemporáneo. La primera iniciativa federal importante en este sentido se llevó a cabo durante la Gran Depresión, cuando el Gobierno de R.B. Bennett presentó una Ley de Empleo y Seguridad Social para crear un programa federal de seguro de desempleo. Tanto el Tribunal Supremo como el Comité Judicial del Consejo Privado, el tribunal de Canadá de última instancia en ese momento, revocaron esta ley ya que se excedía de la jurisdicción federal. Había que tomar otras vías y, a partir de ese momento, la política del Estado de bienestar en Canadá se convirtió en un objeto de disputa en las relaciones intergubernamentales (Banting, 2005, p. 101). En los años siguientes, se articularon dos visiones opuestas: una, propugnada mejor por la comisión federal de investigación Rowell-Sirois, propuso un papel federal más fuerte en la política social, anclado en una nueva división de poderes y de recursos financieros; y, la otra, defendida por la comisión Tremblay de Quebec, reafirmaba la primacía de la división de poderes establecida y la importancia de proporcionar recursos financieros adecuados a cada orden de gobierno, en una federación creada para preservar la autonomía de sus entidades territoriales (Rocher, 2009).

Para aquellos que estaban a favor de un papel fuerte del Gobierno federal, había dos opciones que parecían disponibles: el Gobierno federal o bien podía buscar enmiendas constitucionales para modificar el reparto de poderes, o bien podía utilizar los recursos financieros que controlaba para hacer indirectamente lo que no podía hacer directamente. Dada la arraigada renuencia de Quebec a conceder facultades al Gobierno federal, la vía constitucional no tuvo éxito; y, solamente fueron adoptadas a este respecto dos enmiendas constitucionales, una para permitir un programa federal de seguro por desempleo en 1940, y la otra para hacer posible pensiones federales de vejez en 1951. Por

lo tanto, Ottawa rápidamente se dirigió a sus considerables recursos financieros para intervenir indirectamente en las áreas de competencia provincial, ya sea mediante la prestación de apoyo financiero a los canadienses individualmente, o mediante la introducción de las transferencias condicionadas a las provincias, que en la práctica permitía al Gobierno federal dictar «estándares nacionales» en materia de política social. Política y económicamente, el Gobierno federal era entonces quien dominaba y, esencialmente ganó en efecto lo que se había convertido en una «lucha por el control del estado de bienestar canadiense» (Banting, 2005, p. 102).

Una vez más, sin embargo, esta lucha sería sobre la autonomía y la unidad. Los gobiernos provinciales, incluyendo el Gobierno post-1960 de Quebec, estuvieron menos en oposición al modelo de protección social propuesto por el Gobierno federal, que rivalizar por la libertad y la capacidad para gestionar autónomamente sus propios programas, en las áreas sobre las que tenían competencia constitucional. El Gobierno federal, por su parte, se vio como el garante de un nuevo entendimiento más ambicioso de la ciudadanía canadiense y, al mismo tiempo, como instrumento principal, y de hecho único, de unidad nacional. Esto fue un enfrentamiento entre la construcción de la nación y la construcción de la provincia, en un proceso competitivo pero relativamente progresista.

En esta evolución, ningún gobierno provincial empujó tan fuerte por la autonomía como el Gobierno de Quebec, y esta determinación única condujo en la federación a cierta asimetría *de facto*. En 1954, por ejemplo, Quebec introdujo sus propios impuestos sobre la renta, un paso que nunca sería dado por ningún otro gobierno provincial. Esta decisión obligó al Gobierno federal a tomar medidas especiales para dejar espacio fiscal adicional al Gobierno de Quebec. En 1963 y 1964, Quebec volvió a ser la única provincia en aprovechar la ventaja de la fórmula que había buscado de la «subcontratación», por la que un gobierno provincial podía excluirse voluntariamente de un acuerdo federal de reparto de costes y recibir una compensación económica para financiar y ejecutar su propio programa equivalente. El plan de pensiones de Quebec, en particular, que fue creado junto con el Plan de Pensiones de Canadá, nació de esta lógica de exclusión voluntaria (Simeon y Robinson, 1990, pp. 198-99; McRoberts, 1997, p. 41).

No puede negarse que la política de homogeneidad y de diferencia informó y sostuvo esta evolución. El primer ministro canadiense Lester Pearson reconoció explícitamente esta realidad cuando admitió en una entrevista en 1964 que Quebec era «en algunos aspectos vitales no una provincia como las demás sino la patria de un pueblo» (citado en McRoberts 1997, p. 40). Y lo mismo hizo el Primer Ministro de Quebec Jean Lesage, quien subrayó el mismo año de la creación del propio plan de pensiones de Quebec, asegurar que «sería reconocida como una provincia con un estatuto especial en la Confederación» (citado en McRoberts, 1997, p. 42). Al mismo tiempo, el Gobierno de Quebec rara vez buscó la asimetría como un bien en sí mismo. La

exclusión voluntaria, por lo general, resultaba más una afirmación de la autonomía que de la diferencia. Una vez más, por ejemplo, en las negociaciones que precedieron al Acuerdo Marco de la Unión Social de 1999, que no firmó el Gobierno de Quebec, presionó por la exclusión voluntaria con la lógica de compensación, encantado de que fuera posible la autonomía a todos los gobiernos que desearan seguirle (Noël, 2000). Lo mismo sucedió más tarde con el Acuerdo Canadá-Quebec de Desarrollo del Mercado de Trabajo de 1998 y el Acuerdo Canadá-Quebec final sobre el Plan de Quebec de Protección Parental de 2005 (Noël, 2011). En esta perspectiva, que también se adapta a un Gobierno federal receloso de la asimetría, era lo mejor si otros gobiernos provinciales se aprovechaban de las oportunidades creadas por las iniciativas de Quebec. ¿Café para todos? ¿Por qué no?

¿Qué podemos concluir de estos desarrollos? En primer lugar, que en Canadá el principio básico federal, por el que la autonomía coexistía con la unidad, siempre ha tenido prioridad sobre la verdadera tensión entre la homogeneidad y la diferencia. El reconocimiento de la diferencia importaba, para Quebec en particular, pero prácticamente se buscaba y se lograba a través de la preservación y mejora de la autonomía. De hecho, para Quebec, un máximo de autonomía para todas las provincias a menudo aparecía como una salvaguardia potencialmente útil, como una especie de cortafuegos para proteger a las diferencias existentes. En segundo lugar, el ejemplo canadiense sugiere también que los caminos diferentes conducen a acuerdos asimétricos, que pueden venir sin un reconocimiento formal de la diferencia, a menudo como un subproducto de la búsqueda de autonomía. Esto es lo que ha ocurrido, por ejemplo, con el Plan de Pensiones de Quebec en 1964 o con el Plan de Protección Parental de Quebec en 2005. Tercero, y más importante aún, la cuestión siempre debatida de los puntos de la autonomía y unidad de la naturaleza siempre controvertida del federalismo, un modo de gobierno que, en cierto sentido, no es tanto una forma de organización institucional que una manera de hacer política. En este sentido, por ejemplo, España es sin duda un país federal.

3. LA POLÍTICA REAL DEL FEDERALISMO VERDADERO

Antes de llegar a los mecanismos mediante los cuales se debate y cuestiona el federalismo, quisiera abrir un paréntesis bastante largo sobre el uso académico y político de las comparaciones. En un congreso como éste sobre los modos del federalismo, se asume normal y correctamente que se puede aprender mucho de la comparación de las federaciones. De hecho, el programa de la conferencia está construido para hacer posibles las comparaciones. Más aún, en las reuniones internacionales sobre el federalismo, a menudo se asume que se puede aprender mucho, en particular, de la experiencia canadiense, la de una federación multinacional que funciona bastante bien, de larga duración,

próspera y democrática. Los canadienses, por supuesto, han participado activamente en este sentido, para promover un aspecto de la política que es existencial para ellos, y una de las principales organizaciones para hacerlo —el Foro de Federaciones— es canadiense. Los académicos canadienses y los profesionales están de hecho convencidos —naturalmente, supongo— de que su propia experiencia federal tiene relevancia para los demás. Como Richard Simeon advertía con satisfacción en un vanguardista estudio del federalismo, «la experiencia canadiense con un federalismo multinacional, regionalizado, gestionando simultáneamente otras dimensiones de la diversidad, ha cobrado relevancia mundial» (2002, p. 45).

No es mi intención aquí negar la importancia de la doctrina comparada y de la deliberación ilustrada en la comprensión y transformación del federalismo. No podemos saber demasiado acerca de la política de los países federales. Desearía cuestionar, empero, la función y el despliegue de expertos en la materia, y reafirmar el carácter necesariamente político del Gobierno federal.

Tres recientes advertencias sobre la política de expertos —de Will Kymlicka, François Rocher, y Jan Erk— puede ayudarnos a entender las cuestiones en juego. Se refieren a la estrecha conexión entre la propia política interna de Canadá y la construcción de la experiencia internacional, la ilusión de un terreno de consenso en materia federal en Canadá, y los peligros de un enfoque demasiado restringido sobre las reglas e instituciones.

Consideremos, en primer lugar, la construcción de la experiencia internacional. En un ensayo lúcido, Will Kymlicka, él mismo un socio de gran éxito en la empresa, reconoce que la promoción internacional del modelo canadiense de federalismo constituye un elemento central de la política exterior de su país (2008, p. 99). Vender su propia marca de la multiculturalidad y el federalismo en el extranjero, explica Kymlicka, permite al Gobierno de Canadá expresar la dimensión humanitaria de su política exterior y presentar al país como un lugar atractivo para los inversores, visitantes, estudiantes e inmigrantes. Más importante aún, estas conversaciones internacionales reverberan dentro de Canadá: «si el resto del mundo proclama al federalismo canadiense como un éxito en acomodar la diversidad, entonces los separatistas de Quebec (...) aparecen como ideólogos radicales, que viven en un mito nacionalista desconectado de la realidad» (2008, p. 101). Del mismo modo, el elogio internacional codiciado por el multiculturalismo canadiense «sirve para desarmar a los críticos de derecha del multiculturalismo en Canadá» (p. 102). Las evaluaciones realistas están por consiguiente garantizadas. Se debe tener en cuenta, en particular, los límites de las lecciones que pueden extraerse de la experiencia canadiense, que es a la vez única y no radicalmente diferente de la de otras federaciones multinacionales democráticas. También hay que recordar que los consejos son también expresiones de posiciones políticas domésticas.

En efecto, la política de la experiencia tiende a minimizar las divergencias profundas que permanecen en el país. François Rocher ha documentado ampliamente la brecha que persiste entre el entendimiento de los estudiosos Que-

bec —se centró en la división inicial de la soberanía y en la autonomía provincial— y la de sus colegas canadienses ingleses —más preocupados por la legitimidad gubernamental y el desempeño (2009)—. Estas lecturas divergentes, advierte Rocher, se producen y transmiten no sólo por académicos y expertos, sino también por los actores políticos, periodistas y burócratas (2009, p. 121). Ellas pueden, de hecho, encontrarse también entre el público en general, donde las mismas antinomias tienden a expresarse (Fafard, Rocher y Côté, 2010). Lo mismo podría decirse de las divergencias entre las concepciones tradicionales de autogobierno y las visiones aborígenes más ambiciosas y transformadoras (Irlbacher-Fox, 2009). Cuando se promueve el modelo canadiense en el extranjero, se reconocen tales desacuerdos, y a veces se desaprovechan, pero tienden a ser minimizados o dejados de lado en nombre de soluciones viables. En muchos sentidos, sin embargo, estas diferencias duraderas constituyen el meollo de la cuestión (Papillon, 2008, pp. 137-39).

Por último, la política de la experiencia sobre el federalismo es también, así, una política de expertos. Como todo discurso de experiencia o tecnocrático sobre asuntos sociales y políticos, el mensaje comparado sobre el federalismo tiende a centrarse en soluciones técnicas o institucionales y, en el ámbito internacional, sobre soluciones que pueden viajar. Este sesgo pragmático, común en las ciencias sociales, es alimentado por una aspiración fuera de lugar a la autoridad, que fomenta la búsqueda de respuestas aparentemente incontrovertibles, científicas (Lindblom y Cohen, 1979; Dryzek, 1994). También se anima, como Jan Erk señalaba en un trabajo presentado en la conferencia de Toronto en honor de Richard Simeon, por el giro neo-institucional en el estudio del federalismo, el cual tiende a atraer la luz sobre las reglas explícitas e instituciones, a expensas de la cultura, de la dinámica política, o de aspectos no codificadas del federalismo (2011).

La política autoconsciente detrás de la promoción del modelo canadiense, el enfoque injustificado de las dimensiones consensuales del federalismo canadiense que acompaña a esta política, y la preferencia tecnocrática y neo-institucionalista por normas e instituciones viables y exportables a través de normas y códigos menos aceptables coinciden todos en restar importancia a la política real que anima el federalismo canadiense, una política definida por las relaciones de poder y conflictos reales. Es esta política federal la que quiero abordar aquí, para sacar lecciones comparadas más realistas del caso canadiense. Mi propósito no es simplemente reafirmar que la política canadiense permanece en un punto muerto constitucional. Todos sabemos esto, y la mayoría de canadienses, al menos fuera de Quebec, parecen encantados de adaptarse a esta circunstancia desafortunada. Los canadienses, escribe Peter Russell, han intentado y fracasado en firmar un contrato social formal de tipo lockeano, pero sin embargo pueden proseguir su arreglo informal de tipo Burkeano, que no les ha ido del todo mal en absoluto (2004). Más crítico, mi amigo Guy Laforest preferiría hablar de un persistente «déficit federativo» en nuestro país, acercándose de este modo a la perspectiva que querría presentar aquí, pero él sugeriría que

se trata de una anomalía canadiense más que una característica estándar de las federaciones (Caron, Laforest y Vallières-Roland, 2009). La propuesta que quiero someter aquí es más general: como estudiosos, y a veces practicantes, del federalismo, no siempre hemos apreciado en su totalidad las tensiones políticas inherentes al funcionamiento del federalismo, en especial en un contexto multinacional. Cuando hacemos comparaciones, tendemos a centrarnos en las reglas diseñadas para repartir el poder y los recursos financieros a expensas de la política que llevaron a esas reglas al primer lugar. Así que no hemos extraído generalizaciones sobre la *política* comparada del federalismo.

Dada esa limitada atención a la política, sería insensato proponer afirmaciones fuertemente teóricas y empíricas en esta etapa. De todas maneras parece plausible hacer unas pocas líneas de la propuesta:

1. En un contexto internacional, el federalismo rara vez va en contra de la mayoría. Los acuerdos federales pueden ser conducentes de lo que podría ser llamado un gobierno de la mayoría ilustrada, pero rara vez son contra mayoritarios. El trabajo de Alain Gagnon, aquí, resulta muy instructivo (2010).
2. Aunque se trata de un aspecto muy descuidado de la cuestión, la política del federalismo nunca se separa de la política más amplia de la izquierda y de la derecha, la oposición política más perdurable y universal (Noël y Thérien, 2008). De hecho, la izquierda y la derecha tienen opiniones rotundas acerca de la política de cualquier país del federalismo.
3. Porque generan incertidumbre, las crisis económicas y políticas tienden a reforzar los impulsos mayoritarios en las federaciones, y suelen dar lugar a una centralización de poderes y recursos. Los gobiernos autonómicos pueden entonces ver «escabullirse» a su soberanía, y cuando esto sucede, «es difícil de revertir la tendencia» (Rodden, 2006, pp. 250-52 y 267).
4. En las federaciones democráticas, sin embargo, la política no es simplemente mayoritaria, y nunca es impulsada únicamente por las relaciones de poder. La legitimidad importa, y también lo hacen las alegaciones y argumentos de las minorías (Noël, 2006). A veces, las ventanas de la oportunidad se abren y estas alegaciones son reconocidas. Cuando esto sucede, el desequilibrio federativo puede hasta cierto punto ser corregido.

Consideremos, en primer lugar, la idea de que, en una federación, como en un régimen unitario, las mayorías rigen. En una federación multinacional, en particular, en el centro de los debates en torno al gobierno compartido y el autogobierno suele haber una oposición de larga data entre la mayoría y una, o unas pocas, minorías nacionales. En tal contexto, cuando se pide retóricamente privilegiar no lo que es bueno para los gobiernos sino lo que es mejor para los ciudadanos, lo que en realidad significa es que las preferencias de la mayoría

deberían ser el estándar. En el actual Canadá, tal sesgo mayoritario ha sido generalmente justificado en el nombre de la igualdad de los ciudadanos, pero, como el título de esta conferencia sugiere, los caminos del federalismo son múltiples. En su estudio sobre decisiones del Tribunal Supremo, Andrée Lajoie por ejemplo demuestra cómo el Tribunal a menudo otorga reconocimiento a las minorías y, a veces, recursos financieros, pero nunca llega al extremo de herir frontalmente los valores de la mayoría y, cuando llegó a las minorías nacionales, rara vez con la consecuencia de aumentar sustancialmente su autonomía, el poder soberano (2002).

En 2006, cuando los conservadores llegaron al poder en Canadá, prometieron una nueva forma de «federalismo abierto», en principio, más favorable a la autonomía provincial. Muchos argumentarían, al igual que Gerald Baier en este libro (¿?),¹ que el Gobierno de Harper se movió en esta dirección, siendo más cuidadoso que sus predecesores de no intervenir en áreas de competencia provincial, y continuando la revisión en las transferencias federales-provinciales que fue iniciada por el anterior primer ministro, el liberal Paul Martin. Pero, como explica Benoit Pelletier en otra parte de este volumen (¿?)², la federación canadiense sigue estando afectada por el desequilibrio fiscal, a expensas de las provincias. En este sentido, la reciente decisión federal de limitar el futuro crecimiento de la transferencia de Salud de Canadá sólo empeorará las cosas. Mientras que el Gobierno federal será capaz de reducir los ingresos o aumentar el gasto sin empeorar la deuda, los gobiernos provinciales necesitarán aumentar los ingresos, reducir los gastos o incurrir en déficits crecientes, simplemente para mantener los servicios existentes (Matier, 2012). En términos más generales, como Jean-François Caron y Guy Laforest explicaban en un artículo reciente, el Gobierno de Harper no se ha movido sustancialmente lejos de una perspectiva «monista» o mayoritaria (2009). En muchos frentes, uno podría, de hecho, hablar de una regresión. Cuando este gobierno canceló los acuerdos bilaterales federal-provincial sobre Educación Temprana y Cuidado Infantil firmados por Paul Martin en 2005, para reemplazarlos por una unilateral, mal concebida y básicamente inútil Prestación Universal para el Cuidado Infantil, no se respetó ni el principio del autogobierno, ni el espíritu de gobierno compartido (Cool, 2007; Príncipe y Teghtsoonian, 2007). Del mismo modo, y más dramáticamente, cuando accedieron al poder en 2006, los conservadores simplemente abandonaron el reciente compromiso federal de tomar medidas concretas para cerrar la brecha en los niveles de vida entre los pueblos indígenas y el resto de la población. El acuerdo alcanzado en noviembre de 2005, en Kelowna, Columbia Británica, no tenía en verdad precedentes. Implicaba al Gobierno federal, a las provincias y a los territorios, así como a los representantes

¹ Véase, en el vol. I de esta obra, BAIER, G., «Los desafíos históricos y contemporáneos de la división de poderes de Canadá».

² Véase, en el presente vol., PELLETIER, B., «Las relaciones intergubernamentales en Canadá: una perspectiva horizontal».

de todas las organizaciones aborígenes más importantes, y dio inicio a un proceso de consenso y de colaboración de diez años que finalmente haría frente a una situación deprimente (Patterson, 2006). El nuevo ministro de Asuntos Indígenas, Jim Prentice, renegó de este acuerdo y dijo que su gobierno no estaría vinculado por un acuerdo previo a las elecciones que nadie había firmado y que ascendía a poco más que «un comunicado de prensa de una página» (Webster, 2006). La mayoría mandó, sola.

Después de obtener un nuevo mandato, y un gobierno de mayoría, en mayo de 2011, los conservadores de Harper se hicieron aún más descaradamente mayoritarios. Anglófonos monolingües fueron elegidos para ocupar altos cargos oficiales, en el Tribunal Supremo o en el gobierno, símbolos imperiales británicos fueron reintroducidos y celebrados en los asuntos públicos de Canadá, y se tomaron una serie de decisiones con poca consideración por las consecuencias en las provincias (en materia de justicia penal, de transferencias de salud o de pensiones en particular). Por lo tanto, se deben tomar con cautela los diagnósticos que sugieren que Canadá se ha hecho más comprometido con la autonomía y más descentralizado. El centro se mantiene.

Aparte del poder omnipresente de las mayorías, la política del federalismo real está también profundamente determinada por la política de la izquierda y de la derecha. Quizá no hay mejor lugar que España para subrayar la interacción profunda y consecuente que existe entre el federalismo y la política de izquierdas y derechas. En este país, en efecto, los debates sobre la autonomía y la unidad eran debates muy de entre la izquierda y la derecha (Balfour y Quiroga, 2007). Aunque esto no siempre es reconocido, este también fue el caso de Canadá. La política de ciudadanía igual que, conforme a los liberales, condujo a Ottawa a intervenir masivamente en las zonas de competencia provincial era en realidad un proyecto de centro-izquierda, y, en cambio, el centro-derecha, a menudo ha aparecido como más favorable a la autonomía provincial. Fue un gobierno conservador, por ejemplo, quien intentó en la década de los ochenta hacer que el Gobierno de Quebec aceptara la *Ley de la Constitución de 1982*. Téngase en cuenta, por cierto, que las posiciones, en este caso, eran opuestas a las de las partes definidas en España. En Canadá, la izquierda representaba la unidad y el derecho a la autonomía. Dentro de Quebec, por el contrario, las fuerzas autonomistas estaban en su mayoría en la izquierda, y la derecha apoyaba el *status quo* federal. La política de Quebec era similar a la de Cataluña o Escocia, pero la política canadiense no precisamente a la de España o del Reino Unido, donde la derecha tiende a llevar la bandera de la unidad, en contra de una izquierda más acomodaticia. Lo que es izquierda y derecha, en un lugar y momento dado, puede variar de acuerdo con la correlación de fuerzas sociales y la construcción de debates públicos. El conflicto entre la izquierda y la derecha, sin embargo, siempre importa al federalismo, tal y como lo hacen las tensiones entre mayorías y minorías.

Los tiempos también pueden ser buenos o malos. Hablando en España y en Europa, hoy en día, no puedo decir mucho acerca de la importancia fun-

damental del contexto fiscal y económico para la consecución de los debates sobre el federalismo y la democracia. En *Hamilton's Paradox*, Jonathan Rodden argumenta que las crisis económicas suelen ser favorables a las autoridades federales y a la centralización (2006). Históricamente, este fue el caso en Canadá. La Gran Depresión de la década de los años treinta preparó el terreno para la concentración de la mayoría de los recursos financieros en manos del Gobierno federal, la introducción de nuevas transferencias federales dirigidas a los ciudadanos individuales, y el despliegue de una serie de programas de gastos compartidos que, en efecto, hicieron que la protección social fuera comparable entre las provincias. Del mismo modo, a mediados de la década de 1990, Ottawa eliminó su déficit presupuestario en gran parte mediante la reducción de las transferencias a las provincias, dejándolas que se apañaran con las consecuencias (Noël, 2009, p. 285). Hoy en día, en Canadá, la situación parece relativamente favorable. El Gobierno de Harper se mantiene comprometido, sin embargo, por razones ideológicas, con las políticas de austeridad, y la evolución reciente de las transferencias federales y de gasto sugieren un paso hacia un acuerdo que será tanto menos generoso y más centralizado a favor sobre todo de las provincias productoras de petróleo, que casualmente también apoyan masivamente al gobierno actual. El contexto es importante.

Dicho esto, las mayorías no siempre prevalecen, y las ventanas de oportunidad a veces se abren, lo que permite innovaciones contra mayoritarias. Este fue el caso, más recientemente, con la firma en 2005 del Acuerdo sobre el Plan de Seguro Parental de Quebec. En gran parte desapercibido por los estudiosos y profesionales interesados en el federalismo, este acuerdo fue quizás el más importante desde la creación del plan de pensiones de Quebec en 1964. De hecho, permitió que el Gobierno de Quebec recuperase de Ottawa una competencia que la práctica y sentencias judiciales habían asociado a la competencia federal sobre el seguro de desempleo, debidamente aceptada por las provincias en 1940. El Gobierno de Quebec materializó este acuerdo y creó su propio programa de seguro parental, que es único en Canadá y muy superior a lo que se ofrece por el programa federal de seguro de empleo (Noël, 2011). Los actores sociales y los partidos políticos de Quebec habían construido un fuerte consenso sobre la cuestión, y la reforma propuesta por el Gobierno de Quebec fue sensata y en línea con su más amplia política familiar. El cambio, sin embargo, nunca habría tenido lugar sin una ventana de oportunidad que llegó cuando Paul Martin sustituyó a Jean Chrétien como primer ministro. Mientras Chrétien fue inflexible en su oposición a la demanda de Quebec, Martin demostró ser más flexible y, también, con más necesidad de consolidar la posición relativamente frágil de un gobierno de minoría sumido en los escándalos dejados por su predecesor. En este momento, es difícil ver cualquier oportunidad comparable en el horizonte. Sigue siendo importante tener en cuenta que, a veces, las federaciones se modifican.

4. CONCLUSIÓN

Al comparar los países multinacionales es útil menos determinar las características recurrentes o encontrar las recetas o modelos establecidos que tomar distancia de las preocupaciones inmediatas y obtener una mejor comprensión de la política real de federaciones. En este capítulo sólo puede empezar a abordar este tema tan amplio pero sin embargo sugiere algunos pocos factores y dimensiones que los académicos y los profesionales deberían tener en cuenta a este respecto.

En primer lugar, al menos en el caso canadiense, la política de la autonomía y la unidad resultaba más importante que la de la homogeneidad y la diferencia. Los orígenes dualistas del país explican en gran medida la primacía otorgada a la autonomía; y, de hecho, en una relación dual, la asimetría simplemente no tiene sentido. Esta observación, tomada del caso canadiense, sirve como un recordatorio útil de que, donde es más importante, el federalismo es más sobre el reparto del poder —el autogobierno y el gobierno compartido— que sobre la expresión de las distintas preferencias u orientaciones sociales. En otras palabras, los debates centrales de las sociedades multinacionales se refieren menos a la homogeneidad y a la diferencia como tales que a la expresión política y a la institucionalización de distintas identidades nacionales.

En segundo lugar, en un contexto multinacional, la asimetría bien puede venir como un subproducto de la evolución de los acuerdos para compartir el poder. En la historia de Canadá, por ejemplo, el Gobierno de Quebec sin duda buscaba algún tipo de reconocimiento a nivel nacional, pero en general estaba más decidido a preservar y estimular su independencia que a negociar el carácter distintivo. Para a la insinuación del «café para todos», la respuesta era la mayoría de las veces: ¿por qué no?. Estas evoluciones canadienses subrayan igualmente la siempre controvertida naturaleza del federalismo, que en el extremo final constituye menos una forma institucional establecida y bien definida que un patrón de conflictos en constante renovación, un modo siempre cuestionado de hacer política. En este sentido, España, al igual que Canadá, es verdaderamente federal.

En tercer lugar, teniendo en cuenta estos debates y conflictos recurrentes, los conocimientos que puedan derivarse de las comparaciones deben ser informados con prudencia y modestia. La experiencia canadiense ilustra muy bien que la producción y difusión de conocimientos sobre el federalismo constituye un cometido político. Esta empresa intelectual constituye una parte integral de los actuales debates multinacionales del país. Algunas lecciones políticas sin embargo se pueden extraer, al menos provisionalmente, a partir de la experiencia canadiense. Cuatro de esas lecciones se propusieron más arriba, para sugerir que, por lo general, las mayorías rigen; que los conflictos sobre el federalismo también son conflictos en gran medida entre la izquierda de un país y la derecha, que las crisis económicas y sociales tienden a favorecer el centro

a costa de las unidades autónomas; y, finalmente, que las ventanas de oportunidad pueden a veces abrirse para facilitar las reformas favorables a la autonomía.

Porque las relaciones de poder importan, y porque las mayorías suelen tener el control, sobre todo en tiempos difíciles, las reglas fuertes, explícitas, constitucionales o institucionales parecen críticas para las minorías nacionales (sobre esta cuestión, véase Gagnon, 2011). Un principio federal bien establecido en particular como es el del afianzamiento de un equilibrio entre la autonomía y la unidad resulta importante, y más que la búsqueda de la diferencia o asimetría capturada indirectamente en la idea del café para todos. Una vez más, no importa cuáles son las reglas, siempre funcionan en un contexto, y el contexto, también lo construimos juntos.

BIBLIOGRAFÍA

- BALFOUR, S. y QUIROGA, A., *The Reinvention of Spain, Nation and Identity since Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- BANTING, K., «Canada: Nation-Building in a Federal Welfare State», en OBINGER, H.; Stephan LEIBFRIED, S. y CASTLES, F.G. (eds.), *Federalism and the Welfare State, New World and European Experiences*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 89-137.
- BASAVARAJAPPA, K.G. y RAM, R., «Section A: Population and Migration», en *Statistics Canada: Historical Statistics of Canada*, Statistics Canada (11-511-XIE), Ottawa, 1983.
- BLACK, E.R. y CAIRNS, A.C., «A Different Perspective on Canadian Federalism», en *Canadian Public Administration*, 9, 1, marzo de 1996, pp. 27-44.
- CARON, Jean-François y LAFOREST, G., «Canada and Multinational Federalism: From the Spirit of 1982 to Stephen Harper's Open Federalism», en *Nationalism and Ethnic Politics*, 15: 2009, pp. 27-55.
- CARON, J.-F.; LAFOREST, G. y VALLIÈRES-ROLAND, C., «Canada's Federative Deficit», en GAGNON, A.G. (ed.), *Contemporary Canadian Federalism: Foundations, Traditions, Institutions*, University of Toronto Press, Toronto, 2009, pp. 132-62.
- COOL, J., *Child Care in Canada: The Federal Role*, Library of Parliament, PRB 04-20E, Ottawa, Abril de 2007.
- DRYZEK, J.S., *Discursive Democracy: Politics, Policy, and Political Science*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994.
- ERK, J., «Theorists of Federalism, Practitioners of Federalism: Engag. Intellectuals, Technocratic Experts, and Scholars», Paper presentado en the *Global Promise of Federalism workshop*, University of Toronto, 23 September, Toronto, 2011.
- FAFARD, P.; ROCHER, F. y CATHERINE C.T. «The Presence (or Lack Thereof) of a Federal Culture in Canada: The Views of Canadians», en *Federal and Regional Studies*, vol. 20, n.º 1, marzo de 2010, pp. 19-43.
- GAGNON, A.-G., *The Case for Multinational Federalism: Beyond the All-Encompassing Nation*, Routledge, Nueva York, 2010.
- GAGNON, A.-G., *L'âge des incertitudes: essais sur le fédéralisme et la diversité nationale*, Presses de l'Université laval, Quebec, 2011.

- IRLBACHER-FOX, S., *Finding Dahshaa: Self-Government, Social Suffering, and Aboriginal Policy in Canada*, UBC Press, Vancouver, 2009.
- KYMLICKA, W., «Marketing Canadian Pluralism in the International Arena», en WHITE, A.L.; SIMEON, R.; VIPOND, R. y WALLNER, J. (eds.), *The Comparative Turn in Canadian Political Science*, UBC Press, Vancouver, 2008, pp. 99-120.
- LAFORREST, G., *Pour la liberté d'une société distincte: parcours d'un intellectuel engagé*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2004.
- LAJOIE, A., *Quand les minorités font la loi*, PUF, Paris, 2002.
- LINDBLOM, Ch. y COHEN, D.K., *Usable Knowledge: Social Science and Social Problem Solving*, Yale University Press, New Haven, 1979.
- LINTEAU, P.-A.; DUROCHER, R. y ROBERT, J.-C., *Quebec: A History, 1867-1929*, Lorimer, Toronto, 1983.
- MATIER, Ch., *Renewing the Canada Health Transfer: Implications for Federal and Provincial-Territorial Fiscal Sustainability*, Office of the Parliamentary Budget Officer, 12 de enero, Ottawa, 2012.
- MCROBERTS, K., *Misceconceiving Canada: The Struggle for National Unity*, Oxford University Press, Toronto, 1997.
- MORENO, L. y COLINO, C., «Kingdom of Spain», en MORENO, L. y COLINO, C. (eds.), *Diversity and Unity in Federal Countries*, McGill-Queen's University Press, Montreal and Kingston, 2010, pp. 288-319.
- NOËL, A., «The Federal Principle, Solidarity and Partnership», en GIBBINS, R. y LAFORREST, G. (eds.), *Beyond the Impasse: Toward Reconciliation*, Montreal, Institute for Research on Public Policy, 1998, pp. 241-72.
- Noël, A., «General Study of the Framework Agreement», en GAGNON, A.-G. y SEGAL, H. (eds.), *The Canadian Social Union Without Quebec: Eight Critical Analyses*, Institute for Research on Public Policy, Montreal, 2000, pp. 9-35.
- NOËL, A., «Déblocages?», *Policy Options*, vol. 25, n.º 10, noviembre de 2004, 48.
- Noël, A., «Democratic Deliberation in a Multinational Federation», en *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 9, n.º 3, septiembre de 2006, pp. 419-44.
- NOËL, A., «Balance and Imbalance in the Division of Financial Resources», en GAGNON, A.-G. (ed.), *Contemporary Canadian Federalism*, 2009, pp. 273-302.
- NOËL, A., «Asymmetry at Work: Quebec's Distinct Implementation of Programs for the Unemployed», en *Background Paper*, Mowat Centre Employment Insurance Task Force, Mowat Centre for Policy Innovation, Toronto, 2011. Disponible en: (<http://mowateitaskforce.ca/sites/default/files/Noel.pdf>).
- NOËL, A. y THÉRIEN, J.-P., *Left and Right in Global Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- PAPILLON, M., «Is the Secret to Have a Good Dentist? Canadian Contributions to the Study of Federalism in Divided Societies», en WHITE, L.; SIMEON, R.; VIPOND, R. y WALLNER, J. (eds.), *The Comparative Turn in Canadian Political Science*, 2008, pp. 123-39.
- PATTERSON, L., *Aboriginal Roundtable to Kelowna Accord: Aboriginal Policy Negotiations, 2004-2005*, Library of Parliament, K., «The Harper Government's Universal Child Care Plan: Paradoxical or Purposeful Social Policy?», en DOERN, G.B. (ed.), *How Ottawa Spends 2007-2008; The Harper Conservatives - Climate of Change*, McGill-Queen's University Press, Montreal and Kingston, 2007, pp. 180-99.

- ROCHER, F., «The Quebec-Canada Dynamic or the Negation of the Ideal of Federalism», en GAGNON, A-G.(ed.), *Contemporary Canadian Federalism*, 2009, pp. 81-131.
- RODDEN, J.A., *Hamilton's Paradox: The Promise and Peril of Fiscal Federalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- RUSSELL, P.H., *Constitutional Odyssey: Can Canadians Become a Sovereign People?*, University of Toronto Press, 3.º edición, Toronto, 2004.
- SILVER, A.I., *The French-Canadian Idea of Confederation, 1864-1900*, University of Toronto Press, 2.º edición, Toronto, 1997.
- SIMEON, R. y ROBINSON, I., *State, Society, and the Development of Canadian Federalism*, volume 71, Studies for the Royal Commission on the Economic Union and Development Prospects for Canada, University of Toronto Press, Toronto, 1990.
- SIMEON, R., *Political Science and Federalism: Seven Decades of Scholarly Engagement*, Institute of Intergovernmental Relations, Kingston, 2002.
- STATISTICS CANADA (2007): *Language Highlight Tables, 2006 Census*, Ottawa, Statistics Canada (97-555-XWE2006002).
- STATISTICS CANADA (2012): *Quarterly Demographic Estimates, October to December 2011*, Ottawa, Statistics Canada (91-002-X, vol. 25, n.º 4).
- VAILLANCOURT, Y., «The Quebec Model in Social Policy and Its Interface with Canada's Social Union», en *Sarah for Research on Public Policy*, 2003, pp. 157-95.
- WEBSTER, P., «Canadian Aboriginal People's Health and the Kelowna Deal», en *The Lancet*, 368, 9532, Julio22., 2006, pp. 275-76.
- YOUNG, R.A.; FAUCHER, P. y BLAIS, A., «The Concept of Province- Building: A Critique», en *Canadian Journal of Political Science*, vol. 17, n.º 4, diciembre de 1984, pp. 783-818.

La opción federal y la gestión constitucional de la diversidad en España

Xavier Arbós Marín
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La fórmula constitucional. 3. El discurso federal y la diversidad. 4. Un futuro incierto.

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo me propongo compartir algunas ideas acerca del desarrollo federal de nuestro sistema político. Me temo que no van a ser buenos augurios para los federalistas: no pienso que nuestro ordenamiento territorial vaya a evolucionar hacia un modelo federal. Más bien al contrario. Y, en lo que evoluciona, creo que se inclina más por la homogeneidad que por la diversidad. Estas son las impresiones de partida, que trataré de verificar más adelante y que pueden sesgar la orientación de este trabajo. Sin embargo, la confirmación de estas impresiones subjetivas no es el objeto primordial de estas páginas. La idea de fondo es que la relación entre el federalismo y la diversidad se basa más en el interés que en la atracción inevitable. Lo explicaré dentro de poco, en este mismo apartado introductorio, por si puede ser útil en la discusión general. Ahora bien, aunque la diversidad ha encajado poco y mal en el constitucionalismo, creo que una federación sin federalismo no es necesariamente la solución para los problemas territoriales de España. Tampoco lo es en la versión del federalismo que se ha promovido por sectores muy importantes de la doctrina. Quizá la fórmula constitucional del llamado Estado de las autonomías, precisamente por las peculiaridades que la diferencian del Estado federal canónico, sea más adaptable al acomodo de la diversidad; de eso me ocuparé en el apartado siguiente. A continuación me referiré a las ideas que sobre el federalismo presentes en las discusiones acerca del Estado de las autonomías. Tengo la impresión de que si en el nacimiento del Estado autonómico están las demandas políticas basadas en la diversidad, en una parte muy importante del federalismo doctrinal se justifica la recentralización y se postula la irrelevancia

de la diversidad. No termino con una conclusión propiamente dicha, sino con una reflexión final. El modelo territorial español no permite llegar a conclusiones cerradas en el tema que nos ocupa, porque carece de la estabilidad imprescindible. La alcanzaría si se constitucionalizara, adquiriendo de este modo la máxima seguridad jurídica posible.

Conviene, en todo caso, iniciar con una breve aclaración terminológica. Me parece necesario distinguir entre «federalismo» y «Estado federal», inspirándome en el planteamiento clásico de Preston King¹. Si el federalismo es una teoría normativa² que postula la distribución territorial del poder, el Estado federal, o la federación, es una forma de Estado que puede ser objeto de una teoría descriptiva. Ocurre, sin embargo, que también utilizamos la palabra «federalismo» de modo descriptivo para tratar de lo relativo a la distribución de competencias y a los órganos y actores que intervienen en la misma en los estados federales concretos. Y así resulta que nos referimos al «federalismo de los Estados Unidos» o al «federalismo alemán» para describir procesos que pueden resultar contrarios al postulado normativo de división territorial del poder. Nada grave ni necesariamente erróneo, pero, como espero saber explicar, la presentación como «federalismo» de las versiones más centralizadoras de los estados federales puede haber lastrado gravemente el posible atractivo de la doctrina federalista en nuestro país.

En todo caso, el Estado federal se plantea como una opción ante la crisis del Estado autonómico. En los últimos tiempos, algunos informes han señalado las ineficiencias de nuestra estructura territorial³, sin que aparezca el factor que la origina, que a mi juicio no es otro que la diversidad de sentimientos de pertenencia a la comunidad política. Sin catalanismo, galleguismo o vasquismo no hubiera habido una Constitución como la de 1978, ni una Constitución como la de 1931. Basada en sentimientos, esa diversidad es subjetiva, aunque pueda basarse en elementos objetivos, como la lengua o las creencias religiosas. Y puede sostenerse que es una cuestión privada, pero frecuentemente no es solo privada. Lo que la define, tanto si es la apariencia física, la lengua o la religión, se inscribe en la personalidad individual. Pero cuando no coin-

¹ KING, P., *Federalism and Federation*, Croom Helm, Londres, 1982, pp. 74-76.

² HUEGLIN, T., «Legitimacy, democracy and federalism», en BAKVIS, H. y CHANDLER, M.W., *Federalism and the Role of the State*, Toronto University Press, Toronto, 1987, pp. 32-56 (p. 35); LACROIX, A., *The Ideological Origins of American Federalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2010, p. 10. RIKER, W.H., «Federalism», en GOODIN, R.E. y PETIT, P. (eds.), *A Companion to Political Philosophy*, Blackwell, Oxford, 2001, pp. 508-514 (p. 509). SCOTT, K., *Federalism. A Normative Theory and its Practical Relevance*, Continuum, Nueva York, 2011, p. 1.

³ Por ejemplo, en OTERO, M. y GARCÍA HERNÁNDEZ, D. (coords.), *Un momento clave para construir entre todos la España admirada del futuro*, 2010, pp. 76-77; se sintetizan las opiniones de diversos expertos de la sociedad civil, y, en lo referido al modelo autonómico abundan las llamadas a evitar ineficiencias. Disponible en: <http://fundacion.everis.com/FUListRepositoryFiles/TransformaEspa%C3%B1a.pdf>, consulta 06/10/2011.

cide con la de quienes nos rodean, nuestra peculiar condición humana pasa a definirse también por la diferencia. Los imperios del pasado mantenían las diferencias entre los individuos: algunos, que tenían la condición de ciudadanos, podían acceder a las instituciones y proyectar a la vida pública su cultura, su religión y su lengua. Quienes no tenían la condición de ciudadanos, y eran distintos, vivían su diversidad en otro plano, a menudo como un asunto privado. Entre la tolerancia y el respeto, en los buenos momentos, y bajo la persecución en los malos. Sin embargo, la diversidad entre los habitantes del imperio no es incompatible con la existencia del mismo. De hecho, quienes defienden los imperios frente a los Estados nacionales argumentan que han permitido la convivencia pacífica entre pueblos diferentes⁴.

Pero en la actualidad, cuando con frecuencia se da por supuesto que cada Estado es la organización política que corresponde a una nación, la diversidad puede llegar a ser una cuestión relevante para la vida pública. El fundamento de la legitimidad del poder supremo se atribuye a la nación, y en la medida en la que esta se define con criterios culturales, la diversidad adquiere trascendencia pública. Hay versiones del constitucionalismo que promueven políticas de reconocimiento de la diversidad. Un ejemplo significativo es el de Francisco Caamaño, profesor de derecho constitucional que fue ministro de Justicia, quien afirma: «En la democracia plural el poder ciego a las diferencias es un poder que ignora la humillación, y su estatuto de neutralidad una excusa para la burla. La dignidad igualitaria con la que el primer liberalismo vistió al hombre-ciudadano sólo se cumple en la hipótesis de un inexistente panorama de la homogeneidad, como política de dominación e imposición cultural.»⁵

El hecho social de la diversidad ha adquirido dimensión política. Cuando lo que nos hace diversos forja sentimientos de pertenencia, el grupo humano así delimitado puede ser imaginado como sujeto político. Sabemos bien que se discute lo espontáneo o impuesto de la conexión entre ese sentimiento y un proyecto político de autogobierno, pero creo que podremos convenir en que, a los efectos de este trabajo, carece de sentido plantear el debate en términos absolutos. Tomando prestadas de Ferdinand Tönnies las categorías de «comu-

⁴ DALBERG-ACTON, J.E. [Lord Acton], «Nationality» [1862]: «The combination of different nations in one State is as necessary a condition of civilised life as the combination of men in society», en *Selected writings of Lord Acton*, vol. I, *Essays in the history of liberty*, Liberty Fund, Indianapolis, 1985, pp. 409-433 (pp. 425-426). Véanse, también, sus aforismos sobre federalismo y nacionalidad. Entre ellos: «Nationality: Originally a trully liberal idea. It made Austria a federation. It produced the federal idea», en *Selected writings of Lord Acton*, vol. III, *Essays in the religion, politics and morality*, Liberty Fund, Indianapolis, 1985, pp. 558-560 (p. 560).

⁵ CAAMAÑO, F., «Representación o participación de las minorías: sobre la determinación de algunos espacios útiles a las políticas del reconocimiento», en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, n.º 3, 2004, pp. 353-378 (p. 356).

nidad» (*Gemeinschaft*) y «asociación» (*Gesellschaft*)⁶, podría destacarse que en la comunidad predominan vínculos emocionales entre los individuos, mientras que en la asociación esos vínculos tienen un carácter esencialmente abstracto, racional y jurídico. La realidad concreta se sitúa entre esos dos tipos ideales, y la identidad propia de un grupo, que es su diversidad en relación a otro, puede tener elementos emotivos o jurídicos. El grupo alcanza la condición de sujeto político cuando su existencia distinta se invoca como fundamento de un poder propio. Y pasa de sujeto político a sujeto de derecho cuando el ordenamiento lo reconoce: bien el Derecho internacional público, como Estado soberano, o bien el ordenamiento estatal, como entidad dotada del derecho a autogobernarse.

La diversidad políticamente relevante nos proporciona una clave para presentar el marco en cuyo interior aparece federalismo. En la Declaración de Independencia (1776) de los futuros Estados Unidos de América el «pueblo» se presenta como una entidad que rompe sus vínculos con otra para ocupar el lugar que le corresponde, separado e igual, entre todas las naciones de la tierra: «When in the Course of human events, it becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another, and to assume among the powers of the earth, the separate and equal station to which the Laws of Nature and of Nature's God entitle them, a decent respect to the opinions of mankind requires that they should declare the causes which impel them to the separation.» Hay, por tanto, una diferenciación específica para afirmarse como sujeto político, que más tarde y también como «pueblo» establece la Constitución que funda los Estados Unidos de América: «We the people of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.»

Para el caso americano la diversidad nos parece hoy obvia, a la vista de la cohesión propiciada por el sentimiento de agravio fiscal compartido de los colonos americanos de entonces, y por la distancia oceánica que separaba la metrópoli de las colonias. Y, en el mismo contexto cultural del liberalismo generado por la Ilustración, también la diversidad delimita la idea de nación. Parece claro en el conocido texto de Sieyès *Qu'est-ce que le tiers État?* El tercer Estado es la nación completa en la medida que excluye a los privilegiados, categoría distinta de la de los ciudadanos. Si la nación es «Un corps d'associés

⁶ He utilizado TÖNNIES, F., *Comunidad y asociación: el comunismo y el socialismo como formas de vida social*, Península, Barcelona, 1979 traducción de IVARS, J.F. [1.ª edición, 1887]. Dice Tönnies que la nación «solo puede existir gracias a sus [de los ciudadanos] voluntades racionales unidas, aun cuando esa pueda ser un producto necesario o involuntario de esas voluntades. No solo se funda en su unidad accidental presente, sino también en la unidad esencial que sobrevive a las generaciones» (p. 254).

vivant sous une loi commune et représentés par la même législature», tal definición viene precedida de las consideraciones por las cuales se excluye de la misma a los ociosos y a los privilegiados⁷. La nación se transforma luego en el grupo humano al que se atribuye la soberanía; esto es, la titularidad del poder político supremo del Estado en el que sus habitantes de súbditos han pasado a ser ciudadanos.

La nación entra de este modo en el primer plano de las ideas políticas, como sujeto de la soberanía. Pero el federalismo y soberanía nacional no encajan bien. Si hay una Constitución que delimita ámbitos competenciales diferenciados es muy difícil mantener el carácter único e indivisible que suele atribuirse a la soberanía nacional. Esa idea favorece más bien el principio de las nacionalidades, y justifica el derecho a la autodeterminación. Se puede insistir en que la soberanía nacional es la de los ciudadanos que forman la nación: la ciudadanía genera la nación. Pero esta visión no satisface a todo el mundo; hay quien piensa que el *demos* de los ciudadanos debe coincidir con el *ethnos*: con la nación configurada por la cultura o por alguno de sus elementos. Desde el romanticismo la diversidad cultural se ha invocado como elemento distintivo de la nación, dando lugar al «principio de las nacionalidades» formulado por Mancini⁸, avalado por Stuart Mill⁹ y acogido entre nosotros, aunque no para nosotros, por Cánovas del Castillo¹⁰. Cada «nacionalidad» debe tener su Estado soberano, viene a decir ese principio.

La diversidad de un grupo que se percibe como sujeto político puede hacer que quienes pretendan asumir su representación lo definan como «nacionalidad» o «nación». Que lo sea realmente o no, importa poco. Lo importante es que se crea en su existencia, y que esa creencia pueda dar o negar legitimidad. Dada la impopularidad de la dominación extranjera, la pertenencia

⁷ SIEYÈS, E.J., *Qu'est-ce que le tiers État?*, Editions du Boucher, París, 2002 [1.ª edición, 1789]. Desde el primer capítulo se afirma que el tercer Estado es la nación completa. La definición en la p. 5.

⁸ MANCINI, P.S., «Della nazionalità. come fondamento del diritto delle genti. Prelezione al corso di Diritto internazionale pronunciata nella R. Università di Torino nel d. 22 gennaio 1851», en MARGHERI, G. en su *Diritto internazionale*, G. Margheri, Nápoles, 1873, pp. 1-64.

⁹ STUART MILL, J., «On nationality, as connected with representative government», en capítulo XVI de *Considerations on Representative Government [1861]*. Cito por *Utilitarianism, On Liberty and Considerations on Representative Government*, Londres: Dent & Sons, 1980, pp. 359-366.

¹⁰ CÁNOVAS DEL CASTILLO, A., «Discurso pronunciado el 6 de noviembre de 1882 [en el Ateneo de Madrid]», en su obra *Problemas contemporáneos*, Imp. de A. Pérez Durull, 2 vols, vol. II, Madrid, 1884, pp. 11-97. En la página 51 menciona el principio de las nacionalidades, y dice: «El hecho de la existencia de los actuales Estados que se reparan el mundo culto, dignísimo es de respeto seguramente, y puede, y en general debe subsistir hasta por siglos; pero negar que aquél esté mejor constituido donde haya una sola nación, o una propia raza, y una misma lengua, o, cuanto más, dialectos fundamentalmente ligados al idioma común, y donde toda la población esté llena de iguales recuerdos, enamorada de idénticas tradiciones, informada, en fin, por un común espíritu, parece como negar luz al día.»

de gobernantes y gobernados al mismo grupo parece erigirse en condición de legitimidad del poder de los primeros. Ahí podemos reconocer una dimensión del nacionalismo, en la medida en que se postule que la identidad nacional debe ser común a gobernantes y gobernados. Llevada al extremo del principio de las nacionalidades, a cada nación le corresponde un Estado, y un Estado solo puede tener una nación. Ahora bien, una versión menos radical, y adaptada a las identidades compartidas que pueden asumir las personas, federalismo y nacionalismo pueden ser compatibles. Es el planteamiento de Brendan O'Leary: en una federación plurinacional, las naciones pueden estar representadas y autogobernarse¹¹. Autogobierno no es soberanía, y a una nación, en una federación multinacional, no le corresponden las competencias reservadas a las instituciones federales. Ahora bien, una federación se caracteriza por combinar el autogobierno de las entidades federadas y el gobierno compartido en la federación: *self rule* y *shared rule*, en palabras de Daniel Elazar¹². Es decir, lo que no es autogobierno no es exactamente un gobierno ajeno, del que los Estados miembros están excluidos; es gobierno que se comparte, habitualmente en una de las dos Cámaras del poder legislativo federal. De esta manera, y aunque el federalismo precede históricamente al nacionalismo, el Estado federal puede llegar a ser una fórmula que acomode la diversidad nacional.

No será una fórmula mágica, porque la diversidad nacional puede ser asimétrica. En una federación multinacional, no todas las naciones son iguales en población o en riqueza, ni lo que define a cada una de ellas —lengua o religión, por ejemplo— tiene la misma dimensión o vínculos internacionales. Por ello se destacan algunos rasgos normativos del federalismo que caracterizan la organización y funcionamiento de las federaciones. El primero es el legalismo¹³ en el ejercicio del poder: el respeto a las normas es una garantía para las minorías y sus competencias. Es la esencia del imperio de la ley, y no requiere mucha más explicación. El segundo puede ser visto como un límite a la democracia, que propone un procedimiento por el que gobierna la mayoría. Sin embargo, en las federaciones hay diversos *demoi*: el que corresponde al pueblo de la federación, y los propios de cada uno de los Estados miembros que la componen. Por esta razón resulta deseable una doble mayoría para re-

¹¹ O'LEARY, B., «An iron law of nationalism and federation? A (neo-Diceyan) theory of the necessity of a federal Staatsvolk and of consociational rescue», en *Nations and nationalism*, vol. 7, n.º 3, 2001, pp. 273-296 (p. 278).

¹² ELAZAR, D.J., *Exploring Federalism*, The University of Alabama Press, Tuscaloosa: 1987, p. 12.

¹³ ADICEY, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty Fund, Indianapolis, 1982 [1.ª edición, 1885], p. 100; «Federalism, lastly, means legalism —the predominant of the judiciary in the constitution— the prevalence of a spirit of legality among the people». POUND, R., «Law and Federal Government», en POUND, R.; MCILWAIN, Ch.H.; NICHOLS, R.F., *Federalism as a Democratic Process*, Zenger, Washington D.C., 1978, 1.ª ed., 1942, p. 29.: «A federal polity is necessarily a legal polity».

formar las reglas de organización del poder político¹⁴: una que puede atribuirse a la mayoría de la población en el conjunto del Estado federal, y otra en la que cuentan las voluntades de los Estados miembros que lo forman. Si una población que es minoría en el conjunto de la federación es mayoritaria en alguno o algunos de los Estados miembros, su voto como Estado miembro puede frenar propuestas de cambio que la perjudiquen. Evidentemente, la condición para que funcione este tipo de cláusulas es que las minorías dispongan de un territorio en el que no lo sean, y desde el que puedan promover la decisión imprescindible para activar el contrapeso protector que las puede amparar en el supuesto de una reforma constitucional. Contrapeso que, desde otra perspectiva, puede ser visto como una limitación intolerable para las mayorías¹⁵. Ahora bien, el federalismo, además de las cláusulas formales que encontramos en algunas constituciones, tiene una tradición de toma de decisiones que se caracteriza por el multilateralismo. En esa tradición podemos reconocer una tercera recomendación federalista. Como en el plano formal hay diversidad de gobiernos, en la práctica informal se puede asumir con facilidad que hay diversidad de actores políticos y sociales. Además, el esfuerzo por encontrar soluciones concertadas recuerda a las minorías que son parte de la comunidad política y que su opinión puede ser tenida en cuenta. No hay federalismo sin diversidad, y el diálogo multilateral parece no sólo un método, sino un valor de la convivencia¹⁶. La lógica interna del federalismo excluye la unilateralidad en las cuestiones cruciales para una comunidad política.

En todo caso, con minorías o sin ellas, el federalismo lleva a la diversidad. Promueve el modelo federal de Estado, con distribución de competencias normativas que, cuando se desarrollan con autonomía, pueden generar diversidad normativa. Hay, pues, un ordenamiento jurídico complejo, resultado de una pluralidad de fuentes¹⁷. Esa estructura de gobierno, así como la dinámica de las relaciones intergubernamentales que surgen, no son meros instrumentos al servi-

¹⁴ Parece obligado referirse al planteamiento sobre la «concurrent majority» que hace CALHOUN, J.C., *A Disquisition on Government*, Hackett, 1995 [1.ª edición póstuma, 1853], Indianapolis, pp. 19-31. Véase, también, GROPPPI, T., *Federalismo e costituzione. La revisione costituzionale negli stati federali*, Giuffrè, Milán, 2001, pp. 107 y ss.

¹⁵ SIMEON, R. y CONWAY, D.-P., «Federalism and the management of conflict in multinational societies», en GAGNON, A.-G. y TULLY, J. (eds.), *Multinational Democracies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 340-341.

¹⁶ FRIEDRICH, C.J., *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Frederick A. Praeger, New York, 1968, p. 39: «Federalism, by providing channels for intergroup communication, by delaying precipitate action and offering a stage for intergroup compromise, seems to be one of the political instrumentalities for negotiating the problem of a divided loyalty, by affording both integrative and differentiating forces some room to operate in». BURGESS, M., «Managing Diversity in Federal States: Conceptual Lenses and Comparative Perspectives», en GAGNON, A.-G. (ed.), *Contemporary Canadian Federalism*, Foundations, Traditions, Institutions, University of Toronto Press, Toronto, 2009, pp. 428-440 (pp. 430-431).

¹⁷ PIZZORUSSO, A., «Sistema delle fonti e forma di Stato e di governó», en *Quaderni costituzionali*, n.º 2, 1986, pp. 217-235.

cio de elaboración de políticas públicas: expresan el principio del respeto a la diversidad que nace de la estructura y el funcionamiento de las federaciones. Es cierto que con la invocación de ese principio no se resuelven los problemas derivados de la diversidad, pues los principios por sí solos no resuelven problemas. Lo que hacen, y no es poco, es dar una base de legitimidad a las soluciones, que siempre serán complejas¹⁸.

La legitimidad en el Estado de derecho parte de las estructuras constitucionales: de los principios que se afirman y de las reglas de organización del poder. Las soluciones se pueden desplegar a través de políticas públicas, y hay que asumir que en el mundo contemporáneo predomina la reticencia hacia las actuaciones de los gobiernos. El constitucionalismo europeo del siglo XX, por influencia de la socialdemocracia, decidió incluir los derechos sociales en los textos constitucionales. Y cuando en la Constitución aparecen derechos culturales o derechos colectivos, se abre una etapa nueva al tomar en cuenta todas las dimensiones de la existencia, tan reales las culturales como las materiales. Así viene a cerrarse un círculo, porque finalmente el constitucionalismo asume en su totalidad la condición humana.

2. LA FÓRMULA CONSTITUCIONAL

La Constitución española de 1978 (CE) estableció un modelo peculiar de distribución territorial del poder, inspirado en el precedente de la de 1931. Nuestra norma fundamental establece un «Estado social y democrático de Derecho» (art. 1 CE), sin incluir en esa fórmula política ninguno de los calificativos habituales relativos a la distribución territorial del poder. No se menciona ningún carácter «regional» o «federal»; es más, si aparece la palabra «federación» es para prohibirla: el artículo 145.1 CE dispone que «en ningún caso se admitirá la federación de Comunidades Autónomas». Pero, a pesar de su indeterminación, el texto constitucional se ha desarrollado de tal modo que, en muchos aspectos, España puede compararse con países a los que nadie niega su condición federal.

Para tratar de explicarlo, podemos sugerir tres rasgos que definirían el modelo de Constitución federal, inspirados parcialmente en el conocido manual de García-Pelayo¹⁹. El primero de ellos sería la distribución de competencias, efectuada por la propia Constitución. De ese origen constitucional se desprende que las facultades normativas de los órganos legislativos de la fe-

¹⁸ DE TOCQUEVILLE, A., «Le système fédératif repose donc, quoi qu'on fasse, sur une théorie compliquée, dont l'application exige, dans les gouvernés, un usage journalier des lumières de leur raison», en *De la démocratie en Amérique I*, tome II. Société belge de librairie, Bruselas, 1837 [1.ª edición, 1835], p. 20.

¹⁹ GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984 [1959], pp. 233-234.

deración y las de los Estados federados no se relacionan según el principio de jerarquía, sino de competencia²⁰. El ejercicio de esas facultades normativas puede dar lugar a conflictos, si la federación o un Estado miembro considera que el ámbito de sus competencias ha sido invadido. Lo característico de las constituciones federales es que prevén un órgano jurisdiccional que resuelva, con arreglo a derecho, los conflictos de competencia. Ese puede considerarse el segundo elemento definitorio de un orden constitucional federal. El tercero lo proporciona el carácter compuesto de la formación de la voluntad del Estado federal. Por una parte, sus leyes se forman en un parlamento bicameral, en el que una Cámara representa a los Estados miembros de la federación, y la otra a la población de la federación en su conjunto. Por otro lado, la Constitución federal solo se puede modificar con la participación de los Estados federados: no es suficiente el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos de la federación en su conjunto, o de sus representantes en la Cámara correspondiente.

Con estas referencias, podemos considerar ahora nuestra fórmula constitucional. Su artículo 2 reconoce el derecho a la autonomía «de las nacionalidades y regiones». El autogobierno es un derecho, aunque no es inherente a la Constitución. Para que exista el autogobierno, debe aprobarse por las Cortes Generales como ley orgánica un Estatuto de autonomía en el que se concreten las competencias de que dispone cada comunidad autónoma. En ese mismo Estatuto se plasmarán rasgos de la diversidad, según los casos: una lengua propia que puede ser oficial junto con el castellano en el territorio autonómico, y la caracterización como «nacionalidad» o «región». El reconocimiento de la diversidad de identidades colectivas, como «nacionalidades» o «regiones», se atribuye en función de lo que diga cada Estatuto. También de los Estatutos y de las leyes autonómicas dependerá el desarrollo de la lengua propia distinta del castellano, uno de los elementos definitorios de la diversidad. Establecida la autonomía, la garantía de la competencia de cada nivel de gobierno se encuentra en manos del Tribunal Constitucional, que resuelve los conflictos. Lo dispone la Constitución en su artículo art. 161.1.c. Vemos, pues, que si no se establece un autogobierno generalizado por la misma Constitución, esta lo permite, y su garantía mediante un tribunal se corresponde al modelo federal. En cambio, la participación de las comunidades autónomas en la legislación es minoritaria, pues en la segunda Cámara legislativa española solo una pequeña parte de sus miembros ha sido elegida por las asambleas autonómicas. Si la Constitución no efectúa inmediatamente la distribución de competencias, el sistema político español encaja mal en la plantilla del Estado federal. Reposa en realidad

²⁰ En el mundo contemporáneo resulta difícil encontrar ordenamientos que sean a la vez homogéneos y cerrados en sí mismos; por ello creo que el principio de competencia es más útil que el principio de jerarquía para explicar el derecho público contemporáneo. Véase MODUGNO, F., *Diritto pubblico generale*, Laterza, Bari, 2002, pp. XI-XII.

sobre lo que se denomina «principio dispositivo»²¹, que otorga un papel esencial a la voluntad política. Para que haya autogobierno, debe solicitarse; la iniciativa autonómica por parte de las Cortes se presenta como una excepción justificada por motivos «de interés nacional» (art. 144.c CE). Además, el contenido del autogobierno se concretará en un Estatuto de autonomía que, como ley orgánica, será aprobado por el Parlamento español. La fórmula constitucional traslada a la legislación la regulación de la división territorial del poder. Fórmula abierta, además, porque cabe siempre alterarla mediante la ampliación extraestatutaria de competencias del artículo 150 de la Constitución, de nuevo mediante una ley orgánica. La puesta en marcha, el contenido y la reforma del autogobierno dependen de la voluntad política de los partidos políticos representativos.

En la Constitución encontramos fórmulas de que garantizan el respeto a la expresión de la diferencia identitaria que cada Estatuto de autonomía manifieste. En los Estatutos aparecerá la condición de «nacionalidad» o «región» que cada comunidad autónoma desee darse a sí misma, al igual que la oficialidad de su lengua propia, si es el caso, así como la competencia para establecer el régimen jurídico de la misma. La pluralidad de «nacionalidades» y «regiones» puede considerarse un elemento integrante de la «nación española», en los términos del artículo 2: «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.» La diversidad aparece como un elemento definitorio de la nación española. No es homogénea, sino que está integrada por nacionalidades y regiones. Esa diversidad, sin embargo, es irrelevante. No hay ninguna diferencia jurídica vinculada a la condición de nacionalidad que la haga distinta de la que puede caracterizar a una región. La oficialidad de las lenguas distintas del castellano queda, para la Constitución, confinada al ámbito territorial de las comunidades autónomas (art. 3 CE). Ciertamente no impide su uso fuera de ellas, pero no crea un Estado con diversas lenguas oficiales en las instituciones comunes. La Constitución toma en cuenta las «circunstancias del hecho insular» (art. 138.1 CE) en cuanto a la geografía. En cuanto a la historia, «ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales» (Disposición adicional primera), y ofrece un atajo para el acceso a la autonomía a los «territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de autonomía y cuenten, al tiempo de promulgarse esta Constitución, con regímenes provisionales de autonomía» (Disposición transitoria segunda). La Constitución toma en cuenta factores que explican que haya grupos humanos que se consideren distintos, pero

²¹ FOSSAS ESPADALER, E., *El principio dispositivo en el Estado autonómico*, Marcial Pons, Madrid, 2007. Véase, también, TUDELA ARANDA, J., «Reforma constitucional en clave federal? [Sistematización de problemas generados por las reformas y posibles soluciones]», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 151, 2011, pp. 231-279; especialmente, p. 250.

no los agrega para transformar la geografía y la historia en rasgos configuradores de sujetos políticos específicos. Podría decirse que la geografía y la historia pesan más que su resultado.

Los partidos que acuerdan la Constitución en 1978 pertenecen a la derecha y a la izquierda del espectro político español, y junto a ellos participan también los nacionalistas catalanes. Esa pluralidad constituyente no volverá a repetirse cuando se tomen decisiones trascendentales para la distribución territorial del poder. La primera de ellas se toma en julio de 1981: el gobierno de centro-derecha (Unión de Centro Democrático) de Calvo-Sotelo y el principal partido de la oposición, el PSOE, acordaron²² que el autogobierno se generalizara. Hasta entonces, podía establecerse una cierta correlación entre autogobierno y diversidad. El País Vasco, Cataluña y Galicia disponen de Estatuto de autonomía. A estos tres territorios, cuya identidad particular ha servido históricamente de base para reivindicar poder político, hay que sumarle Andalucía. En el referéndum de 1980, los andaluces manifestaron un claro apoyo a la iniciativa de conseguir el nivel más alto posible de autogobierno, equiparable inmediatamente a los de los otros tres territorios mencionados. Se utilizará la vía prevista en el art. 143, que determina un techo competencial más bajo. La segunda decisión vuelve a tomarse, en 1992, por el Gobierno y el principal partido de la oposición²³. El ejecutivo del PSOE y el Partido Popular (PP) acuerdan ampliar las competencias de las comunidades autónomas impulsadas por los pactos autonómicos de 1981. De este modo se rebaja otro elemento de diversidad: la asimetría en el grado de autogobierno. Se hace, como en 1981, con una base más reducida que aquella en la que se basó la Constitución de 1978. Solo dos partidos, y los nacionalistas al margen. La tercera decisión se refiere al pacto relativo al Estatuto de autonomía de Cataluña (EAC) de 2006. En este caso, la decisión se origina por la voluntad mayoritaria del Parlamento catalán de iniciar la reforma del Estatuto de 1979. El proceso se inicia en 2003 en Cataluña, y en 2004, tras las elecciones, cambia el Gobierno en Madrid. El nuevo ejecutivo socialista, tras impulsar cambios en la tramitación a través de las Cortes Generales, termina apoyando la reforma. Pero el principal partido de la oposición, el Partido Popular, está en desacuerdo con el nuevo texto autonómico. Lo impugnará ante el Tribunal Constitucional, que dictará su Sentencia 31/2010.

El Estatuto catalán, tal como surgió como ley orgánica de las Cortes Generales, representaba dos cambios. Por una parte, pretendía ampliar el ámbito competencial autonómico estableciendo límites a la legislación básica del Es-

²² *Acuerdos autonómicos firmados por el Gobierno de la nación y el Partido Socialista Obrero Español el 31 de julio de 1981*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1981.

²³ *Acuerdos autonómicos de 28 de febrero de 1992*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992.

tado²⁴. El segundo cambio consistía en ampliar el perfil de la identidad de Cataluña, en su caracterización y su lengua propia. Para ello, en el Preámbulo se viene a afirmar que Cataluña es una nación, mediante un circunloquio consistente en evocar una declaración anterior que con este contenido había formulado el Parlamento de Cataluña. A eso se le añade el uso del adjetivo «nacionales» para referirse a los símbolos de Cataluña²⁵. Finalmente, se aspiraba a reforzar la posición de la lengua catalana; entre los diversos preceptos que se refieren al idioma propio de Cataluña, el artículo 6.1 EAC dispuso que el catalán debía ser de uso «normal y preferente de las administraciones públicas y de los medios de comunicación públicos de Cataluña», y «también la lengua normalmente utilizada como vehicular y de aprendizaje en la enseñanza». El Tribunal Constitucional declaró que el inciso «y preferente» era inconstitucional, y que en la enseñanza el «catalán debe ser, por tanto, lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza, pero no la única que goce de tal condición, predicable con igual título del castellano en tanto que lengua asimismo oficial en Cataluña».²⁶

Los tres acuerdos mencionados pueden considerarse referencias imprescindibles para comprender la variante española del Estado compuesto. En ellos vemos como la distribución territorial de poder y la diversidad que acoge derivan esencialmente de la voluntad de actores políticos: los partidos, que a su vez son expresiones de la voluntad popular en sus variantes ideológicas y territoriales. El contenido de sus acuerdos puede considerarse materialmente constitucional, ya que en los Estatutos de autonomía que concretan las competencias se hace efectiva una división territorial del poder que la Constitución de 1978

²⁴ Arts. 110 y ss del Estatuto de Cataluña. Según el fallo de la STC 31/2010, de 28 de junio, relativa al Estatuto catalán, el art. 110 debe interpretarse en los términos del FJ 59. En el art. 111 EAC se pretendía limitar la capacidad de la legislación básica del Estado, disponiendo que debía contener «principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto». Ese inciso fue declarado inconstitucional, por los argumentos contenidos en el FJ 60.

²⁵ Preámbulo EAC: «El Parlamento de Cataluña, recogiendo el sentimiento y la voluntad de la ciudadanía de Cataluña, ha definido, de forma ampliamente mayoritaria a Cataluña como nación. La Constitución española, en su artículo segundo, reconoce la realidad nacional de Cataluña como una nacionalidad.» Art. 8.1 EAC: «Cataluña, definida como nacionalidad en el artículo 1, tiene como símbolos nacionales la bandera, la fiesta y el himno.» La STC 31/2010 establece que esas expresiones deben interpretarse en los términos del FJ 12: «Por todo ello, los términos “nación” y “realidad nacional” referidos a Cataluña, utilizados en el preámbulo, carecen de eficacia jurídica interpretativa, lo que dada la especial significación de un preámbulo estatutario así se dispondrá en el fallo; y el término «nacionales» del art. 8.1 EAC es conforme con la Constitución interpretado en el sentido de que dicho término está exclusivamente referido, en su significado y utilización, a los símbolos de Cataluña, «definida como nacionalidad» (art. 1 EAC) e integrada en la «indisoluble unidad de la nación española» como establece el art. 2 CE, y así se dispondrá en el fallo».

²⁶ STC 31/2010, FJ 14.

permite, pero no establece por sí misma²⁷. En todo caso, en ninguno de ellos encontramos el mismo consenso que estuvo detrás de la Constitución. En los dos primeros acuerdos faltan los nacionalistas catalanes; del segundo está ausente el centro-derecha español representado por el Partido Popular (PP). Pero si los dos primeros casos no tuvieron consecuencias directas sobre la legitimidad del sistema, del tercero surge una seria dificultad. El régimen de la distribución territorial del poder y de la diversidad se concreta en el plano legislativo: el de las leyes orgánicas que son los Estatutos de autonomía, y el de las leyes orgánicas de transferencia o delegación que, en los términos del artículo 150.2 CE, permiten ampliar sin límite muy preciso —el de aquellas competencias del Estado que «por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación»— el ámbito del autogobierno autonómico. Todo depende de los legisladores: es decir, de los partidos. Pero las normas con rango de ley están sometidas a la Constitución, y a la interpretación de la misma que impone el Tribunal Constitucional, y los partidos pueden utilizar el procedimiento de control de constitucionalidad como parte de su estrategia²⁸.

La Constitución española ha trasladado la distribución territorial del poder, así como el reconocimiento y gestión de las diferentes identidades colectivas, a normas con rango de ley: los Estatutos de autonomía y las leyes previstas en el art. 150 CE, que permiten ampliar el ámbito competencial configurado en el Estatuto de autonomía. La fórmula española permite llegar a resultados comparables a los que se propone el federalismo, y de modo flexible: no tiene la rigidez de las constituciones, porque se concreta en leyes orgánicas. Pero el despliegue del autogobierno que la Constitución permite carece de la legitimidad simbólica de los acuerdos constituyentes de 1978. El Estado autonómico, luego, evoluciona en otro marco, que no acoge a los mismos sectores ideológicos que inspiraron la Constitución de 1978. Por otra parte, la reacción al Estatuto catalán representa un problema de legitimidad específico. El Estatuto había sido aprobado (73,9% de votos favorables), con un porcentaje de abstención muy alto (50,59%) por referéndum de los ciudadanos de Cataluña el 18 de junio de 2006. Así, su impugnación ponía al Tribunal Constitucional en la tesitura de enfrentarse con la legitimidad que resulta de un referéndum, además de la que está detrás del legislador español, autor del Estatuto. Además, la sentencia tuvo como resultado la declaración de inconstitucionalidad de preceptos del

²⁷ Los Estatutos de autonomía completan la Constitución, según la STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 6. La STC 31/2010, FJ 3, de la que discrepo, entiende que considerar los Estatutos como normas «materialmente constitucionales (...) no tiene mayor alcance que el puramente doctrinal o académico».

²⁸ La STC 31/2010, FJ 2 admite que la impugnación —en este caso del Estatuto de Cataluña— puede «legítimamente responder a razones políticas o de oportunidad». Debe señalarse que el proyecto de Ley Orgánica del Proceso Autonómico, derivada de los Acuerdos de 1981, fue impugnada ante el Tribunal Constitucional por, entre otros, cincuenta diputados entre los que estaban los nacionalistas catalanes. La impugnación dio lugar a la STC 76/1983, de 5 de agosto.

Estatuto catalán iguales a otros vigentes en otros Estatutos, no impugnados por el PP²⁹. Por ejemplo, el art. 144 del Estatuto de Andalucía se refiere al Consejo Andaluz de Justicia, inspirado en el art. 97 del Estatuto de Cataluña. Pero el precepto catalán ha sido declarado inconstitucional, y el andaluz no, ya que no había sido impugnado. Otro caso es el del art. 206.3 del Estatuto catalán, que contiene un inciso declarado inconstitucional. Ese mismo inciso aparece en el 123.2 del Estatuto de las Islas Baleares, que tampoco ha sido impugnado. Al margen de las intenciones de unos y otros, aparece ahora una nueva diversidad: lo que para los catalanes no es constitucional, es constitucional en Andalucía o Baleares.

Desde el punto de vista de nuestra reciente historia constitucional, la situación es inédita. Tras los pactos de 1981, el parlamento español quiso dictar una Ley Orgánica del Proceso Autonómico (LOAPA), que fue impugnada por parlamentarios nacionalistas y comunistas. Resolvió el Tribunal Constitucional en la Sentencia 76/1983, que alteraba sustancialmente lo que pretendían los representantes parlamentarios de las dos principales fuerzas políticas españolas. Una combinación de minorías políticas obtenía de un tribunal algo de lo que no había podido lograr mediante los votos: se parece en esto a lo que sigue al Estatuto catalán de 2006. La diferencia relevante reside en que mientras en 1983 obtienen una satisfacción parcial los partidarios del autogobierno, con la Sentencia de 2010 se ven frustrados. Más aún, el Tribunal Constitucional como institución pierde credibilidad al dictar su resolución tras casi cuatro años de estudio y con algunos de sus miembros en prórroga de su mandato³⁰.

La estructura constitucional se quiso flexible, capaz de acoger la diversidad en distintas formas: en la definición de la comunidad como nacionalidad o región (art. 2 CE), en la adopción de una lengua propia cooficial para la comunidad autónoma (art. 3 CE) y en el nivel de autogobierno mediante el principio dispositivo que permite, en último término, incorporar competencias no reservadas en exclusiva al Estado (art. 149.1 CE). Y aún este último límite puede ser superado por una ley orgánica de transferencia o delegación de las previstas en el artículo 150.2 CE. Con estos elementos, la fórmula parece idónea para

²⁹ Un resumen comparado en *El Mundo*, 14/07/2010, p. 7. En la página anterior, Luis Ángel Sanz se hace eco de la estupefacción de Carles Bonet, entonces senador de Esquerra Republicana de Catalunya, al comprobar como el Grupo Popular copia un precepto, que impugna, del Estatuto catalán, para presentarlo como enmienda en la propuesta de Estatuto de las Illes Balears.

³⁰ A lo que hay que añadir que la presidenta del Tribunal Constitucional fue grabada en una conversación con una abogada que era investigada por la policía. El Tribunal Supremo archivó las diligencias sobre este asunto: «El Tribunal Supremo archiva las diligencias sobre la conversación de Casas con una abogada» *Público*, 05/06/2008, consulta 27/10/2010. Disponible en: <http://bit.ly/hxAk8h>. *El Periódico de Catalunya* publicó el 2 de julio de 2010 los fundamentos de jurídicos de la STC 31/2010, y la presidenta del Tribunal ordenó una investigación sobre la filtración (*El Periódico de Catalunya*, 03/07/2010. Disponible en: <http://bit.ly/d0DED6>, consulta 18/12/2010. No había ordenado una investigación después de que *El País* (17/04/2010, p. 14) anticipara el fallo.

que se acomoden las diferentes aspiraciones de autogobierno, en grado y contenido. Sin embargo, la flexibilidad se somete a las decisiones de los partidos políticos que están en condiciones de trasladar al ordenamiento sus iniciativas en materia autonómica, legislando o recurriendo al Tribunal Constitucional. Los acuerdos de los grandes partidos de ámbito español han tendido a reducir la diversidad en los niveles de autogobierno. Cuando, mediante la reforma de un Estatuto de autonomía, una comunidad autónoma trata de ampliar su autogobierno, y lo hace con la oposición de un partido de ámbito español, el proceso produce una situación en la que se rebaja el autogobierno de quien aspiraba a más, mientras se mantiene en un nivel superior el de algunos que habían seguido su ejemplo. Como consecuencia, la mayoría de las fuerzas políticas catalanas, con la excepción del Partido Popular y de Ciutadans-Ciudadanos, rechazan el actual modelo autonómico.

3. EL DISCURSO FEDERAL Y LA DIVERSIDAD

La evolución del Estado de las autonomías ha terminado por frustrar las expectativas de quienes se contaban entre sus promotores. En estas circunstancias, una reforma constitucional en sentido federal parece una alternativa viable, pero presenta un problema de credibilidad³¹. Desde el momento en que el autogobierno empieza a generalizarse en 1981, una parte importante de la doctrina del derecho público español propone que el Estado de las autonomías avance hacia el federalismo cooperativo. Casi treinta años más tarde, sigue apareciendo como un modelo inspirador para Rodríguez Zapatero, presidente del Gobierno socialista entre 2004 y 2011³². En cuanto a la diversidad,

³¹ Desarrollé esta idea en ARBÓS MARÍN, X., «Doctrinas constitucionales y federalismo en España», en *Working Papers*, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2006, p. 245.

³² José Luis Rodríguez Zapatero: «[H]e lanzado lo que podríamos denominar un programa federal. Es un modelo típico de los estados federales, un programa de concertación financiera donde el Gobierno central pone recursos para un fin —en este caso es un fin que todos podemos considerar razonable— al que las comunidades autónomas contribuyen y se concierta una acción compartida. No es invadir ninguna competencia, es convenir, concertar en terrenos donde seguramente las obligaciones son tanto del Estado como de las comunidades autónomas, porque lógicamente hay títulos competenciales para plantear la perspectiva desde la responsabilidad del Gobierno central o de las comunidades autónomas», *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 82, 2009, IX Legislatura, p. 11, 13/05/2009. Véase, también, la intervención de Jordi Sevilla, su ministro de Administraciones Públicas en 2004, ante el Senado: «La cooperación es la esencia del proceso que queremos poner en marcha y estamos seguros de que su lógica —que tiene una enorme potencia— acabará por imponerse en todos los territorios. La dinámica de la cooperación en busca de un eficaz cogobierno de la España autonómica exige acuerdos lo más amplios posibles en los que todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria puedan participar. Integrar la pluralidad es, en definitiva, el sentido de lo que tenemos que hacer. Se trata, por tanto, de iniciar una nueva etapa dejando atrás la mecánica de la confrontación y poniendo las bases nuevas para una nueva gestión compartida de los asuntos públicos desde

resultaron inútiles los esfuerzos políticos para que se reconocieran los llamados «hechos diferenciales»³³. En el primer debate de investidura de Rodríguez Zapatero, en 2004, el candidato a la presidencia del Gobierno presentó un programa que incluía algunas propuestas de reforma constitucional. Entre ellas, figuraba la reforma del Senado para convertirlo en una segunda Cámara de tipo federal y la inclusión del nombre de las Comunidades Autónomas³⁴. Estas reformas no llegaron a iniciarse, en un contexto político marcado por los debates acerca del Estatuto de Cataluña de 2006, pero parecen representar el nivel máximo del interés por reflejar en la Constitución la evolución del Estado de las autonomías.

Sobre la historia de la fórmula territorial española de 1978 planea el federalismo, pero como una propuesta centralizadora que deja al margen la diversidad. Los pactos autonómicos de 1981 asumieron la generalización inmediata del autogobierno como regla³⁵, y no como una excepción temporal en beneficio de catalanes gallegos y vascos. Eduardo García de Enterría, marcó la orientación al federalismo: «La fórmula federal declarada, que remite toda la configuración del sistema a la Constitución sin perjuicio de sus complementos remitidos a los Estados miembros, somos cada vez más quienes la consideramos bastante superior a la adoptada por nuestra Constitución, así como el inevitable punto de llegada del sistema en un plazo no muy lejano.»³⁶ En particular, opta por una versión del federalismo que hace gala de su menosprecio hacia las reglas jurídicas que garantizan la distribución de competencias y la autonomías:

«Federalism —old style— is dead. Yet federalism —new style— is alive and well and living in the United States. Its name is *intergovernmental relations*.

la cooperación.» Comparecencia, a petición propia, para explicar las líneas generales de la política autonómica del nuevo gobierno. Comisión general de autonomías. *Diario de Sesiones del Senado*, n.º 25, 2004, VIII Legislatura, p. 4, 3/06/2004.

³³ Traté de este asunto en ARBÓS MARÍN, X., «Hecho diferencial. La política en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española. Libro homenaje a Jordi Solé Tura*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, vol. II, Madrid, 2008, pp. 1543-1562. El texto clásico de referencia es el de AKA, E., *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, Madrid, 1999.

³⁴ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 2, 2004, VIII Legislatura, p. 19, 15/04/2004.

³⁵ Un punto de vista crítico sobre la generalización del autogobierno lo expresó quien durante veintiún años presidió una comunidad autónoma. José Bono: «Bono dice que el "café para todos" fue un error que se debe corregir», *Público*, 25/01/2011, disponible en: <http://bit.ly/f5HxTg>, consulta 30/12/2011. En la crónica se dice también que «esto se hizo, según ha explicado, para contentar al Ejército al acabar la dictadura, que amenazaba con sublevarse si la Constitución reconocía el derecho de autogobierno del País Vasco y Catalunya». José Bono fue ministro de Defensa.

³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Prólogo a Les autonomies régionales dans la constitution espagnole, París: *Económica*, 1981», en sus *Estudios sobre autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 411-416 (p. 411).

Old-style federalism is a legal concept, emphasizing a constitutional division of authority and functions between a national government and state governments, with both levels having received their powers independently of each other from a third source —the people. New-style federalism is a political and pragmatic concept, stressing the actual interdependence and sharing of functions between Washington and the states and focusing the leverage that each actor is able to exert on the other.»³⁷

El sentido centralizador del federalismo promovido por García de Enterría es evidente, desde que en Estados Unidos se empezó a estudiar esta nueva orientación³⁸. Entre nosotros, sin mucho eco, lo advirtió González Encinar:

«Sea cualquiera el juicio que el federalismo cooperativo merezca, el hecho es —y, como tal, conviene retenerlo— que las fuerzas políticas mayoritarias creen haber descubierto en las técnicas del federalismo cooperativo la panacea, la solución para la mayor parte de los problemas de nuestro sistema de descentralización. Que el federalismo cooperativo, además de una forma «moderna» de descentralización, pueda ser también, la forma que toma la centralización en algunos modernos estados federales es algo que la opinión mayoritaria en la doctrina española ignora o pretende ignorar.»³⁹

En el planteamiento del federalismo cooperativo parece perder sentido la noción de competencias exclusivas. De modo bastante crudo, y en relación con las relaciones intergubernamentales, decía Richard Rose que «policy unites what constitutions divide»⁴⁰. En el desarrollo de la doctrina constitucional española, la división del poder inherente al federalismo se desdibuja en el plano de los conceptos. Concretamente, el de competencia exclusiva, que se considera propio de una «vieja mitología» ante las realidades sociales en las que los problemas incluyen competencias tanto del Estado como de las comunidades autónomas. A esa mitología sucumbió nuestra Constitución:

³⁷ REAGAN, M.D. y SANZONE, J.G., *The New Federalism*, Oxford University Press, Nueva York/Oxford, 1981 (2.ª ed. de la que citamos; 1.ª ed. 1972), p. 3. El subrayado es de los autores.

³⁸ Véase George C.S. BENSON, G.C.S., *The New Centralization. A Study of Intergovernmental Relationships in the United States*, Farrar & Rinehart, Nueva York, 1941; hemos utilizado la edición de Nueva York, Arno Press, 1978 (p. 21).

³⁹ GONZÁLEZ ENCINAR, J.J., «El Estado federal asimétrico y el fin del Estado», en MONREAL, A. (ed.), *El Estado de las autonomías*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 49-62 (p. 60).

⁴⁰ ROSE, R., «From government at the centre to nationwide government», en MÉNY, Y. y WRIGHT (eds.), *Centre-periphery relations in Western Europe*, George Allen and Unwin, Londres, 1985, pp. 13-32 (p. 21).

«Los redactores de los dos Estatutos hasta ahora aprobados [País Vasco y Cataluña] han reñido toda su batalla alrededor de este concepto clave, que en el ánimo de las fuerzas locales sería la cifra de la autonomía, del mismo modo que en el espíritu de quienes han creído luchar contra la disolución del Estado unas competencias exclusivas en favor de éste serían la garantía imprescindible de su mantenimiento.»⁴¹

Ese pragmatismo que se opone al rigor de las normas jurídicas, sin embargo, no se mantiene siempre. Se desvanece cuando se trata de las competencias exclusivas del Estado: son intangibles.

«En conclusión, en el conjunto de competencias exclusivas del Estado que se determinan en el artículo 149.1, de la Constitución, ha de verse la concreción del núcleo común de la nación española que formula el artículo 2.º como un principio constitucional básico, de los que dominan la interpretación misma de la norma suprema; la intangibilidad e inseparabilidad de esas competencias de las manos del Estado, que es toda la intención de su calificación constitucional como exclusivas, se presenta así como una derivación de la cláusula de la indisolubilidad e indivisibilidad de la nación contenida en el artículo 2.»⁴²

El federalismo que propone la doctrina constitucional dominante en España pierde su dimensión normativa. Rechaza la división territorial del poder, así como noción de competencia exclusiva. En otros términos, parece defender una federación en la que no hay garantías jurídicas para el autogobierno, ni un ámbito en el que pueda ejercerse la autonomía. Bajo la hegemonía de unas competencias exclusivas del Estado, a las que sí se da toda la fuerza jurídica, se propone enfáticamente la cooperación como ejercicio coordinado de competencias. Tiene su eco en el Tribunal Constitucional, que llega a inventarse la existencia de un principio de cooperación que no aparece en el texto constitucional. Evidentemente lo dice de otra manera, con la suficiencia de quien no tiene que dar explicaciones. La STC 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 19, afirma que dicho «principio, «que no es menester justificar en preceptos concretos, se encuentra implícito en la propia esen-

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Estudio preliminar», en su *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, pp. 13-23 (p. 26).

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 5, 1982, pp. 63-94 (pp. 76-77).

cia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución» (STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 14), pues entronca con «la necesidad de hacer compatibles los principios de unidad y autonomía» [STC 214/1989, FJ 20.e)]⁴³. Por otra parte, los estudios empíricos muestran que en la cooperación la posición hegemónica es la del Estado. A pesar de que no dispone siempre de un título competencial claro⁴⁴, el Estado tiene los recursos y la iniciativa política para desplegar programas que suelen contar con el consenso de las comunidades autónomas⁴⁵. Cuando los programas estatales inciden sobre competencias autonómicas cabe preguntarse por la falta de reacción de las comunidades autónomas. Probablemente no se perciba la invasión competencial, o se valoren las ventajas de lo que se consigue por encima de la erosión temporal del autogobierno. Algún dato permite ilustrar la falta de respeto a la distribución de competencias. La norma que en la práctica regula la cooperación en España es la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP). En su redactado actual, dice el párrafo 1 de su artículo 6 que: «La Administración General [del Estado] y los Organismos públicos vinculados o dependientes de la misma podrán celebrar convenios de colaboración con los órganos correspondientes de las Administraciones de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias.» En el párrafo 2, la LRJAP utiliza una expresión ambigua. Enumera los requisitos de los convenios de colaboración entre el Estado y

⁴³ El Tribunal Constitucional no justifica en absoluto la existencia de ese principio. La STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 14, dice: «Como alega la Abogacía del Estado, la obligación de remitir los "Boletines Oficiales" se explica como un deber de colaboración dimanante del general *deber de auxilio recíproco* entre Autoridades estatales y autónomas. *Este deber, que no es menester justificar en preceptos concretos*, se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución, aunque no es ocioso recordar que el principio de coordinación, en relación con las Comunidades Autónomas se eleva por la norma fundamental a la consideración de uno de los principios de actuación (arts. 103.1 y 152).» Lo «que no es menester justificar en preceptos concretos» es el «deber de auxilio recíproco», y no el principio de cooperación. El subrayado es nuestro.

⁴⁴ La referencia del Consejo de Ministros del 13 de febrero de 2009, sobre un programa de ayudas a las víctimas de violencia de género, decía: «Aunque se trata de una competencia de las Comunidades Autónomas, el Ministerio de Igualdad distribuye este fondo para, dentro de los programas a desarrollar en materia de asistencia social integral a las víctimas, reforzar y priorizar aquellos destinados a la atención de las mujeres extranjeras y los menores expuestos a este tipo de violencia.» Disponible en: <http://bit.ly/sobWLG>, consulta 29/12/2011.

⁴⁵ LEÓN-ALFONSO, S. y FERRÍN, M., *A cooperación intergubernamental no Estado autónomica*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2009, pp. 253-275. Véase, también, GARCÍA MORALES, M.J., «Instrumentos y vías de institucionalización de las relaciones intergubernamentales», en Xavier ARBÓS MARÍN (coord.), César COLINO CÁMARA, GARCÍA MORALES, M.J. y PARRADO DÍEZ, S., *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico. La posición de los actores*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2009, pp. 41-122 (pp. 52-53).

alguna Comunidad Autónoma, diciendo que deben especificar «cuando así proceda» «b. La competencia que ejerce cada Administración». Resulta muy difícil imaginar los supuestos en los que «no proceda» la mención de su título competencial: el principio de legalidad y la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) parecen imponer que se mencione explícitamente la fuente de la competencia con la que actúa cada una de las partes⁴⁶. Pues bien, hasta 2009 el *Boletín Oficial del Estado (BOE)* publicaba convenios de cooperación en los que se citaban como títulos competenciales preceptos de Estatutos de autonomía derogados dos años antes⁴⁷. Más grave parece que se realicen traspasos de competencias casi treinta años después de que haya entrado en vigor un Estatuto de autonomía, y que los traspasos aparezcan como la contrapartida a un acuerdo de estabilidad parlamentaria. Es lo que ocurrió el 14 de octubre de 2010, cuando se firmaron transferencias al País Vasco tras el acuerdo entre el PSOE, en el Gobierno, y el Partido Nacionalista Vasco y Coalición Canaria⁴⁸. Lo que resulta más contradictorio con el discurso federalista cooperativo es el rigor la disciplina de partido que se impone a la autonomía de las instituciones. A veces lo podemos ver con una nitidez extraordinaria. Con ocasión de un Consejo de Política Fiscal y Financiera en 2009, que reunía a los responsables de economía de las comunidades autónomas con el ministro de la materia del Gobierno central, el consejero de la Comunidad de Madrid declaró a la prensa: «El PP de Madrid habría votado en contra si no le hubieran ordenado que se abstuviera. Lo puedo decir más alto, pero no más claro.»⁴⁹ Notemos que habla en nombre de un partido político, y no de la institución a la que representa. Por otra parte, cabe imaginar que esa misma disciplina puede regir en otros partidos cuyo ámbito sea superior a una comunidad autónoma. El federalismo que con más frecuencia se manifiesta es hostil a la exclusividad de las competencias autonómicas. Se califica de cooperativo mientras se mantiene de hecho la hegemonía de la iniciativa política del Estado frente a las comunidades autónomas, y parece que la cooperación sea una alternativa sucesiva al autogobierno: «Hemos culminado la fase de autogobierno y debemos desarrollar una fase de

⁴⁶ FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 55-56.

⁴⁷ Para el año 2009, véanse los convenios del Ministerio de Sanidad y Consumo con Aragón en el BOE 22/01/2009, del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo con Andalucía en el BOE 01/10/2009, del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte con la Comunitat Valenciana en el BOE 09/02/2009, el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo con la Comunitat Valenciana en el BOE 30/03/2009, del Ministerio de Trabajo e Inmigración con Andalucía en el BOE 24/02/2009, del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo con las Islas Baleares en el BOE 28/03/2009, y del Ministerio de Igualdad, también con las Islas Baleares, en el BOE 23/10/2009.

⁴⁸ *El País*, 15/10/2010, disponible en: <http://bit.ly/9gNA9K>, consulta 16/10/2010.

⁴⁹ BETETA, A., Consejero de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, en *La Vanguardia*, 16/07/2009, p. 12.

cooperación» decía Rodríguez Zapatero al comparecer como presidente del Gobierno ante el Senado en 2010⁵⁰.

Si las referencias al autogobierno se han subsumido en la cooperación, el reflejo de la diversidad se mantenido tal como se plasmó en el texto constitucional de 1978. En los años noventa, y desde el Gobierno nacionalista de Cataluña, se intentó el reconocimiento de los llamados «hechos diferenciales» como justificación de un mayor nivel de autogobierno. El presidente de la Generalidad de Cataluña, Jordi Pujol, pronunció una conferencia en la Universidad Carlos III de Madrid en la que dijo:

«Hay que tener en cuenta la existencia de hechos diferenciales. Cuando se dice textualmente: “hay que cerrar el título 8.º” o “hay que superar la época de las ambigüedades” o “hay que llegar a un pacto autonómico”, entonces las cosas tiene que llamarse por su nombre. Durante diez años nos hemos movido en un cierto sistema de ambigüedad calculada y quizás positiva, aunque a veces, después de lo que acabo de decir, uno tiene las dudas de que sea así. Pero si ahora tenemos que cerrar el capítulo, las cosas tienen que ser y decirse tal como son, y ello significa que hay una realidad que es esa que el presidente González llama el “hecho diferencial”. Y yo también.»⁵¹

Debemos recordar que en 1992 se firmaron los acuerdos autonómicos por los que se venían a homogeneizar al alza las competencias entre comunidades autónomas. La pretensión de reconocimiento de la diversidad, entendida en este contexto, no se limita a una cuestión nominal. El reconocimiento se limita a la mención si lo único que se plantea es la vinculación explícita de la condición de «nacionalidad» o «región», términos del artículo 2 de la Constitución, a cada comunidad autónoma explícitamente mencionada en el texto constitucio-

⁵⁰ *Diario de Sesiones del Senado*, n.º 80, IX Legislatura, 2010, p. 4213, 25/05/2010. El PSOE había aprobado el 30 de agosto 2003 un documento titulado «La España plural: la España constitucional, la España unida, la España en positivo», disponible en: <http://bit.ly/sPHcbf>, consulta 30/12/2012. Es curioso recordar lo que decía Javier Arenas en 1999, cuando presentaba la ponencia sobre autonomías para el XIII Congreso nacional del Partido Popular («España plural [sic], un proyecto de futuro en común»): «[Veo] necesario que a la natural etapa de reclamación de competencias suceda una nueva fase en la que primen la asunción compartida de responsabilidades, las propuestas de cohesión y la mejora del modelo común en función de la eficacia y la eficiencia del servicio a los ciudadanos». *El País*, 09/09/1999, disponible en: <http://bit.ly/iTMdzF>, consulta 30/12/2012.

⁵¹ PUJOL, J., *La personalidad diferenciada de Cataluña. Historia y presente*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1991, p. 33. Conferencia pronunciada en la Universidad de Carlos III el 14 de mayo de 1991. Quien primero utiliza la expresión «hecho diferencial», referido a la lengua propia de Cataluña, es CAMBÓ, F. en su *Per la concòrdia* de 1929; cito por Francesc CAMBÓ, F., *Obres*, vol. 4, Alpha, Barcelona, 1984, pp. 467-515 (p. 473).

nal⁵². La reivindicación del nacionalismo periférico plantea más que una cuestión de nombres: parece aspirar a que al reconocimiento de la diversidad nacional se le vincule un mayor nivel de autogobierno y que las nacionalidades reconocidas tengan un papel específico en las instituciones españolas. No se llega a plantear, desde este sector, ninguna propuesta formal de reforma de la Constitución. De hecho, como ya se ha dicho, en 2004 se anuncia una reforma de la Constitución que incluye la mención específica de los nombres de las comunidades autónomas y la reforma del Senado, y se pidió un informe al Consejo de Estado sobre todas modificaciones propuestas. En ese informe hallamos el eco del debate acerca de los «hechos diferenciales», ya que el Consejo de Estado se pregunta si tales hechos «han de fundamentar un estatus constitucional distinto en el Senado en cuanto Cámara de representación territorial». Tras enumerar lo que en la Constitución se consideran hechos diferenciales, el Consejo de Estado dice: «Una cosa es el reconocimiento de la diferencia, y de su necesidad de garantía y protección, y otra cosa es su traducción en un régimen primado de formación de la voluntad del Estado. Dado que la mayoría de los hechos diferenciales se erigen o concretan en competencias asumidas por los Estatutos de Autonomía, será ese el ámbito para el desenvolvimiento de su tutela y desarrollo.»⁵³ En otras palabras: para la Constitución española, la diferencia es políticamente irrelevante en el plano estatal.

4. UN FUTURO INCIERTO

El futuro del Estado de las autonomías es constitucionalmente imprevisible, casi por definición. No es un modelo cerrado por la rigidez constitucional. La distribución de competencias, que es consustancial a cualquier fórmula federal, no figura en la Constitución. Se realiza mediante leyes orgánicas, lo que deja en manos de los legisladores de las Cortes Generales —no de los constituyentes— el autogobierno de las comunidades autónomas. El instrumento primario es el Estatuto de autonomía, que tiene como techo máximo la lista de competencias exclusivas del Estado del artículo 149.1 CE. Además, el ámbito competencial de cada Estatuto puede ampliarse discrecionalmente mediante las previstas en el artículo 150.2 CE; en este caso, el límite es tan indeterminado como la expresión que emplea: solo pueden transferirse o delegarse mediante ley orgánica «facultades co-

⁵² Era la demanda del diputado nacionalista catalán Duran i Lleida en el debate de investidura de Rodríguez Zapatero en 2004: *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 2, 2004, VIII Legislatura, p. 44, 15/04/2004. Allí mismo (p. 73), el diputado nacionalista vasco Erkoreka reclamaba directamente el reconocimiento del carácter plurinacional del Estado.

⁵³ Consejo de Estado: «Informe sobre las modificaciones de la Constitución española», n.º E 1/2005, de 16 de febrero de 2006, pp. 329-332 (p. 331).

respondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación». El carácter flexible del Estado de las autonomías es tal vez la faceta que encaja menos con el patrón teórico del Estado federal. Se le aproxima cuando la distribución de competencias alcanza rango materialmente constitucional: el artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional le faculta para declarar la inconstitucionalidad de las leyes que «dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas». Pero si el proceso constituyente no generó una Constitución propiamente federal, sí que pareció mostrar actitudes próximas al federalismo. En primer lugar una visión positiva del autogobierno: la autonomía es un derecho (art. 2 CE). Y, en segundo lugar, la multilateralidad que se manifiesta en la toma en consideración de la voluntad política de los afectados cuando se establece y cuando se reforma el marco jurídico de su autonomía. El régimen de acceso al autogobierno mediante los estatutos, y el de su reforma, parecen ampararlo⁵⁴. Por lo que se refiere a la diversidad de identidades colectivas, la Constitución la acoge sin otorgarle trascendencia política. Como se ha dicho, no vincula grados mayores o menores de autonomía a la condición de «nacionalidad» o «región» (art. 2 CE). Tampoco otorga una dimensión general, para toda España, a la diversidad lingüística que pueden regular los estatutos de autonomía.

Partiendo de este breve recordatorio de las condiciones de partida, podemos plantearnos lo que para el futuro del Estado de las autonomías puede significar el federalismo, y el peso que en esa evolución puede tener la diversidad. La reflexión final de este trabajo viene inevitablemente marcada por un clima político en el que al autogobierno se asocia a la ineficacia. Por proponer un ejemplo de claridad meridiana, un párrafo de la presidenta de la Comunidad de Madrid, Esperanza Aguirre (PP). Procede de la conferencia pronunciada en un curso de verano de la fundación vinculada al Partido Popular:

«Si los dos grandes partidos restauran los consensos y olvidan sus intereses particulares, se podrían alcanzar acuerdos para reducir burocracias, se podrían definir y delimitar de una vez por todas las competencias estatales, autonómicas o municipales para evitar duplicaciones, se podría fortalecer de verdad el funcionamiento de las Conferencias Sectoriales, se podrían devolver al Estado algunas competencias para que algunos servicios funcionaran mejor y fueran más baratos, se podrían restaurar esos cuerpos de funciona-

⁵⁴ CASTELLÀ ANDREU, J.M., *La función constitucional del Estatuto de Cataluña*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2004. LASAGABASTER HERRARTE, I., «La reforma de los estatutos de autonomía: una reflexión sobre su teoría y práctica actuales», en *Revista catalana de dret públic*, n.º 31, 2005, pp. 15-56.

rios nacionales que han desaparecido e, incluso, se podrían abordar reformas constitucionales para cerrar el proceso descentralizador que ahora permanece abierto.»⁵⁵

No es exagerado atribuir a este punto de vista la preferencia por un cambio de modelo, en el que se reduce la descentralización y se cierra la oportunidad de aumentar el autogobierno. Como es natural, este punto de vista es totalmente legítimo, pero representa una postura política que hay que tener en cuenta. Hay que recordar que el Estado autonómico, en su establecimiento y desarrollo depende de la influencia de los partidos políticos con representación parlamentaria. La influencia directa es obvia, porque son los legisladores los que aprueban los Estatutos de autonomía y las leyes de transferencia o delegación que amplían sus competencias. La indirecta se ejerce a través del Tribunal Constitucional. Su composición depende de decisiones de partido, y algunas de las sentencias de más impacto sobre el Estado de las autonomías se originan en recursos que se presentan por decisiones de este tipo; es el caso de dos que ya se han mencionado: la STC 76/1983, sobre la LOAPA, y la STC 31/2010, sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña.

Los partidos políticos son los actores principales del Estado de las autonomías. Tienen la legitimidad democrática que los ciudadanos les otorgan en cada elección, y su comportamiento se ve influenciado por los costes y beneficios electorales que pueden derivarse de cada decisión. Sin embargo, no todos los partidos se dirigen al mismo electorado: hay partidos que buscan votos en todo el territorio español, y otros que se limitan a una o varias comunidades autónomas. La posición que un partido tome en relación con el autogobierno o la diversidad puede tener repercusiones electorales. La popularidad de los líderes y los votos obtenidos pueden variar si se admiten o combaten las demandas de aumentar el autogobierno o de reconocer la diversidad mediante terminología «nacional». Y ningún partido que espere gobernar se obstina en posiciones ideológicas que le puedan restar votos. Ni el PP ni el PSOE parecen tener entre sus propuestas de futuro el aumento del autogobierno de las comunidades autónomas y del reconocimiento de la diversidad. En cambio, estos temas están siempre presentes en los programas de partidos nacionalistas de Cataluña, Galicia y el País Vasco. También pueden estarlo en las organizaciones territoriales correspondientes del PP o de los socialistas. La tensión es, pues, inevitable.

Podría considerarse un rasgo consustancial a la vida democrática, que se caracteriza por la pluralidad de opiniones. El problema es que esa tensión acaba remitiendo a un conflicto de legitimidades de ámbito general. Para algunos, de acuerdo con la Constitución española, el *demos* relevante en la

⁵⁵ AGUIRRE, E., «Intervención de Esperanza Aguirre en el Campus FAES», Navacerrada, 08/07/2011, p. 16, disponible en: <http://bit.ly/wPKyge>, consulta 30/12/2011.

toma de decisiones es el pueblo español, como sujeto político homogéneo y soberano (art. 1.2 CE). En último término, es la representación de ese pueblo en las Cortes (art. 66 CE) quien decide acerca de las leyes que aprueban o reforman los Estatutos de autonomía y, en casos extraordinarios, acerca de la suspensión del autogobierno (art. 155 CE). Si hay que reformar la Constitución (arts. 166-168 CE) solamente decidirán el pueblo español o sus representantes. Pero hay otro punto de vista opuesto. Es el que está presente en quienes consideran que hay otro sujeto político, distinto del pueblo español, que otorga la legitimidad a las decisiones. El principal marco de actuación de la democracia también es una nación, pero no la española. Esa nación también tiene sus instituciones democráticas representativas, que expresan las aspiraciones relativas al autogobierno o al reconocimiento. Cuando la decisión de las Cortes Generales las rebaja, o cuando una resolución del Tribunal Constitucional las frustra, las lecturas de ambos sectores son distintas. Para unos es el funcionamiento normal de un Estado democrático, sometido a una Constitución en los términos que decide el Tribunal Constitucional. Para los otros es una imposición sobre la decisión democrática del pueblo que tiene la legitimidad para tomarla, diga lo que diga la Constitución.

La flexibilidad de la fórmula autonómica española, basada en el principio dispositivo, puede ser a la vez la solución y el problema. Tiene algún límite claro: no cabe el derecho de autodeterminación, pues se proclama la indivisibilidad de España, y no permite que se niegue a España su condición de nación (art. 2 CE). Ahora bien, permite un amplio margen para que se acomoden aspiraciones distintas, tanto de niveles de autogobierno como de modalidades de reconocimiento de las identidades colectivas. Como técnica de distribución territorial del poder y de acomodo de la diversidad, su virtud es la capacidad de adaptación. La calidad del resultado, sin embargo, no está garantizada. Todo depende de que los actores políticos involucrados sean capaces de llegar a arreglos aceptables, y es muy difícil que lo consigan se mueven por estrategia electoral, o si en la toma de decisiones se margina algún punto de vista relevante. Los excluidos pueden entonces acudir al Tribunal Constitucional, esperando que el veto político de la minoría se alcance mediante una sentencia que declare la inconstitucionalidad.

El Estado de las autonomías parece haber concluido un ciclo, con reproches de signo opuesto. Según algunos se ha quedado demasiado corto, sin satisfacer sus aspiraciones de mejora de autogobierno. Para otros ha ido demasiado lejos, propiciando la ineficiencia en la gestión o políticas lingüísticas reprobables. A la vista de la crisis, la opción federal parece una alternativa. Siguiendo la plantilla conocida, habría que empezar por incluir la distribución de competencias en la Constitución, sustrayéndola a los legisladores. La composición del Senado respondería a la fórmula federal, como Cámara con representación exclusiva de las comunidades autónomas, y se concretaría así un cambio federal mínimamente reconocible. Nada garantiza, sin embargo, que se alcance así una salida más integradora que el actual Estado de las auto-

mías. No se podría hacer una Constitución que fuera satisfactoria para los partidarios de mayor centralización y menos diversidad, por un lado, y para sus adversarios por el otro. La Constitución resultante se asentaría sobre una base menos plural que la que ha mantenido la de 1978, reabriendo una fractura interna gran profundidad. Desde luego, mucho mayor que la que produjo la reforma del artículo 135 de la Constitución en 2011, solo con los votos de PSOE y PP. En la historia de España, las tensiones entre centro y periferia se asocian conflictos civiles violentos, lo que no es el caso de los límites de la deuda pública que contempla en nuevo artículo 135.

La opción federal requiere un cambio constitucional, de resultado potencialmente conflictivo. Por otra parte, no se vislumbra un federalismo creíble que la sostenga. Se promueve un federalismo cooperativo, que deja al margen o se opone a la idea de competencia exclusiva, que es la que motiva a quienes aspiran al autogobierno. Predominan criterios de gestión, evitando las cuestiones de fondo. Los problemas no son solo de políticas públicas, de *policies*. Son de politeia, de *polity*. El fondo de la cuestión lo resumía y subrayaba Juan Linz en 1973: «*Spain today is a state for all Spaniards, a nation-state for a large part of the population, and only a state but not a nation for important minorities.*»⁵⁶ Cinco años más tarde, se aprobaba una Constitución que permitía acomodar razonablemente las diversidades. Consagrando el carácter nacional de España, se aceptaba que de establecieran comunidades autónomas como «nacionalidades». Ese peculiar reconocimiento de la diversidad, sin embargo, quedó en el plano interno de cada comunidad. El caso más llamativo es el de las lenguas distintas del castellano, cuyo uso formal fuera del territorio autonómico se limita a algunas sesiones del Senado. Y ni siquiera en esos términos es generalmente aceptado. En estas condiciones, nada garantiza que una reforma constitucional, federal o no, tuviera la base plural de consenso que tuvo el texto de 1978. Una nueva distribución de competencias iría probablemente en un sentido centralizador. Si, en lugar de trasladarlo a los estatutos de autonomía, el ámbito competencial de las comunidades autónomas se fija en la Constitución, la frustración de los partidarios de mayores cotas de autogobierno será considerable. La centralización será vista como irreversible si, además, desaparece la posibilidad de corregirla mediante la ampliación de competencias por la vía del art. 150.2 CE.

El panorama que se plantea es el que resulta de la hipótesis de un acuerdo de reforma constitucional limitado a Partido Popular y PSOE. Podría imponerse sin problemas en las Cortes, y, de trasladarse a referéndum, sería previsible una mayoría popular con el electorado de ambos. Desde el punto de vista jurídico habría poco que decir acerca de la calidad democrática del procedimiento. Pero conviene recordar que políticamente sería más discutible, según la con-

⁵⁶ LINZ, J., «Early State-Building and Late Peripheral Nationalisms Against the State: the case of Spain», en EISENSTADT, S.N. y ROKKAN, S. (eds.), *Building States and Nations*, Sage Publications, vol. 2, Beverly Hills/Londres, 1973, pp. 33-116 (p. 99).

cepción de *demos* que se tenga. Si se cree que solamente el pueblo español es el sujeto político constituyente, todo es correcto. Si se cree que la legitimidad democrática determinante la otorga otro pueblo distinto, aflora la dimensión política de la diversidad interna de España. La dimensión estrictamente jurídica de la ciudadanía no ha logrado diluir la fuerza política de las diferencias de identidad. Da igual si existe o no, o si sus manifestaciones son inventadas o genuinas: son un dato que explica los comportamientos políticos y su canalización a través de partidos políticos. Sobre todos ellos, y especialmente sobre los que tienen representación en las Cortes Generales, ha recaído el peso del Estado de las autonomías. La crisis de la peculiar fórmula española es el resultado de sus incapacidad para ponerse de acuerdo, y trasladar a los ciudadanos el ejemplo de concordia en cuestiones importantes. Pero también ha habido episodios en los que se ha llegado a acuerdos concretos con los excluidos de los pactos autonómicos generales. Podrían volver a repetirse: es cuestión de voluntad política. Pactos, acuerdos... Si se quiere, federalismo sin federación; mejor que federación sin federalismo.

Autonomía política, federalización y declaración estatutaria de derechos

Francisco J. Bastida Freijedo
Catedrático de Derecho Constitucional.
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. Heterogeneidad de declaraciones y homogeneidad de derechos. 2. La controversia de la inclusión de una declaración de derechos en los Estatutos. Los planos jurídico y político del debate. 3. Las declaraciones de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía y su fundamento en las competencias asumidas. 4. Razones políticas de la inclusión de la declaración de derechos en los Estatutos de Autonomía y de su negación. 5. La vocación soberanista y federal de la declaración de derechos del Estatuto catalán: La declaración como una exhibición de autogobierno de un Estatuto con alma de Constitución. 6. La Posición del Tribunal Constitucional. La declaración de derechos de los Estatutos como declaración de derechos estatutarios. 7. Declaración de derechos y titularidad. Estatutos con vocación federal y pies de barro. 8. Bibliografía.

1. HETEROGENEIDAD DE DECLARACIONES Y HOMOGENEIDAD DE DERECHOS

En la actualidad existe una gran producción de declaraciones de derechos, tanto desde el punto de vista material como desde su ámbito territorial. Junto a declaraciones generales de derechos, la última más relevante, la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* (Niza, 2000), han proliferado numerosas de tipo sectorial; entre otras, la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos* (Oviedo, 2005) o la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Nueva York, 2006), que se unen a una larga lista sobre las más variadas materias (infancia, género, salud mental, entre otras). En el plano territorial, a las clásicas declaraciones de derechos contenidas en las Constituciones se han añadido las de ámbito internacional y europeo, pero también las de orden regional o internas, dentro de un Estado federal o autonómico, creándose un sistema multinivel de garantías

de derechos. Este fenómeno de heterogeneidad de derechos y garantías se ve compensado con una cada vez más intensa homogeneización del contenido de los derechos, a través de la interpretación que de los mismos hacen los tribunales internacionales, sobre todo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y los tribunales constitucionales. A esta confluencia contribuye también un efecto de emulación entre los promotores de las declaraciones de derechos. En definitiva, la globalización convive con la descentralización y la igualdad con la diferencia. En este contexto aparece incluida en los nuevos Estatutos de algunas Comunidades Autónomas una declaración de derechos específica para el respectivo territorio y la cuestión que se plantea es tanto jurídica como política, acerca de la posibilidad de su existencia y de su compatibilidad constitucional, pero también de su conveniencia, en la medida en que puede ser un factor de confrontación y desigualdad entre ciudadanos, en lugar de un instrumento de integración.

El objeto de esta ponencia no es un análisis jurídico de las declaraciones de derechos contenidas en los Estatutos de Autonomía. Sobre ello hay una amplia bibliografía a la que cabe remitirse. Se trata aquí simplemente de exponer, inevitablemente con afirmaciones de trazo grueso, cuáles son los planteamientos políticos que subyacen en la contienda jurídica sobre tales declaraciones, porque en gran medida los argumentos jurídicos para fundamentarlas y para fijar su alcance expresan una previa concepción de cuál es la estructura territorial descentralizada que permite el principio constitucional autonómico.

2. LA CONTROVERSIA DE LA INCLUSIÓN DE UNA DECLARACIÓN DE DERECHOS EN LOS ESTATUTOS. LOS PLANOS JURÍDICO Y POLÍTICO DEL DEBATE

Como es sabido, ningún Estatuto de Autonomía fue aprobado en su inicio con una declaración de derechos. La función constitucional del Estatuto es servir de norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma, en la que se delimita el territorio, se crea su organización institucional y se establecen sus competencias (art. 147.1 y 2 de nuestra Constitución; en adelante, CE). La referencia a los derechos de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma consistió en una remisión a «los establecidos en la Constitución» y a una mención a la especial atención que los poderes públicos autonómicos prestarían a la efectividad de los mismos y a determinadas políticas sociales y económicas en beneficio de la justicia, la igualdad, la participación y el empleo. Todo ello expresado en términos muy generales y con un carácter de principios o directrices a seguir por los poderes autonómicos.

Pasados más de veinticinco años de su aprobación, el Estatuto de Cataluña y después otros más, se reformaron para, entre otras cosas, incluir un catálogo de derechos, lo que ha provocado una abundante bibliografía jurídica sobre el sentido y el alcance constitucional de esta medida. La polémica se ha

recrudecido tras dictar el Tribunal Constitucional (TC) las Sentencias 347/2007 y 31/2010, sobre los Estatutos valenciano y catalán, respectivamente, al ofrecer argumentos no por todos compartidos.

La intensidad del debate se explica porque en la inclusión de un catálogo de derechos en los Estatutos sobrevuelan dos cuestiones diferentes, pero íntimamente relacionadas. Una se refiere a la capacidad o potencialidad de la autonomía política de las Comunidades Autónomas para regular en los Estatutos derechos y libertades. La otra a si lo realmente regulado en materia de derechos por los Estatutos es compatible con el texto constitucional, en la medida en que pueda entenderse como desarrollo de derechos fundamentales reconocidos en la CE. Evidentemente, la respuesta negativa a la primera cuestión cierra el paso a la segunda. Pero no es fácil ponerse de acuerdo cuando se habla de la misma cosa con distintos nombres y cuando se pretende dar el mismo nombre a cosas diferentes. Esto se percibe en la terminología empleada para referirse a unos mismos enunciados de derechos: «declaración estatutaria de derechos» dicen unos, «declaración de derechos estatutarios» dicen otros, y claro está, con finalidades distintas. El debate inicial de los juristas apunta al ser o no ser constitucional de estos catálogos de derechos. Los ya clásicos trabajos de Luis María Díez Picazo, *¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?* (1) y Francisco Caamaño *Sí pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)* (2) ofrecen al respecto respuestas antagónicas, pero en parte porque no hablan de lo mismo y en parte también porque hay sobreentendidos políticos a los que en un caso se les da trascendencia jurídica y en el otro no.

Pudiera decirse que en estas declaraciones de derechos existe una tensión entre la *letra*, aparentemente correcta, y la *música*, que evoca una melodía de tono federal e incluso soberanista, con tendencia a desbordar las notas que la Constitución establece tanto para los derechos fundamentales como para la delimitación competencial. Parte de la doctrina ha juzgado la letra ignorando la música y parte ha juzgado la letra por la música. A su vez, el TC ha dicho en aquellas sentencias que la letra no es rechazable, siempre que la música se interprete conforme a lo por él establecido. Una *interpretación* recibida con división de opiniones.

3. LAS DECLARACIONES DE DERECHOS EN LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA Y SU FUNDAMENTO EN LAS COMPETENCIAS ASUMIDAS

La posibilidad de que una declaración de derechos forme parte del contenido de un Estatuto de Autonomía no se puede negar por el hecho de que la Constitución no la incluya en el contenido de la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma. Parece clara, y más desde la STC 247/2007, «la legitimidad constitucional de un contenido estatutario configurado «dentro de

los términos de la Constitución» (art. 147.1 CE), siempre que esté conectado con las específicas previsiones constitucionales relativas al cometido de los Estatutos» (FJ 11). El contenido mínimo o necesario de los Estatutos previsto en el art. 147.2 CE, puede completarse, pues, con un contenido adicional que, «aun no estando expresamente señalado por la Constitución, es complemento adecuado por su conexión con las aludidas previsiones constitucionales, adecuación que ha de entenderse referida a la función que en sentido estricto la Constitución encomienda a los Estatutos, en cuanto norma institucional básica que ha de llevar a cabo la regulación funcional, institucional y competencial de cada Comunidad Autónoma» (FJ 12). El problema está en saber si las declaraciones estatutarias de derechos tienen esa adecuación constitucional.

La manera de justificar la existencia de una declaración de derechos en los Estatutos ha consistido en situarla en el terreno competencial. Es decir, el autogobierno de las Comunidades Autónomas se realiza a través del ejercicio de las competencias asumidas dentro de su ámbito territorial y la inclusión de un catálogo de derechos en los Estatutos se presenta engarzada en el sistema competencial a través de diversas vías. Una primera consiste en la concreción de derechos y de principios rectores socioeconómicos deducidos del elenco de *competencias materiales* previsto en el Estatuto. Una segunda vía es la concreción de derechos vinculados a la organización institucional de la autonomía (*competencias institucionales*), es decir, los derechos políticos de la ciudadanía autonómica: derecho de sufragio y demás derechos de participación política, derechos lingüísticos. La tercera vía, la más controvertida, es un aumento específico de competencias en materia de derechos. A diferencia de las dos anteriores, no se trata de reconocer en el plano estatutario derechos deducibles del ejercicio de competencias materiales o institucionales, sino de establecer derechos que podrían suponer un *aumento* de competencias, al incluir derechos de difícil anclaje en el capítulo de las competencias asumidas.

La polémica sobre si puede haber una *declaración estatutaria de derechos*, conteniendo unos derechos no necesariamente deducibles de competencias institucionales y materiales asumidas en el Estatuto, se resuelve al entender que lo que el Estatuto establece es una *declaración de derechos estatutarios*, pues todos esos derechos emanan de competencias asumidas, ya sean de orden institucional o de orden material, ya de orden iusfundamental que no afecten al contenido de los derechos fundamentales. El asunto está en saber si realmente estas últimas competencias son asumibles, si afectan o no a este contenido o a la regulación de las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales de los españoles y si, aun pudiendo ser gestionadas por las Comunidades Autónomas, pueden figurar en el Estatuto de Autonomía o si, por el contrario, su regulación corresponde a una ley autonómica.

El art. 37.4 del Estatuto catalán (EAC), introducido en su tramitación en el Congreso de los Diputados (e igual el art. 13 del Estatuto andaluz, EAA), diluye en gran medida la polémica jurídica. Dispone este precepto que «Los derechos y principios del presente Título no supondrán una alteración del régimen de dis-

tribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes. Ninguna de las disposiciones de este Título puede ser desarrollada, aplicada o interpretada de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados y convenios internacionales ratificados por España». Se afloja así la tensión que inicialmente podía tener la declaración estatutaria en relación con el régimen jurídico de los derechos fundamentales.

4. RAZONES POLÍTICAS DE LA INCLUSIÓN DE LA DECLARACIÓN DE DERECHOS EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA Y DE SU NEGACIÓN

Está claro que no siendo la declaración de derechos un contenido necesario del Estatuto de Autonomía, su inclusión obedece a razones estrictamente políticas y se puede afirmar que las razones no son las mismas en los diversos procesos de revisión estatutaria. La primera reforma que realmente impulsa este nuevo contenido del Estatuto, la catalana (2006), tiene una *vocación soberanista y federal*, con la pretensión de dotar a Cataluña de una norma que, bajo el nombre de Estatuto, se homologue con lo que significa la Constitución de un Estado miembro de una federación. De ello se hablará en el siguiente epígrafe. En cambio, la reforma del Estatuto andaluz (2007) da la impresión de incluir la declaración de derechos con la finalidad de reivindicar la bondad de la autonomía que el Estatuto establece. Una especie de *buenismo autonómico* —perdóneseme la expresión— o, si se prefiere, de un *autonomismo benefactor* que, en aras de legitimar la propia autonomía, incluye en el Estatuto una larga lista de objetivos básicos de la Comunidad Autónoma, de derechos y de principios rectores de las políticas públicas; un elenco de las ventajas y beneficios que los ciudadanos pueden obtener de su autonomía territorial. En otras palabras, la declaración de derechos en el Estatuto andaluz no pretende estar al servicio de una mutación de la naturaleza del Estatuto, para darle la apariencia de una Constitución, sino que tiene la finalidad de introducir un nuevo nivel (el autonómico) dentro de un sistema multinivel de garantías de los derechos. En ambos casos, el resultado es una declaración inflacionaria de derechos, mucho más aparente desde el punto de vista cuantitativo que cualitativo.

Las reformas de otros Estatutos de Autonomía habidas con posterioridad responden en gran medida a este última idea, con un efecto de emulación del contenido de los Estatutos catalán y andaluz, si bien incorporando en algunos casos derechos específicos utilizados como singular reivindicación autonómica; por ejemplo, «los derechos en relación con el agua», que, con intenciones contrapuestas, aparecen reconocidos en el Estatuto valenciano (reforma de 2006, que, aunque aprobada antes que la del Estatuto catalán, se inspira en los trabajos preparatorios de éste) y en el Estatuto aragonés (2007).

El trasfondo político que late en el debate sobre la incorporación de una declaración de derechos a los Estatutos de Autonomía acaba por sobredimensionar su relevancia jurídica. De mucha mayor trascendencia política y jurídica en la descentralización del poder es la relación de competencias que asume una Comunidad Autónoma a través de su Estatuto. Sin embargo, su potencial efecto de más alto grado de autogobierno, para unos, o de ruptura de la homogeneidad territorial, para otros, no levanta tantas pasiones y sentimiento de agravios como la de Estatutos con diferentes declaraciones de derechos. Esto es así, porque la diversidad de regímenes jurídicos autonómicos queda racionalizada bajo la idea más técnica y compleja de «descentralización competencial del Estado». La desigualdad *entre entes territoriales*, entre sujetos de derecho público de un mismo Estado, siempre será cuestionada, pero se acepta mejor que la posible desigualdad *entre españoles* de distintas Comunidades Autónomas en razón de la aplicación de esos regímenes. Cabe que haya autonomías «de dos velocidades», pero se rechaza de plano que haya ciudadanos «de primera y de segunda», cuando, en realidad, el propio ejercicio de las competencias asumidas puede producir que en unas Comunidades Autónomas sus ciudadanos tengan prestaciones y deberes distintos de los de otras Comunidades. En el fondo, digámoslo ya, lo que subyace en la polémica sobre la afirmación o la negación de una declaración estatutaria de derechos no es tanto una cuestión jurídico-constitucional como una cuestión de identidad nacional y territorial, o sea, política e ideológica. La interpretación o precomprensión del Estatuto como norma con vocación soberanista o federalizante, está en los promotores de la reforma del Estatuto catalán, pero también en sus detractores. La declaración estatutaria de derechos es para aquéllos una expresión de su autogobierno como pueblo, mientras que para éstos es una afirmación nacionalista inaceptable y condenable. De ahí que habiendo preceptos sustancialmente iguales en el Estatuto catalán y en el Estatuto andaluz, los del primeros hayan sido recurridos ante el TC y los del segundo no.

5. LA VOCACIÓN SOBERANISTA Y FEDERAL DE LA DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL ESTATUTO CATALÁN: LA DECLARACIÓN COMO UNA EXHIBICIÓN DE AUTOGOBIERNO DE UN ESTATUTO CON ALMA DE CONSTITUCIÓN

Esta vocación es coherente con el espíritu con el que nace la reforma del Estatuto y que inspiró su tramitación en el Parlamento de Cataluña. Una lectura de su Preámbulo y del Título Preliminar pone de manifiesto la afirmación de Cataluña como «nación», de «la realidad nacional catalana» y del «derecho inalienable de Cataluña a su autogobierno», «que se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana». Esta autorreferencialidad del origen y fundamento del poder, se concreta en el art. 2.4 del Estatuto, que establece que «Los poderes

de la Generalitat emanan del pueblo de Cataluña». Una expresión típica de una Constitución que proclama la soberanía nacional o popular, por más que se amortigüe su alcance al disponer que el ejercicio de tales poderes se realizará «de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto y la Constitución», pues una cosa es la titularidad o fuente del poder y otra su ejercicio. Muy diferente es el Estatuto andaluz, cuyo art. 1.3, dispone que «Los poderes de la Comunidad Autónoma de Andalucía emanan de la Constitución y del pueblo andaluz, en los términos del presente Estatuto de Autonomía, que es su norma institucional básica»). No obstante, el TC ha salvado la constitucionalidad de aquel precepto del EAC, interpretando que no se refiere al origen extraconstitucional de los poderes de la Generalitat, sino a la legitimidad democrática que ha de regir el ejercicio de tales poderes por la Comunidad Autónoma (STC 31/2010, FJ 9). Sea como fuere, lo cierto es que la redacción del Estatuto catalán está llena de circunloquios sustitutos de una soberanía *inapelable*, es decir, indiscutible para quienes sostienen la idea de poder autóctono originario e inalienable, pero, a la vez, innombrable en el texto estatutario, por contraponerse a la única soberanía que reconoce la Constitución, la del pueblo español.

Este proceso de federalizar el Estado autonómico a través de la reforma del Estatuto de Autonomía se percibe en la evolución de la doctrina sobre la naturaleza jurídica de los Estatutos. Inicialmente, el debate giraba en torno a si el Estatuto era una *ley orgánica bifronte*, en cuanto ley orgánica del Estado, pero también norma institucional básica de la Comunidad Autónoma —tesis defendida desde la centralidad del Estado— o si era una *ley paccionada*, o sea, formalmente una ley orgánica, pero materialmente una norma fruto de un pacto entre el Estado y la nacionalidad o región constituida en Comunidad Autónoma —tesis defendida desde instancias autonómicas—. El paradigma de esta concepción es la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral (de Navarra). Ahora, el carácter *paccionado* de los Estatutos se defiende desde el Estado (la expresión incluso la usa el TC en la STC 247/2007, FJ 6, si bien desaparece en la STC 31/2010), mientras que desde una posición proclive al soberanismo se sostiene que el Estatuto, una vez aprobado por el parlamento autonómico, debe ser «ratificado» por las Cortes. En el Estatuto catalán la reforma de sus Títulos I y II, solo puede hacerse por iniciativa autonómica, no de las Cortes, y prevé como ordinario el trámite de ratificación de la reforma por éstas (art. 222). La propia densidad normativa del Estatuto, con 223 artículos y numerosas disposiciones adicionales, pone de manifiesto el deseo de sus promotores de hacer una norma lo más autosuficiente posible, que algunos autores (entre otros, Juan José Solozábal, diario *El País* (30-06-2010) calificaron como «Estatuto ambiguo, con alma de Constitución y cuerpo de reglamento».

La inclusión de una declaración de derechos en el Estatuto tiene un valor por sí misma, al margen del concreto elenco de derechos que en ella se establece. Así lo reconoce Marc Carrillo, al considerar que «Es, en esencia, una específica expresión de autogobierno, que no del aumento del autogobierno»

(Marc Carrillo, pp. 3, 72). En realidad, bajo la denominación estatutaria de «derechos» se cobijan realidades jurídicas muy diversas (derechos subjetivos, mandatos a los poderes públicos y principios rectores). Pero lo relevante es la presencia en sí de esa declaración en el Estatuto, porque cumple una función política y simbólica importante, que consiste en tratar de homologar el Estatuto a una Constitución. En la clásica Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789) se formulaba un concepto material de Constitución, que sigue vigente, según el cual «Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución» (art. 16). En consecuencia, desde esta perspectiva el Estatuto, que se presenta en su preámbulo y en su articulado inicial como fruto de un poder *cuasi constituyente*, adquiere un sentido *cuasi constitucional*, al unir a la regulación de una organización institucional autonómica —articulada en torno a una separación de poderes legislativo y gubernamental— una declaración de derechos cuya garantía aparecen expresamente asegurada en la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma. Además, en la redacción de algunos derechos hay una pretensión de contenido iusfundamental, es decir, una proyección en el Estatuto de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Este efecto, esta traslación al Estatuto de la parte dogmática de la Constitución, se percibe en la confusa asignación de la titularidad de los derechos (unas veces a los ciudadanos de Cataluña y otras a todas las personas) y también en preceptos sobre las garantías estatutarias de los derechos, alguno de los cuales tiene una redacción que recoge la interpretación que del art. 81.1 CE ha hecho el TC. Así, el art. 37.3 EAC establece que «La *regulación esencial* y el *desarrollo directo* de los derechos reconocidos por los capítulos I, II y III del presente Título deben realizarse *por ley* del Parlamento».

Desde una visión del Estatuto como expresión simbólica de un poder *cuasi constituyente*, es coherente que la inclusión de derechos en el Estatuto se plantee por sus promotores como una *declaración estatutaria de derechos*, más que como una *declaración de derechos estatutarios*, delimitada en su raíz por la Constitución española. La declaración adquiere importancia como «derecho estatutario simbólico» (Ferrerres, pp. 4, 34). Como tantas veces ha recordado el TC, autonomía no es soberanía,; sin embargo, se trata de ejercerla con la pretensión de alcanzar, o aparentar al menos, una autorreferencialidad política y su positivación jurídica. La declaración estatutaria de derechos no es sólo una «específica expresión de autogobierno»; es, sobre todo, una *exhibición o alarde* de autogobierno, en cuanto medio de afirmación de la identidad nacional de Cataluña. Por eso se concibe como un instrumento para «institucionalizar la diferencia» (Carrillo, pp. 5, 338 y 345), e incluso como un «reto» o un «desafío» que el Estatuto le plantea al TC (Carrillo, pp. 5, 347) y, por tanto, a la Constitución. En otras palabras, parece consustancial con esta idea de simbolización del autogobierno no sólo la capacidad de la Comunidad para decidir autónomamente, sino también la necesidad de poder mostrarse diferente a las demás.

Esta concepción está también presente en los auspiciadores de la declaración de derechos como un nivel autonómico de garantía de derechos dentro de un sistema multinivel. Destacan estos autores que «el reconocimiento de los derechos contribuye a la formación o al desarrollo de una identidad propia articulada sobre referentes jurídico-políticos» y «la importante dimensión de integración simbólica que tienen los derechos» (J. Balaguer, pp. 6, 177). Por ello se ve como saludable la función diferenciadora que puede realizar una declaración de derechos respecto de otras e incluso se percibe como no deseable «que la jurisprudencia constitucional juegue un papel homogeneizador, al modo de lo hecho en materia competencial» (F. Balaguer, pp. 6, 195). El problema está en saber si esa función diferenciadora es integradora o no y si cabe en la Constitución. Llama la atención que un derecho como el de acceso a una muerte digna el TC lo conciba como una consecuencia lógica del derecho a la vida y, por tanto, una manifestación de un derecho fundamental a todos reconocido (STC 31/2010, FJ 19), mientras que algunos autores lo consideren susceptible de diversas y contrapuestas concreciones autonómicas. Afirma Caamaño que «En un Estado políticamente descentralizado como el nuestro es perfectamente racional que coexista un legislador que sostiene la bondad de la autodeterminación ante la muerte y otro que defienda su maldad; lo verdaderamente importante es que ninguno de ellos vulnere el derecho a la vida contenido en el art. 15 CE» (Caamaño, pp. 2, 45). La pregunta es: ¿se puede respetar el derecho fundamental a la vida en ambos casos?

La visión de que la declaración estatutaria de derechos pretende ser, ante todo, una exhibición de autogobierno se corrobora con el mandato del art. 37.2 EAC, que, pese a los numerosos «derechos, deberes y principios rectores» establecidos en su Título I (arts. 15-54 EAC), dispone que el parlamento catalán «debe aprobar por ley la Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña». Su carácter simbólico lo percibe también el TC, al observar que en la declaración de derechos de los Estatutos hay, en apariencia, un reconocimiento de derechos subjetivos, pero que, con independencia del *nomen iuris* empleado, «en el nuevo Estatuto catalán se prodiga sobre todo, según veremos, sin que falten proclamaciones de derechos subjetivos *stricto sensu*, el segundo tipo de derechos, es decir, mandatos de actuación a los poderes públicos, ya estén expresamente denominados como «principios rectores», ya estén enunciados literalmente como derechos que el legislador autonómico ha de hacer realidad y los demás poderes públicos autonómicos respetar (...). Este tipo de derechos estatutarios, que no son derechos subjetivos sino mandatos a los poderes públicos (STC 247/2007, FFJJ 13 a 15), operan técnicamente como pautas (prescriptivas o directivas, según los casos) para el ejercicio de las competencias autonómicas» (STC 31/2004, FJ 16).

Una parte de la doctrina considera que la declaración de derechos, más allá del juicio de intenciones sobre qué se pretende con su inclusión en el Estatuto, cumple una función de limitar los poderes públicos propios y, en efecto, así es. Pero, sin negar esta función garantista, cabe entender que es secun-

daria. En rigor no se puede afirmar que la declaración estatutaria crea derechos subjetivos que antes no existieran por vía constitucional o por vía legislativa estatal o autonómica. Tampoco que colma una carencia en la garantía de los derechos ciudadanos, al crear un nivel autonómico en el sistema multinivel de garantías. Este nuevo multinivel es más ficticio que real, ya que está sustancialmente cubierto por los niveles existentes. Incluso cuando se establecen garantías adicionales, como la creación de un Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña y su competencia para dictar dictámenes vinculantes en materia de derechos (art. 76 EAC) tiene más que ver con la comentada pretensión de presentar al Estatuto como una *cuasi constitución*, en la que el citado Consejo aparecería como un órgano *cuasi jurisdiccional*. Así lo ha entendido el TC en su Sentencia 31/2010, FJ 32, al considerar que «Las diferencias entre Consejo y Tribunal Constitucional —fundamentalmente sustanciadas en el valor de cosa juzgada privativo de los pronunciamientos jurisdiccionales— se diluyen, no obstante, de manera muy notable atendido el carácter vinculante que el apartado 4 del art. 76 EAC atribuye a los dictámenes del Consejo de Garantías Estatutarias “con relación a los proyectos de ley y las proposiciones de ley del Parlamento que desarrollen o afecten a derechos reconocidos por el presente Estatuto”». Añade que esta función «configuraría el control ejercido por el Consejo en términos demasiado próximos (materialmente equivalentes, desde luego) a un control jurisdiccional sobre normas legales enteramente perfeccionadas en su contenido, perjudicándose entonces el monopolio de rechazo de las normas con fuerza de ley reservado por el art. 161 CE a este Tribunal». Concluye el TC que ello aboca a la «declaración de inconstitucionalidad y nulidad» del precepto. Lo mismo sucede con la pretensión estatutaria de que el Síndic de Greuges supervise «con carácter exclusivo» la actividad de la Administración de la Generalitat, impidiendo al Defensor del Pueblo estatal desarrollar sus funciones constitucionales en este ámbito.

En realidad, la función limitadora de la declaración estatutaria de derechos no contradice la idea soberanista que late en los promotores del Estatuto y que se corresponde con los principios de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, o sea, la afirmación de un poder cuasi constituyente catalán y su diferencia con los poderes constituidos en el Estatuto. La declaración de derechos operaría como un límite a éstos, en nombre de la nación (catalana) y en beneficio de los ciudadanos. Sin embargo, conviene matizar el alcance de esta función limitadora. Las clásicas declaraciones de derechos nacen como frenos o resistencias a los poderes constituidos, pero, en la dialéctica territorial Comunidades Autónomas versus Estado, los derechos no se plantean como limitaciones a los poderes públicos propios, porque a estos poderes el estatuyente no los concibe como enemigos o beligerantes con los ciudadanos de la Comunidad Autónoma. Al contrario, son instrumentos para mejorar la posición jurídica de las personas que viven en esa Comunidad Autónoma en contraste con los ciudadanos de otras comunidades o con las prestaciones que con carácter general da el Estado a los individuos. En todo ello prevalece el sentido

simbólico de la declaración de derechos como exhibición u ostentación de autogobierno ante sus ciudadanos y frente o en contraste con el del poder Estado o de otras Comunidades Autónomas. Además, la propia estructura principal de los derechos estatutarios hace que éstos sean más directrices a los poderes públicos, objetivos que han de perseguir, que límites a su actuación. Será el legislador autonómico quien concrete en qué sentido son los derechos alegables por los ciudadanos. El comentado mandato al Parlamento para que apruebe la «Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña» (art. 37.2 CE) es buena muestra de ello.

6. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA DECLARACIÓN DE DERECHOS DE LOS ESTATUTOS COMO DECLARACIÓN DE DERECHOS ESTATUTARIOS

El TC salva la constitucionalidad de la inclusión de declaraciones en los Estatutos, en cuanto que no es un contenido prohibido, pero da a entender que no las considera adecuadas ni convenientes. De acuerdo con su doctrina, siempre que se respeten la cláusulas de igualdad (art. 139 CE) y de homogeneidad de las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos constitucionales, cabe la diversidad en el ejercicio de competencias autonómicas y que con sujeción a ellas surjan derechos específicos en cada territorios (149.1.1.º CE) (SSTC 247/2010, FFJJ 11 y 13.a y 31/2010, FJ 16).

Para el TC la declaración de derechos en un Estatuto sólo puede ser una *declaración de derechos estatutarios*. Esto significa que no puede haber una apertura de la declaración a derechos no deducibles de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma en su Estatuto. «Ni el Estatuto ha creado derechos fundamentales distintos de los proclamados en la Constitución o en contradicción con ellos, ni ha podido afectar al régimen de tales derechos en lo que hace a su titularidad, regulación y condiciones de ejercicio. De otro lado, que, en lo que hace a los derechos y principios enunciados en el Estatuto, su proclamación no puede implicar alteración alguna del ámbito de las competencias autonómicas definido a partir del régimen constitucional de distribución de competencias; esto es, que dicha proclamación ha de operar siempre, y sólo, sobre el presupuesto de las concretas competencias atribuidas a la Generalitat de Cataluña de conformidad con las previsiones constitucionales» (STC 31/2010, FJ 18).

Los derechos estatutarios no pueden ser derechos fundamentales territorializados, atribuidos a los ciudadanos de la Comunidad Autónoma o las personas sujetas a su ordenamiento jurídico. En su temprana STC 25/1981, afirmó que «en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la

estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un *status* jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación, según el art. 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna» (FJ 5). Casi treinta años más tarde el TC sostiene lo mismo y concluye que «Los derechos reconocidos en Estatutos de Autonomía han de ser, por tanto, cosa distinta (de los derechos fundamentales). Concretamente, derechos que sólo vinculen al legislador autonómico (...) y derechos, además, materialmente vinculados al ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma» (STC 31/2010, FJ 16).

Por tanto, «teniendo los derechos constitucionales la condición de tales como consecuencia de su consagración en la Constitución, es claro que los mismos no pueden ser objeto de regulación por los Estatutos de Autonomía» (STC 247/2007, FJ 15.d). A estos efectos, el TC entiende por derechos fundamentales «los derechos constitucionales propiamente dichos, esto es, aquellos que la Constitución recoge en su título I, capítulo II, que, por tal razón, pueden calificarse de derechos fundamentales» (STC 247/2007, FJ 13.a). Es decir, utiliza un concepto más amplio que el que él mismo aplica para delimitar el ámbito de la ley orgánica en relación con el desarrollo normativo de los derechos fundamentales, que lo circunscribe sólo a los derechos de la sección 1.ª de dicho capítulo II, título I, de la Constitución (véase por todas la STC 160/1987, FJ 2). Añade el TC en el mismo fundamento jurídico que su reproducción en el Estatuto es técnicamente incorrecta, pero la anulación del precepto dependerá del alcance de dicha reproducción.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que una cosa es la regulación del objeto y contenido de estos derechos del capítulo II (desarrollo directo) y otra la regulación de su ejercicio, que podría realizarlo la Comunidad autónoma en cuanto se encuadre en el ámbito de sus competencias. Según el TC «nada determina que el régimen jurídico de los derechos constitucionales quede sustraído a las reglas del reparto competencial, pues ya sabemos que ni el art. 53 ni el 81, ambos CE, son preceptos que distribuyan competencias, por lo que, salvadas las garantías de unidad aludidas (art. 81.1 CE), es posible, como ya adelantamos en el fundamento jurídico 4.c), que la normativa autonómica, dictada dentro de los ámbitos competenciales que le sean propios, incida en la regulación del régimen jurídico de esos derechos, respetando siempre, naturalmente, las determinaciones que pudieran seguirse de las competencias estatales (art. 149.1 CE). Así ocurre, por ejemplo, en relación con la educación (arts. 27 y 149.1.30 CE) e, igualmente, con los derechos de asociación

(art. 22 CE y correlativos preceptos estatutarios atributivos de competencia en la materia), fundación, o con el derecho a recibir y difundir información, etc. (así lo hemos declarado recientemente, entre otras, en las SSTC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 4, y 135/2006, de 29 de abril, FJ 2) (STC 247/2007, FJ 13)» (STC 247/2007, FJ 13.a).

El TC no tiene una teoría clara sobre la estructura de los derechos estatutarios. Admite la posibilidad de que sean verdaderos derechos subjetivos aquellos derechos derivados de la capacidad reconocida por la Constitución a los Estatutos para organizar sus instituciones de autogobierno (por ejemplo el derecho de sufragio activo y pasivo) (STC 247/2007, FJ 15.b), pero niega que puedan serlo los derechos estatutarios vinculados a las competencias asumidas en el Estatuto. Según el TC, bajo el *nomen iuris* de derechos, sólo puede haber directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Unos mandatos «que deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto y que, aunque vinculen efectivamente a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justificabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues sólo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos, al integrarse por dicho legislador las prescripciones constitucionales que han de ser necesariamente salvaguardadas (arts. 81.1 y 149.1 CE)» (STC 247/2007, FJ 15.c). Este criterio diferenciador entre verdaderos derechos subjetivos estatutarios si son de orden «competencial institucional» y derechos estatutarios como meros principios y directrices a los poderes autonómicos, si son de orden «competencial material», ya no aparece en la STC 31/2010.

En esta sentencia el TC reconoce que en el Estatuto catalán no faltan «proclamaciones de derechos subjetivos *stricto sensu*», pero no aclara cuáles son, y centra su atención en lo que son «mandatos de actuación a los poderes públicos, ya estén expresamente denominados como «principios rectores», ya estén enunciados literalmente como derechos que el legislador autonómico ha de hacer realidad y los demás poderes públicos autonómicos respetar» (FJ 16). Al respecto, el TC declara tres cuestiones de suma importancia. La primera, que los derechos reconocidos en Estatutos de Autonomía han de ser «derechos que sólo vinculen al legislador autonómico (...) y derechos, además, materialmente vinculados al ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma» (FJ 16). La segunda, que la mayoría de los derechos estatutarios son mandatos a los poderes públicos autonómicos a cumplir en el ámbito de las competencias asumidas, «de lo que resulta, naturalmente, un principio de diferenciación que no puede confundirse con la desigualdad o el privilegio proscritos por los arts. 138.2 y 139.1 CE, pues con ella sólo se abunda en la diversidad inherente al Estado autonómico [STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2.a)] en tanto que implícita en la pluralidad de ordenamientos que, fundamentados y reducidos a unidad en la Constitución, operan sobre ámbitos competenciales diversos

en los que se actúan potestades legislativas y gubernamentales propias cuyo ejercicio puede legítimamente condicionarse desde la misma norma que define, en concurso con la Constitución, cada uno de esos ámbitos privativos» (FJ 16). La tercera, que el Estatuto no es una norma que pueda regular el ejercicio de derechos fundamentales. Podrá hacerlo la ley autonómica si esa regulación compete a la Comunidad en razón de la materia (antes se mencionó la educación, la asociación, la fundación), pero no el Estatuto. Aun siendo el Estatuto ley orgánica, no es el tipo de ley orgánica reservada por la Constitución para el desarrollo *directo* de los derechos fundamentales (art. 81 CE) y, en cuanto al desarrollo *indirecto* o regulación de su ejercicio, el art. 53.1 CE lo remite al legislador ordinario, sea estatal o autonómico, pero no al legislador estatuyente: «La divisoria ley orgánica/ley ordinaria en materia de derechos fundamentales (desarrollo/regulación: arts. 81.1 y 53.1 CE) supone que el Estatuto, en tanto que ley orgánica, tampoco puede, no ya declarar o desarrollar derechos fundamentales o afectar a los únicos que son tales, sino siquiera regular el ejercicio de tales derechos. Podrá hacerlo, en su caso, el legislador autonómico, en tanto que legislador ordinario y de acuerdo con el reparto constitucional de competencias, pero no el legislador (orgánico) estatuyente. De ahí que no haya paradoja alguna en el hecho de que por simple ley autonómica (ley ordinaria) pueda hacerse lo que no cabe en un Estatuto (norma superior a la autonómica). En realidad, no es que pueda hacerse más por ley autonómica; es que se hace cosa distinta, como corresponde en el juego de normas ordenadas con arreglo al criterio de competencia» (FJ 17). Aquí el TC se contradice con lo dicho en la STC 247/2007, sobre la posibilidad de verdaderos derechos subjetivos estatutarios, derivados de la regulación de las instituciones de autogobierno que la Constitución, art. 147, c encomienda a los Estatutos.

En relación con derechos estatutarios referidos directamente a otros derechos fundamentales, como el «derecho a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales y a vivir con dignidad el proceso de su muerte» (art. 20.1 EAC), el TC considera que se trata de una explicitación del derecho fundamental (a la vida) y en ese sentido «una consecuencia obligada, por implícita, de la garantía de ese derecho fundamental, al que, por ello, ni contradice ni menoscaba (...), no es sino una manifestación del derecho a la vida digna y con el mismo alcance que para ese concepto puede deducirse de los arts. 10.1 y 15 CE» (STC 31/2010, FJ 19). Es decir, entra dentro de lo que podría juzgarse como una decantación o reproducción del contenido deducible del mencionado derecho fundamental. Lo mismo sucede con el derecho que garantiza a los padres el art. 21.2 EAC para que sus hijos «reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones en las escuelas de titularidad pública, en las que la enseñanza es laica» (STC 31/2010, FJ 20). Sin embargo, esta solución que da el TC no cubre todos los supuestos. Hay derechos estatutarios que no son consecuencia obligada de un derecho fundamental, pero que tienen una inequívoca estructura de derechos subjetivos, como reglas y no como principios. Por ejemplo, en el Estatuto andaluz se afirma que

«En el ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma, las parejas no casadas inscritas en el registro gozarán de los mismos derechos que las parejas casadas» (art. 17.2). «Se garantiza la gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria en los centros sostenidos con fondos públicos» (art. 25.1). Igualmente, en su art. 26, se dispone que «En el ejercicio del derecho constitucional al trabajo, se garantiza a todas las personas: a) el acceso gratuito a los servicios públicos de empleo».

En suma, el TC preserva la constitucionalidad de las declaraciones de derechos establecidas en los Estatutos de Autonomía y, por tanto, mantiene su carácter simbólico, pero le resta trascendencia jurídica, al negarles eficacia directa y atribuirles el valor de principios y directrices que vinculan a los poderes autonómicos y que sólo son alegables como derechos subjetivos de conformidad con lo que disponga el legislador autonómico. Por lo demás, como se dijo al principio de esta ponencia, el propio EAC desactiva la trascendencia jurídica que en apariencia tienen tal declaración y su potencial heterogeneidad territorial de derechos, al disponer su art. 37.4 (e igual el EAA, art. 13) una cláusula de concordancia, según la cual «Los derechos y principios del presente Título no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes. Ninguna de las disposiciones de este Título puede ser desarrollada, aplicada o interpretada de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados y convenios internacionales ratificados por España».

Esta desactivación por vía legislativa y por vía interpretativa del alcance de la declaración de derechos la completa el TC desmontando en sus aspectos básicos las novedades en el nivel autonómico de la garantía de tales derechos. Además lo hace en este caso declarando la inconstitucional y nulidad del precepto (art. 76.4 EAC) que atribuye carácter vinculante a los dictámenes del Consejo de Garantías Estatutarias «con relación a los proyectos de ley y las proposiciones de ley del Parlamento que desarrollen o afecten a derechos reconocidos por el presente Estatuto», al entender que puede interferir en la función jurisdiccional del propio Tribunal Constitucional (STC 31/2010, FJ 32). Igual suerte corre el precepto (art. 78.1 EAC) que asigna al Síndic de Greuges la función de supervisar la actividad administrativa autonómica, en todos los órdenes, «con carácter exclusivo», ya que con esa exclusividad se haría imposible la actuación del Defensor del Pueblo respecto de la Administración catalana, vulnerándose el art. 54 CE (FJ 33).

7. DECLARACIÓN DE DERECHOS Y TITULARIDAD. ESTATUTOS CON VOCACIÓN FEDERAL Y PIES DE BARRO

Los Estatutos de Autonomía no siempre son claros en lo que se refiere a la atribución de la titularidad de los derechos en ellos reconocidos. Por ejemplo,

el Estatuto catalán titula el epígrafe de su art. 15 «Derechos de las personas». Sin embargo, el primer apartado establece que «los ciudadanos de Cataluña son titulares de los derechos y deberes reconocidos por las normas a que se refiere el art. 4.1». Si se consulta este artículo se comprueba que se refiere a libertades y derechos de carácter general, proclamados en «la Constitución, la Unión Europea, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y los demás tratados y convenios internacionales suscritos por España que reconocen y garantizan los derechos y las libertades fundamentales». En consecuencia, son predicables de todas las personas que viven en Cataluña y no sólo de sus ciudadanos. En el apartado 3 del art. 15 se dispone que «Los derechos que el presente Estatuto reconoce a los ciudadanos de Cataluña pueden extenderse a otras personas, en los términos que establecen las leyes». Pero es el Estatuto y no las leyes el que ya impone esa extensión, pues todos los derechos, salvo los «políticos» (art. 7.2) o de «participación política» (art. 29) y algunos de carácter lingüístico (art. 33) se reconocen expresamente a «todas las personas». Hay una especie de tensión entre el deseo de hacer una declaración «universal» de derechos y el de singularizar ese reconocimiento de derechos en los «ciudadanos de Cataluña». El mandato al Parlamento de Cataluña para que apruebe por ley la «Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña» abunda en la confusión fruto de esa tensión.

Sin duda es más claro el Estatuto de Andalucía, al disponer que «Los destinatarios de las políticas públicas y los titulares de los derechos y deberes contenidos en este Título son todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía, sin perjuicio de lo establecido para el derecho de participación en los asuntos públicos en el artículo 30 y de acuerdo con las leyes reguladoras de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas». No obstante, muchos de los derechos, al ser mera concreción de derechos fundamentales, se reconocen en el articulado del Estatuto a todas las personas, tengan o no la vecindad administrativa en Andalucía.

El TC considera en relación con el Estatuto de Cataluña, pero extensible a cualquier otro, que «los derechos reconocidos en el Estatuto sólo pueden vincular a los poderes públicos catalanes y tener por titulares a los ciudadanos de Cataluña, como cabalmente dispone el art. 15.1 EAC. Ello sin perjuicio de que, conforme al art. 15.3 EAC, esa titularidad pueda extenderse a otros españoles o, en su caso, a los extranjeros, siempre «en los términos que establecen las leyes», que obviamente habrán de ser, en cada caso, las leyes competentes; es decir, también, eventualmente, las leyes del Estado» (STC 31/2010, FJ 18). No acierta el TC en esta consideración, porque el Estatuto tiene una vigencia territorial y puede reconocer derechos a otras personas que no tengan la condición de ciudadanos de la Comunidad Autónoma. Es más, para algunos derechos el reconocimiento ha de ser general a todas las personas, no por generosidad del estatuyente, sino por imperativo constitucional del principio de igualdad.

Sin embargo, lo que interesa examinar ahora es sobre qué base se asienta la titularidad de los derechos y, más concretamente, de los derechos políticos o de participación política, que son los que expresan con mayor intensidad el autogobierno, es decir, interesa saber en quién reside la ciudadanía autonómica. A lo largo de esta ponencia se ha puesto de relieve la vocación federalizante e incluso soberanista de la reforma del Estatuto de Cataluña y, en general, la finalidad simbólica perseguida con la inclusión de una declaración de derechos en los Estatutos, que no es otra que la afirmación de la identidad autonómica de la nacionalidad o región. Pero esa vocación y esta finalidad solo tiene sentido si hay una previa decisión autonómica sobre quién pertenece a la Comunidad. Si los poderes de la Comunidad Autónoma emanan del pueblo (catalán, andaluz, etc.) será preciso que el Estatuto defina quiénes encarnan jurídicamente ese pueblo, quiénes expresan su voluntad a través de los cauces de participación política y, singularmente, de las elecciones y del referéndum.

El criterio por el que se ha optado en todos los Estatutos rompe la pretendida autorreferencialidad que se busca con el autogobierno de la nacionalidad o región. La configuración de la ciudadanía autonómica se remite a dos normas no autonómicas, sino estatales. Según el art. 7 EAC, «1. Gozan de la condición política de catalanes o ciudadanos de Cataluña los ciudadanos españoles que tienen vecindad administrativa en Cataluña. 2. Gozan, como catalanes, de los derechos políticos definidos por el presente Estatuto los españoles residentes en el extranjero que han tenido en Cataluña la última vecindad administrativa, así como sus descendientes que mantienen esta ciudadanía, si así lo solicitan, en la forma que determine la ley». Según el art. 5 EAA, «1. A los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de andaluces o andaluzas los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía. 2. Como andaluces y andaluzas, gozan de los derechos políticos definidos en este Estatuto los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Andalucía y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Gozarán también de estos derechos sus descendientes inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determine la ley del Estado». El art. 147.2 CE obliga a que en el Estatuto se delimite el territorio de la Comunidad Autónoma, pero nada dice sobre la delimitación de su pueblo. Sin embargo, parece consustancial con el principio autonómico que así se disponga y de hecho todos los Estatutos lo hacen al establecer quién tiene la condición política de ciudadano de la Comunidad. Lo anómalo es que la condición política queda fuera del control de la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, ya que se remite a dos requisitos definidos en normas estatales: la *nacionalidad*, regulada en el Código civil, y la *vecindad administrativa*, regulada en la Ley de Bases de Régimen Local. Un cambio legislativo en las condiciones de acceso a la nacionalidad española o a la vecindad administrativa suponen un cambio en la composición de la ciudadanía autonómica.

Si la autonomía no es soberanía, el requisito de la nacionalidad española no tendría por qué ser imprescindible para ser ciudadano de una Comunidad Autónoma. El Estatuto andaluz determina que «los destinatarios de las políticas públicas y los titulares de los derechos y deberes estatutarios son todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía» (art. 12); por tanto, también los extranjeros que reúnan esa condición. Nada impediría que éste fuese un criterio para delimitar la condición política de andaluz. Aún así, se estaría dependiendo de lo que la ley estatal considere que es la vecindad administrativa. Pero el Estatuto podría también cambiar este criterio por uno propio y más acorde con lo que una Comunidad Autónoma significa. No es coherente en términos democráticos que la ciudadanía autonómica dependa de una condición tan volátil como la de la vecindad administrativa, la misma que para la ciudadanía municipal. Debería exigirse en los Estatutos un cierto arraigo temporal continuado, una especie de vecindad política o autonómica, por ejemplo cuatro años de residencia, para acceder a la condición de ciudadano de una Comunidad Autónoma. En igual sentido, podría suprimirse el reconocimiento de la ciudadanía autonómica a «los españoles residentes en el extranjero que han tenido en la Comunidad Autónoma la última vecindad administrativa, así como sus descendientes que mantienen esta ciudadanía, si así lo solicitan, en la forma que determine la ley». Se trata de un criterio híbrido, que figura en todos los Estatutos, que mezcla nacionalidad, residencia en el extranjero, vecindad administrativa y derecho de sangre, que es ajeno a la autorreferencialidad democrática que se busca con el autogobierno autonómico.

En suma, la exhibición de autogobierno que se pretende con la inclusión de una profusa declaración de derechos en los Estatutos tiene los pies de barro si se observa la despreocupación del poder estatuyente a la hora de definir la ciudadanía autonómica, renunciando a su poder de autogobierno, que le permitiría fijar, sin remisiones a normas externas, las condiciones para la adquisición y pérdida de tal ciudadanía.

8. BIBLIOGRAFÍA

Las citas que aparecen en el texto de la ponencia se corresponden con los siguientes autores y obras:

DÍEZ PICAZO, L.M., «Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?», en *REDC* 78/2006, pp. 63-75.

CAAMAÑO, F., «Sí pueden (declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)», en *REDC* 79/2007, pp. 33-45.

CARRILLO, M., «La declaración de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña: expresión de autogobierno y límites de los poderes públicos», en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, CEPC, Foro, 8, 2006, pp. 63-88.

- FERERRES COMELLA, V., «Derechos deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, CEPC, Foro, n.º 8, 2006, pp. 9-37.
- CARRILLO, M., «Los derechos estatutarios y sus garantías en la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *REDC*, n.º 91, 2010, pp. 331-354.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., «Derechos estatutarios y constitucionalismo multinivel», en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía, Perspectiva comparada*, Obra colectiva, Fundación Centro de Estudios Andaluces, 2008, pp. 170-206.

El Derecho civil propio como seña de identidad política. Una aproximación constitucional al caso de la Comunidad Valenciana

Remedio Sánchez Ferriz
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. Precisiones sobre el título y el propósito de esta reflexión. 2. El debate civilista y su aproximación a una lectura constitucional posible y útil. 3. Concreción de los problemas valencianos desde la perspectiva constitucional. 4. Status questionis en la doctrina constitucional previo a la reforma estatutaria. La DA 1.º CE y la autonomía valenciana. 5. La doctrina constitucional y la DA 1.º CE, hoy. 6. Sobre el uso de los calificativos del Derecho civil en el Estatuto valenciano: ¿Derecho civil, Derecho civil propio o Derecho foral?. 7. Derecho civil foral valenciano y su legitimidad constitucional (que de ningún modo puede ser histórica). 8. La DA 1.º CE y la reforma estatutaria valenciana. 9. ¿Se ha de ser nacionalidad histórica o territorio foral para poseer un derecho civil propio?

En un planteamiento federalista como el que preside esta reunión científica tal vez el primer paso para evaluar su viabilidad en cada Estado deba ser determinar, junto a los elementos integradores, las particularidades de cada uno de los territorios integrantes. Solo así cabe establecer sobre bases ciertas las reglas comunes y las específicas que la federación contribuirá a consolidar y respetar.

Es sabido que en el Estado autonómico español se han distinguido dos grandes grupos territoriales al margen de las concretas vías de acceso a la autonomía inicialmente utilizadas. Uno, el de aquellos territorios que ya antes de la Constitución, y a lo largo de sus 33 años de vigencia, mantienen el desafío al diseño constitucional no siempre bien aceptado. Otro, formado por las Comunidades Autónomas que solo por imitación y/o sentimiento de agravio, exigen mayores competencias de las que en cada período han ido disfrutando.

En este segundo grupo se integra sin duda la Comunidad Valenciana por más que, con ocasión de las reformas estatutarias de 2006, se le hayan imputado aspiraciones o planteamientos a los que me referiré; afirmando, sin em-

bargo, ya desde ahora, que, a mi juicio, los planteamientos de la Comunidad Valenciana no pueden ser (o no lo han sido hasta ahora) obstáculo para la federalización del Estado español; por el contrario, de darse tal situación constitucional el valenciano es un territorio que, junto a otros, puede lograr un trato más justo desde el planteamiento igualitario que preside todo planteamiento federal.

1. PRECISIONES SOBRE EL TÍTULO Y EL PROPÓSITO DE ESTA REFLEXIÓN

Intento mostrar que en la Comunidad Valenciana el sistema estatutario es perfectamente coherente con el diseño territorial formalizado en la Constitución; las referencias al derecho foral no pasan de ser invocación de la propia identidad histórica, sin las connotaciones políticas que en otras Comunidades Autónomas cabe hallar¹.

El polémico ejercicio de su competencia en materia de derecho civil (ya expresamente reconocida en el Estatuto de 1982) y la lógica tensión generada por la general contestación a dicha competencia, explica el interés de quienes lideraron la reforma estatutaria de 2006 en asentar, y reforzar, tal reconocimiento de la competencia. En tal intento, se entendió que la misma quedaba confirmada por la repetida mención de la condición foral del derecho reivindicado. Ahora bien, ni ello, ni el frustrado intento de mencionar la Disposición Adicional 1.º de la Constitución, traducen, a mi juicio, estrategia política alguna con la finalidad de forzar la interpretación constitucional por más que haya sido criticado y comparado con el caso catalán en el momento más álgido de la polémica suscitada por tales reformas de 2006. Entiendo, en cambio, que, incluso si nos centramos en la etapa del Estatuto de 2006, que representa la de mayor activismo en este sentido, es difícil concluir que haya habido pretensión alguna de forzar el sistema constitucional con planteamientos confederales que sí podemos hallar en otros Estatutos de la segunda (o tercera²) generación.

Resulta llamativa la ausencia estudios desde la óptica del Derecho Constitucional³ (a diferencia de lo acontecido en el área de Derecho civil y en la de Historia del Derecho), como en otra ocasión ya puse de relieve; ello me lleva a intentar una sencilla reflexión sobre la vacuidad de una polémica que, a veces en forma excesivamente crítica⁴, ha rodeado todo intento de ejecución y desarrollo legislativo del Derecho civil valenciano que, por lo demás, suele

¹ Por todos, y desde la perspectiva valenciana, VIVANCOS COMES, M., «La propuesta de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi ("Plan Ibarretxe")», en *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 4, 2005.

² VIVANCOS COMES, M., «La propuesta de Estatuto político...», *op. cit.*, pp. 229 y ss.

³ Con contadísimas excepciones; cfr. GARRIDO MAYO, V., «Las Competencias de la Generalitat Valenciana en materia de Derecho Civil: perspectivas de futuro», en *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics (RVEA)*, n.ºs 41/42, 2003, pp. 291-295.

⁴ IZQUIERDO TOLSADA, M., «Nuevos Estatutos de Autonomía y legiferación civil», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 21, CEPC, 2007, pp. 331-381.

verse contestado por recursos de inconstitucionalidad; recursos, tal vez, derivados más del uso inapropiado (y veremos si innecesario) del lenguaje histórico-jurídico⁵ en el Estatuto y en las correspondientes leyes de desarrollo, que de la real intención de llevar las competencias de la Generalitat más allá del marco constitucional.

2. EL DEBATE CIVILISTA Y SU APROXIMACIÓN A UNA LECTURA CONSTITUCIONAL POSIBLE Y ÚTIL

A diferencia de quienes nos ocupamos del Derecho Constitucional, no han rehuido los civilistas valencianos el tratamiento de la cuestión y la adopción de posiciones encontradas al respecto.

Desde la posición negacionista (creo que en el caso del Montes más bien se trata de una actitud escéptica) no puede dejar de mencionarse a Montes Penades⁶, que nos ofrece una valiosísima síntesis histórica sobre el modo cómo nuestros Fueros pasaron al olvido acudiendo al efecto a los más significados historiadores de la Comunidad y de esta Universidad⁷. También, en el mismo sentido negativo se manifiestan Montes Rodríguez⁸ y Ballarín Hernández⁹, del que creo oportuno subrayar su visión constitucional al observar que, por más que políticamente sea legítimo aspirar a la recuperación foral, «...eso es algo, escribe, que en un Estado de Derecho, como España, únicamente podría llevarse a cabo con legitimidad, respetando el Ordenamiento Jurídico que tiene su cénit en la Constitución de 1978...».

⁵ Expresamente se refiere RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «Las competencias legislativas en materia de Derecho civil y su deseable reforma constitucional», en *Revista de Derecho Privado*, n.ºs 7-8, 2005, p. 13, al texto del Estatuto valenciano en los siguientes términos: «Ahora se pretende introducir la referencia al Derecho Foral y eliminar la palabra "civil". Sin embargo, el Estatuto catalán, al regular la competencia legislativa exclusiva de la Generalitat de Catalunya, se refiere con toda nitidez a la "conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán", sin autolimitarse a lo que se considera Derecho civil foral catalán. Nos parece más acertado apostar por "civil" que por "foral", aunque creemos que la mejor expresión es "civil propio"».

⁶ MONTES PENADES, V.L., «El Derecho Foral valenciano. Un estudio sobre la competencia legislativa de la Generalitat en materia de Derecho Civil», en BAÑO LEÓN, J.M., *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Madrid, Civitas, 2007, pp. 261 y ss.

⁷ Así en diversas notas se refiere a PESET REIG, M. (entre otras obras, «Notas sobre la abolición de los Fueros de Valencia», *AHDE*, XLII, 1972, pp. 657 y ss) o en la nota 20 a SIMO SANTONJA, V., *Derecho histórico valenciano (pasado, presente y futuro)*, Valencia, 1979.

⁸ MONTES RODRÍGUEZ, M.P., «Competencia legislativa de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho civil», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, Valencia, Tirant, n.º 25, 2008.

⁹ BALLARIN HERNÁNDEZ, R., «Prólogo» a MAS BADIA, M.ºD. (coord.), *El Régimen Económico Matrimonial de la Comunidad Valenciana*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 18-19.

Sin embargo, tampoco cabe desconocer, junto a posiciones que defienden a ultranza la legitimidad de la competencia, bien desde planteamientos políticos basados en el agravio histórico, bien desde detallados estudios jurídicos¹⁰, la formulación de otras posiciones menos polémicas¹¹ por hallar en la propia Constitución (y en el Estatuto) elementos de apoyo al reconocimiento de la competencia valenciana en materias de derecho civil, perfectamente constitucionales, a condición que su fundamentación no se sitúe tanto en la «recuperación foral» cuanto en el desarrollo de las competencias constitucionalmente amparadas y estatutariamente asumidas.

Un ejemplo nos lo ofrece Bataller al formular la idea¹² que denomina «derecho civil autonómico por vía inductiva» y sobre el que concluye: «ya no cabe hablar propiamente de «Derecho foral», sino que tal expresión debe entenderse superada por la de «Derecho autonómico», más comprensiva, porque alude tanto al antiguo Derecho foral recibido por aquellas Comunidades Autónomas constituidas sobre territorios en que éste se mantenía vigente al promulgarse la Constitución de 1978, como al nuevo Derecho civil que todas las Comunidades sin excepción pueden ir desarrollando en ejercicio de las competencias generales que tengan asumidas»¹³. Después nos detendremos algo más en esta posición que puede resolver, hoy por hoy, los conflictos planteados en el TC.

3. CONCRECIÓN DE LOS PROBLEMAS DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Ciertamente, el debate civilista (y de los historiadores) ha de ser por fuerza mucho más amplio y disperso que el que a nosotros nos afecta; pues sin duda lo más difícil será determinar qué es en cada caso derecho civil disponible para las CCAA según el art. 149.1.8.º CE, y, además, en tanto se quiera

¹⁰ DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., *Posibilidades constitucionales de una plena recuperación de nuestro Derecho Foral Civil*, Corts Valencianes, Valencia, 2004; BLASCO GASCO, F. y CLEMENTE MEORO, M., «La sucesión intestada en favor de la Generalitat Valenciana y la condición jurídica de valenciano», en libro en recuerdo a la Profesora Silvia Romeu, Valencia, vol. I, 1989, pp. 117 y ss.

¹¹ BLASCO GASCO, F., «La competencia legislativa de la Generalitat Valenciana en materia de Derecho Civil», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana (RJCV)*, n.º 33, 2011, p. 22, o LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El Derecho civil valenciano en el momento presente: vías de creación y desarrollo», en LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (coord.), *Curso de Derecho civil valenciano*, Valencia, RGD, 2000, p. 64.

¹² Por lo demás prontamente formulada en otros ámbitos. Así, ARECHEDERRA ARANZADI, L.I., art. 48, en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Navarra*, Madrid, MAP, 1992, pp. 491-511; en especial, p. 498.

¹³ BATALLER RUIZ, E., *Derecho Civil Autonómico en España: Génesis y perspectivas*, en *Revista de Derecho civil valenciano*, disponible en red: http://derechocivilvalenciano.com/index.php?option=com_content&task=view&id=66&Itemid=29

mantener la vinculación historicista, también, cuando proceda, se habrán de determinar sus conexiones con los viejos Fueros.

La cuestión, desde el Derecho Constitucional puede sin embargo centrarse en dos concretos aspectos que también de algún modo nos han facilitado o *desbrozado* los civilistas, sobre todo el segundo que mencionaré:

El primero es la cuestión de la legitimidad y/o fundamentación constitucional de las competencias de algunas Comunidades Autónomas y/o territorios forales; su hondo calado y su carácter general (en absoluto reconducible a solo la Comunidad Valenciana) explica la difusa y profusa dedicación que la doctrina constitucionalista ha dedicado al tema.

El segundo, que es el que en particular ha de resolverse para el caso valenciano, se refiere a la determinación de la cobertura constitucional con la que la Comunidad Valenciana puede legislar en materia civil. Es cierto que esta segunda cuestión ya recibió una respuesta afirmativa del TC en Sentencia 121/1992, de 28 de septiembre (sobre la Ley de arrendamientos históricos), pero no lo es menos que la interpretación muy restrictiva de la misma, al vincular dicha competencia legislativa a la existencia de costumbres vivas, reabrió el problema de la competencia situándola, a mi juicio, en el tejado de la interpretación constitucional. Justamente en tal ámbito trato ahora de retomar la cuestión centrandolo el momento al que nos ha llevado la evolución de tal interpretación.

Recientemente, a la vista de la extraordinaria mutación sufrida por el Título VIII de la Constitución en sus tres décadas de ejecución, y de la interpretación que sobre el mismo estaba llevando a cabo el Estatuto de Cataluña (no sin cierta connivencia de importantes operadores jurídicos), apunté la posibilidad de que, de no llevarse a cabo la debida y necesaria reforma constitucional que resituara el problema territorial en los términos que los valores constitucionales exigían, no podíamos descartar que, habiendo mutado la Constitución en importantes puntos del diseño autonómico, pudiera realizarse una lectura menos rígida del texto constitucional o menos «apegada» a las preocupaciones políticas con que se redactó el texto fundamental 33 años atrás y que, se quiera o no, son las que han estado pesando en su posterior confusión-interpretación¹⁴.

Naturalmente, la solución más lógica es la de la reforma constitucional que clarifique las posibilidades que el texto constitucional ofrece¹⁵, tal como algunos, aun ciñéndose al enfoque civilista, y sobre el punto que ahora nos ocupa,

¹⁴ SÁNCHEZ FERRIZ, R., «El Estado de las Autonomías antes y después de 2006», en *Revista Valenciana de Estudios Autonómicos*, n.º 51, 2008, pp. 14-35.

¹⁵ Por todos, ORTEGA, L., *Reforma constitucional y...*, *op. cit.* En el mismo sentido crítico con el método «centrífugo» utilizado en España, cabría citar a la mayoría de la doctrina; baste ahora recordar a CORCUERA ATIENZA, J., «Las reformas del modelo territorial en Alemania y en España: dos lógicas diferentes», en TUDELA ARANDA, J. y KÖLLING, M. (eds.), *La reforma del Estado Autonómico español y el Estado Federal Alemán*, Madrid, CEPC, 2009, p. 70.

han expuesto con brillantez¹⁶. Pero la situación política no parece favorecer esta ideal y debida solución (a la que Herrero juzgaría de *geométrica*¹⁷) por lo que, como decía, solo cabe, hoy por hoy, recurrir a la posibilidad de una interpretación constitucional que, si bien no ha sido abiertamente expresada por el máximo intérprete de la Constitución, sí cabría que fuera asumida por él por cuanto hacia ella parece haber tendido la evolución de su jurisprudencia constitucional¹⁸.

Naturalmente, ello requeriría en el ámbito de la Comunidad Valenciana que tal posición fuera aceptada, también y previamente, por los operadores jurídicos que han de defender la competencia en sus respectivas actuaciones futuras, cambiando el enfoque de la argumentación que desde los poderes públicos valencianos se ha llevado a cabo cuando se trataba de defender y ejercer la discutida competencia. Cuestión distinta será si, desde la perspectiva civil, los intentos de legislar y sus resultados son más o menos afortunados y su técnica acertada o no.

4. STATUS QUESTIONIS EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL PREVIO A LA REFORMA ESTATUTARIA. LA DA 1.º CE Y LA AUTONOMÍA VALENCIANA

De una parte, el referente indiscutible de la defensa de los derechos históricos y, no solo de la plena aplicación de la DA 1.º a sus destinatarios, sino de la continuidad a futuro¹⁹ y de la potencialidad de tales derechos históricos, es Herrero de Miñón, con teorías que en absoluto son de aplicación a la Comunidad Valenciana ni, por lo demás, se ha manifestado ésta por su invocación. Hemos de acudir, por consiguiente, a la doctrina constitucionalista mayoritaria que siempre ha sostenido la lectura de la excepcionalidad de la DA 1.º de la Constitución y que, por lo demás, coincide con la del T.C. recientemente confirmada en la STC 31/2010.

Desde este punto de vista, la más significativa opinión sobre el texto constitucional antes incluso de ser aprobado en forma definitiva fue la del Prof. García Pelayo²⁰ que no solo advirtió de los riesgos y contradicciones que compor-

¹⁶ Cfr. RAGEL SÁNCHEZ, L., *Las competencias legislativas en materia de Derecho civil...*, op. cit., pp. 3 y ss; BLASCO GASCO, F., *La competencia legislativa de la Generalitat...*, op. cit., p. 23, o MOLINER NAVARRO, R., «Las competencias en materia de Derecho civil foral a la luz del artículo 49.1.2.º del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 18, 2007, p. 364.

¹⁷ HERRERO DE MIÑÓN, M., *Derechos Históricos y Constitución*, Taurus, Madrid, 1998, pp. 54 y ss.

¹⁸ MONTES PENADES, V., op. cit., pp. 281-82.

¹⁹ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel: «Los derechos históricos cara al siglo XXI», en *Revista de pensamiento e historia*, 2009, n.º 32, pp. 4-12.

²⁰ GARCÍA PELAYO, M., en *El País*, 24 de septiembre de 1978, en *Obras Completas*, Madrid, 1991, III, pp. 3171 ss.

taba la introducción de elementos historicistas en una Constitución racional, sino también de la forma confusa y opaca en que ello se llevaba a cabo a través de la famosa DA 1.ª del texto constitucional²¹. No menos desconfiado con el recurso historicista se mostraría Tomás y Valiente²² o Clavero²³ y cuantos con desapasionamiento respecto de las exigencias nacionalistas han emprendido el análisis constitucional del problema²⁴.

Corcuera²⁵ puso de relieve tempranamente las dificultades que de la DA 1.ª se habrían de derivar, comenzando por su eventual eficacia jurídica, aun cuando no hubiera producido el único efecto político que justificaba su introducción en el texto constitucional²⁶; así como las contradicciones derivadas del doble enfoque foralismo-autonomismo y de los diversos, y encontrados, intereses que representaban una y otra posición²⁷. Sin embargo, el problema, de por sí complejo, quedaba circunscrito a los territorios históricos y a la autonomía vasca se mantenía en los términos de excepcional reconocimiento hecho por el constituyente.

Su posterior intento de aplicación a otros territorios-autonomías vino a comportar la radical negativa tanto de la jurisprudencia constitucional como de la doctrina por lo que el único caso en que se logró llevar al Estatuto la mención-remisión a la Adicional 1.ª, apenas ha obtenido efecto jurídico alguno²⁸ como los propios comentaristas del Estatuto aragonés coinciden en concluir.

Sin embargo, ha resultado mucho más polémico el intento llevado a cabo en los procesos de reforma²⁹ de los Estatutos de autonomía, vividos en 2006³⁰;

²¹ Cfr. TAJADURA TEJADA, J., «Manuel García Pelayo y los Derechos Históricos», en *Revista de Derecho Político UNED*, n.º 75-76, 2009, pp. 147-174.

²² TOMÁS Y VALIENTE, F., «Uniformidad y diversidad en las Comunidades Autónomas, en la legislación estatal y en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Uniformidad o diversidad de las Comunidades Autónomas*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1995.

²³ CLAVERO SALVADOR, B., *El Código y el Fuero: de la cuestión regional en la España contemporánea*, Siglo XXI de España, Madrid, 1982.

²⁴ Así, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., entre cuyos trabajos baste ahora citar: *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, McGraw Hill, Madrid, 1998; CORCUERA ATIENZA, J. y GARCÍA HERRERA, M.Á., *La constitucionalización de los derechos históricos*, Madrid, CEPC, 2002. Una bien elaborada síntesis de las diversas posiciones doctrinales sobre la famosa disposición adicional puede consultarse en TUDELA ARANDA, J., *El Estado desconcertado y la necesidad federal*, Civitas, Pamplona, 2009, pp. 63 y ss.

²⁵ CORCUERA ATIENZA, J., «Notas sobre el debate de los derechos históricos de los territorios forales», en *R.E.P. (nueva época)*, n.ºs 46-47, 1985, pp. 55-89.

²⁶ *Ibidem*, p. 56.

²⁷ *Ibidem*, p. 76: «la autonomía aparece como superación de la foralidad y la foralidad como resistencia —a, al menos, reticencia— ante la autonomía»...

²⁸ SAINZ ARNAIZ, A., *Hecho diferencial y reconocimiento nacional...*, *op. cit.*, p. 53, o TUDELA ARANDA, J., *El Estado desconcertado...*, *op. cit.*, p. 78.

²⁹ TUDELA ARANDA, J., *El Estado desconcertado...*, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

³⁰ SEVILLA, J.; VIDAL BELTRÁN, J.M. y ELÍAS MÉNDEZ, C., *Vertebrando España. El Estado Autonómico*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2009, pp. 184 y ss y en pp. 209-210.

intento que se manifestó en el proceso valenciano y también en el catalán, desde luego con recorrido político bien distinto³¹. Aunque, como la doctrina puso de relieve de inmediato, pese a las principales discusiones se centraran en el Estatuto de Cataluña, era obvio que lo que en él se estableciera acabaría afectando a la organización territorial de todo el Estado³².

5. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y LA DA 1.º CE, HOY

Dando por sentado que en absoluto cabe ser invocada en el caso valenciano, cabría además, siguiendo las más recientes manifestaciones doctrinales, afirmar que más bien representa un obstáculo para el fin de algunos agravios y/o injustificadas diferencias de tratamiento que en el proceso valenciano se observan. Pues no cabe duda que su pervivencia en el texto constitucional, no solo ha creado disfunciones sino que parece que se propugna su eliminación del texto fundamental. Así, Tudela es claro respecto de su disfuncionalidad: «Hoy, creo que es posible decir que el juego de la DA 1.º ha sido negativo. No ha resuelto la inserción del País Vasco en el sistema constitucional y ha servido como alimento a otros conflictos... en una nueva redacción de los Estatutos de Autonomía, los derechos históricos se expanden más allá de sus fronteras naturales»³³.

También Torres se muestra crítico con la falsa utilización de la DA 1.º sobre la que sostiene que, a medida que se ha ido aumentando el techo competencial, puede considerarse obsoleta pues solo pudo tener sentido para diferenciar una minoría de CCAA. De tal suerte que recomienda una reforma constitucional que la haga desaparecer³⁴.

Tal calificación negativa es, por lo demás, bastante generalizada hasta el punto, sostenido por Tajadura, de afirmar su inconstitucionalidad (a partir de la teoría de las normas constitucionales inconstitucionales)³⁵ que le lleva a propugnar la necesaria reforma constitucional («depurativa») con la que se ponga fin a las disfunciones de la misma derivadas, y concluyendo que tal

³¹ Hoy siguen reivindicando la aplicación de la DA 1.º CE no pocos juristas catalanes. Así, VERNET I LLOBET, J., «Drets Històrics»; MONTAGUT ESTRAGUES, T., «Ruptura i transició a la democràcia com a fonts de dos tipus de drets històrics compatibles per a Catalunya», o FERRER JACAS, J., «Els drets Històrics», todos ellos en *Revista Catalana de Dret Públic*, número dedicado a la STC 31/2010, 2011.

³² LÓPEZ BASAGUREN, A., *El contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía*, en *Web Fundación Giménez Abad*, 2007. Disponible en http://www.fundacionmgimenezabad.es/images/Documentos/2009/20091218_ot_lopez_basaguren_a_es_o.pdf, pp. 5 y ss, en las que desarrolla lo que denomina el «desbordamiento del principio dispositivo».

³³ TUDELA ARANDA, J., *El Estado desconcertado...*, *op. cit.*, p. 589.

³⁴ TORRES DEL MORAL, A., «¿Qué son los derechos históricos?», en *Ius Fugit*, n.º 15, 2007-2008, pp. 55-79.

³⁵ Cfr. TAJADURA TEJADA, J., «Legitimidad democrática frente a legitimidad histórica», en *Teoría y Realidad*, n.º 22, 2008, pp. 137-192.

disposición es un obstáculo insalvable para el establecimiento de un Estado Federal³⁶.

Sin embargo, llama la atención la posición de parte de la doctrina catalana, ya aludida, que no solo mantiene su funcionalidad sino también la legitimidad de su aplicación a Cataluña, razón por la cual manifiestan sus «agravios» criticando la Sentencia 31/2010 en la que, sostienen³⁷, el TC no llega a aclarar o motivar sus interpretaciones restrictivas, hechas en el FJ 10 que, en parte, transcribiremos *infra* respecto de la imposibilidad de aplicar a Cataluña la DA 1.ª.

6. SOBRE EL USO DE LOS CALIFICATIVOS DEL DERECHO CIVIL EN EL ESTATUTO VALENCIANO ¿DERECHO CIVIL, DERECHO CIVIL PROPIO O DERECHO FORAL?

De la comparación entre el primero (1982) y el segundo (2006) de los Estatutos de la Comunidad Valenciana se desprende, no solo la mayor atención prestada a la cuestión que nos ocupa, sino la decidida opción por el uso del término foral, bien a solas (Derecho foral), bien acompañando a la expresión Derecho civil, para, en todo caso, referirse al derecho propio (privado).

Ya en el Estatuto de 1982 se leía en su art. 31 que «la Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ...2. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano». Y no debería pasar inadvertido el hecho de que nos encontramos ante una competencia expresa que, por ello, como también ocurre en el nuevo Estatuto, dispone de eficacia directa a diferencia de otras menciones que se contienen en normas de carácter programático.

El nuevo Estatuto de 2006 ha introducido algún cambio terminológico respecto del de 1982 que podría haber generado alguna desconfianza en quienes han de velar por el respeto del marco constitucional, como de hecho ocurrió a su paso por el Congreso de los Diputados donde hubo de ser modificado. Tratamos de observar, por ello, si, a parte la eventual desconfianza, realmente ha habido una modificación sustancial indicativa de un cambio de perspectiva política de la Comunidad Valenciana en el seno de la unidad del Estado. Lo que no puede negarse, en principio, es la insistencia con que se acude a la invocación foral pudiendo afirmarse que se ha abandonado el autonomismo para pasar al foralismo³⁸.

Ahora bien, lo decisivo desde el punto de vista constitucional es responder a la cuestión ¿con qué finalidad? ¿se pone en duda la fundamentación consti-

³⁶ TAJADURA TEJADA, J., «Manuel Garcia Pelayo...», *op. cit.*, p. 172.

³⁷ Por todos, VERNET, J., *op. cit.*, p. 127.

³⁸ BLASCO GASCO, F., *La competencia legislativa de la Generalitat...*, *op. cit.*, p. 22.

tucional de todo el sistema y la unidad indisoluble de la nación española? A mi juicio, no, en absoluto.

Sencillamente, se acudió al foralismo en la convicción de que así sería más fácil consolidar una competencia legislativa puesta hasta entonces en tela de juicio; ¿exceso de celo? Tampoco; la Comunidad Valenciana ha acabado bailando en el baile de la confusión³⁹ que los criterios políticos (de todo signo) suelen introducir en las normas jurídicas cuando estas han de regular materias «candentes», como sin duda lo era la que el constituyente pretendió «enfriar» con una DA 1.º que no ha dejado de generar expectativas, desencantos y agravios...

De enredo se ha calificado, a mi juicio con acierto, la presente situación y algunas interpretaciones sobre la misma: «Estas posiciones son clara manifestación del enredo que provoca un procedimiento como el establecido en nuestra Constitución, una vez consolidado el Estado autonómico de forma generalizada en el que todas las Comunidades Autónomas asumen el máximo nivel de autonomía posible en la Constitución»⁴⁰.

Retornando al Estatuto valenciano de 2006, ciertamente, no cabe desconocer la introducción (y repetición) del término *foral* que encontramos en las más abundantes referencias estatutarias al problema que dicho texto ha introducido. Tales son las contenidas en los siguientes preceptos que voy a transcribir.

1. Sin duda toda la carga de la reforma en la materia viene anunciada ya en Preámbulo sin ambages pero, desde luego, sin la más mínima fricción con el ordenamiento jurídico, según lo que después iremos viendo, al decir: «Igualmente, es motivo de esta reforma el reconocimiento de la Comunidad Valenciana como Nacionalidad histórica por sus raíces históricas, por su personalidad diferenciada, por su lengua y cultura y por su *Derecho Civil Foral*». «...Pretende también esta reforma el impulso y desarrollo del *Derecho Civil Foral Valenciano* aplicable, del conocimiento y uso de la lengua valenciana, de la cultura propia y singular de nuestro pueblo, de sus costumbres y tradiciones. Por eso el desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat, en plena armonía con la Constitución española, procurará la recuperación de los contenidos de Los Fueros del Reino de Valencia, abolidos por la promulgación del Decreto de 29 de junio de 1707». Resulta difícil deducir normatividad alguna de lo transcrito. No ya por tratarse del Preámbulo, sino porque contienen la expresión de un hecho histórico sin más.

³⁹ APARICIO PÉREZ, M.Á., «Aproximación a la regulación contenida en el texto de la Constitución española de 1978 sobre la distribución territorial del poder político», en APARICIO, M.A., *La descentralización y el Federalismo. Nuevos modelos de Autonomía Política (España, Bélgica, Canadá, Italia y Reino Unido)*, Cedecs, Barcelona, 2002, pp. 29-57.

⁴⁰ LÓPEZ BASAGUREN, A., «El Contenido Constitucional de los Estatutos...», *op. cit.*, p. 16.

2. Por lo que se refiere al Título I que, bajo el epígrafe de «La Comunidad valenciana» (y siendo dicho lugar el apropiado para haber contenido alguna especial mención de orden identitario o de reivindicación política), dos son los preceptos en los que destaca la mención de la foralidad:

Art. 3.4: «El *Derecho civil foral valenciano* se aplicará, con independencia de donde se resida, a quien ostente la vecindad civil valenciana conforme a las normas del Título Preliminar del Código Civil, que será igualmente aplicable para resolver los conflictos de leyes.»

Art. 7.2: «Las normas y disposiciones de La Generalitat y las que integran el *Derecho Foral Valenciano* tendrán eficacia territorial excepto en los casos en los que legalmente sea aplicable el estatuto personal y otras normas de extraterritorialidad.»

3. Otro grupo de preceptos en el que de nuevo encontramos la mención del derecho foral lo hallamos en los siguientes artículos de contienen una referencia indirecta al mismo:

Art. 35.1: «A instancia de La Generalitat, el órgano competente convocará los concursos y oposiciones para cubrir las plazas vacantes de Magistrados, Jueces, Secretarios Judiciales y demás personal al servicio de la Administración de Justicia, de acuerdo con lo que dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial. En esta resolución se tendrá en cuenta su especialización en el *Derecho civil foral valenciano* y el conocimiento del idioma valenciano.»

Aunque en ámbito y con tenor literal distinto, también se menciona el conocimiento de la lengua y del derecho civil propio en el art. 58.2 en el que se lee:

«Para la provisión de Notarías, los candidatos serán admitidos en igualdad de derechos, tanto si ejercen en el territorio de la Comunitat Valenciana como si lo hacen en el resto de España. En ningún caso podrá establecerse la excepción de naturaleza o de residencia. Los Notarios deberán garantizar el uso del valenciano en el ejercicio de su función en el ámbito de la Comunidad valenciana de conformidad con las normas del presente Estatuto. Igualmente, garantizarán la aplicación del *derecho civil foral valenciano* que deberán conocer».

Art. 37.1: «La competencia de los órganos jurisdiccionales en la Comunitat Valenciana comprende: ... 2) En materia de Dere-

cho civil⁴¹ foral Valenciano, el conocimiento de los *recursos de casación y de revisión, como competencia exclusiva del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana*, así como los recursos de casación para la unificación de la doctrina y el recurso en interés de ley en el ámbito Contencioso-Administrativo cuando afecten exclusivamente a normas emanadas de la Comunitat Valenciana».

Entre este tipo de referencias que podríamos llamar indirectas, también, y por último, ha de mencionarse el artículo 71.1. en el que, al enumerar los bienes que integran el patrimonio de la Generalitat, se citan: ... c) Los bienes procedentes, según la *legislación foral civil valenciana*, de herencias intestadas, cuando el causante ostentara conforme a la legislación del Estado la vecindad civil valenciana, así como otros de cualquier tipo.

4. Más decisivo es sin duda, como ya lo era el correspondiente precepto del Estatuto de 1982, ya mencionado, el precepto que contiene, y se autodefine, como una competencia de la Generalitat. Me refiero al art. 49 del Estatuto de 2006: «1. La Generalitat tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 2. Conservación, desarrollo y modificación del *Derecho civil foral valenciano*»⁴². Pues bien, en este precepto y en general en los que acabamos de mencionar, no hay diferencias cualitativas respecto del texto de 1982 sino solo de carácter terminológico derivada del uso del adjetivo «foral» que ahora trata de utilizarse por doquier.

Cabe así concluir, respecto de las novedades introducidas por la reforma, su empeño en subrayar el foralismo de la Comunidad Valenciana aunque, desde el punto de vista constitucional, llama la atención que la vía por la que al final se ha impuesto la competencia valenciana haya sido la que Blasco denomina *agroconsuetudinaria*; es decir, la derivada de la STC 121/92 (sobre la Ley de arrendamientos históricos) y sensiblemente reforzada por la posterior flexibilización practicada por el TC en la interpretación del art. 149.1.8.º, para las CCAA en general y, por consiguiente, también para la nuestra, en la medida en que la amplitud de la idea de «desarrollo»⁴³ acaba siendo un filón por el que «desarrollar» instituciones aunque no estuvieran vigentes al entrar en vigor la Constitución, en 1978. Pero ello es, además, curioso porque, como el

⁴¹ El término *civil* que aparece en el texto definitivo no formaba parte de la proposición de ley.

⁴² Tal vez no esté de más recordar que también en esta ocasión la proposición incidía más en el término foral al referirse al «Derecho Foral y Valenciano».

⁴³ Un interesante comentario a la STC 88/93 con la doctrina sobre el término «desarrollo» y su eventual aplicación a la Comunidad Valenciana, en MONTES PENADES, V.L., «El Derecho Foral valenciano...», *op. cit.*, pp. 294 y ss.

mismo Blasco⁴⁴ advierte, justamente la punta de lanza que ha abierto el filón valenciano lo ha constituido una costumbre, el arrendamiento histórico, que no procede de los Fueros sino del siglo XIX.

7. EL DERECHO CIVIL FORAL VALENCIANO Y SU LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL (QUE DE NINGÚN MODO PUEDE SER HISTÓRICA)

Sin duda, la más polémica de las disposiciones estatutarias fue la Disposición Transitoria Tercera de la proposición de reforma del Estatuto de Autonomía, que en el texto definitivo cuenta con una redacción que poco o nada se parece a la que pretendió aprobar aunque, a decir verdad, el texto definitivo ha ganado bastante en estilo y congruencia. Decía dicha disposición transitoria tercera lo siguiente:

«La competencia exclusiva sobre el Derecho Foral valenciano se ejercerá, por la Generalitat, a partir de la normativa foral derogada por el Decreto de 29 de junio de 1707, recuperada ésta y ejercitada aquella mediante la actualización de la contenida en el régimen foral del histórico Reino de Valencia, conforme a la Disposición Adicional primera de la Constitución española».

Sin perjuicio de la escasa fortuna con que se redactaba lo que se quisiera decir entonces, es obvio que la remisión expresa a la DA 1.ª de la Constitución la cargaba de una duda de constitucionalidad difícilmente salvable, no ya porque pretendiera sobrepasar los límites del marco constitucional (cosa que ya he dicho esta fuera de toda duda) sino porque, en última instancia, ni la Comunidad Valenciana ni las Comunidades que intentaron el recurso directo a la dicha DA 1.ª, son «territorios forales» y es a ellos a quienes expresamente se destina dicha DA (según interpretación auténtica, verificable en la consulta de los trabajos parlamentarios de la constituyente, y la llevada a cabo por el TC).

¿Cómo se llega a tal «intento» de situarse bajo la cobertura de dicha Disposición Adicional de la Constitución? Aun cuando el ámbito valenciano no se haya destacado por el interés doctrinal (constitucional) que esta particular cuestión suscita, la misma sí ha sido objeto de consideración por todas las escuelas o grupos de nuestra área constitucional, lo que nos permite, a estas alturas, intentar una síntesis de la «vida constitucional, y no tan constitucional», de la Disposición Adicional con el único objeto de reflexionar sobre el texto autonómico valenciano y sobre la adecuada interpretación del foralismo que hoy encontramos en muchos preceptos ya trascritos.

⁴⁴ BLASCO GASCO, F., «La competencia legislativa de la Generalitat...», *op. cit.*, p. 24.

Pues es, sin duda alguna, la densa polémica a que dicha disposición constitucional (adicional primera) dio lugar la que llevó a algunos redactores y/o mentores de la reforma valenciana a proponer el *no nato* texto de la referida Disposición Transitoria Tercera que, obviamente, no podía ser aceptada (salvo que con posterioridad se hubiera recurrido a la malísima técnica jurídica a que el TC acude recientemente de dejar el texto tal cual y calificarlo de irrelevante⁴⁵).

Pero la cuestión ahora, además, es si aun no conteniendo el Estatuto valenciano referencia alguna a la DA 1.º CE, las reiteradas calificaciones del derecho civil propio como foral añaden algo a la eficacia de las disposiciones estatutarias o resultan innecesarias para la consolidación de la competencia discutida y, en este caso, constituirían afirmaciones de carácter identitario a través de las cuales se subraya la peculiaridad histórica del Reino de Valencia del que se quiere recordar que contaba con fueros.

Ciertamente, al elaborar la reforma del estatuto valenciano ya se habían consolidado dos posiciones perfectamente aclaradas y contradictorias: la jurídica sobre la significación de la DA 1.º, decididamente decantada por la interpretación restrictiva de su aplicación, que de la interpretación constitucional auténtica cabía derivar, y la interpretación política (o interesadamente política) que de su ambigüedad cabía intentar tanto para extremar sus efectos en los territorios para quienes se pensó, como para aplicarse a quienes intentan entrar en su ámbito. Y el legislador valenciano, al proponer la reforma, creyó que tal propuesta, de aceptarse, hubiera supuesto el final de tantas negativas injustas, sumándose así al intento llevado a cabo por otras Comunidades Autónomas.

8. LA DA 1.º CE Y LA REFORMA ESTATUTARIA VALENCIANA

La primera afirmación que este epígrafe ha de sugerirnos para evitar malentendidos es la de la imposible concurrencia de los dos términos que el mismo contiene. Por más que con ocasión de la reforma del Estatuto catalán se haya intentado de nuevo la extensión de la DA 1.º, parece fuera de toda duda que en ningún momento del *iter* constituyente se pensó que tal disposición tuviera más ámbito de aplicación que el de los «territorios forales», tal como su propio texto expresa⁴⁶, por más que su ambigüedad haya sido motivo de no pocos errores y confusiones, no solo de las CCAA a las que no iba destinada (pero han querido incorporarse a ella) sino también en los territorios para quienes fue

⁴⁵ Aunque también ha sido justificada como una de las múltiples formas de eludir la confrontación abierta entre Constitución y Estatutos. Cfr. LÓPEZ BASAGUREN, A., «El contenido constitucional de los Estatutos...», *op. cit.*, p. 4.

⁴⁶ LOGENDIO IRURE, I.M., «La Disposición Adicional Primera y los derechos históricos», en *RVAP*, n.º 12, 1985.

pensada (que han hecho uso más allá de lo que originariamente se esperaba de la cláusula histórica).

Naturalmente, el caso valenciano se encuadraría entre aquellos que, sin ser destinatarios de la disposición, han querido, no obstante, incorporarse a la misma como se deducía abiertamente de la mencionada Disposición Transitoria 3.ª cuya redacción fue rechazada. Pero, a diferencia de Cataluña, creo poder afirmar que las Cortes valencianas intentaron tal uso sin la intencionalidad política que de ello cabía extraer y sin más pretensión que afirmar la competencia en derecho civil.

Desde luego, no parece ser este el criterio de Fernando Rey⁴⁷ que no solo acumula el caso valenciano y el catalán en una acerva crítica (que sin duda «formalmente» merecieron por igual) sino que, además, sigue desconfiando de la forma en que ha quedado redactada nuestra Disposición Transitoria Tercera en el texto definitivo del Estatuto en el que, a su juicio, «subsisten todas las dudas de constitucionalidad aludidas ya que la referencia a la adicional primera es clarísima, aun sin citarla explícitamente (puesto que es la única cláusula de la Constitución que habilita la recuperación de los derechos históricos en los territorios forales)»⁴⁸.

He de discrepar de tal interpretación, desde luego desproporcionada, pues, por más que extrañe (a Rey Martínez que no se autodenomine, o se intente, territorio foral, es obvio que las intenciones de la Comunidad valenciana en absoluto han pretendido tal ni, por consiguiente, han podido parangonarse con las de otras Comunidades que hayan pretendido una aplicación de la DA 1.ª similar a la de los territorios forales. La invocación de la DA, de haber trascendido al texto definitivo, probablemente sí hubiera podido parangonarse a la hecha en el primer Estatuto de Aragón que ha resultado absolutamente inocua⁴⁹. Y ello, no porque estemos ante Comunidades de 2.ª o de 3.ª, o que no valoren su propia historia e identidad política sino por dos razones mucho más sencillas:

En primer lugar, y sin perjuicio del mayor o menor acierto de la mención, no hubiera podido obtenerse eficacia alguna de la dicha transitoria, si hubiera pervivido, por cuanto no es una previsión constitucional posible. En segundo lugar, porque tampoco se ha pretendido una «lectura» pública de los *derechos históricos* que ni se mencionan en el Estatuto. Por ello es francamente desproporcionada la asimilación de los dos casos, el valenciano y el catalán en estos términos: «Valencia y Cataluña han venido a utilizar el concepto de derechos históricos para intentar fundar su singularidad como comunidades autónomas en algo que podríamos denominar fondo de soberanía residual, anterior, superior y latente respecto de la estatal (art. 2 CE)⁵⁰.

⁴⁷ REY MARTÍNEZ, F., «El concepto de "derechos históricos" en la reforma de los Estatutos de Autonomía», en *Cuadernos de Alzate*, n.º 34, 2006, pp. 69-102.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 91.

⁴⁹ Por todos, TUDELA ARANDA, J., «EL Estado desconcertado...», *op. cit.*, p. 91.

⁵⁰ REY MARTÍNEZ, F., «El concepto de "derechos históricos"...», *op. cit.*, p. 85.

En efecto, esta segunda razón entronca con el otro perfil constitucional del problema, el importante: el que se refiere a la fundamentación del poder y de cada autonomía que, para el caso aragonés y el valenciano, no cabe duda que queda cifrada en la Constitución y no fuera de ella por más que se esfuercen en recordar la riqueza de su propia Historia.

La cuestión, por lo demás, ha quedado recientemente aclarada por el propio TC en su Sentencia 31/2010, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. En el FJ 10 deja claro el alto Tribunal que no caben derechos históricos que ofrezcan al Estatuto catalán⁵¹ un fundamento ajeno al constitucional, siquiera aun cuando lo fuera «añadido» al de la Constitución. Es decir, ni en todo ni en parte, cabe hallar fundamento alguno que no derive solo de la Constitución, tal como aclara el TC respecto del art. 5 del nuevo Estatuto catalán⁵²:

«Sólo de manera impropia podría entenderse que tales derechos históricos son también, jurídicamente, fundamento del autogobierno de Cataluña, pues en su expresado alcance constitucional únicamente pueden explicar la asunción estatutaria de determinadas competencias en el marco de la Constitución, pero nunca el fundamento de la existencia en Derecho de la Comunidad Autónoma de Cataluña y de su derecho constitucional al autogobierno. Los derechos, instituciones y tradiciones aludidos en el precepto, lejos de fundamentar en sentido propio el autogobierno de Cataluña, derivan su relevancia constitucional del hecho de su asunción por la Constitución y, desde ella, fundamentan, en términos constitucionales, el sistema institucional y competencial instaurado con el Estatuto de Autonomía.

En definitiva, el art. 5 EAC no es contrario a la Constitución interpretado en el sentido de que su inciso «en los derechos históricos del pueblo catalán» no remite al contenido de la disposición adi-

⁵¹ La idea también se había defendido respecto del País Vasco, entre otros, por TOMÁS Y VALIENTE, F., «Los derechos históricos de Euskadi», en *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, n.º 31, 1979, p. 28. El autor se refería a la segunda parte de la DA 1.º CE en estos términos: «Con esta precisión queda reiterado el principio de supremacía constitucional; de modo que tanto la actualización de los Derechos históricos heredados del pasado y hoy vigente como la creación de normas radicalmente nuevas, válidas en «territorios forales» o incluso en posibles regiones autónomas futuras que no hayan tal vez tenido un régimen jurídico peculiar o foral... se hará siempre con arreglo a lo previsto en los correspondientes Estatutos de Autonomía, los cuales, a su vez, hay que entenderlos siempre dentro de los términos de la presente Constitución».

⁵² En él se dispone lo siguiente: «el autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del artículo 2, la disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución».

cional primera de la Constitución ni es fundamento jurídico propio del autogobierno de Cataluña al margen de la Constitución misma, y así se dispondrá en el fallo...».

Situada así la cuestión, no ofrece dudas, creo, la ostensible diferencia entre la intencionalidad política de los estatuyentes catalanes y de los valencianos por cuanto en éstos todo intento de reforzar sus posiciones pueden reconducirse a la defensa de sus competencias en derecho privado. Descartada, pues, toda posible aplicación de la DA 1.º de la Constitución ni a Aragón ni a Valencia, ni a Cataluña, la siguiente y última cuestión sería

9. ¿SE HA DE SER NACIONALIDAD HISTÓRICA O TERRITORIO FORAL PARA POSEER UN DERECHO CIVIL PROPIO?

Evidentemente, no. Y es evidente, también, que al reflexionar sobre esta cuestión nos situamos en un plano bien distinto al hasta ahora comentado con relación a la aplicación, o no, de la DA 1.º CE.

Las competencias legislativas en materia de derecho civil no tienen por qué poner en tela de juicio la legitimación constitucional del poder; tales competencias pueden perfectamente hallar cobertura constitucional en el art. 149.1.8.º CE que, como entre otros, se ha afirmado Saiz Arnaiz⁵³, al dictaminar sobre la posibilidad de la Generalitat de Cataluña de legislar en la materia ahora debatida; para tal objeto no es necesario recurrir al marco normativo de la Disposición Adicional 1.º de la Constitución siendo suficiente acudir al del art. 149.1.8.º, también de la Constitución. Comparto el enfoque que, por lo demás, ha sido defendido en el ámbito de los estudios civilistas y de modo especial por Ragel⁵⁴.

Y tal ha de ser el planteamiento de la Comunidad Valenciana, centrar sus esfuerzos en extraer todas las posibilidades del art. 149.1.8.º, y de la jurisprudencia constitucional *supra* aludida sobre la amplitud de las posibilidades que el término «desarrollo» puede dar de sí. Sin perjuicio de las referencias del Estatuto a la foralidad, si ésta se limita a ser un referente identitario, del que no se pretenda extraer eficacia normativa en las futuras leyes que la Comunidad vaya elaborando, es de esperar que no se planteen graves problemas ante el Tribunal Constitucional a condición, por supuesto, de que se razone debidamente la competencia estatutaria que se desarrolla en cada caso y de que no se invada la reserva de competencias civiles que el art. 149.1.8.º determina en favor del Estado.

⁵³ SAINZ ARNAIZ, Alejandro: «Hecho diferencial y reconocimiento nacional en el Estatuto de Autonomía», en VV.AA.: *Estudios sobre la reforma del Estatuto*. Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 2004, pp. 53 y ss.

⁵⁴ RAGEL SÁNCHEZ, I.F., «Las competencias legislativas...», *op. cit.*

La «fragmentación» del derecho fundamental a la vida: entre descentralización territorial y economía basada en el conocimiento

Leire Escajedo San Epifanio*

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV-EHU)

SUMARIO: 1. La vida humana, la gobernanza multinivel y la Constitución «dúctil»: definición de un escenario desde el caso español. 2. El concepto «expandido» del derecho a la vida humana en España: la construcción jurisprudencial de Tribunal Constitucional en los 90 y su debilidad. 2.1. La protección de la vida humana, cuando el titular del derecho fundamental desea su defensa. 2.2. La protección del derecho fundamental a la vida humana en los casos en que el titular desea su extinción. 2.3. La protección constitucional de la vida humana *in utero* (el concebido y no nacido, o nasciturus). 2.4. El embrión extracorpóreo (*in vitro* o crioconservado), en cuanto bien jurídico protegido en el artículo 15 CE. 3. El embrión extracorpóreo en el siglo XXI: consecuencias de la *economía basada en el conocimiento* y la asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas. El potencial de las células troncales embrionarias. 4. Las iniciativas autonómicas sobre la llamada «*muerte digna*», con especial atención a la STC sobre el *Estatut de Catalunya*. 5. El derecho a la vida humana, entre descentralización territorial y economía basada en el conocimiento. Reflexiones finales sobre la actual fragmentación.

1. LA VIDA HUMANA, LA GOBERNANZA MULTINIVEL Y LA CONSTITUCIÓN «DÚCTIL»: DEFINICIÓN DE UN ESCENARIO DESDE EL CASO ESPAÑOL

En octubre de 2003 aprobó el Parlamento de la Comunidad Autónoma de Andalucía una ley¹ que autorizaba el uso de embriones humanos biológicamente viables en la investigación Biomédica. En aquel momento el uso

* El presente trabajo de investigación se enmarca dentro del Proyecto integración de la diversidad y estabilidad, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y de las Tareas del Grupo de Investigación IT743-13.

¹ La Ley 7/2003, por la que se regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables* para la fecundación *in vitro*. BOE n.º 279/2003, de 21 de noviembre de 2003. La ley incluye entre los embriones «no viables», aquellos que biológicamente son viables pero que han superado el plazo durante el que la ley permite su crioconservación.

de este tipo de embriones estaba vedado para el resto de investigadores del Estado español. El Gobierno estatal planteó entonces un recurso de inconstitucionalidad, reclamando entre otras cosas la competencia del Estado en *la definición del estatuto jurídico del embrión humano*. El Gobierno de Andalucía, por su parte, alegaba que la ley se había creado al amparo de sus competencias en materia de *investigación científica y técnica*. El acceso de los socialistas al poder tras las elecciones de 2004 llevó, sin embargo, a la retirada del recurso² y nos privó de conocer la lectura del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ante un fenómeno creciente: el de la fragmentación que la gobernanza multinivel, unida a los avances científico-tecnológicos y la economía basada en el conocimiento, está propiciando en la protección del derecho a la vida. A ese fenómeno presta atención el presente trabajo de investigación.

Hasta la década de los años 90 la vida humana y su valor habían venido siendo señalados por la doctrina constitucionalista europea como *un principio jurídico o prius ontológico* sin el cual el resto de los derechos fundamentales no tendrían existencia posible³. Desde su inclusión expresa en las constituciones de la segunda posguerra mundial ha sido frecuente referirse al derecho a la vida como *elemento integrante —junto con otros— de la conciencia moral y ética de la sociedad*, una conciencia que precede al derecho escrito. En palabras de Böckenförde⁴ la conservación de esa conciencia a lo largo de las generaciones constituye un importante referente para el Derecho constitucional. En el caso del derecho fundamental a la vida, dio pie durante varias décadas a la construcción de un concepto *lapidario* de vida humana⁵.

Pero ese referente para el Derecho constitucional, ese *suelo firme* al que se refiere Böckenförde, se está disolviendo. Una serie de factores, que señalaremos a continuación, están propiciando que conceptos constitucionales como los de vida y persona se vayan sustituyendo progresivamente por lo que R. Alexy describe como *un pluralismo*⁶, o en otros términos, un espacio para la diversidad. El modelo de gobernanza multinivel y la tendencia a la ductili-

² Detalladamente, ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L., «Acerca de la investigación con preembriones y la incidencia autonómica en la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales», en *Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, tomo II, Colex-Goberna, 2005, pp. 345 a 366.

³ Véase, por todos, la Sentencia del Tribunal Constitucional español (en adelante, STC), 53/1985; y referencias en Derecho Comparado, en GONZÁLEZ MORÁN, L., *De la Bioética al Bioderecho. Libertad, Vida y Muerte*, Dykinson, 2006, pp. 53 y ss.

⁴ BÖCKENFÖRDE, E.V., «Menschenwürde als normatives Prinzip. Die Grundrechte in der bioethischen Debatte», en *Juristen Zeitung*, 2003, pp. 810-813.

⁵ ISENSEE, J., «Wann beginnt das Recht auf Leben?», *Akademie Journal* 2002, pp. 11-12; emplea también la misma expresión BASTIDA FREIJEDO, F.J., en PRESNO, M.A. (coord.), «El derecho fundamental a la vida y la autonomía del paciente», *Autonomía personal, cuidados paliativos y Derecho a la Vida*, Procuradora General del Principado de Asturias-Universidad de Oviedo, 2011, p. 21.

⁶ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos fundamentales*, 2.ª edición, Frankfurt, 1994, p. 322.

dad constitucional son, junto con importantes avances científico-tecnológicos en el ámbito de la Biomedicina, las claves de un cambio en el que «*cuesta encontrar un camino armonioso entre, de una parte, el fundamentalismo absoluto y, de otra, la arbitrariedad sin principios*»⁷.

En este contexto, es nuestro objetivo reflexionar sobre las razones y las consecuencias de la descentralización y diferenciación territorial que en el sistema español se ha producido en lo que se refiere al derecho fundamental a la vida humana. La doctrina federal justifica la autonomía de cada uno de los niveles territoriales como una respuesta a diferentes necesidades, entre ellos la convivencia plural, si bien la descentralización que ha experimentado la protección del derecho a la vida parece obedecer más a cuestiones de oportunidad que de necesidad.

Un análisis exhaustivo de las razones y del proceso, previo a poder interpretar sus consecuencias y extraer nuestras conclusiones y reflexiones finales, requiere realizar tres tareas previas. De forma sintética nos referiremos en primer lugar al proceso por el cual se asentó en España una construcción jurisprudencial en la que el contenido del derecho a la vida humana trasciende, con mucho, a lo expresamente recogido en la Constitución. El derecho fundamental a la vida humana bien puede emplearse como paradigma desde el que explicar el fenómeno de *irradiación o expansión* de los derechos fundamentales⁸ característico de las últimas décadas. De paradigma en un doble sentido, tanto de cara a un análisis de los aspectos positivos de dicho fenómeno de irradiación de los derechos fundamentales, como en lo que se refiere a apreciar su dimensión negativa. Destaca, en este último sentido, *la debilidad* que a efectos de garantías ha supuesto esta expansión⁹.

En segundo lugar, repararemos en cómo la aparición de nuevas dimensiones de la vida humana, en especial como consecuencia de los avances científico-tecnológicos y en el escenario de una economía basada en el conocimiento, ha propiciado la participación de los niveles de gobernanza infraestatal (Comunidades Autónomas) y supraestatal (Unión Europea) en la articulación jurídica del derecho fundamental a la vida humana. Se prestará por último atención a las circunstancias que han llevado a la participación de algunas Comunidades Autónomas en el desarrollo de aspectos relacionados con el final de la vida y la llamada *muerte digna*.

⁷ ESER, A., «Auf der Suche nach dem mittleren Weg: Zwischen Fundamentalismus und Beliebigkeit?», en LANGER, M./LASCHET, A. (eds.), *Unterwegs mit Visionen*, Festschrift für RSüssmuth, Freiburg, 2002, p. 139.

⁸ VOLKMAN, U., «El Derecho Constitucional, entre pretensión normativa y realidad política», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 21, 2008, pp. 188-189. Véanse, también, la BVerfGE 7, 198 (Sentencia del TC alemán en el caso Lüth, 1958) y STC de 31 de marzo de 1981.

⁹ ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L., «El inconsistente estatuto del embrión humano extracorpóreo en la Unión Europea. Proyecciones constitucionales de la Sentencia TJUE Brüstle v. Greenpeace (as. C-34/10)», en *ReDCE*, 2012, en prensa.

2. EL CONCEPTO «EXPANDIDO» O «IRRADIADO» DEL DERECHO A LA VIDA HUMANA EN ESPAÑA: LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS 90 Y SU DEBILIDAD

En la Teoría contemporánea del Derecho Constitucional, las Constituciones normativas son presentadas metafóricamente como una especie de puente. Un puente entre, de una parte, *un sistema de valores y principios esenciales* y, de otra, un *despliegue técnico* a través del cual el mencionado sistema *viene a concretarse* en el ordenamiento jurídico¹⁰. En coherencia, cuando el objeto de la reflexión teórica lo constituyen los derechos fundamentales y su reconocimiento constitucional, es también común señalar que los derechos no sólo implican un reconocimiento de posiciones subjetivas, sino que su reconocimiento comprende, además, una dimensión objetiva. Tal dimensión entronca así con la vocación constitucional de determinar cuáles son los valores sobre los que se asienta un determinado sistema político¹¹.

El reconocimiento de una dimensión axiológica o valorativa a los derechos fundamentales no es exclusivo de nuestra época. De hecho C. Hesse¹² rastrea su presencia ya desde los orígenes tradicionales de la teoría de los derechos. Al efecto, constata que en todo reconocimiento de posiciones jurídicas a los titulares de los derechos ha existido siempre algún elemento adicional, un interés colectivo —sea expreso o al menos *latente*—¹³. Las manifestaciones históricas de esa presencia no tienen, sin embargo, punto de comparación con la entidad que la misma ha alcanzado en las últimas décadas.

La inclusión de los derechos en las Constituciones revolucionarias, además de una naturaleza y finalidad subjetivas, tenía también una dimensión *no subjetiva*, cual era la de un «*carácter definitorio del sistema político, en tanto límite al poder*»¹⁴. «Una sociedad en la que la garantía de los derechos *no está asegurada*, ni la separación de poderes definida» decía la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)¹⁵, «*no tiene Constitución*». Sin haber perdido de vista ese objetivo, el de servir de límite al poder, al reconocimiento

¹⁰ CÁMARA VILLAR, G., se refiere a un «engarce», en BALAGUER, F.; CÁMARA VILLAR, G. *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, 2011, p. 47. Véase la STC de 31 de marzo de 1981.

¹¹ RUIZ RICO, J.J., «Problemas de objetividad y neutralidad en el estudio contemporáneo de la política», en *Estudios de Derecho Público en Homenaje a J.J. Ruiz Rico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 1759.

¹² HESSE, C., «Significado de los Derechos Fundamentales», en BENDA MAIHOFFER, V. y HESSE, H., *Manual de Derecho Constitucional*, 2.º ed., Marcial Pons, p. 91, marg. 17.

¹³ HESSE, C., *ult. loc. cit.*, señala a von Ihering, y a su reflexión sobre los fines del Derecho, como determinantes en el inicio de la reflexión teórica sobre dicho elemento.

¹⁴ DE CABO MARTÍN, C., *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, vol. II, *Estado y Derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional*, 1989, p. 245.

¹⁵ Artículo XVI.

actual de los derechos fundamentales se asocia una dimensión valorativa que trasciende a esa idea inicial.

Un ejemplo de esa proyección puede apreciarse en la construcción jurisprudencial que el TC ha desarrollado sobre la normatividad del derecho a la vida (art. 15 de la Constitución española de 1978; en adelante, CE)¹⁶. La CE es la primera en la historia constitucional española que incorpora expresamente *el derecho a la vida*. Lo más cercano a esta formulación que cabe encontrar en la historia constitucional española es la *proscripción del tormento* que recogía la Constitución de Cádiz de 1812¹⁷. Esa proscripción es considerada, también, antecedente del actual derecho a la integridad personal y a la prohibición de la tortura comprendidos también en la literalidad del artículo 15 CE. Esa ausencia puede resultar llamativa en contraste con las referencias a la vida que cabe, por ejemplo, hallar en la Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776, que se refiere a la vida como uno de los *derechos inalienables con los que todos los hombres son dotados*. Pero lo cierto es en la tradición Europea continental tendió a entenderse que la protección de la vida era algo obvio, evidente y no se incluyeron referencias expresas a la vida prácticamente hasta la segunda posguerra mundial¹⁸.

Según la doctrina desarrollada por el TC español en la década de los 90, quedan al amparo de la normatividad del artículo 15 CE una serie de posiciones subjetivas o derechos, pero también bienes jurídicos que no tienen relación con un sujeto concreto. Vamos a analizarlas sintéticamente agrupándolas en los siguientes bloques: a) La posición jurídica del titular del derecho a la vida que *reclama su defensa*; b) la protección de la vida humana en las diferentes posiciones subjetivas en las que el titular de esa vida *desea su extinción*; c) la situación constitucional del embrión *in vivo* (o en un útero); y d) la situación constitucional del embrión extracorpóreo (sea *in vitro* o crioconservado).

¹⁶ En el Título I de la Constitución española de 1978, el artículo 15 abre la sección que lleva como rúbrica *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas* con el siguiente enunciado: «*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra*».

¹⁷ En modo similar recogía la Constitución francesa de 1848 un rechazo a la pena de muerte (art. 5) o, por su parte, hacían lo propio la Décima Declaración del Bill of Rights Inglés o la 8.º enmienda de la Constitución Americana de 1787, introducida en 1791.

¹⁸ Constitución italiana de 1947 (artículos 13.4.º y apartados 3.º y 4.º del artículo 27), el artículo 2.2.º de la Ley Fundamental de Bonn —junto con los artículos 102 y 104.1)—, y años más tarde las Constituciones de Grecia (apartados 2 y 3 del artículo 7) y Portugal (25 y 26).

2.1. La protección de la vida humana, cuando el titular del derecho fundamental desea su defensa

El derecho a la vida, en cuanto *derecho subjetivo*, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo del Poder judicial o, en su caso del Tribunal Constitucional¹⁹. En el mismo sentido se había pronunciado ya el TEDH, en la Sentencia del caso *Soering*, insistiendo años después en la Sentencia del asunto *Jabari v. Turquía*²⁰. Así, dice el TEDH que, «en coherencia con la prohibición absoluta de la tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes, {...} el derecho fundamental a la vida permite solicitar amparo ante cualquier amenaza inminente a la propia vida».

Históricamente se han despejado en torno al derecho fundamental a la vida humana dos cuestiones, que tienen estrecha vinculación con la cuestión de *la titularidad del derecho a la vida*. En primer lugar, la cuestión de *quienes*, qué titulares, quedan abarcados bajo la amplia expresión *todos tienen derecho a la vida*. González Morán recoge con detalle el debate que tuvo lugar en el proceso de elaboración de la Constitución española de 1978. Esta cuestión enfrentaba, de un lado, a quienes defendían la utilización del término *todos* en la redacción del artículo 15 —tratando de incluir así al concebido y no nacido— y, de otro lado, a quienes proponían el empleo de la expresión *toda persona*. Estos últimos trataban de impedir que interpretaciones del artículo impidieran una futura despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo.

La Constitución terminó por incluir la expresión *todos*, aunque la doctrina siguió discutiendo si ello implicaba o no la inclusión de los *nasciturus*. Fue el Tribunal Constitucional el que dio por zanjado el debate mediante la Sentencia 53/1985. Interpretó que el derecho a la vida, en sentido estricto, sólo puede tener como titular a un *ya nacido*, con independencia de que la situación del *nasciturus* merezca algún tipo de protección a la que nos referiremos más adelante²¹. La protección del derecho a la vida en sentido estricto abarca «*la existencia físico-biológica del individuo*»²², es decir desde el nacimiento hasta la muerte.

Una segunda cuestión es la de *los límites* dentro de los cuáles la vida humana queda protegida por la norma jurídica, es decir, los del principio y final del derecho a la vida humana en sentido estricto. A día de hoy el pleno desprendimiento del seno materno sigue siendo considerado un criterio clave en el

¹⁹ STC 120/1990, de 27 de junio, Fundamento jurídico (en adelante, FJ) 7.º y STC 5/2002, de 14 de enero, en su FJ 4.º.

²⁰ Véase, en especial, STEDH 7 de julio de 1989, caso *Soering*, §88, y en STEDH de 11 de julio de 2000, caso *Jabari v. Turquía*, el §39.

²¹ Véanse II.3 y II.4.

²² Por todos, ROMEO CASABONA, C., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, 1991, pp. 42-44.

ordenamiento jurídico español y tampoco hay novedades significativas respecto a los criterios de determinación de la muerte.

Resulta, por último, de interés la doctrina jurisprudencial relativa a *cuándo, en qué situación puede solicitarse el amparo de este derecho*. La STC 120/1990 recogió expresamente que la posición jurídica que permite recabar el amparo del derecho a la vida, es una situación en la que está presente un amenaza de *especial intensidad*²³. Tal interpretación impedía, entre otros, el desarrollo de un contenido del derecho a la vida que incluyera el derecho a *un nivel de vida adecuado, o la dignidad o calidad de vida*, bien sea en su condición económica, social, cultural o ambiental entre otros. En un sentido muy similar procedió a distinguir en la década de los 90 entre los riesgos o daños para la salud, ante los cuáles no existe una posición jurídica que dé a la persona la oportunidad de pedir amparo con celeridad, y aquellos casos en los que una persona está sí en situación de solicitar amparo para su integridad física y moral. La clave para distinguir entre uno y otro supuesto se fijó en la existencia o no de un «*peligro grave y cierto*» para la integridad personal²⁴. Es importante avanzar que veinte años después, y como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad planteado contra el nuevo *Estatuto de Catalunya*, veremos que el Tribunal Constitucional parece haber matizado esta interpretación²⁵.

2.2. La protección del derecho fundamental a la vida humana en los casos en que el titular *desea su extinción*²⁶

El modo en que el derecho a la vida proyecta su acción normativa cuando el titular de la vida desea la extinción de ésta es algo que suscita importantes interrogantes. En expresión del TC español que pese a «*la trascendencia axiológica del problema*»²⁷ es imprescindible centrar el enjuiciamiento en «*los criterios jurídico-constitucionales y con plena conciencia de los límites del derecho*». No son pocas, pues, las dificultades que, a priori, encuentra un razonamiento jurídico sobre esta materia. En primer lugar, porque es problemático establecer si ha de ampararse o no alguna posición jurídica del quien desea extinguir su

²³ Así, también, la STC 5/2002, de 14 de enero, en su FJ 4.º.

²⁴ STC 119/2001, de 14 de mayo, en su FJ 6.º.

²⁵ Véase en IV.

²⁶ Sólo una pequeña precisión antes de continuar, y es que en coherencia con la rúbrica de este apartado —la posición jurídica del titular de una vida desea poner fin a la misma— no se han considerado aquí los casos de homicidio piadoso *en los que no hay petición expresa de la persona*. A día de hoy esos supuestos son castigados por el Código Penal, aun en los casos en que la demostración del componente piadoso pueda llegar a traducirse en una pena inferior a la del homicidio genérico.

²⁷ STC 120/1990. Véase, también, CHUECA, R.; «Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la propia vida», en *Derecho y Salud*, vol. 16, 2008, pp. 1y ss; del mismo: «El marco constitucional del final de la propia vida», en *REDC*, n.º 85, 2009, pp. 99-123.

vida y cómo ha de abordarse, en caso afirmativo, la colisión con la protección que de la vida pueda corresponder al Estado.

Más allá del deseo de poner fin a la vida que es característico de todas las formas de suicidio, lo cierto es que son muy dispares las *situaciones o circunstancias* que pueden provocar en una persona tal determinación²⁸. Por ello comprensible que el ordenamiento jurídico no resuelva todas ellas en los mismos términos. Aunque sean formas que en último término pueden cumplir un mismo deseo, el de poner fin a la propia vida, las diferentes situaciones y circunstancias merecen diferente consideración en el ordenamiento jurídico español. Se distinguen así el caso de la persona que pone fin a su vida por sus propios medios y el de que quien reclama el auxilio de un tercero o del Estado; o el de quien solicita una colaboración y quien llega a pedir de un tercero que ejecute un homicidio consentido.

Debe destacarse, en cualquier caso, que conforme a esta interpretación jurisprudencial de ninguno de los supuestos permite la normativa española deducir del derecho a la vida un *derecho a no vivir*, un *derecho a la propia muerte* o un *derecho al suicidio* en sentido estricto. Queremos decir en el sentido de derechos de los que puedan derivarse deberes u obligaciones a un tercero o a una autoridad pública. Tampoco parece que el derecho o la libertad de *disponer del derecho a la vida* sean expresiones adecuadas para referirse a un acto que incluye la *propia muerte*²⁹, aunque no está prohibido que una persona *de facto* pueda poner fin a su vida.

La posición jurídica de quien desea extinguir su derecho a la vida no encuentra, pues, amparo en el artículo 15 CE, sino en una soberanía sobre sí misma cuyo amparo constitucional habríamos de situar en otro lugar. Así, en los fundamentos del orden político y de la paz social recogidos en el artículo 10.1 CE, en especial la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Esa soberanía tiene, además, conexiones con otras libertades fundamentales, como la libertad de conciencia (art. 16 CE). Los ordenamientos contemporáneos reconocen a la persona, dice Rodotá, una *soberanía sobre sí misma* que impide todas las intervenciones en su corporeidad y en su salud que aquella *no desea*³⁰. En ese derecho a rechazar las intervenciones corporales³¹, están incluidas incluso aquellas que fueran necesarias para *mantenerla con vida*.

²⁸ Coincidimos en ello con GONZÁLEZ MORAN, L., *De la Bioética al...*, *op.cit.*, pp. 348-350.

²⁹ STC 120/1990, de 20 de junio, que resuelve el recurso de amparo planteado por varios internos pertenecientes al grupo terrorista GRAPO contra un Auto de la Audiencia Provincial de Madrid que ordenaba su alimentación forzosa; TEDH caso 2342/02, en la Sentencia *Pretty versus UK*, en especial párrafos 8 y 9.

³⁰ RODOT, S., «Libertad y salud», en VV.AA., *Cuadernos de la Fundación Grifols*, n.º 1, 1999, p. 43.

³¹ Así, también, la Sentencia del TEDH en el caso *Pretty versus UK*, de 29 de abril de 2002; véase CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 101.

Esta soberanía sobre uno mismo no alcanza, en cambio, una posición jurídica que le permita recabar *auxilio de terceros*. No obstante, hay algunas circunstancias en las que la intervención de un tercero no es considerada como *cooperación al suicidio*. Así, por ejemplo, en los casos en que el *rechazo a un tratamiento vital* implica desconectar a una persona de un soporte vital que la mantiene con vida. Este rechazo es entendido como expresión de la autonomía del paciente y, en coherencia, el ordenamiento jurídico español ha reconocido incluso la posibilidad de que tal rechazo se realice por anticipado, mediante la redacción de un testamento vital (*living will*). El soporte vital es considerado *longa manus* del médico³², esto es, una especie de intervención médica permanente, y consiguientemente desconectar el soporte se explica como una interrupción del consentimiento inicialmente dado a tal intervención.

Por cuanto se refiere a la implementación de los testamentos vitales en España, ésta se ha encomendado a las Comunidades Autónomas³³, quienes han determinado las normas de funcionamiento de los llamados *Registros de Instrucciones Previas*. En todos los casos esos testamentos vitales tienen, obviamente, límites. Así, sólo está permitido recoger opciones que no implican ni el homicidio piadoso ni el auxilio o la cooperación necesaria al suicidio, figuras todas ellas tipificadas como delito en el Código Penal español vigente³⁴. Comprende pues básicamente decisiones que se refieren a una *limitación del esfuerzo terapéutico*.

Mención aparte merecen los casos en los que la persona que rechaza un tratamiento vital o cuidados necesarios para la vida (como el alimento o la hidratación) está en una *situación especial*. Nos referimos, de una parte, a personas adultas que están en cumplimiento de una pena privativa de libertad y rechazan algún tipo de tratamiento o cuidado; y de otra parte, a personas menores de edad que rechazan un tratamiento médico imprescindible para continuar con vida.

Sobre los sujetos que están en relación de sujeción especial penitenciaria tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional español en el año 1990, en dos sentencias, y en 1991. Se trataba de casos en los que unos reclusos realizaron una *huelga de hambre*. Es importante señalar que no se trataba de un caso de rechazo al tratamiento médico en sentido estricto, sino de

³² Así, GONZÁLEZ MORAN, L., *De la Bioética...*, op. cit., p. 578.

³³ La Ley 3/2001, de 28 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Galicia, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, o la Ley 7/2002, de 12 de diciembre, del País Vasco, de voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad, la Ley 6/2005, de 7 de julio, de Castilla-La-Mancha, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud, la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de las Islas Baleares, de voluntades anticipadas, o la Ley 2/2010, de 8 de abril, de Andalucía, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte.

³⁴ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Muerte digna y Constitución: límites del testamento vital*, Universidad Pontificia de Comillas, 2009, *passim*.

un rechazo a *cuidados necesarios para la vida*, en concreto al alimento. Las Sentencias 120/1990 y 137/1990 del Tribunal Constitucional español consideraron que en tales casos podía procederse a una alimentación forzosa. En la Sentencia 120/1990 el Tribunal Constitucional entendió que «la asistencia médica coactiva constituiría una limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, a no ser que tuviera justificación constitucional». Y esa justificación concurre en el caso, porque la situación penitenciaria «origina un entramado de derechos y deberes recíprocos entre la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, la integridad y la salud del segundo»³⁵. Este criterio fue matizado por la Sentencia 11/1991, para indicar que la alimentación forzosa sólo era legítima a partir de una situación de *semi-inconsciencia* del recluso.

En el caso de los menores de edad, el rechazo al tratamiento vital en general —o por motivos religiosos en concreto— no queda amparado en ninguno de los supuestos que admite la legislación vigente, porque ni el menor puede consentir el rechazo a un tratamiento ni a los cuidados de los que depende su vida, ni es posible que sus padres o tutor legal puedan completar su incapacidad para consentir.

2.3. La protección constitucional de la vida humana *in utero* (el concebido y no nacido, o *nasciturus*)

La protección constitucional de la vida de quien ha sido concebido pero aún no ha nacido (el *nasciturus*) ha sido una cuestión central en el tratamiento jurídico de la interrupción voluntaria del embarazo. Prácticamente todos los casos en los que no media consentimiento de la gestante son objeto de persecución penal, razón por la que se ha dicho que quién mejor puede garantizar la protección del *nasciturus* no es el Estado, sino precisamente «*mujer gestante que lo alberga*»³⁶. Diferente es la situación del *nasciturus* cuando la gestante *no desea continuar con el embarazo*. Como advierte la Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional (FJ 7.º) el valor que se ha reconocido a la vida del embrión «*no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto*». Ello es coherente con lo que se interpreta en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos: en algunos supuestos su protección puede e incluso debe estar sujeta a limitaciones. Ese planteamiento, el del conflicto —que el TC alemán sitúa entre la *libertad de interrumpir el embarazo de la gestante* y la vida del *nasciturus*— se ha planteado en los últimos 40 años en muchos de los países europeos, entre ellos España.

En las primeras reformas España se acogió a una despenalización del aborto en el caso de concurrir determinadas *indicaciones*. La ausencia de con-

³⁵ Extractos de los FJ 6.º y 7.º de la Sentencia 120/1990.

³⁶ STEDH 2007/20, de 20 de mayo.

senso para pronunciarse sobre esta cuestión en la elaboración del Código Penal de 1995 (hoy vigente) hizo que el artículo 417 bis ACP, introducido en el Código Penal de 1973³⁷ en 1985³⁸, estuviera en vigor hasta la aprobación de la LO 2/2010³⁹ de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Es decir, que durante 25 años estuvo en vigor un sistema según el cual *no se castigaba penalmente* el aborto que contaba con el consentimiento de la gestante, estaba practicado bajo la dirección de un médico en un establecimiento autorizado y, además, concurría alguna de las circunstancias especiales que describía la ley. La primera de las circunstancias o indicaciones que podía concurrir, era que la interrupción del embarazo fuera necesaria para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada (debiendo hacerse constar tal extremo por un médico diferente al que practicare el aborto). La segunda circunstancia se refería a que el embarazo fuera consecuencia de un delito de violación que hubiera sido denunciado, limitando en este caso la realización del aborto a las doce primeras semanas de gestación. La tercera de las indicaciones acogía, por último, aquellos supuestos en que se presumiera que el feto habría de nacer con *graves taras físicas o psíquicas*; los requisitos al efecto eran la emisión de un dictamen por parte de dos especialistas y que el aborto se realizase dentro de las primeras veintidós semanas de gestación.

El sistema de indicaciones, no obstante, generaba no pocos problemas prácticos, algunos de los cuales describía magistralmente Jakobs en su obra «*Geschriebenes Recht und wirkliches Recht beim Schwangerschaftsabbruch*» (*El Derecho escrito y el Derecho Real en la interrupción del embarazo*); muchos de los embarazos no deseados eran interrumpidos acudiendo de forma muy poco rigurosa al riesgo para la salud psíquica de la madre. Ese divorcio entre lo legislado y la realidad fue señalado como algo no deseable en el Informe que el Consejo de Estado emitió en el año 2009⁴⁰, durante la tramitación de la reciente Ley Orgánica 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva. Hasta cierto punto esta Ley supone una *mutación constitucional*, toda vez que se acoge a un sistema mixto (de plazos e indicaciones), enfrentándose de algún modo a lo que el Tribunal Constitucional expresó en su STC 53/1985⁴¹. En dicha Sentencia el TC dejaba entrever que un sistema de indicaciones era más adecuado para la protección del *nasciturus* que un sistema de plazos.

³⁷ Decreto 3096/1973, por el que se publica el texto refundido del Código Penal.

³⁸ La L.O. 9/1985 introdujo el artículo 417bis en el Código Penal de 1973, despenalizando el aborto en ciertos supuestos.

³⁹ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE. núm. 55, de 4 de marzo de 2010).

⁴⁰ Informe del Consejo de Estado sobre el proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, 2009.

⁴¹ FERRERES CORNÉLLA, V., «El Tribunal Constitucional ante la objeción de conciencia», en AA.VV., *Jurisdicción constitucional y democracia*, CEPC, 2011, pp. 19 y ss.

Entendiendo que la relación entre la gestante y el nasciturus forma parte de su *más estricta intimidad*, y en esa intimidad deben también poderse tomar decisiones relativas a la misma⁴², la nueva ley amplía la facultad de interrupción del embarazo de la gestante dentro de las primeras 12-14 semanas. Pero como contrapartida, pasadas las 14 primeras semanas las posibilidades de interrumpir el embarazo se limitan a causas médicas graves que, además, sean respaldadas por el criterio de un comité clínico⁴³. Esto último hace que el nuevo sistema sea, pasados los primeros meses de gestación, mucho más riguroso que el anterior.

2.4. El embrión extracorpóreo (*in vitro* o crioconservado), en cuanto bien jurídico protegido en el artículo 15 CE

En 1978 nació Louise Brown, en el Reino Unido. La que pasaría a la posteridad como *primera bebé probeta*, nació en un hospital de Manchester, gracias a una técnica experimental de los doctores Patrick Steptoe y Robert Edwards. Menos famoso fue el nacimiento de Zoe, la primera bebé nacida de un embrión crioconservado (*Ice Baby*, en Australia) o el nacimiento en 2010 de un bebé sano que durante 20 años estuvo crioconservado en estadio embrionario (en USA). Estos nacimientos supusieron una revolución, y dejaron al Derecho *perplejo*⁴⁴ (Roca Trías). Hasta hace algunos años, el deseo de procrear se veía limitado por multitud de factores; se necesitaban dos progenitores, hombre y mujer, y la edad o la biología de éstos eran condicionantes, por no mencionar otras circunstancias de corte jurídico (como el estado civil).

El primer estatuto jurídico del embrión extracorpóreo se diseñó en España a través de dos leyes: la Ley 35/1988 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la Ley 42/1988, de Donación y utilización de embriones y fetos humanos. Ese estatuto legal del embrión extracorpóreo vino a completarse con las Sentencias del TC⁴⁵. Con la excepción de los embriones clínicamente *no viables*, el TC consideró que todas las formas de vida humana antenatal —incluidos por tanto los embriones *in vitro*— eran merecedoras de protección constitucional y situó esa protección en el artículo 15 CE (derecho fundamental a la vida), aunque no los consideró titulares del derecho, sino bienes jurídicos amparados en dicho artículo. Argumentó al efecto que los preceptos relativos a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, en este caso especialmente el art. 15 CE, no agotan su contenido en el reconocimiento de los de-

⁴² Párrafos 106 y 107 de la Sentencia TEDH/2007/20.

⁴³ Artículos 14 y 15 de la LO 2/2010.

⁴⁴ ROCA TRÍAS, E., «El Derecho perplejo: los misterios de los embriones», en *Rev. Der. G.H.*, n.º 1, 1994, pp. 121 y ss.

⁴⁵ STC 212/1998, de 19 de diciembre, relativa a la Ley 42/1988 y la STC 116/1999 de 17 de junio, acerca de la Ley 35/1988.

rechos, sino que pueden contener más allá de ello otras exigencias para el legislador⁴⁶. Así, garantías institucionales, principios rectores o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, como es caso de la vida del embrión humano *in vitro*. Se ha dicho, y el TC lo ha validado, que la protección que se ofrece a estas formas de vida antenatal es *gradual*⁴⁷. Es decir, que la posibilidad de que el embrión o feto, que no es sujeto de derechos, pueda *llegar a serlo* es considerada *fundamento* de la protección y que además, la mayor o menor cercanía respecto de esa posibilidad es empleada como criterio de *gradación* de la protección dispensada⁴⁸.

3. LA SITUACIÓN DEL EMBRIÓN EXTRACORPÓREO EN EL SIGLO XXI: CONSECUENCIAS DE LA ECONOMÍA BASADA EN EL CONOCIMIENTO Y LA ASUNCIÓN DE COMPETENCIAS POR PARTE DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. EL POTENCIAL DE LAS CÉLULAS TRONCALES EMBRIONARIAS

El fenómeno de irradiación de los derechos fundamentales llevaba implícita la comprensión de la Constitución como una Constitución *abierta a las transformaciones y los desarrollos*⁴⁹. Se explicaba así como algo positivo y potencialmente dinamizador el Derecho constitucional. Pero en la primera década del siglo XXI se ha visto que esta dinamización, unida a otros factores, ha terminado por debilitar las garantías constitucionales⁵⁰. En el caso del derecho a la vida, dos han sido los factores más importantes de esa debilitación. En primer lugar, el hecho de que los avances científico-tecnológicos hayan puesto en cuestión el *lapidario concepto de vida*⁵¹, que ya no parece alcanzar a precisar en qué momento hemos de proteger una vida humana y, según sea el caso, cómo.

Hasta fechas relativamente recientes el desarrollo del derecho a la vida humana se realizó fundamentalmente mediante herramientas jurídicas que implicaban el uso del *ius puniendi* del Estado. La tipificación de las distintas for-

⁴⁶ ESCAJEDO, L., «Acerca de la investigación con...», *op. cit.*, 2005, pp. 345 y ss.

⁴⁷ GABALDÓN LÓPEZ, J., que desarrollaría su propuesta en «Libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida», en *Persona y Derecho*, n.º 44, 2001, pp. 134, 155-156; ROMEO CASABONA, C.M., «El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas biotecnologías...», *op. cit.*, 2003, pp. 30, 40-42; FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido «in vitro»*, Madrid, 1999, pp. 101 y ss.

⁴⁸ En contra BÖCKENFÖRDE, E.W. entendiéndose que ve artificial distinguir entre Persona (Person) y Ser Humano (Mensch), toda vez que en el reconocimiento de la dignidad, la Constitución germana se refiere al *ser humano* (Mensch), en «Menschenwürde...», *op. cit.*

⁴⁹ VOLKMANN, U., «El Derecho Constitucional, entre pretensión normativa y realidad política», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 21, 2008, pp. 188-189.

⁵⁰ BÖCKENFÖRDE, E.W., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2.º ed, Frankfurt a. M., 1992, pp. 159 y ss.

⁵¹ Véase la nota ó.

mas de homicidio y de aborto tenía su sede principal en el Derecho penal, y en torno a él se configuraron también los supuestos de *despenalización total o parcial* de algunas de las interrupciones voluntarias del embarazo. Los avances científico-tecnológicos, y en especial el potencial que se asocia a las células troncales embrionarias, han modificado sin embargo en la consideración. Se ha llegado a decir, en este sentido, que el concepto de *nasciturus* ya no sirve para referirse a todas las situaciones en las que se encuentra el embrión extracorpóreo⁵², por cuanto que algunos embriones deben destruirse en la fase de blastocisto para poder obtener de ellos células madre con un importante potencial terapéutico.

También ha sido destacable la aparición de dimensiones de la vida humana que son objeto de desarrollo en materias no penales, como la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida y de algunas de sus consecuencias, en el Derecho administrativo y el Derecho civil. Ello ha permitido una suerte de *descentralización* de la protección de la vida humana, dando participación a otros niveles de gobernanza, tanto internacionales, como supraestatales e infraestatales, en este último caso tanto a través de leyes autonómicas como mediante reformas estatutarias a las que se hará referencia más adelante. Esa descentralización complica la aplicación de la garantía que comprende el artículo 149.1.1 CE y según la cual el Estado ha de regular las *condiciones básicas* para el ejercicio de los derechos fundamentales, entre los que se cuenta el derecho a la vida.

En la última década la legislación aplicable al embrión extracorpóreo se ha modificado tan drásticamente que nos preguntamos cómo es posible que aún no haya llegado al TC ningún recurso que solicite la casación de la Sentencia 116/1999 con lo que ha sido el desarrollo legislativo posterior. Tres leyes aprobadas en Cortes⁵³ y dos aprobadas por el Parlamento de Andalucía⁵⁴ han convertido a España en uno de los países más *receptivos* a los avances en técnicas de reproducción humana asistida y al uso de embriones con fines de investigación biomédica. Así, por poner algún ejemplo, es uno de los pocos países en los que está permitido crear embriones mediante técnicas de *clonación* idénticas a las que dieron lugar al nacimiento de la *Oveja Dolly*⁵⁵ o donde se

⁵² CRUZ VILLALÓN, P., «Perspectivas constitucionales ante los avances de la genética», en *AFDUAM*, número extraordinario, Derecho y Genética, 2006, pp. 25-26.

⁵³ Ley 45/2003, ya citada; La Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de 26 de mayo; y la Ley 14/2007, de Investigación Biomédica.

⁵⁴ La Ley 7/2003, de 20 de octubre, cit. *supra*; y la Ley de 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en *reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica*. BOE de 13 de abril de 2007.

⁵⁵ La Ley Andaluza 1/2007 recoge como técnica de reprogramación nuclear la *transferencia de núcleo de una célula somática al citoplasma de un ovocito previamente enucleado* (art. 2.e); la Ley 14/2007, por su parte, en su artículo 33, indica que «se permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un embrión *in vitro* o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear.

permite seleccionar genéticamente a un embrión para que se convierta en un *Saviour Sibling*, es decir, un bebé seleccionado para salvar la vida de un hermano enfermo.

Conforme a la normativa vigente desde 2006, la progenitora o los progenitores de un embrión *crioconservado* deben explicitar el destino que prevén para el mismo, escogiendo entre estas cuatro posibilidades: a) Podrán ser utilizados por la mujer o (si estuviera casada, por su cónyuge); b) Ser donados con fines reproductivos; c) Ser donados con fines de investigación; d) Proceder al cese de su conservación (finalizado el plazo máximo de conservación). El consentimiento estableciendo el destino correspondiente se toma *antes* de crear los embriones, y la ley establece que cada dos años se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora una renovación del consentimiento, que podrán modificar.

La Ley 7/2003 de Andalucía y, en respuesta, la Ley 45/2003 autorizaron en España la investigación con los embriones *sobrantes* de las técnicas de reproducción humana asistida que, por diferentes razones no fueran emplearse en procesos reproductivos. La medida fue respondida con recursos ante el Tribunal Constitucional, que debía pronunciarse sobre una cuestión que eludió en la Sentencia 116/1999, dejando en duda si a futuro podría o no legalizarse la investigación con embriones humanos viables. Esa posibilidad ha sido recogida en la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ni la Ley 14/2007, que prevén supuestos de utilización de embriones viables en investigación han sido, sin embargo, objeto de recurso.

El caso más problemático es, con todo, el de la creación de embriones humanos por clonación. A éstos no se refieren las leyes como embriones, sino con los términos *ovocito activado* o *reprogramado*, como puede verse en la Ley 14/2007 de Investigación Biomédica y la Ley 1/2007 de Andalucía. En un escenario de ausencia de consenso sobre el concepto de embrión, España es uno de los países en que más veces se emplean para referirse a distintas situaciones del embrión extracorpóreo. Se trata de subconceptos en los que la normativa, a su vez, apoya la existencia de varios subestatutos del embrión humano. Así, se emplea la voz *preembrión* para referirse al embrión creado en las técnicas de reproducción humana asistida, *embrión* para referirse al embrión postimplantatorio (o ya implantado en un útero) y el término *ovocito activado* o *reprogramado* para referirse al óvulo al que se ha trasplantado el núcleo de una célula somática⁵⁶. A este último respecto, el artículo 2.e) de la Ley 1/2007 de Andalucía describe a estos óvulos como *ovocitos enucleados* a los que se les ha *transferido el núcleo de una célula somática*. La Ley 14/2007, por su parte, incluye la *activación de ovocitos activados mediante transferencia nuclear* entre las posibles fuentes de obtención de células

⁵⁶ Clonación mediante transferencia nuclear.

troncales humanas, pero en el tenor literal su artículo 33 excluye que ello sea una vía para crear un *preembrión*⁵⁷.

No hay consenso sobre las razones que llevaron al legislador andaluz y al estatal a emplear voces distintas para referirse a entidades que el TJUE (y otros ordenamientos, como el británico) identifican dentro de la categoría de embrión. Aunque se han mencionado varias. Entre ellas, *los compromisos adquiridos por España con la ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina* (en adelante, CDHB), de 1996⁵⁸. El artículo 18.2 del CDBH «*prohíbe constituir embriones con fines de experimentación*». Recientemente, sin embargo, la sentencia del TJUE en el *asunto Brüstle v. Greenpeace* (octubre de 2011)⁵⁹ ha adoptado a nivel comunitario un amplio concepto de embrión incluye expresamente no sólo los embriones fecundados *in vitro*, sino también aquellos óvulos humanos que *no han sido fecundados*, pero de los que sería posible dar origen al nacimiento de una persona. Las consecuencias de esta sentencia no modifican el estatuto jurídico de los embriones en España, en tanto la UE no tiene competencias para decidir sobre el uso de embriones en investigación, pero sí que impedirá la obtención de patentes que han sido fruto de investigaciones que no sólo son legales en España, sino que han sido objeto de importantes inversiones públicas, entre las que destaca el *Programa Andaluz de Terapia Celular y Medicina Regenerativa*. En la misma situación quedan las innovaciones que impliquen la obtención de células madre embrionarias mediante destrucción de un embrión humano.

4. LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN LA ORDENACIÓN DE LOS *LIVING WILL* Y RECONOCIMIENTO DE DERECHOS ESTATUTARIOS RELACIONADOS CON LA *DEATH WITH DIGNITY*

La anunciada ley española *sobre la muerte digna* quedó en la mesa de las Cortes Generales de la IX.ª legislatura (2008-2011) por la convocatoria anticipada de elecciones. No obstante, para entonces se habían recogido ya

⁵⁷ El artículo 33 de la ley 14/2007 reza así: «*Se permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear*».

⁵⁸ Su título completo es «*Protección de los derechos humanos y la dignidad de la persona respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina: Convenio sobre Derechos humanos y Biomedicina*», en vigor en España desde el 1 de enero de 2000. Véase ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L., «Constitucionalismo transnacional y nuevos derechos. Sobre la validez del *Corpus Iuris* de los Derechos Humanos y la Biomedicina, como paradigma», en FILIBI, I. y BELISE, J.M. (coords.), *Constitucionalismo transnacional, Derecho, democracia y economía política en la Globalización*, Universidad de Córdoba, 2010, pp. 161-189.

⁵⁹ Véase ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L., «El inconsistente estatuto del embrión humano extracorpóreo...», *op. cit.*

algunas interesantes previsiones en algunas Leyes Orgánicas de reforma de Estatutos de Autonomía de la VIII.ª legislatura, que se tradujeron en leyes autonómicas en los años 2011 y 2012. El Proyecto de Ley estatal tenía como objetivo desarrollar la Ley 41/2002 básica de Autonomía del Paciente, concretando una serie de derechos de la persona en el proceso del final de la vida. De haberse aprobado hubiera venido, además, a coordinar las tres leyes autonómicas que se habían publicado ya sobre la materia: la Ley 2/2012 de Andalucía de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte; la Ley Foral Navarra 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte; y la Ley de Aragón 10/2011, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte. El proyecto fue presentado en junio de 2011 y meses después terminó la legislatura con la convocatoria de elecciones anticipadas.

Entrando ya en el contenido de las normas autonómicas aprobadas, coincidimos con Bastida en que ni las mencionadas Leyes autonómicas ni el Proyecto estatal consideran que la materia desarrolla derechos fundamentales. Eso explica que no se haya reivindicado en ningún momento la conveniencia de considerar que se trata de materia reservada a ley orgánica. No obstante, de aprobarse una Ley estatal la normativa autonómica debería adaptarse a ésta, porque la norma estatal tendrá un carácter de legislación básica⁶⁰.

Esta ausencia de referencias a la reserva de ley orgánica parece coherente con la doctrina ya mencionada *supra*, en el sentido de que no cabe deducir del derecho fundamental a la vida (art. 15 CE) un derecho a una vida digna ni un derecho a una muerte digna, en el sentido de derechos o posiciones jurídicas subjetivas desde las que quepa reclamar del Estado o de un tercero garantías para dar cumplimiento a los mismos. Cosa diferente es que el derecho a la vida y el libre desarrollo de la personalidad impliquen reconocer a la persona un ámbito de *soberanía sobre sí misma*, como persona autónoma, que impiden al Estado o a terceros intervenir en el ejercicio de la misma. Sólo algunos autores, como M. Palacios, incluyen en esa soberanía como derecho a la vida digna y derecho a una muerte digna, pero lo hacen en un sentido más moral que estrictamente jurídico⁶¹.

Entramos ahora a considerar las reformas de los Estatutos de Autonomía en la VIII.ª (2004-2008) legislatura, que recogen una serie de derechos relacionados con el proceso de muerte⁶² y que forman parte de la categoría jurídica a

⁶⁰ BASTIDA, F.J., «El derecho fundamental a la vida y la...», *op. cit.*, 2011, pp. 29-30.

⁶¹ PALACIOS, M., «Soy mi dignidad. Consideraciones y propuestas sobre la muerte digna», en *Revista de Jurisprudencia de Buenos Aires*, 2008.

⁶² Artículo 25 de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de Baleares; artículo 20 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía; y artículo 14 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón).

la que la doctrina constitucionalista española se refiere como *derechos estatutarios*. En las reformas de los años 2006-2007 este tipo de derechos se presentan ya como integrantes de catálogos más o menos sistemáticos⁶³. Castilla y León, Islas Baleares, Andalucía, Catalunya y Aragón son las Comunidades Autónomas que recogieron alguna previsión relacionada con las fases terminales de la vida; entre ellos se han distinguir, no obstante, diferentes niveles. Andalucía y Catalunya sí se refieren literalmente a *un derecho a la dignidad en el proceso de muerte*, mientras otros estatutos se acogen fórmulas con referencias a los cuidados paliativos y el tratamiento del dolor o a instrumentos como las instrucciones previas (testamento vital). Los Estatutos de Autonomía, especialmente los de reforma más reciente, recogen catálogos más o menos amplios de derechos estatutarios. Pero al respecto el TC ha declarado que la diversidad territorial que con esas inclusiones pueda producirse tiene como límite, en todo caso, lo previsto en la Constitución estatal⁶⁴. Vinculan, pues, al legislador de sus respectivas autonomías pero ni habilitan nuevas competencias autonómicas, ni pueden vulnerar las previsiones constitucionales. De este modo, cuando los derechos estatutarios se vierten sobre materias en las que la comunidad autónoma tenga atribuidas competencias específicas, sí podrán incidir en las condiciones de ejercicio de tales derechos, pero siempre dentro de los límites que establece la Constitución española de 1978⁶⁵.

Respecto a la doctrina que venía manteniendo el TC en la interpretación de las circunstancias ante las cuales cabe recabar el amparo de la propia vida, nos parece interesante apuntar una novedad. Se trata en concreto de un apartado de la sentencia que emitió en respuesta al recurso de inconstitucionalidad al Estatuto de Catalunya. Decíamos que la posición jurídica del titular que reclama el amparo de su vida se contextualizaba por el TC y el TEDH en una situación en la que está presente una amenaza de *especial intensidad*⁶⁶ y que la toma de decisiones en las fases finales de la vida era interpretada en relación con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) o la libertad de conciencia (art. 16 CE), entre otros⁶⁷.

Esto impedía, recuérdese, el desarrollo de un contenido del derecho a la vida que incluya el derecho a *un nivel de vida adecuado* ni tampoco *dignidad* o *calidad de vida*, bien sea en su condición económica, social, cultural o am-

⁶³ RODRÍGUEZ, A., «Muerte digna y derechos en los Estatutos de Autonomía», en PRESNO, M. (coord.), *op. cit.*, 2011, pp. 73-74.

⁶⁴ Véanse las STC 247/2007, FJ 5.º y siguientes; y STC 31/2010, FJ 16.º y siguientes; asimismo, RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, pp. 73-73.

⁶⁵ Véase, al respecto, ORTEGA, L., «Eficacia y garantía de los derechos», en BALAGUER, F. (ed.), *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, IAAP, Sevilla, 2008, p. 113, y AGUDO ZAMORA, M., «Derechos sociales. Deberes y políticas públicas», en MUNOZ, S. y REBOLLO, M. (eds.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Civitas, Madrid, 2008, p. 301.

⁶⁶ Así, también, la STC 5/2002, de 14 de enero, en su FJ 4.º. Véase II.1.

⁶⁷ Como se ha visto en II.2.

biental entre otros. Y, en aplicación a las fases finales de la vida obstaculizaba el acceso a solicitar una cierta calidad en los cuidados terminales. Parece, sin embargo, que estamos en un momento de cambio. El artículo 20.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante, EAC) salió del Parlamento autonómico con la rúbrica el «derecho a morir con dignidad». Durante su tramitación en las Cortes Generales, viendo que algunas interpretaciones ligaban dicha rúbrica con la eutanasia, se procedió a cambiar dicha rúbrica por la de «derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte», proclamándose en su contenido un derecho al tratamiento del dolor y de los cuidados paliativos. Aún así, el artículo fue objeto de recurso de inconstitucionalidad.

En el fundamento jurídico 19.º de la Sentencia 31/2010 el Tribunal Constitucional se da respuesta a los recurrentes, realizando una serie de consideraciones. Básicamente los recurrentes consideraban que dicho artículo, aun con la nueva rúbrica, contenía un derecho a una muerte asistida o a la eutanasia. Más allá de considerar que esa no era la intención del precepto, llamativamente la Sentencia pasa a realizar una serie de consideraciones que no tienen relación con el objeto del recurso y que modifican de forma importante la interpretación que venía dando del derecho a la vida cuando su titular reclama el amparo por parte del Estado⁶⁸.

Así, y entre otras cosas, dice que el artículo 20.1 EAC se compadece «con perfecta naturalidad con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral». Acto seguido, dice además que «el derecho al tratamiento del dolor y a los cuidados paliativos», es, incluso, una consecuencia obligada, por implícita, de la garantía de ese derecho fundamental, al que, por ello, ni contradice ni menoscaba.

Por lo mismo, continúa la sentencia, «vivir con dignidad el proceso de la muerte» no es sino una manifestación del derecho «a la vida digna» y con el mismo alcance que para ese concepto puede deducirse de los artículos 10.1 y 15 CE. Considera pues, que «no es irrelevante ni es un precepto inocuo que el legislador —en este caso el estatutario— haya decidido dar sustantividad propia a los tratamientos que tienen que recibir las personas en la fase terminal de su vida, incorporándolos en el capítulo de los derechos del ámbito civil y social, del Estatuto. Es un mandato explícito al legislador que predetermina el ejercicio de derechos subjetivos de libertad y las consiguientes obligaciones sobre el personal sanitario, que el legislador competente tendrá que concretar». Se refiere al ámbito sanitario como un ámbito en el que «están presentes derechos fundamentales de las personas» y entiende que es obligación del legislador de garantizar las últimas voluntades del paciente.

Lo ya dicho plantea ahora la duda de saber si podrán o no realizarse reivindicaciones para la mejora de la atención de las personas en las fases termi-

⁶⁸ CARRILLO LÓPEZ, M., «Derechos y garantías jurisdiccionales», en monográfico de la Rev. Catalana de Dret Public, especial sobre la Sentencia del Estatut, número extra, 2010, pp. 162 y ss..

nales⁶⁹ no ya como desarrollo del derecho a la salud, sino desde el derecho fundamental a la vida que recoge el artículo 15 CE. No es éste, nótese, un supuesto de *amenaza inminente* para la vida, sino más bien de *amenaza para su calidad*. Pero ha sido el TC el que ha roto una tradición que tanto él como el TEDH han venido aplicando en la interpretación de la situación en la que una persona puede recabar del Estado la protección de su derecho a la vida. Queda por ver, también, si serán interpretadas en el mismo sentido previsiones similares que otros Estatutos de Autonomía han recogido en torno al derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte y a formular declaración de voluntades anticipadas en materia de intervenciones y tratamientos médicos.

5. EL DERECHO A LA VIDA HUMANA, ENTRE DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL Y ECONOMÍA BASADA EN EL CONOCIMIENTO. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA ACTUAL FRAGMENTACIÓN

La mayor parte de la población mundial vive en sociedades multiculturales, fragmentadas en grupos étnicos, culturales lingüísticos y/o religiosos⁷⁰. Ello se traduce en importantes conflictos internos y pone en peligro tanto la estabilidad de los Estados como, en algunos casos, el conjunto de la comunidad internacional. Desde los años 60 esa preocupación se ha traducido en la doctrina comparada en un interés creciente por la búsqueda de fórmulas que *compatibilicen unidad y diversidad*, que permitan responder a los retos de la globalización y alas necesidades locales de sociedades plurales. En esa búsqueda participan, desde diferentes perspectivas, los estudios contemporáneos sobre los distintos modelos de organización territorial descentralizada.

Hasta cierto punto cabría ubicar en ese marco de análisis el fenómeno que aquí se ha abordado, el de la diversidad autonómica en el tratamiento de algunos de los aspectos del derecho a la vida. Pero lo cierto es que las raíces de esta diversidad presentan particularidades respecto de otras diversidades a las que se ha venido buscando acomodo a través de los sistemas descentralizados. También hay diferencias importantes en lo que se refiere a las consecuencias que se plantean respecto de la unidad; en el caso del derecho a la vida, en lo que se refiere al establecimiento estatal de unas condiciones de igualdad para el ejercicio de los derechos fundamentales.

Con su inclusión en las Constituciones, se ha entendido que los derechos fundamentales quedan —al menos en su contenido esencial— al margen de los

⁶⁹ En esa reflexión entrará también la reciente Ley andaluza 2/2010, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte, aprobada por el pleno del Parlamento los días 17 y 18 de marzo de 2010.

⁷⁰ Por todos, con más referencias, FLEINER, Th., «The Multicultural State: the Challenge of the Future», en VV.AA., *Constitutional Democracy in a Multicultural Globalised World*, 2009, pp. 511 y ss.

vaivenes de los procesos mayoritarios⁷¹. El constitucionalismo moderno ha siempre ha aspirado a poner límites a quien de hecho tienen el monopolio de la fuerza⁷² y a establecer y preservar las exigencias que dimanar del respeto a la dignidad y a la libertad de la persona⁷³. Eso que se ha garantizado mediante la rigidez de las constituciones no ha impedido, claro está, una previsión de flexibilidad, de correlato de la complejidad social⁷⁴. Como decía el Juez Marshall, la naturaleza de las constituciones exige que *sólo sus grandes líneas sean establecidas*, dejando tanto un margen de actuación para el proceso político libre⁷⁵, como un espacio para que el intérprete adapte el contenido de la Constitución a cada momento histórico. Pero es fundamental que rigidez y flexibilidad encuentren un equilibrio razonable.

El equilibrio entre rigidez y flexibilidad no resulta, sin embargo, fácil de alcanzar. Cuando una Constitución se adapta sin reservas a las circunstancias del momento, entiende Hesse que son las circunstancias (y no ya la normatividad del texto) las que actúan como su parámetro⁷⁶ y queda la constitución privada de una de sus funciones primordiales, la de garantía. En un escenario en el que la capacidad de poner por escrito los compromisos constitucionales se está perdiendo⁷⁷ el *derecho fundamental a la vida* sirve de paradigma para comprobar dos fenómenos del constitucionalismo de las últimas décadas. De una parte las tendencias de expansión o irradiación de los derechos fundamentales hacia *el todo social*, como se ha visto en la construcción del TC de la década de los 90; y en segundo lugar, la evidente ductilidad de esa garantía cuando ha de enfrentarse no sólo a un escenario de gobernanza multinivel, sino a una nueva concepción de la vida derivada de los avances científicos y tecnológicos.

La medicina, advierte Mainetti, adquiere a una velocidad vertiginosa capacidad para «*modelar la naturaleza humana*» y algunas de sus aplicaciones, aún basadas en decisiones individuales y aparentemente privadas —como lo puede ser la formación de la propia familia— pueden temer impacto en la habitabilidad del planeta. Ello ha puesto sobre la mesa *trágicas cuestiones* (es-

⁷¹ RUBIO LLORENTE, F., «Rigidez y apertura en la Constitución», en W.AA, *La Reforma Constitucional*, 2009, p. 19.

⁷² MATEUCCI, N., «Positivismo jurídico e costituzionalismo», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, pp. 1039 y 1041.

⁷³ LUCAS VERDÚ, P., *Curso de Derecho Político*, tomo I, Técno, Madrid, 1976, pp. 45-46.

⁷⁴ LÓPEZ PINA, A., «La Dogmática Alemana, punto de partida de una Teoría del Derecho Público», en BENDA, E. *et altere*, *Manual*, 2001, p. XXIII.

⁷⁵ DAHL, R.A., *How Democratic is the American Constitution*, Yale University Press, 2001, p. 17.

⁷⁶ HESSE, C., *Manual*, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁷ ACKERMANN, B., *La Constitución viviente*, 2011, pp. 21-22; GARCÍA HERRERA, M.A., «Derechos nuevos y nuevos derechos en la Unión Europea», *Teoría del Diritto e dello stato*, n.º 1, 2005, pp. 27-55; GARCÍA HERRERA, M.A., voz *Biopolítica*, Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Comares, 2011.

pecialmente ante el potencial impacto del arbitrio del mercado)⁷⁸, planteándonos si tales aplicaciones deben o no quedar bajo la exclusiva responsabilidad de los individuos o, por el contrario, habrán de someterse —y en tal caso, en qué forma— a algún modo de intervención por parte de la colectividad y, por tanto, de los poderes públicos.

Se preguntaba Isensee si ante los avances científico-tecnológicos, ¿podemos entender que *el lapidario concepto «Vida» recogido en la Constitución alcanza a precisar, con suficiente detalle, en qué momento y condiciones cabe hablar de una vida humana que hay que proteger y cómo?»*⁷⁹. A su pregunta, cabría responder hoy con otra: ¿dónde está recogido ese concepto lapidario de vida en la Constitución? Aplicando la tesis de Aristóteles al caso, *la vida es más, mucho más que la suma de todas las partes*, y de ella el derecho fundamental a la vida humana recogió en la Constitución escrita bastante poco.

Es nuestra opinión que el valor y la dignidad humana de las formas de vida prenatal no tiene un estatuto consistente en la actualidad. Si en las Sentencias 53/1985 y 116/1999 pareció que los límites del derecho a la vida se inflaban artificialmente, ahora parecen haberse desinflado sin más. Y se cumple así la advertencia que hiciera Jiménez Campo, en el sentido de que cuando contornos de un derecho no son fáciles de identificar, *«existe un riesgo de extender sus límites, inflarlo artificialmente y abarcar más de lo debido»*⁸⁰. Esa artificialidad, sin embargo, termina en la práctica debilitando la Constitución, haciéndola dócil. A ello han contribuido, sin duda, las competencias que en sede de prestación de los servicios de salud o de promoción de la investigación científico-técnica han asumido las Comunidades Autónomas, sin que se haya llegado a cuestionar el efecto que ello tiene en la competencia que respecto al derecho a la vida corresponde al Estado. Esto es, y tal y como recoge el 149.1.1 CE, la competencia exclusiva sobre *«la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales»*⁸¹.

No obstante, en nuestra opinión esta evolución entraba hasta cierto punto dentro de lo previsible. Y nos explicamos. Ya hace tiempo que la doctrina advierte que, pese a las grandes declaraciones internacionales, no parece posible deducir para la práctica jurídica *stricto sensu* una interpretación de lo que significa la vida, alcanzando un *mínimo común universal* (o siquiera nacional)

⁷⁸ CALABRESI, G. y BOBBITT, P., *Tragic Choices*, Norton & Company, 1978. Se ha tenido solo acceso a los extractos recogidos por COLEMAN, J.L. y HOLAHAN, W.L., en la *Californian Law Review*, vol. 67, n.º 6, 1979, pp. 1379 y ss.

⁷⁹ Detalladamente en nota 6.

⁸⁰ Así sucede, dice JIMÉNEZ CAMPO, J., cuando los contornos de un derecho no son claros; en *Derechos fundamentales y Garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 36.

⁸¹ El artículo 149.1.1 de la Constitución española. Aproximación a su contenido y a su aplicación, *Revista Catalana de Derecho Público*.

a este respecto⁸². En el escenario de fragmentación actual pudiera así parecer que simplemente se ha llegado a expresar normativamente una situación que antes se aceptaba *de facto*, pero era inasumible *de ius*. El pluralismo afecta no sólo a las decisiones coyunturales, sino también a principios de carácter categórico que se venían manejando, porque se cuestiona, entre otros, la existencia de una *moral universal*, de una conciencia compartida que sirve de referencia al Derecho constitucional.

Más allá de la posición jurídica que lleva a poder solicitar amparo ante las agresiones inminentes, el resto de bienes jurídicos que se entienden amparados en el artículo 15 CE estaban ya desde la década de los 90 en una situación muy débil, y esa debilidad ha terminado chocando con la realidad. El caso más evidente es el del embrión extracorpóreo clínicamente viable. La normativa española vigente ya no permite considerarlo como *nasciturus* en todos los casos, porque admite que pueda emplearse con diversos fines de investigación que descartan su posterior utilización en la reproducción humana. Quizá sea el momento de reconstruir el derecho a la vida desde su función fundamental⁸³, y haciendo especial hincapié en aquellos problemas que pueden realmente solucionarse mediante las herramientas de que dispone el Derecho Constitucional⁸⁴.

⁸² BYK, Ch., en *The Nexus of Law and Biology, New Ethical Challenges*, Ashgate, 2008, pp. 175-176.

⁸³ SCHLINK, B., «Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion», en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1984, pp. 457 y ss, citado por GUTIÉRREZ, I., en *Teoría y Realidad*, p. 200, nt. 11.

⁸⁴ CORMICK, M., «La Sentencia de Maastricht: soberanía ahora», en *Debats*, n.º 55, 1996, pp. 25-31.

Comunicaciones



Lenguas españolas y orden constitucional por cumplir (o de cómo dar cuenta de un *presente continuo* a mitad de jornada)*

Antonio López Castillo

Profesor Titular de Derecho constitucional.
Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. De la Constitución a los Estatutos de Autonomía o a propósito del flexible marco normativo del modelo lingüístico español. 2. Un comentario a propósito de su pretendida superación, mediante reforma estatutaria, a la luz de la STC 31/2010, relativa al EACat. 3. Y un apunte final a propósito del marco normativo por desarrollar, mediante ley... ¿y reforma constitucional? o sobre cómo trazar el camino por recorrer a mitad de jornada.

1. DE LA CONSTITUCIÓN (CE) A LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA (EAA) O A PROPÓSITO DEL FLEXIBLE MARCO NORMATIVO DEL MODELO LINGÜÍSTICO ESPAÑOL

El reconocimiento constitucional de la diversidad lingüística es uno de los rasgos característicos de la regeneración constitucional de la España de finales de los setenta. En consecuencia lógica con su solemne proclamación en el Preámbulo («La nación española... proclama su voluntad de: (...) Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones»), en el artículo 3 CE se trazan las líneas maestras de un modelo lingüístico que, puesto en relación con la cláusula de gradual ejercicio del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones integrantes de una nación que se declara patria común e indivisible de los españoles (artículo 2 CE), y atendido su paralelismo con la escalonada ordenación, cláusula de habilitación estatutaria mediante, de los símbolos

* Una versión modificada y ampliada de esta contribución está pendiente de publicación electrónica, en lengua española, en un próximo número monográfico, dedicado a la STC 31/2010, de la *Revista General de Derecho Constitucional (RGDC)*, de Iustel.

políticos de esa compleja comunidad unitaria (artículo 4 CE), podrá considerarse un modelo abierto, pero en modo alguno impreciso o incongruente. Sin perjuicio, pues, del pormenor de otras disposiciones constitucionales de contenido lingüístico¹, en la interpretación del sentido y alcance del artículo 3 CE está la clave de arco del orden constitucional posible en la materia.

En correspondencia con la concertada fórmula constituyente de conjunción de remanente unidad política de la nación española y gradual apertura mediante el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido a las nacionalidades y regiones, por constituirse como CCAA², en el artículo 3 CE, con carácter general, se declara el especial respeto y reconocimiento, como parte de su rico patrimonio cultural, de las distintas modalidades lingüísticas de España (artículo 3.3 CE). Y, asimismo, se prevé el paulatino establecimiento de regímenes territoriales de *cooficialidad* lingüística con el castellano, la lengua española declarada oficial del Estado (artículo 3.1 CE), de aquellas otras lenguas españolas que, mediando expresa declaración estatutaria, pudieran llegar a constituirse también como lenguas oficiales en las respectivas CCAA (artículo 3.2 CE)³.

Esta indeterminación última del modelo, por lo que a la puntual identificación de su alcance territorial se refiere, si bien puede llegar a concretarse de un modo diverso, en atención a las variables derivadas de la concreta regulación normativa de las correspondientes cláusulas autonómicas, no podría alcanzar a la regulación del estatuto de la lengua española común⁴, oficial del Estado, ni

¹ Una referencia a las cláusulas constitucionales de contenido lingüístico, en LÓPEZ CASTILLO, A., «Aproximación al modelo lingüístico español: un apunte crítico», en *RDPo*, n.ºs 71-72, 2008, pp. 309-346.

² Una apertura amplia, graduable, pero en el seno de un marco político incluyente, marcado por exigencias estructurales de solidaridad y unidad, en consecuencia con su presupuesto constitutivo, ex artículo 2 CE (véase, en síntesis, SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J.J., «Artículo 2 CE», en CASAS, M.A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, XXX, FWK España, Madrid, 2009, pp. 53-63, que, de modo claro, se explicitan en sus artículos 138 («2. Las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales») y 145 («1. En ningún caso se admitirá la federación de Comunidades Autónomas»). Este encauzamiento constitucional del proceso autonómico permite, si no impone, una caracterización morigerada del sentido y alcance del principio dispositivo (véase, en síntesis, LÓPEZ GUERRA, L., «Título VIII CE, Capítulo I, Principios generales», en CASAS, M.A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (dirs.), *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 2067 y 2069-70) a la vista del inequívoco tenor del artículo 1.2 CE (véase, en síntesis, ARAGÓN REYES, M., «Artículo 1 CE», en CASAS, M.A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución...*, *op. cit.*, pp. 25 y 36-43).

³ Esta complementaria intervención estatutaria, mediante aplicación de la cláusula constitucional habilitante, al efecto de constituir la efectiva existencia constitucional de «territorios dotados de un estatuto de *cooficialidad* lingüística» está en la base de la jurisprudencia constitucional, desde la STC 82/1986 (FJ 3), pasando por la STC 337/1994 (FJ 6), hasta la más reciente STC 31/2010 (FJ 14).

⁴ La operativa realidad de la presencia social de esa lengua española de empleo generalizado en España, se denota en el hecho de que, en el uso común, a su denominación como castellano de ordinario se superpone su identificación como español. Denominación

cuestionar su operatividad en el conjunto del territorio nacional, sin cuestionar con ello la inmediata eficacia de la cláusula constitucional declarativa de oficialidad de la lengua que «todos los españoles tienen el deber de conocer... y el derecho a usar...».

Pues, según es notorio, la cooficialidad lingüística resultante de la efectiva puesta en práctica estatutaria de la cláusula constitucional de habilitación «presupone no sólo la coexistencia (que, como tal no precisa de intervenciones normativas), sino la convivencia de ambas lenguas cooficiales para preservar el bilingüismo existente en aquellas Comunidades Autónomas que cuenten con una lengua propia y que constituye, por sí mismo, una parte del patrimonio cultural...» (STC 337/1994, FJ 6).

Que, como bien ha resuelto el TC a propósito de lenguas españolas en proceso de normalización, la complementaria declaración estatutaria de oficialidad de una lengua territorial deba considerarse operativa «independientemente de su realidad y peso como fenómeno social... como medio normal de comunicación en y entre (los poderes públicos) y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos...» (STC 82/1986, FJ 2), en nada sustancial los presupuestos constitucionales de aplicación de la cláusula habilitante del artículo 3.2 CE.

En consecuencia, una pretendida política restrictiva o de postergación de usos y una defectiva presencia en el espacio público, del castellano o español, al amparo de títulos lingüísticos de intervención, caracterizados o no como títulos atributivos de competencias en materia de lengua⁵, no podría justificarse en atención a la simple salvaguarda estatutaria de inexcusables exigencias de orden público constitucional, como la interdicción de discriminación de los españoles, por razón de lengua.

particularmente expresiva de esa dimensión cultural que, ex artículo 3.1 CE, rige para el conjunto del territorio nacional, y que, ex artículo 3.3 CE, se considera digna de respeto y reconocimiento, como parte integrante de un rico patrimonio nacional que, comoquiera que contribuye a aprehender y vertebrar el espacio cultural iberoamericano, sin duda trasciende de la dimensión meramente nacional.

Por lo demás, si de su génesis se trata, es claro que en la formación de la lengua española actual al castellano se han sumado préstamos de muy diverso alcance de las otras lenguas ibéricas (a título ilustrativo, se remite a FERNÁNDEZ-ORDÓNEZ HERNÁNDEZ, I., *La lengua de Castilla y la formación del español*, discurso de ingreso en la RAE de la lengua, leído el día 13 de febrero de 2011; accesible en <[http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000011.nsf/.../\\$FILE/Discurso.pdf](http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000011.nsf/.../$FILE/Discurso.pdf)>.

⁵ Antes de las reformas estatutarias de segunda generación, tales como la conducente al renovado *EACat* sobre alguna de cuyas previsiones en materia lingüística se volverá en 2., en la jurisprudencia constitucional, al referirse a las intervenciones en esta materia, se han ido alternando la mención a una competencia lingüística con las referencias a los mandatos o habilitaciones al efecto de dar cuenta de la regulación del contenido inherente o alcance de la cooficialidad (a propósito del detalle jurisprudencial relativo a esta indefinición, véase, en particular, STC 87/1997, FFJJ 3-4).

Que la declaración constitucional de oficialidad de la lengua española de uso común en la práctica generalidad del territorio nacional —y, por razón de su comunidad histórica, en todo el ámbito hispanoamericano—, pudiera considerarse satisfecha con una mera política de tolerancia y reactiva salvaguarda de los derechos lingüísticos de los ciudadanos, no podría considerarse sino un ejercicio distorsionado de automatismo y esquematismo interpretativo, no ya sólo, del sentido y alcance del artículo 3 CE.

Que entre la potencialidad anunciada, mediante la cláusula constitucional de habilitación autonómica, ex artículo 3.2 CE, y la efectiva declaración de oficialidad de las otras lenguas españolas, distintas del castellano, haya de mediar necesariamente una declaración estatutaria, habla a las claras de su significación, en tanto que norma completiva. Pues, como en otras materias, también aquí resultan ser los *EEAA* un complemento normativo necesario de la CE. Y, justamente por ello, por su necesaria intermediación, es por lo que a la declaración estatutaria de oficialidad de otra lengua española se le han de reconocer efectos constitutivos.

En esa medida, como instrumento de positiva concreción de potencialidad constitucional, la regulación autonómica de los efectos relativos al alcance de la declarada oficialidad de «lenguas propias» comportará de ordinario alguna forma de incidencia refleja sobre el efectivo empleo de la lengua española de uso común.

Ahora bien, en consecuencia con su naturaleza normativa, constitucionalmente derivada, esa eventual incidencia no podría llegar nunca al extremo de poner en cuestión el alcance uniforme que la oficialidad de la lengua castellana, constitucionalmente declarada la lengua oficial del Estado, lógicamente comporta.

Así como la naturaleza constitucional derivada de la declaración estatutaria no impone un carácter subsidiario a la oficialidad de esa otra lengua propia del territorio, dejando la vía abierta a políticas de promoción e impulso de normalización social de sus usos, tampoco permite que se la dote de un estatuto de preferencia y, aun menos, de excluyente uso alternativo.

Si bien la falta de certeza inicial sobre la traza de un mapa autonómico que, en lo sustancial, se compuso en 1983, permite entender que en 1978 no se dijera sino que «las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos», lo cierto es que una fórmula tal, en su indeterminación, deja la puerta abierta a potencial diversificación del modelo constitucional de bilingüismo esbozado ex artículo 3.2 CE.

Un modelo de extensión incierta que, al hilo de políticas autonómicas de normalización lingüística (algo que la asunción de los estándares de la Carta europea de lenguas regionales y minoritarias, o *CELRM*, ciertamente contribuye a potenciar), a las ya declaradas oficiales, podría llegar a sumar adicionales declaraciones estatutarias de oficialidad de lenguas regionales de uso menos extendido, tales como el bable o el aragonés, por no plantear otras hipótesis

de apertura de procesos de normalización diferenciada de variantes dialectales del español o/y de otras lenguas españolas⁶.

Como la efectivamente producida hasta hoy, también esa hipotética evolución podría considerarse comprendida en el artículo 3.2 CE que, por su textura abierta y dispositiva estructura normativa, por tratarse de supuestos relativos a «las demás lenguas españolas», seguiría siendo de aplicación⁷.

Hasta llegar al punto de tensión máxima la ductilidad y maleabilidad de la cláusula habilitante ex artículo 3.2 CE admite un cierto grado de deformación plástica (en este símil, el resultante del hipotético incremento del número de lenguas españolas declaradas oficiales). A condición de que no superar su punto de inflexión o tensión máxima (en esta hipótesis, una declaración estatutaria que limitase el sentido y alcance del estatuto de oficialidad de la lengua española de uso común, mediante lectura excluyente o, aun, interpretación reductora) pues, de lo contrario, como ocurre con los materiales plásticos, comenzarían a producirse deformaciones pronunciadas o roturas parciales hasta que, vencido el límite elástico, se causase su estricción o rotura total⁸.

⁶ Lo improbable de tales hipótesis en la actualidad española, no impide pensar, a largo plazo, en escenarios de hipertrofiada configuración de identidades, en derivas semejantes, mediante invocación, en su caso, de ese derecho (colectivo) a dotarse de una lengua propia que, en el proceso de rearticulación territorial que sigue a la descomposición política y desmembración estatal en el espacio político soviético, se llega a reconocer en alguna de las constituciones de los territorios políticos dotados de autonomía en el marco de la Federación rusa (a propósito de la compleja articulación lingüística de ese espacio euroasiático se remite, en detalle, a RUIZ VIEYTEZ, E.J., *Lenguas oficiales y lenguas minoritarias: cuestiones sobre su estatuto jurídico a través del derecho comparado*, accesible en <<http://www.ciemen.org/mercator/pdf/simp-vieytez.pdf>>).

⁷ Ello presupuesto (STC 31/2010, F 14), ajenas a esa condición serían las lenguas propias de los residentes (incluidos también los ciudadanos de la UE) y las de origen de los nacionalizados españoles.

Otra cosa es si, *pro futuro*, podría o no ser constitucionalmente viable el reconocimiento de esa condición de lengua española a lenguas indígenas habladas en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Y ello no tanto por desatención al presupuesto de «españolidad», de acreditarse que, por hablarse normalmente en la comunidad política de base, pueden caracterizarse como lenguas españolas, cuanto por lo explícito del condicionamiento constitucional, ex artículo 3.2 CE, de que todo reconocimiento de oficialidad lo sea mediante declaración estatutaria «en las respectivas Comunidades Autónomas» (en esa línea, cfr. mi *Aproximación al modelo...*, *cit.* — nota 1 —, pp. 321-2). De ser el caso, constitucionalmente nada obsta, y de los compromisos convencionales de la CELRM ciertamente resulta, la indicación de previsión de su enseñanza y de deferente praxis lingüística en la prestación de los servicios públicos (cfr. Informe sobre la aplicación en España de la Carta europea de lenguas regionales y minoritarias, 2010; accesible en <http://www.coe.int/t/dg4/education/minlang/report/Periodical/Reports/SpainPR3_es.pdf>).

⁸ A propósito del significado preciso de los conceptos con los que se pretende contribuir aquí a dotar de una mayor plasticidad al argumento relativo a la existencia de un límite constitucional a la evolución de un modelo lingüístico abierto, me permito remitir, a título meramente informativo, a CALLISTER, W.D., *Introducción a la ciencia e ingeniería de los materiales*, Ed. Revert, 1998.

2. UN COMENTARIO A PROPÓSITO DE SU PRETENDIDA SUPERACIÓN, MEDIANTE REFORMA ESTATUTARIA, A LA LUZ DE LA STC 31/2010, RELATIVA AL EACAT

2.1. Consideraciones preliminares

En lo que se refiere a la cuestión lingüística, el renovado *EACat* se ha caracterizado por una inusitada densidad normativa y un prolijo «puntillismo» regulador tanto más llamativo si se compara con otros textos normativos de semejante naturaleza y función normativas o con su inmediato antecedente, el agotado *EACat* de 1979.

Concurren en el *EACat*, en efecto, un vasto conjunto de previsiones lingüísticas que, como guiado por un designio transversal, se manifiesta de modo multifacético, en perspectiva institucional, o competencial, o a propósito de los derechos, deberes y principios rectores o, de modo particularmente destacable, por su notoria pretensión constitutiva, en el medular artículo 6, inserto en el título preliminar.

Es una disposición medular, en particular, por la directiva de normalizado uso preferente de la que, como lengua propia, se declara lengua oficial «de» Cataluña, el catalán, cuyo estatuto se presenta formalmente reforzado en virtud de un genérico derecho y deber de conocimiento de pretendido paralelismo con aquello que a propósito del castellano o español ya se estableciera ex artículo 3.1 CE.

Y lo es asimismo, de modo menos inmediato e intenso, en tanto que la variante aranesa del occitano, como «lengua propia» del Valle de Arán, se declara lengua oficial «en» Cataluña, en un sentido y con un alcance por determinar mediante ley⁹.

A ese tipo de previsiones de pretensión constitutiva suma el *EACat* una suerte de refundición estatutaria de lo que bien puede caracterizarse como el acervo normativo respecto de la *lengua propia* de Cataluña. Cumpliendo así con el designio de anclar en el superior plano normativo del subordenamiento autonómico, al margen de cambiantes mayorías políticas, lo que, hasta enton-

⁹ Cláusula de remisión que, en sustancia, se ha integrado mediante la Ley de la Generalidad de Cataluña 35/2010, de 1 de octubre, del occitano, aranés en Arán (en realidad, el aranés es una variante del idioma gascón, que es una más de las modalidades del occitano), pendiente de resolución de un RI (cfr. Dictamen del Consejo de Estado núm. 970/2011, de 7 de julio, emitido por mayoría con VP del consejero Herrero Rodríguez-Miñón).

En la Ley del aranés se desarrolla y completa su régimen jurídico de un modo intensivo del que resulta particular exponente la que bien puede considerarse como una especie de hilo conductor, diversamente formulado y no siempre de modo inequívoco, una directiva de normalizado uso preferente del aranés (al respecto, cfr. ya el Dictamen núm. 22/2010, de 5 de agosto, del *Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya*, sobre el proyecto de ley del occitano, aranés en Arán, en el que se concluía por unanimidad que «con la finalidad de evitar equívocos, se propone la supresión de(l) término (preferente)», en el artículo 2.3.a) de aquel proyecto de ley).

ces, se había venido gestando mediante aplicación intensiva de una prolija trama reglamentaria tendente a la medida y gradual puesta en práctica de las disposiciones legislativas de base¹⁰.

A la alteración patente del estado normativo previo de la cuestión lingüística que ello ha supuesto se ha opuesto una doble respuesta, de naturaleza política, por parte de la representación popular del pueblo español con ocasión de la tramitación en las Cortes de la reforma estatutaria, y de naturaleza jurisdiccional, por parte del TC.

De la respuesta parlamentaria puede decirse, sin exageración, que ha podido resultar políticamente insuficiente y constitucionalmente defectiva. Pues, sobre puntuales mejoras del texto llegado del Parlamento de Cataluña, en nada sustantivo ha modulado el cambio radical de circunstancia normativa que va de la contenida regulación del Estatuto de 1979 al desbordante *EACat* en vigor; o, en otros términos, de la efectiva operatividad, *ex lege*, de una directiva política de coyuntura tendente a la compensatoria normalización de usos lingüísticos, en tanto se alcanzan los objetivos finales de ese conjunto de disposiciones compensatorias, a su petrificada articulación como irregresivo principio estructural mediante explícita articulación estatutaria.

A esa defectiva intervención política en el trámite parlamentario de la reforma estatutaria seguiría un referendo popular autonómico y la consiguiente entrada en vigor del renovado *EACat*¹¹.

Y a partir de ese momento, las dudas a propósito del encaje constitucional de la *actualización estatutaria* del acervo lingüístico de Cataluña ya sólo podrían solventarse, en su caso, mediante un examen jurisdiccional de contraste por parte del TC. Y al efecto se interpusieron diversos recursos de inconstitucionalidad de entre los que, en atención al alcance de la respuesta jurisdiccional, destaca el planteado por una amplia representación del grupo parlamentario popular del Congreso¹².

¹⁰ En 1979 la cuestión lingüística había encontrado un acomodo, relativamente sintético (al margen de lo dispuesto en el artículo 27.4 y en su Disposición Adicional Quinta), en el artículo 3 del ya derogado *Estatuto*, objeto ulterior de una intensiva aplicación en el tracto de una andadura que ha girado, primero, en torno a la llamada Ley 7/1983, de normalización lingüística y, con posterioridad, alrededor de la Ley 1/1998, de política lingüística (a propósito de la Ley 1/1998, de Política Lingüística, se remite a las diversas contribuciones y a la documentación compiladas en el número 2, monográfico sobre Lenguas y Constitución, de la revista *Teoría y realidad constitucional*).

¹¹ Superado el trámite del referéndum, de 18 de mayo de 2006, con un porcentaje del 73,9% de los votos válidos emitidos, el *EACat* (BOE n.º 172, de 20 de julio de 2006, pp. 27269-27310) entraría en vigor con fecha 9 de agosto de 2006.

¹² Al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por noventa y nueve diputados del grupo parlamentario popular del Congreso de los Diputados (RI núm. 8045-2006) se le ha dado respuesta mediante STC 31/2010, de 28 de junio; respuesta a la que remite, en la medida en que su objeto no queda extinto, por desaparición sobrevenida, o con la que guarda congruencia la STC 137/2010, de 16 de diciembre (Fallo, 2.º y 3.º) dictada a instancia del Defensor del Pueblo (RI núm. 8675-2006).

La STC 31/2010 brinda una respuesta jurisdiccional de largo alcance¹³. Una respuesta respecto de cuyo tenor y pormenor se ha discrepado abiertamente en el seno del colegio plenario del TC, básicamente, a propósito de la complejidad de un agregado de declaraciones interpretativas de efectos inciertos o, más precisamente, no siempre exentos de cierto halo de incertidumbre, por ortodoxas razones de técnica interpretativa, antes que por inobservancia de exigencias radicales de orden constitucional que, como supremo intérprete de la Constitución, en el desempeño de su específica función jurisdiccional un TC siempre ha de observar¹⁴.

Interpretaciones que, de un modo u otro, han podido dejar sembrada la duda sobre la viabilidad y efectiva puesta en práctica de exigencias constitucionales que, por la naturaleza reactiva propia de los juicios de contraste constitucional¹⁵, en su detalle positivo, acaso sólo puedan verse clarificadas, al menos del modo integrado y sistemático que, por su estado de evolución, el modelo constitucional de bilingüismos territoriales demanda, mediante una intervención reguladora del legislador nacional¹⁶.

Y asimismo, aunque en otro plano, se han de considerar las SSTC 46/2010, y 47/2010, ambas de 8 de septiembre, la STC 48/2010, de 9 de septiembre, la STC 49/2010, de 29 de septiembre, y la STC 138/2010, de 16 de diciembre, resolutivas de sendos RR. II. interpuestos por los Consejos de Gobierno de Aragón (RI núm. 9491-2006), Baleares (RI núm. 9568-2006), Valencia (RI núm. 9501-2006), Murcia (RI núm. 8829-2006) y La Rioja (RI núm. 9330-2006).

¹³ A propósito de su análisis pormenorizado se remite aquí al tratamiento monográfico ofrecido por diversas publicaciones periódicas, tales como *El Cronista del Estado social*, 15, octubre, 2010, y la *Revista catalana de pret public*, 43, julio de 2010; asimismo, en perspectiva más contenida, no exenta de pretensión sistemática, se remite a las diversas contribuciones a la *REP*, n.º 151, monográfico A. LÓPEZ CASTILLO, A. y TAJADURA TEJADA, J. (coords.), sobre *El Estado autonómico en cuestión. La organización territorial del Estado a la luz de las recientes reformas estatutarias 2006-2010*.

¹⁴ Al efecto, por su empeño sintético, es de interés SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., «La sentencia sobre el Estatuto de Cataluña: una visión de conjunto», en LÓPEZ CASTILLO, A. y TAJADURA TEJADA, J. (coords.), *Las reformas estatutarias...*, op. cit. (nota 20), pp. 203-229.

¹⁵ Cuestionada en su práctica totalidad (excepción hecha de los artículos 12, 37.1, 44, 65, 143 y 146.3), el grueso de las decisiones relativas a la disciplina lingüística estatutaria presenta una naturaleza interpretativa que sólo en algunos de los supuestos (es el caso en relación con los artículos 5, 6.2, 33.5, 34, 35.1 y 2, 50.5) alcanza a reproducirse en la parte dispositiva, a la que asimismo se llevan las declaraciones de constitucionalidad (artículo 50.4) e inconstitucionalidad (artículo 6.1).

Por lo demás, al margen de la cuestión relativa a la perfectible certeza jurídica de aquellas decisiones interpretativas que no han sido llevadas al fallo (artículos 11, 33.1.4, 36.1 y 2, 101.3 y 102.1, 3 y 4, y 147.1.a), de la STC 31/2010 interesa destacar un elemento particularmente expresivo de la naturaleza jurisdiccional del control, la imposibilidad de pronunciarse a propósito del sentido y alcance de previsiones estatutarias respecto de cuya pretendida inconstitucionalidad nada fundado se habría llegado a sostener por parte de los recurrentes que, en este punto, desatendiendo una carga procesal, obligada incluso en el marco objetivado de un proceso de control directo de constitucionalidad, consistente en aportar un mínimo fundamento de las razones constitucionales de la impugnación (artículo 6.3 y 5).

¹⁶ Se remite, en este punto, al epígrafe III.2.º.

2.2. De la densa interpretación constitucional de ciertas claves lingüísticas, ex artículo 6 EACat

En lo que sigue, se trata sólo de algunas de esas decisiones, especialmente destacables, sea por lo equívoco o asertivo de su tenor, sea por haber sido o no llevadas a la parte dispositiva, sea incluso por no haber integrado pronunciamiento alguno. Más concretamente, se trata de la interpretación de las cláusulas relativas a la diversa declaración de oficialidad de las lenguas propias «de» y «en» Cataluña.

a) A PROPÓSITO DE LA LENGUA PROPIA «DE» CATALUÑA

De cuanto se explicita ex artículo 6 EACat a propósito del estatuto de oficialidad de la lengua catalana, en la STC31/2010 se abordan con particular intensidad, en atención a su refleja incidencia en el modelo constitucional de bilingüismos de base territorial, la cláusulas estatutarias relativas al «derecho y el deber (ciudadanos) de conocer (la lengua catalana oficial)» (1.º) y a la caracterización de la lengua propia «de» Cataluña como «la lengua de uso normal y preferente» y como «la lengua normalmente utilizada como vehicular y de aprendizaje» (2.º).

1.º Al enjuiciar la constitutiva previsión estatutaria de un deber de conocimiento ciudadano de la lengua oficial de Cataluña que, en atención a lo genérico de su formulación parecía guardar relación con la regla que, a propósito de la lengua española oficial del Estado, establece un deber semejante ex artículo 3.1 CE, el TC se ha enfrentado a una cuestión no resuelta.

Ciertamente ya se había declarado inconstitucional la pretensión de articular un deber semejante, en relación con la lengua gallega, mediante ley autonómica. Pero lo que ahora estaba en cuestión era si mediante una previsión estatutaria semejante, en lo sustancial, a la regla constitucional que, a propósito del castellano, contiene el artículo 3.1 CE, podía o no establecerse ex novo un deber de conocimiento de otra lengua española oficial sabiendo que, por contraste con lo dicho a propósito del reconocimiento del derecho a usarlas, ello «no es inherente a la cooficialidad».

Al efecto de dar una respuesta constitucional congruente a esta cuestión nueva, en el del FJ 14.b) de la STC 31/2010 se procede a un examen comparativo del tenor y sentido de los artículos 3.1 CE y 6.2 EACat, en dos pasos interrelacionados.

Primero, se procede a clarificar el sentido y alcance del deber constitucional de conocimiento del castellano dejando sentado que, «antes que un deber “individualizado y exigible” (STC 82/1986, FJ 2)... es en realidad el contrapunto de la facultad del poder público de utilizarla como medio de comunicación normal con los ciudadanos sin que éstos puedan exigirle la utilización de

otra (...¹⁷) para que los actos de *imperium* que son objeto de comunicación desplieguen de manera regular sus efectos jurídicos»¹⁸.

Así, una vez que se reconoce que todos los ciudadanos residentes en cualesquiera territorios lingüísticos «tienen el derecho a utilizar ambas (lenguas) en sus relaciones con la autoridad y sólo obligación —constitucional— de conocer el castellano...», se concluye que en esos espacios de cooficialidad, los poderes públicos carecerían de una facultad equivalente. Por lo que no podría formalizarse presunción genérica alguna de conocimiento a la manera del artículo 3.1 CE, ni imponerse tampoco a los ciudadanos un determinado uso lingüístico, ni esperarse una actitud de tolerancia con los diseños lingüísticos de los poderes públicos.

¹⁷ Sin ese entendimiento reflejo del deber constitucional de conocer el castellano la alegación de su desconocimiento o la simple negativa a emplearlo en la relación con los poderes públicos quedaría expuesta a vigilancia policial y procedimiento sancionador.

Una interpretación constitucional más congruente con el principio de libertad de lengua ha llevado al TC a dejar sentado que ese deber de conocimiento del español se ha de considerar agotado en «la presunción de que todos los españoles lo conocen», una presunción *iuris tantum* que, presupuesto un conocimiento prácticamente coextenso con el ámbito de aplicación del orden constitucional, descansa en una expectativa de prestación pública en materia educativa y de formación y que, de hallarse en riesgo la salvaguarda de garantías o entorpecerse el pleno ejercicio de los derechos constitucionales, toda persona, aun de nacionalidad española, podría legítimamente cuestionar *ad casum*. Se trata, en suma, de una presunción desvirtuable en supuestos de ignorancia o insuficiente conocimiento de la lengua española oficial sea porque así lo aduce de forma verosímil un detenido o preso, sea porque resulte ello manifiesto en el transcurso de las actuaciones policiales (*cf.* STC 74/1987, *cit.*).

En todo caso, una negativa deliberada al empleo de la lengua castellana por parte de nacionales españoles que manifiestamente la conozcan excede ya del específico campo de la salvaguarda de las garantías de la detención y del proceso y ha de ponerse ya en relación con la libertad ideológica, en cuanto pueda reconducirse a posiciones de indemnidad compatibles con la salvaguarda del orden público que constitucionalmente limita su ejercicio, y, en todo caso, como pretendida manifestación de conciencia instrumental a la desobediencia civil, con el pluralismo político.

¹⁸ Al efecto de mantener como realidad efectiva esa presunción de conocimiento de la lengua española de uso común (de *idioma común a todos los españoles* o de *lengua oficial común y de ámbito general* se ha venido hablando tradicionalmente en la jurisprudencia del TC; *cf.*, entre otras muchas, SSTC 84/1986, 82/1986 y 56/1990) la cláusula, que formalmente se presenta como deber de los españoles, se ha de poner en conexión con los diversos títulos de intervención de los poderes públicos al efecto de asegurar y propiciar que todos los españoles puedan desplegar sus capacidades mediante participación de, y en, la vida pública cualesquiera que fuesen sus respectivas modalidades lingüísticas y formas dialectales de habla, sea de la lengua castellana o de las demás lenguas españolas, o aun de otros idiomas nativos de su lugar de origen.

En todo caso, una negativa deliberada al empleo de la lengua castellana por parte de nacionales españoles que manifiestamente la conozcan excede del específico campo de la salvaguarda de las garantías de la detención y del proceso y ha de ponerse ya en relación con la libertad ideológica, en cuanto pueda reconducirse a posiciones de indemnidad compatibles con la salvaguarda del orden público que constitucionalmente limita su ejercicio, y, en todo caso, como pretendida manifestación de conciencia instrumental a la desobediencia civil, con el pluralismo político.

En segundo término, marcada la distancia mediante entre una y otra disposición, se advierte que el artículo 6.2 *EACat* acompaña esa referencia de una precisión, la de que «(l)os poderes públicos de Cataluña deben establecer las medidas necesarias para facilitar el ejercicio de estos derechos y el cumplimiento de este deber...».

Y en ese añadido encuentra el TC el sentido posible de una interpretación compatible con las exigencias constitucionales de una previsión estatutaria, pareciéndole «evidente que sólo puede tratarse de un deber individualizado y exigible de conocimiento del catalán, es decir, de un deber de naturaleza distinta al que tiene por objeto al castellano de acuerdo con el artículo 3.1 CE... un deber individual y de obligado cumplimiento que tiene su lugar específico y propio en el ámbito de la educación, según resulta del artículo 35.2 EAC y en de las relaciones de sujeción especial... en el artículo 33.1 EAC...». Así considerado¹⁹, en el contexto del modelo constitucional de conjunción lingüística de base territorial, resultaría ser la expresión de un mandato relativo a la mejor observancia de específicos deberes lingüísticos, expresamente establecidos en el propio *EACat*²⁰.

Si tras esa pretendida caracterización imperativa de un deber de conocimiento de la lengua catalana como la lengua propia «de» Cataluña traslucía o no una deriva identitaria es cosa políticamente incierta y, en tanto no se modifique el marco normativo de referencia, constitucionalmente zanjada, en virtud de una compleja interpretación de términos que o bien se interpretan de confor-

¹⁹ En esa línea de interpretación reductora en atención al marco constitucional de obligada referencia se movía mi *Aproximación al modelo...*, *op. cit.* (nota 1).

²⁰ Ciertamente la caracterización de este esfuerzo hermenéutico del TC puede parecer merecedora de crítica (así, por ejemplo, MILIAN MASSANA, A., «El régimen de las lenguas oficiales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio», en *Revista catalana de dret public, Especial...*, *op. cit.* (nota 20), p. 133: «No se trata... de mera interpretación del precepto, sino de una mutación»), pero no menos cierto parece que un planteamiento crítico semejante de la técnica empleada por el TC puede resultar menos convincente si, dejando de lado la valoración de una hipotética alternativa de declaración de inconstitucionalidad, todo se limitase a oponer una lectura propia a la constitutiva declaración del TC a propósito del marco constitucional en el que haya de desenvolverse la evolución del modelo constitucional de conjunción lingüística de base territorial al efecto de no superar eso que, si vale aquí el símil antes apuntado, bien podría denominarse límite elástico del artículo 3 CE (a ese punto de no retorno sólo es posible acceder de modo legítimo mediante expresa reforma de la Constitución que, por lo ya expuesto, no puede limitarse a modificar el tenor del artículo 3).

Por lo demás, si abstracción hecha de su consecuente lectura jurisprudencial, del artículo 3.1 CE se ha podido decir, en tono crítico, que se trata de «un precepto insólito en el Derecho comparado» (así, por ejemplo, FOSSAS ESPADALER, E., en su comentario de la jurisprudencia relativa al artículo 3 CE, en CASAS, M.A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (dirs.), *Comentarios...*, *op. cit.*, 2009, p. 65); y, de modo similar, MILIAN MASSANA, A., *El régimen de las lenguas oficiales...*, *op. cit.* (nota 20), p. 133: ¿qué no decir de la pretendida articulación, mediante cláusulas estatutarias, a la manera en que pareciera haberlo pretendido hacer el artículo 6.2 *EACat*, de un deber semejante a propósito de las demás lenguas españolas declaradas oficiales?

midad con el modelo constitucional esbozado ex artículo 3 CE o bien integran una ortodoxa declaración de inconstitucionalidad y nulidad, ex artículo 38 LOTC.

2.º De la interpretación constitucional de las cláusulas estatutarias relativas a la caracterización de la lengua propia «de» Cataluña como «la lengua de uso normal y preferente» y como «la lengua normalmente utilizada como vehicular y de aprendizaje».

i) *Normalidad y preferencia* de uso de la lengua propia «de» Cataluña. En la STC 31/2010 se dice con toda claridad algo que, como consecuencia de la intrincada política de normalización lingüística, había podido quedar un tanto oscurecido, que «la definición del catalán como “la lengua propia de Cataluña” no puede suponer un desequilibrio del régimen constitucional de cooficialidad de ambas lenguas en perjuicio del castellano...» (FJ 14.a).

A propósito de la caracterización del catalán como lengua propia, en la STC 31/2010, se traza una neta divisoria entre la normalidad de su uso y su pretendido estatuto de preferencia, previa consideración de los presupuestos de aplicación del artículo 3.2 CE.

Comienza por dejar claro el TC que la existencia de identidades lingüísticas diferenciadas es el auténtico presupuesto habilitante de la cláusula de remisión estatutaria ex artículo 3.2 CE; «la condición constitucional inexcusable para su reconocimiento como lengua oficial por un Estatuto de Autonomía (pues) el artículo 3.2 CE no permite que los Estatutos de Autonomía proclamen la oficialidad de cualquier lengua española distinta del castellano (... sino) la lengua de la «respectiva» Comunidad Autónoma, esto es, la lengua característica, histórica, privativa, por contraste con la común a todas las Comunidades Autónomas, y, en este sentido, propia».

Y, en consecuencia, con base en la respectiva declaración de oficialidad se tratará de propiciar un uso regular o normal de la lengua propia que, según lo extendido de su efectiva presencia social, podrá impulsarse mediante políticas de normalización²¹.

Concluye, así, que decir que la lengua propia declarada oficial de la CACat es la lengua de uso normal por parte de los poderes y medios públicos no equivale a decir, si como es debido se interpreta ello en el contexto del modelo constitucional de conjunción lingüística de base territorial, que esa deba ser la lengua de uso excluyente o preferente, porque tal cosa provocaría

²¹ En realidad, mediante formulación deliberadamente abierta, el TC se pronuncia a favor de una concepción abierta, si no indiferenciada (¿de ida y vuelta?), del sentido de tales medidas compensatorias al sostener «la procedencia de que el legislador pueda adoptar, en su caso, las adecuadas y proporcionadas medidas de política lingüística tendentes a corregir, de existir, situaciones históricas de desequilibrio de una de las lenguas oficiales respecto de la otra, subsanando así la posición secundaria o de postergación que alguna de ellas pudiera tener».

una completa distorsión del sentido y alcance de la cláusula habilitante del artículo 3.2 CE.

Y, en consecuencia, declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «y preferente», en la medida en que ello «implica la primacía de una lengua sobre otra en el territorio de una Comunidad Autónoma... imponiendo... la prescripción de un uso prioritario de una de ellas, en este caso, del catalán sobre el castellano (lo que va) en perjuicio del equilibrio inexcusable entre dos lenguas igualmente oficiales y que en ningún caso pueden tener un trato privilegiado...».

De este sintético fragmento de la STC 31/2010, se desprende con toda claridad que una cosa es la prescripción temporal y compensatoria de una preferencia de uso, al efecto de avanzar con presteza y de un modo ordenado en el proceso de normalización, de una lengua declarada oficial que parta de una situación de notorio desequilibrio, consecuencia de políticas predemocráticas, y otra cosa, ya distinta, es que una vez se consigue, o estando cerca de alcanzar, ese objetivo de normalización, mediante petrificación normativa de una suerte de desequilibrio inverso, en virtud de explícita articulación estatutaria, pudiera ampararse una política de postergación y preterición, si no de simple exclusión, sistemática de la lengua española oficial del Estado que, por ser una lengua apropiada y de uso normal en ese territorio, también lo sería de Cataluña.

Pues bien, en la regulación estatutaria de una cláusula de preferencia de uso de la lengua propia «de» Cataluña ha encontrado el TC un supuesto de articulación que, por tensar en exceso el punto de tensión máxima del marco constitucional de referencia, de no declararse inconstitucional y nulo, podría producir fracturas en el modelo constitucional de conjunción lingüística de base territorial de difícil reparación.

ii) *Lengua «vehicular» y de aprendizaje en la enseñanza.* En el párrafo sexto del FJ 14.a) de la STC 31/2010 se trata del sentido y alcance de la explícita consideración estatutaria de la lengua propia de Cataluña como «la lengua normalmente utilizada como vehicular y de aprendizaje en la enseñanza» de un modo en extremo sintético.

Mediante cita extractada de su jurisprudencia se subraya, como elemento basilar en la materia, un pronunciamiento reiterado de modo más o menos explícito, a propósito de lenguas cooficiales o de la lengua oficial del Estado (SSTC 6/1982, FJ 10; 137/1986, FJ 1; y 337/1994, FJ 9 y 10), la inescindibilidad de la condición de lengua oficial y de lengua vehicular en la enseñanza.

Y sentado eso, previa una remisión al detalle del enjuiciamiento del artículo 35 EACat, relativo al régimen específico de los derechos lingüísticos en el ámbito de la enseñanza que se acomete más adelante, en el FJ 24, se procede a sentar una conclusión tajante: «que, como principio, el castellano no puede dejar de ser también lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza».

En consecuencia con esa tajante constatación, al enjuiciar el sentido y alcance de lo dispuesto ex artículo 35.1 y 2 EACat, el TC se plantea sin rodeos

la cuestión de si al reconocimiento estatutario del derecho a recibir la enseñanza en catalán necesariamente se anuda la negación al castellano de la condición de lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza que expresamente sólo se atribuye a la lengua propia «de» Cataluña.

Pues bien, en una línea de respetuosa y manifiesta conformidad con las exigencias derivadas del modelo constitucional de conjunción lingüística de base territorial (esbozado, en lo sustancial, a propósito del reconocimiento de la centralidad vehicular del catalán en la enseñanza escolar en la relevante STC 337/1994, de cuyos párrafos más significativos se reproducen extractos en la STC 31/2010), la respuesta a esa cuestión no ha podido ser más clara. Que así como «nada impide que el Estatuto reconozca el derecho a recibir la enseñanza en catalán y que ésta sea lengua vehicular y de aprendizaje en todos los niveles de enseñanza... nada permite (... tampoco) que el castellano no sea objeto de idéntico derecho ni disfrute, con la catalana, de la condición de lengua vehicular en la enseñanza» (párrafo tercero).

Y tras una medida exposición de los rasgos imperativos del modelo constitucional de bilingüismo de conjunción de base territorial, propone una lectura completiva del artículo 35.1 y 2, inciso primero, *EACat*, al efecto de salvar la inconstitucionalidad que, mediante interpretación literal podría haberse anudado a unas previsiones enfáticas al tiempo que omisivas que, según entiende el TC, «admiten una interpretación conforme con la Constitución en el sentido de que no impiden el libre y eficiente ejercicio del derecho a recibir enseñanza en castellano como lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza».

En una formulación comprensiva de sus matices, esa línea de doctrina, básicamente articulada con ocasión del rechazo a extraer del derecho de opción lingüística pretensión alguna de exclusiva enseñanza en una sola de las lenguas oficiales (en aquel caso de la lengua castellana), se hace ahora extensiva a todo el proceso educativo y se proyecta asimismo a propósito de la lengua española oficial.

Y en el párrafo séptimo del FJ 24, esa proyección doctrinal actualizada puede sintetizarse en una doble consideración y una conclusión previa a la interpretación de conformidad constitucional del artículo 35.1 y 2, inciso primero, *EACat*.

La consideración es que «por oponerse a ello el mandato constitucional implícito a los poderes públicos, estatal y autonómico, de fomentar el conocimiento y garantizar el mutuo respeto y la protección de ambas lenguas oficiales de Cataluña (STC 337/1994, FJ 9)» y «por constituir la enseñanza en las lenguas oficiales una de las consecuencias inherentes... a la cooficialidad (STC 87/1983, de 27 de octubre, FJ 5)... ambas lenguas han de ser no sólo objeto de enseñanza, sino también medio de comunicación en el conjunto del proceso educativo... como vehiculares».

Y la conclusión es que, presupuesto el derecho a recibir enseñanza en cualquiera de las dos lenguas, la centralidad del catalán como lengua docente, consecuente con el objetivo de la normalización lingüística, topa «siempre con

el límite de que ello no determine la exclusión del castellano como lengua docente de forma que quede garantizado su conocimiento y uso en el territorio de la CA (STC 337/1994, FJ 10)».

En esa tesitura, así como del inciso primero de su apartado segundo, del artículo 35.1 *EACat* se dice que es constitucional sólo si «interpretado en el sentido de que con la mención del catalán no se priva al castellano de la condición de lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza» (enunciado segundo) «conduce a la existencia de ese derecho a la enseñanza en castellano» (enunciado primero).

Sin perjuicio de la crítica que, en términos técnicos, propios de la teoría de la interpretación constitucional, en su propio seno o en el ejercicio de glosa doctrinal²², no cabe desconocer el efecto integrador de un ensayo hermenéutico que, en virtud de la depuración del sentido y alcance de esas controvertidas cláusulas, al tiempo que reconoce la función complementaria que ex artículo 3.2 CE corresponde a los *EEAA*, contribuye a la consolidación de los rasgos propios del modelo constitucional de conjunción lingüística de base territorial. Un modelo que, sobre su inicial configuración a propósito de la controvertida confluencia posible de las dos lenguas oficiales de Cataluña en el ámbito de la enseñanza, en la STC 31/2010, parece erigirse ya, por su potencial comprensivo, en criterio determinante al efecto de clarificar el sentido y alcance de un régimen constitucional, ex artículo 3 CE, sobre el que, si no antes, llegado el momento de resolver el RI interpuesto contra la ya referida Ley del Parlamento de Cataluña 12/2009, de 10 de julio, de Educación, ha de volver el TC²³.

²² A propósito de la crítica externa, se remite aquí, a título indicativo de una perspectiva doctrinal catalana, no exenta de matices, a los comentarios de urgencia de *Milian Massana*, *Pons Parera*, *Pla Boix* y *Muro Bas*, en el número especial sobre el Estatuto de la *Revista catalana de pret public* (*op. cit.*, *supra* nota 20).

Y en cuanto a las críticas surgidas del propio seno del TC, bien que con un tono y de un modo diverso en cuyos pormenores no es posible entrar aquí, son de interés los votos particulares (VV PP) de *Conde Martín de Hijas*, *Delgado Barrio*, *Rodríguez-Zapata Pérez* y *Rodríguez Arribas*.

²³ Admitido a trámite mediante Providencia de 27 de octubre de 2009, el RI núm. 8741-2009, que ha sido promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo parlamentario popular en el Congreso de los Diputados, se dirige contra los párrafos 7, 20, 22, 27, 28 y 36 del Preámbulo; y los artículos 4.2, 8.1 y 3, 9.2, 10.2 y 4, 17, 51, 52, 53, 55.1, 52, 53, 55.1 y 6, 57.1, 58, 59, 61, 64.4 y 5, 68, 70.1, 104.3, 109, 111, 112, 114.1, 117.1.c), d) y f), 119, 120, 121, 125, 153, 154, 155, 158.1 y 2.a), primero, segundo y cuarto, y f), y 161; y DA 2.º y 9.º.

Sobre la expectativa existente ante una regulación puntillosa e incisiva puede considerarse un buen exponente el comentario apuntado por *MILIAN MASSANA, A.*, *El régimen de las lenguas oficiales...*, *op. cit.*, p. 135: «Esta ley, comparada con la legislación precedente (art. 21.2 y 2 LPL) y con la normativa examinada por el Tribunal Constitucional en la STC 337/1994, restringe en gran medida el ámbito garantizado a la enseñanza en castellano, circunstancia que, a la luz de la doctrina de la STC 337/1994, ya permitía dudar de la constitucionalidad de alguno de sus puntos cuando se aprobó».

En todo caso, cualquiera que pudiera ser el criterio doctrinal y sin perjuicio de la legitimidad política de toda posición discrepante, una vez que se ha sentado doctrina constitucional, la STC 31/2010 se ha de considerar un punto de inflexión, inexcusable tanto si de la resolución de conflictos en vía jurisdiccional se trata, como si de lo que se habla es de su articulación mediante ley.

Está claro que, sin perjuicio de la reactiva vía jurisprudencial, la correcta y segura aplicación de los estándares constitucionales sentados en la STC 31/2010 demanda una intervención reguladora del legislador.

En efecto, una atenta consideración del complejo marco competencial en el que se desenvuelve la prestación del servicio público educativo, permite comprender bien que sólo de una congruente intervención reguladora del legislador estatal, general y autonómico, puede esperarse la efectiva y plena operatividad de los estándares constitucionales esbozados, si no explicitados, por la STC 31/2010.

Sin pretender ir, en esta ocasión, más allá de la mera indicación de la vía a seguir, bastará con marcar los extremos de un segmento de suficiente amplitud para dar cabida a políticas lingüísticas relativamente diversas hasta sus límites.

Límites que llevarían, de un lado, a descartar definitivamente la pretensión de volver a la idea de escuelas separadas por razón de la lengua (si ello debiera excluir del todo o no una modulada variante, en concurrencia de determinados presupuestos y no sin exigencias, de aulas alternativas al tratamiento de refuerzo individualizado, es cuestión que puede dejarse aquí sin respuesta). Y, de otro lado, a reconocer la condición de lengua docente de la lengua castellana, mediante definitiva superación de la pretensión de su estructural degradación a la mera condición de materia curricular, sin que la cuestión horaria (si dos o tres horas) o la disputa metodológica sobre la lengua de aprendizaje (si gramática en lengua castellana o no), ciertamente elementos adicionales a considerar, puedan velar la verdadera cuestión²⁴.

²⁴ A esa misma línea de compromiso, sin exigencia alguna de radical abandono de la política de normalización, se llamaba con la demanda de una imperiosa necesidad de una vuelta a la normalidad, en mi *Aproximación al modelo lingüístico español...*, *op. cit.* (nota 2). Y a esa línea de inexcusable renovación del compromiso lingüístico, sin perjuicio del posible mantenimiento del catalán como centro de gravedad en la enseñanza, apunta más recientemente un protagonista del debate en Cataluña en un artículo de título muy significativo («¿Evitar la guerra lingüística?») publicado en *El País*, de 30 de abril de 2011.

Si avanzar en el desarrollo de este u otro tipo de modalidades de operativa conjunción de las lenguas docentes en la enseñanza se llegase a considerar un ataque españolista a la escuela catalana, entonces es que al tradicional españolismo excluyente le ha venido a tomar el relevo un españolismo de nuevo cuño, emergente en un territorio con lengua propia, que travestido de catalanismo consecuente pareciera tener puesta su mira, tal como fuera el caso de aquel rancio españolismo, en minusvalorar, negándole su condición de instrumento docente (sin la que una lengua pierde presencia social y, en todo caso, padece menosprecio, como bien ha sostenido MILIAN MASSANA, A., a propósito de la lengua catalana, en «Los derechos lingüísticos en la enseñanza de acuerdo con la Constitución», *REDC*, n.º 7, 1983, ya no al catalán, sino al castellano, cuya presencia en la enseñanza en Cataluña se pretende dejar reducida a su inserción en el currículo como mera asignatura.

2.º *A propósito de la lengua propia «en» Cataluña.* Elemento particularmente destacable de la reforma estatutaria, por más que pueda ello inicialmente haber pasado un tanto desapercibido, dada la falta de pronunciamiento en la STC 31/2020 ante «la ausencia de una fundamentación impugnatoria expresa» por parte de los recurrentes, se ha de considerar el explícito reconocimiento de la variante aranesa de la lengua occitana, previa su caracterización como la lengua propia de la comarca, como lengua oficial «en» Cataluña. Y ello, «de acuerdo con lo establecido por el... Estatuto y las leyes de normalización lingüística» (artículo 6.5 *EACat*).

Si de lo establecido en el *EACat* se trata, la cuestión se ciñe a una triple referencia, a propósito de los derechos de los locutores de *aranés* a conocer y a utilizar esta modalidad del gascón (tanto en sus relaciones con las Administraciones públicas y con ocasión de la prestación de servicios públicos en el Valle de Arán como, en general, en sus relaciones con la Generalidad), del fomento público de su uso, de su difusión y conocimiento y, en fin, de la responsabilidad compartida entre la Generalidad y el *Conselh Generau d'Aran* en el proceso de su normalización, en los términos contenidos en los artículos 36, 50.1 y 143.2 *EACat*. Lo que *a contrario* significa que, sin perjuicio del alcance que al mismo pueda darse mediante ley, el *aranés* no podría acogerse al régimen estatutario de garantías que, ex artículo 37.1, párrafo segundo, son de aplicación a propósito de la lengua propia «de» Cataluña.

Con todo, su explícito reconocimiento estatutario como lengua oficial «en» Cataluña comporta un claro avance sobre la situación precedente, en un doble sentido. En primer término, porque la vigente declaración de oficialidad supera el rango legal que había tenido previamente, al amparo de la Ley 16/1990, de 13 de julio, sobre el régimen especial del Valle de Arán. Y, en segundo término, porque a su extensiva proyección personal al conjunto de Cataluña, en consecuencia con su declaración estatutaria como lengua oficial «en» Cataluña, esa variante gascona, de la familia lingüística denominada occitano alcanza, mediante Ley de la Generalidad 35/2010, de 1 de octubre, un grado de desarrollo desconocido en todo el espacio lingüístico occitano.

La Ley 35/2010 que, disposición derogatoria mediante, incide en el acervo lingüístico del *aranés*, fruto de la confluyente aplicación de las Leyes 16/199 y 1/1998, clarifica ya en su Preámbulo que, en virtud de su reconocimiento estatutario de oficialidad, «en» Cataluña ya no serían dos, sino tres, las lenguas oficiales.

Y aquí, en este punto, se impone una advertencia preliminar y una consideración adicional de fondo.

La advertencia estriba en aclarar que la *Ley del aranés* se halla pendiente de resolución de RI interpuesto por el Presidente del Gobierno, básicamente, en atención a la previsión recurrente, en algunas de sus previsiones relativas al ámbito institucional, de una regla de preferencia de uso o equivalente que, ya a propósito de la lengua catalana, en la STC 31/2010 se había declarado inconstitucional y nula.

Si ese severo enjuiciamiento puede o no trasladarse, sin matiz, al control de la previsión de una regla de preferencia de uso del aranés que no se establece en el artículo 6.5 *EACat*, sino mediante ley autonómica, es cuestión precisada de adicional reflexión.

A propósito, sin pretender adelantar con ello juicio definitivo alguno, ni llamar la atención del supremo intérprete de la Constitución a propósito de la proyección de su jurisprudencia sobre esa controvertida cuestión²⁵, acaso no fuese del todo inconveniente un esfuerzo hermenéutico tendente a la toma en consideración de criterios operativos en materia de normalización de usos lingüísticos de lenguas regionales minoritarias en contextos de concurrencia con otras lenguas oficiales, sin perder de vista los compromisos derivados de la CELRM, pero de conformidad con las exigencias propias del modelo constitucional español de conjunción lingüística de base territorial.

La consideración adicional guarda ya relación, no tanto con los criterios que hayan de regir el enjuiciamiento constitucional en detalle del estatuto jurídico del aranés articulado en esa controvertida ley autonómica (conocido es que, en lo sustancial, se trata de la previsión de sus usos en los ámbitos institucional, de enseñanza, de los medios, etc., previa la formulación de unos principios generales, de los que ciertamente trasluce el designio constitutivo de la cláusula estatutaria), como con el significado mismo de la declaración de oficialidad del aranés «en» Cataluña, en tanto que la lengua propia, expresiva de la específica *realidad nacional*, del Valle de Arán.

Aquí, la cuestión por dilucidar, puesto que ha quedado imprejuizada en la STC 31/2010, es si en virtud del sustrato identitario expresivo de una singularidad política, de la que la lengua propia se considera instrumento muy destacado pero que, asimismo, se proyecta en el reconocimiento de la singularidad institucional de un territorio que, manteniéndose al margen de la tradicional agrupación comarcal en *veguerías*²⁶, vendría a relacionarse con la Generalidad de modo bilateral, ese explícito reconocimiento estatutario se ha de poner en contraste mirando en exclusiva a lo dispuesto en el artículo 3 CE o bien ampliando el foco para interpretarlo atendiendo a su inmediato contexto constitucional y, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo 2 CE²⁷.

²⁵ A propósito del detalle *cf.* Dictamen del Consejo de Estado, núm. 970/2011, de 7 de julio (accesible desde <<http://www.consejo-estado.es>>). El RI ha sido admitido a trámite por el TC que, según se informa, en consecuencia con la invocación por parte del Gobierno del artículo 161.2 CE deja en suspenso la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados (artículos 2.3, 5.4 y 7, 6.5).

²⁶ Véase la Ley 30/2010, de 3 de agosto, de *veguerías* (*cf.* Dictamen del Consejo de Estado, núm. 2440/2010, de 2 de diciembre; accesible desde <<http://www.consejo-estado.es>>), modificada por Ley 4/2011, de 8 de junio, que viene a aplazar su plena entrada en vigor.

²⁷ A la pertinencia de este tipo de interpretación constitucional sistemática se apuntaba, de modo sucinto, en la presentación («El Estado autonómico en la encrucijada») del número 151 (monográfico) de la *REP*, *op. cit.*: «A la pertinencia de este tipo de interpretación

3. Y UN APUNTE FINAL A PROPÓSITO DEL MARCO NORMATIVO POR DESARROLLAR, MEDIANTE LEY... ¿Y REFORMA CONSTITUCIONAL? O SOBRE CÓMO TRAZAR EL CAMINO POR RECORRER A MITAD DE JORNADA

En este punto final de mi intervención quisiera referirme, mirando al camino por recorrer, a dos posibles vías de avance al efecto de superar el *impasse* generado a partir de unos autorizados pronunciamientos de la STC 31/2010 que, como punto de inflexión, deja en torno un complejo panorama de interpretaciones de conformidad constitucional de disposiciones estatutarias, referente de normas legislativas y reglamentarias, previas o consiguientes a la reforma del *EACat*, pendientes de un indicado acomodo interpretativo que, por más que pueda ello extrañar, no siempre se acomete con la debida observancia de un sistema de controles normativos que, en tanto no se produzca una modificación del marco normativo vigente, mediante reforma constitucional (3.º), obviamente vincula a todos, tanto órganos jurisdiccionales (1.º) como políticos, incluidos legislativos nacional y autonómicos (2.º).

1.º A propósito de la asunción jurisprudencial de los estándares constitucionales sentados a propósito del enjuiciamiento del *EACat*, se impone aquí, sobre otras posibles, la referencia a una emergente línea de jurisprudencia reciente en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la que, en la vía de la casación de resoluciones del TSJ de Cataluña (que, sobre la presunción de constitucionalidad de la Ley 1/1998, de política lingüística, desatendían pretensiones relativas al desconocimiento por parte de la Administración educativa autonómica de la garantía de enseñanza en castellano), sin llegar a plantear, como en alguno de los casos expresamente se demandaba, cuestión de inconstitucionalidad (CI) alguna, se está procediendo a proyectar sin ambages esa doctrina constitucional *ad casum*²⁸.

constitucional sistemática se apuntaba, de modo sucinto, en la presentación («El Estado autonómico en la encrucijada») del ya referido número 151 (monográfico) de la *REP*, pp. 9-24, al ponerse en duda que mediante una mera reforma estatutaria pudiera presuponerse «esa misma condición de realidad nacional (que en la STC 31/2010 expresamente se reconduce al reconocimiento constitucional de «nacionalidades» ex artículo 2 CE) a propósito de una región interior —cual es, aquí, el caso del Valle de Arán—... a falta de toda cobertura en el ya referido artículo 2...» (p. 22).

²⁸ A título indicativo, en lo que sigue, se reproduce parcialmente el fallo de la STS, Sala 3.º, Sección cuarta, de 10 de mayo de 2011, dictada en casación (recurso núm. 1602/2009) contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo (sección quinta) del TSJ de Cataluña, de 30 de septiembre de 2008 (ponente: Antonio Martí García): «(...) declaramos el derecho del recurrente a que el castellano se utilice también como lengua vehicular en el sistema educativo de la Comunidad Autónoma de Cataluña, y en consecuencia y para ello la nueva situación creada por la declaración de la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional que considera también el castellano como lengua vehicular de la enseñanza en Cataluña junto con el catalán incluyendo el derecho de los niños en educación

Así las cosas, la ejecución de estos fallos por parte de las Administración competente se anuncia problemática, a falta de explícita declaración de inconstitucionalidad de la vigente LPL, algo que mediante el indicado planteamiento de una CI acerca de esa ley podría contribuir a superar; como asimismo resultará de interés la doctrina que pueda sentarse con ocasión de la resolución del recurso de inconstitucionalidad (RI) pendiente contra la Ley de educación de Cataluña (LeC)²⁹.

2.º Si se trata de la consideración crítica de los legisladores, nacional y autonómicos, lo primero que se pone de manifiesto es un marcado contraste entre el voluntarismo legiferante del legislador autonómico, del que la ya referida ley de educación de Cataluña bien puede considerarse exponente, y la

infantil y en el primer ciclo de educación primaria a recibir la enseñanza en la lengua peticionada por los padres...».

La doctrina, que se reproduce, asimismo, en STS de 19 de mayo de 2011, dictada en recurso de casación núm. 395/10 (misma ponencia), y que ya antes se había aplicado otras veces, en las sentencias de la misma Sala y sección, de 13 y 16 de diciembre de 2010, dictadas en resolución de los recursos de casación núms. 796/2009 (ponente: Celsa Picó Lorenzo) y 1839/2009 (ponente: Celsa Picó Lorenzo), viene de la STS de esa misma Sala y sección, de 9 de diciembre de 2010, dictada en recurso de casación núm. 793/2009 (ponente: Santiago Martínez-Vares García).

²⁹ En la prensa de los primeros días de septiembre de 2011 (cfr., por ejemplo, *La Vanguardia*, de 3 de septiembre de 2011; *El País*, de 4 de septiembre de 2011) se da cuenta de la polémica generada en la CACat a propósito de la resistencia de la Administración educativa de la Generalidad de Cataluña que, con apoyo político de la mayor parte de las fuerzas parlamentarias (vide *La Vanguardia* cit.: Ultimátum del TSJ a la Generalidad para que el castellano sea lengua vehicular en la escuela; El PSC se alinea con la Generalidad en «la defensa del modelo lingüístico», etc.; se anuncia, de otra parte, una moción de los parlamentarios del Grupo popular en el Parlamento de Cataluña, en demanda del cumplimiento de las resoluciones jurisdiccionales; véase *La Vanguardia*, op. cit.: «El PPC presentará una propuesta en el Parlamento para forzar el cumplimiento del fallo»), parece anunciarse una clara voluntad de incumplimiento.

En ese punto conviene diferenciar entre la lógica de una reacción política que no es incompatible con la formulación e interposición de los correspondientes recursos en vía jurisdiccional y una posible deriva, mediante manifestaciones y actitudes desafiantes, expresiva de desobediencia a los mandatos y obligaciones que puedan llegarse a imponer en el marco del orden constitucional vigente.

El episodio, al tiempo que evidencia cierta descomposición del panorama político español, es una muestra también del disfuncional ejercicio de sus respectivas competencias por parte de los órganos constitucionales competentes en materia lingüística. De los órganos jurisdiccionales porque estando en su mano plantear cuestiones de inconstitucionalidad dejan de hacerlo (a la espera quizás de la resolución del RI que pende sobre la Ley de educación), aun cuando de la lectura constitucional de las cláusulas estatutarias resulta manifiesta la incompatibilidad, con el modelo constitucional de conjunción lingüística de base territorial, de disposiciones como las del artículo 21 LPL. Y de los órganos políticos, porque ni en el seno del CD y del Senado se plantean otras iniciativas lingüísticas que no tengan que ver con la proyección extraterritorial de las demás lenguas españolas, ni del Gobierno de la nación les llega iniciativa alguna tendente a la ordenación sistemática y congruente de este complejo régimen lingüístico.

defectiva asunción de sus responsabilidades por parte del legislador nacional, en tanto que órgano encargado de dar cumplimiento a las previsiones constitucionales, mediante la correspondiente regulación. Así, por ejemplo, por no salir del referido ámbito educativo, a propósito del estatuto general de la lengua española común como lengua docente en un contexto lingüístico diferenciado de prestación del servicio público de enseñanza.

A propósito se impone avanzar en la caracterización, sobre la recurrente invocación de los diversos apartados del artículo 149.1 CE, de un implícito título competencial insito, en particular, en el medular artículo 3 CE.

Así como, a propósito del régimen lingüístico autonómico de las lenguas cooficiales en la jurisprudencia del TC se ha tratado, de modo variable, pero recurrente, de los títulos autonómicos de intervención en materia lingüística (y ello, antes de que, mediante su reforma, en el *EACat* se avanzase de modo extensivo e intenso en la identificación de títulos de competencia en materia lingüística y en relación con la regulación general del estatuto de la lengua propia), en el orden constitucional vigente, nada se opone a una lectura congruente en ese sentido de las previsiones de naturaleza o contenido lingüísticos; y, en particular, a la hora de regular el régimen constitucional, el sentido y alcance de la dimensión lingüística de los derechos y deberes constitucionales.

Dicho sea esto, sin perjuicio de otras posibles intervenciones legislativas de corte reactivo como las que, con la debida garantía política, previa apreciación política de un riesgo para el interés nacional, pudieran llegar a adoptarse para armonizar situaciones normativas derivadas de una legítima intervención autonómica, mediante el establecimiento, ex artículo 150.3 CE, de los principios precisos al efecto.

Por más que la experiencia LOAPA haya marcado su trayectoria, no sólo no debiera considerarse inservible, sino que, en un contexto de dispositiva pulsión asimétrica y marcada presencia de hechos diferenciales, de un instrumento normativo como la ley de armonización puede esperarse un rendimiento integrador particularmente indicado en materia lingüística en la medida en que, sobre la invocación más o menos controvertida de títulos atributivos de competencia, se constatase una necesidad cierta de salvaguarda del interés general de la nación³⁰.

3.º Se impone, finalmente, una última referencia a la hipótesis de reforma constitucional o sería mejor decir a la alternativa hipótesis de reforma de com-

³⁰ A título meramente indicativo puede considerarse, por ejemplo, la hipótesis de reconducción de los usos exteriores y en el marco de la UE de otras lenguas españolas que, sin poner en cuestión los títulos de intervención respectivos, mirase a la salvaguarda del interés nacional subyacente a la consecución para la lengua española común de un (genérico o específico) estatuto de lengua de trabajo.

A propósito de este y de otros supuestos imaginables de intervención armonizadora del legislador nacional, remito a mi intervención en la Jornada sobre *Lenguas y Constitución española*, UAM, 28 de noviembre de 2011.

pleción y perfeccionamiento o reforma de superación del modelo constitucional esbozado en el artículo 3 CE.

Lo primero, es decir, una eventual reforma completiva podría traducirse, en lo sustancial, en una doble precisión.

Una primera precisión, a propósito de una (cierta) determinación de las demás lenguas españolas que puedan declararse oficiales, poniendo así coto a una hipotética deriva de dispositiva invocación de una especie de implícito derecho colectivo al reconocimiento de lenguas propias, mediante procesos intensos de normativización y normalización de modalidades lingüísticas, de los que a simple título de reflexión sobre el grado de apertura de la cláusula habilitante del artículo 3.2 CE, se hizo ya referencia.

Y una segunda precisión, intensiva o *in extenso*, en relación con el estatuto común de la lengua española oficial del Estado. En esta línea, la mayor dificultad estriba, no ya en la remanencia, sino en la relativa reviviscencia, de aquellas mayorías y minorías presentes en el proceso constituyente, por decirlo a la manera de una conocida contribución del profesor Rubio Llorente³¹.

Y en cuanto a la hipótesis de reforma superadora o de cambio del modelo constitucional de asimétrico bilingüismo de base territorial, me limitaré simplemente a señalar que, en consecuencia con la base constituyente en la que descansa el orden constitucional vigente, resulta una hipótesis altamente especulativa.

Pero siquiera sea por concluir con una provocativa paradoja, es preciso reconocer que están en lo cierto quienes sostienen que, a efectos prácticos, de una reforma constitucional que estableciese la exclusiva oficialidad de la lengua propia, póngase por caso, de la CACat, en el currículo del sistema público de enseñanza difícilmente podría empeorar la consideración que, como materia curricular, actualmente se reconoce en la ya referida LeC a la lengua española común.

³¹ RUBIO LLORENTE, F., «Minorías y mayorías en el poder constituyente», en RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993 (2.ª ed., 1997), pp. 135- 163.

La libertad religiosa en los comedores escolares y sus enemigos*. Coherencia normativa y coordinación de actuaciones del Estado y las Comunidades Autónomas sobre los comedores escolares

Miren Gorrotxategi Azurmendi
Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

SUMARIO: 1. Diversidad, religión, alimentación y escuela. 1.1. La era de la diversidad. 1.2. Las prescripciones religiosas alimentarias. 1.3. El comedor escolar. 1.4. ¿Qué diversidad? 2. Libertad religiosa y alimentación en España. 2.1. La Libertad Religiosa en la Constitución española de 1978. 2.2. La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. 2.3. Los Acuerdos del Estado español con las confesiones religiosas de notorio arraigo en España. 3. La regulación de los menús de los comedores escolares en España y sus comunidades autónomas. 3.1. El Reparto de las Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA). 3.2. La intervención normativa a través del título competencial en Educación. 3.3. La intervención normativa a través del título competencial en Sanidad. 3.4. La intervención normativa a través del título competencial en Justicia. 3.5. Recapitulación. 4. Conclusión.

1. DIVERSIDAD, RELIGIÓN, ALIMENTACIÓN Y ESCUELA

1.1. La era de la diversidad

La «atención a la diversidad» es un término que, en el ámbito de la educación en España, fue acuñado por la LOGSE¹ en la década de los años 90.

* Este trabajo se ha realizado dentro del ámbito del proyecto de Investigación «Sistema Federal entre Integración de la Diversidad y Estabilidad», 2011-2013, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y las actividades del Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco IT743-13.

¹ Ley Orgánica General del Sistema Educativo de 3 de octubre de 1990 (BOE de 4 de octubre de 1990).

Con este término se pretendía reflejar una nueva exigencia al sistema educativo, cuya reflexión de fondo podría resumirse de la siguiente manera: para garantizar el derecho a la educación², no se considera ya suficiente que todos tengan acceso al sistema escolar sino que, además, y para compensar las desigualdades que, en caso contrario, podrían derivarse, el sistema debe adaptarse a las distintas necesidades que presentan los alumnos en función de su diversidad (diferentes inquietudes, cualidades cognitivas, aspiraciones, contextos socioeconómicos, etc.).

La atención a la diversidad puede encontrarse hoy contenida en todos los instrumentos básicos de acción en el ámbito educativo español; la actual Ley de educación, aprobada en 2006, la incluye entre sus principios generales³, las Comunidades Autónomas, obligadas por la normativa estatal básica, procuran recursos para la adaptación, los Centros Escolares diseñan estrategias, etc.

Esta preocupación, no obstante, no es de origen exclusivo español. La Conferencia Mundial sobre Educación para Todos de 1990 reflejó, entre otras cosas⁴, el empeño de la comunidad mundial en garantizar a todas las personas —niños y adultos— la posibilidad de aprovechar las oportunidades educativas ofrecidas para satisfacer sus necesidades básicas de aprendizaje. La UNESCO hizo suya esta preocupación en la Declaración de Salamanca de 1995⁵. Recientemente, el 17 de junio de 2010, el Consejo Europeo aprobó los Objetivos de la Educación para la década de los años 2010-2020, uno de los cuales titula: *Educación inclusiva, diversidad e interculturalidad: derecho a la diferencia sin diferencia de derechos*⁶.

Este título nos sugiere que la preocupación por la diversidad tampoco tiene su origen, de forma exclusiva, en el ámbito de la educación. La retórica que contiene la «atención a la diversidad» (escolar) está sembrada de términos como: pedagogía integradora, igualdad, desigualdad, medida compensatoria, discriminación, interculturalidad, derecho a la diferencia, etc., que es propia también —no sólo por el uso sino también por su intencionalidad— de otros sectores. En el discurso propio de la postmodernidad, el individuo, su particu-

² En la Constitución española recogido en el artículo 27.

³ Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. BOE n.º 106, de 4 de mayo de 2006.

⁴ Aprobado en la Conferencia mundial de Educación para Todos, celebrada en Jomtien, Tailandia, 5 al 9 de marzo de 1990. Lógicamente, en esta conferencia la preocupación no se centra exclusivamente en la diversidad, sino también y sobre todo en el acceso generalizado.

⁵ Declaración de Salamanca y Marco de Acción para las Necesidades Educativas Especiales, documento aprobado el 10 de junio de 1995 con ocasión de la Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales: Acceso y Calidad, auspiciada por la UNESCO, organizada por el Gobierno español y celebrada en Salamanca los días 7 a 10 de junio de 1995.

⁶ Objetivo n.º 12. En desarrollo de estos objetivos, el Gobierno español aprobó en Consejo de Ministros de 25 de junio de 2010 el Plan de Acción 2010-2011, en el que se incluyen medidas para lograr cada uno de los 12 objetivos marcados, aunque lo cierto es que el objeto de diversidad que principalmente se atiende es el derivado de la discapacidad.

laridad, su identidad, su desarrollo personal, etc., adquieren una importancia renovada. Poner el acento en la diversidad que caracteriza nuestra sociedad y en la necesidad de prestarle atención, buscar su lado positivo, subrayarlo y desarrollar estrategias a su servicio, fomentar los valores que la respetan, etc., es una línea de atención común en todas las ciencias sociales. La dimensión cultural de la diferencia que refleja el título ofrecido a este objetivo, es una muestra de la importancia central que la diversidad cultural ha adquirido en el debate sobre la igualdad. La desigualdad no se mide únicamente en términos materiales, sino también en función de la garantía de vivir la diferencia que se ofrece a las identidades particulares⁷.

En efecto, el interculturalismo se ha revelado, a juzgar por el contenido de los documentos que contienen las políticas públicas de diversos niveles, como la mejor estrategia para hacer frente a las sociedades multiculturales en las que vivimos. El Consejo de Europa publicó el documento: *Livre blanc sur le dialogue interculturel «Vivre ensemble dans l'égalité»*⁸ en el que se defiende la necesidad de establecer un diálogo intercultural para la gestión democrática de una diversidad cultural en aumento en Europa. Muy recientemente, también el Consejo de Europa ha dado a conocer su Informe *Vivre ensemble. Conjuguer diversité et liberté dans l'Europe du XXI^e siècle*⁹, en el que aboga por la inclusión de «competencias interculturales» en los programas educativos, como estrategia de lucha contra el resurgir de la intolerancia y la discriminación en Europa. En España, el interés por el multiculturalismo en el ámbito educativo ha tenido su reflejo en la creación del Centro de Recursos para la Atención a la Diversidad Cultural en Educación (CREADE)¹⁰ en el año 2006.

La apuesta por el interculturalismo evoca la coexistencia pacífica y enriquecedora de distintas culturas en un mismo espacio político y jurídico e implica un

⁷ La filosofía política ha estudiado con mucho detenimiento los cambios de paradigma que se producen en reacción a la tendencia homogeneizadora del liberalismo propio de la Modernidad y las alternativas multiculturales, comunitaristas e incluso propias del liberalismo identitario que se han planteado para superarla. La Teoría del Reconocimiento y la Ciudadanía Multicultural propuestas por los canadienses Charles Taylor y Will Kymlicka, respectivamente, son reflexiones «globalizadas» en este ámbito. Diversas corrientes del feminismo han analizado muy bien las condiciones de discriminación en las que pueden vivir los grupos sociales que no detentan la posición dominante bajo la apariencia de un régimen inclusivo debido a que el universalismo que plantean no es en absoluto neutro. También el feminismo ha explicado mejor que nadie que el ocultamiento de las diferencias, el considerarlas como asuntos propios de la esfera privada, son una forma de mantener las identidades más débiles fuera del espacio público, que es el espacio de decisión política; en este terreno, Iris Young, cuyo trabajo se ha extendido también de forma general, es una referencia obligada.

⁸ En Sesión del Comité de Ministros celebrado el 7 de mayo de 2008. Documento accesible en: <http://www.coe.int/t/dg4/intercultural/Source/Livre%20blanc%20final%20FR%20020508.pdf>

⁹ Rapport du Groupe d'éminentes personnalités du Conseil de l'Europe, 2011.

¹⁰ El CREADE es un proyecto del IFIE (Centro de Formación del Profesorado, Investigación e Innovación Educativa) y, por tanto, del Ministerio de Educación. Disponible en: <https://www.educacion.gov.es/creade/index.do>

cierto grado de tolerancia de la mayoría cultural hacia las prácticas minoritarias en el contexto conflictivo que se puede derivar de la diversidad. Pero, concretamente, ¿en qué consiste el interculturalismo? ¿Y el interculturalismo en el ámbito escolar?

1.2. Las prescripciones religiosas alimentarias

No sólo «somos lo que comemos» sino que, además, «comemos lo que somos». Con este nuevo aforismo, desde la antropología se quiere llamar la atención sobre el hecho de que la forma en que nos alimentamos está condicionada por nuestra realidad no sólo biológica sino también psicosocial.¹¹

¿Por qué no comemos ciertos alimentos que son biológicamente comestibles? El perro, los insectos, el cerdo, etc., son consumidos en algunos lugares y resultan repugnantes en otros¹².

Cuál sea el origen de los tabúes de las distintas culturas alimentarias y saber si responden a criterios racionales (ecológicos, tecnológicos, económicos...) tiene su interés. Pero, al margen de ello, lo cierto es que en ocasiones los tabúes y las normas alimentarias las dictan principios de carácter ideológico y religioso¹³. Las personas aprendemos las buenas elecciones alimentarias a partir del saber colectivo que se va forjando a lo largo de generaciones y pasan a formar parte de nuestras creencias, algunas confirmadas por la experiencia, otras completamente simbólicas o mágicas, tales como el ayuno, la búsqueda de lo sagrado o las prohibiciones religiosas. Siguiendo todas estas prescripciones alimentarias, va contribuyéndose a una cultura alimentaria y, de esta manera, la alimentación adquiere un profundo valor simbólico. Mediante determinados usos alimentarios, una persona se identifica con un determinado grupo social y, compartir los mismos hábitos de alimentación, fortalece el sentimiento de pertenencia a una comunidad.¹⁴

La existencia de prescripciones alimentarias es algo común en las religiones. Sea como forma de comunicarse con Dios, sea para demostrar la fe mediante la aceptación de las directrices divinas concernientes a la dieta o sea con el fin de desarrollar una actitud disciplinada, solidaria, reflexiva, etc. (pensemos en el ayuno), es habitual en las religiones prestar atención a la alimen-

¹¹ CONTRERAS HERNÁNDEZ, J. y GRACIA ARNÁIZ, M., *Alimentación y cultura. Perspectivas antropológicas*, Ariel 2005.

¹² *Ibid.*, p. 38.

¹³ No resulta fácil conocer el origen de las prescripciones, entre otras cosas por la antigüedad que tienen (en caso de los judíos, por ejemplo, se encuentran referencias desde los tiempos de Noé). Los antropólogos aportan posibles razones (las reglas responden a alegorías sobre los vicios y las virtudes; son arbitrarias, con el único fin de disciplinar a los fieles; se trata de proteger de la influencia externa; responden a crisis alimentarias; tienen un fundamento dietético...), pero no existe un consenso que permita mantener una posición con certeza.

¹⁴ *Ibidem*.

tación y dictar mandatos sobre lo que se puede comer y lo que no; casi todas prohíben algún alimento, bien por completo o bien en determinadas épocas del año, o inducen al consumo de ciertos productos en fechas concretas.

En el caso de la religión católica, que cuenta la Gula como uno de los 7 pecados capitales, su marcado antropocentrismo¹⁵ hace de la libertad alimentaria la regla general, si bien es cierto que existen algunas normas, concebidas principalmente como actos de penitencia, purificación y refuerzo de la fe. Es así que se prohíbe el consumo de carne los viernes del período de Cuaresma y que se prescriben los ayunos, como el previo a la eucaristía.

Sin embargo, el judaísmo y el Islamismo son mucho más estrictos en cuestión alimentaria. Estas Religiones tienen unos códigos de alimentación explicitados en sus libros sagrados que afectan no sólo a la ingesta de algunos alimentos sino también a su modo de obtención y elaboración, y la observancia de estos preceptos les lleva a una estricta diferenciación entre los alimentos considerados puros o válidos y los calificados como impuros o no válidos.

Para las personas de religión islámica, se considera comida *Halal* o pura aquella que respeta las prescripciones contenidas en el Corán, entre las que se prohíbe comer tanto la grasa como la carne del cerdo y se exige un rito específico en el sacrificio de los animales consumibles que debe asegurar, entre otras cosas, que el animal se vacía de su sangre. En caso contrario, se considera que el alimento es *Haram* o impuro. La razón de tachar de impuros a algunos alimentos tiene que ver con la voluntad de Dios de proteger a las personas y mantener la integridad y la salud no sólo de sus cuerpos sino también de sus mentes y espíritus. La manera de nutrirse otorga un valor profundo a la relación de los productos del creador con el ser humano¹⁶.

Por otra parte, el Islam prescribe períodos de ayuno, entre los cuales destaca el Ramadán, durante el cual y, en relación con la alimentación, no se puede comer ni beber desde el alba hasta que el sol se esconde, si bien las personas especialmente vulnerables (ancianos, embarazadas, etc.) están exentas de llevarlo a cabo. En este período el musulmán está llamado a acercarse de forma especialmente intensa al Islam y el ayuno es una forma de arraigar importantes valores tales como la paciencia, la voluntad, la solidaridad, la disciplina, etc.¹⁷

Por lo que respecta a la religión judía¹⁸, el *Cashrut* es la parte de los preceptos religiosos contenidos en *La Torah* relativos a la alimentación que determina cuándo un alimento es *Casher* o puro y cuando es *Trefá* o impuro. El

¹⁵ En el que la naturaleza es un contexto para servir al hombre, según BIZZARRI, P., «Davide Pelanda», en *La fede nel piatto. Saperi e sapori del cibo dei Boveri*, Paoline, 2008, p. 26.

¹⁶ *La Fede...*, op. cit., pp. 33-34.

¹⁷ Sobre las funciones que cumple el ayuno: www.sufi.it/islam/ramadan_focus.htm

¹⁸ Según la Federación de Comunidades Judías de España. Disponible en: <http://www.fcje.org/>

judaísmo prohíbe el consumo, entre otras cosas, de la carne del cerdo, el marisco, así como la mezcla de carne y leche. También prohíbe el consumo de la sangre de los animales, lo que obliga a ritos de sacrificio y procedimientos culinarios específicos¹⁹. Para los hebreos, los preceptos alimentarios son una forma de introducir lo sagrado en la vida cotidiana; cuanto más se viva la vida en conformidad con los preceptos de *La Torah*, mayor sacralidad adoptará ésta²⁰, independientemente de cuáles sean las razones de la imposición²¹. Por lo que respecta al deber de ayuno, el hebraísmo establece diversas fechas en las que éste es obligatorio. Entre éstos, el más solemne, celebrado y riguroso es el reservado al día de la expiación, el *Yom Kippur*, durante el cual se reúnen en una sinagoga en la que celebran una liturgia especial y no se puede comer, beber, trabajar ni dedicarse al divertimento.

1.3. Los comedores escolares

En la actualidad, la transmisión de los valores asociados a la alimentación y de los hábitos sobre una dieta saludable, se alejan cada vez más del hogar y se llevan a cabo, en una importante medida, en la escuela. La importancia que hoy día tiene el comedor escolar no se ha escapado a los poderes públicos, quienes le otorgan el tratamiento de *servicio de prestación complementario a la escolarización*. Las normas en general le asignan, con mayor o menor profusión de detalles, el cumplimiento de importantes funciones educativas, compensatorias y de integración.

En el comedor escolar se aprenden, en gran medida, los hábitos de higiene, modos de comportamiento y nociones sobre una adecuada nutrición. La posibilidad de contar con el comedor escolar permite a los niños que viven alejados de los núcleos de población completar el horario escolar. La política de becas para el servicio de comedor, permite que las familias sin recursos puedan asegurar para sus miembros en edad escolar una buena alimentación. La conciliación entre la vida familiar y laboral sería mucho más complicada de lo que ya lo es si este servicio no existiera; en algunas familias resultaría imposible que todos los adultos trabajen fuera del hogar, con las consecuencias sociales y económicas que ello comporta. La escuela es un espacio fundamental de socialización y, en ella, el comedor se convierte en otro lugar de contacto e integración social. La participación de todos los niños en la misma actividad de

¹⁹ Las reglas que aquí se comentan son sólo una parte de lo que los libros sagrados para judíos y musulmanes contienen. Trabajos realizados en el marco de la antropología de la alimentación han reseñado, más exhaustivamente, el contenido de los preceptos religiosos alimentarios de éstas y otras religiones.

²⁰ *La Fede...*, *op. cit.*, p. 17.

²¹ A este respecto, el sitio Internet de la Federación de Comunidades Judías de España ofrece una visión secularizada de los preceptos alimentarios, al considerar que éstos se han revelado hoy por la ciencia como los más adecuados para la salud física humana.

la misma calidad, acerca, como objetivo posible, la igualdad, fomenta la responsabilidad, la solidaridad, etc.

Es decir, si tenemos en cuenta que:

«La educación es un derecho fundamental del ser humano y, por tanto, debemos ofrecer a los estudiantes de todos los niveles del sistema educativo, una educación inclusiva, intercultural, y plural donde todos los alumnos aprendan a relacionarse, desde el respeto, a convivir con el diferente,... promover ambientes educativos que estimulen la participación de todo el alumnado, promuevan las relaciones sociales y el éxito escolar de todos los alumnos y todas las alumnas. Debemos lograr una inclusión educativa eficaz, regida por los principios de atención a la diversidad: de condiciones, orígenes y culturas; garantizando una igualdad efectiva de oportunidades y conciliando la calidad con la equidad en lo que se refiere a los recursos y apoyos necesarios para compensar las desigualdades individuales; en particular, las derivadas de la discapacidad.»²²

... el comedor escolar se presenta como lugar ideal en el que atender a la diversidad en general y a la religiosa en particular. Ofrece un espacio en el que el ejercicio de la libertad religiosa se pone a prueba²³.y en el que el interculturalismo puede ser ensayado como en pocos otros. Desde la perspectiva de la atención a la diversidad, por tanto, parecería coherente que el importante valor simbólico que se le reconoce a la alimentación fuera tenido en cuenta en el momento de la elaboración de los menús del comedor escolar. Que, además de respetar las bases dietéticas fundamentales, pudieran ser ingeridos por todos los alumnos sin contravenir sus normas alimentarias religiosas.

1.4. ¿Qué diversidad?

Los conflictos que se están produciendo últimamente en nuestras sociedades a cuenta del uso de elementos de significación religiosa tales como el velo, el burka, las mezquitas, el sacrificio ritual de los animales, el crucifijo, etc., no parecen mostrar una práctica muy en paz con el título intercultural. Al contrario, en un contexto mundial caracterizado por el temor al fundamentalismo religioso, más bien parecen mostrar la tensión que producen las propuestas basadas en el reconocimiento social a la diversidad.

²² Extracto de las medidas de acción relativas al objetivo n.º 12 del Gobierno español citadas en nota 6.

²³ El comedor como oportunidad se refleja en la Guía para la gestión de la diversidad religiosa en los centros educativos de Cataluña de 2010.

En este sentido, no se puede perder de vista que el aumento de la diversidad religiosa tiene mucho que ver con el número de inmigrantes. El miedo ante los ataques terroristas en nombre de la religión se ha convertido en el miedo ante las consecuencias de la imposible integración de algunos inmigrantes (musulmanes), y ello ha hecho aparecer en nuestras sociedades una especie de «integración coercitiva»,²⁴ de marcado carácter culturalista. La percepción de que una alta fidelidad religiosa se da entre los inmigrantes, ha supuesto a menudo que el debate sobre el ejercicio de la libertad religiosa pase del terreno de los derechos fundamentales al de la inmigración.

Y de ello no se libra el ámbito escolar.

Efectivamente, si nos centramos en los hábitos alimentarios en relación con las prescripciones religiosas, es lógico deducir que el proceso de secularización de nuestras sociedades los haya flexibilizado, como ha sucedido con otras tantas normas religiosas. Si, además, partimos del hecho de que la religión católica (mayoritaria en nuestro país) no cuenta con muchas normas, es lógico que la única «religión» (civil) que se considere digna de importancia por la mayoría, con respecto a la alimentación, sea la salud, alumbrando el desarrollo de lo que se han llamado «sectarismos alimentarios»²⁵ asociados a ella. Es por ello que, a menudo, ante el planteamiento de considerar la necesidad de adaptar los menús escolares a las prescripciones religiosas, se hace valer el argumento de la necesaria asimilación de los inmigrantes a nuestras costumbres alimentarias.

Y, sin embargo, el planteamiento de la asimilación de los inmigrantes a la cultura alimentaria no parece ser el que mejor se ajusta al postulado interculturalismo, como sea que éste sea definido. Los inmigrantes no tienen más remedio que adaptarse a muchos condicionamientos alimentarios, no sólo porque les cuesta encontrar algunos productos propios de su cultura culinaria o les gusten los que al inmigrar encuentran sino porque la dinámica social les envuelve en cuanto a horarios, números de comidas, etc. Por otra parte, es común que los movimientos migratorios deriven en asimilaciones de la cultura culinaria, como por ejemplo, refleja el hecho de la existencia de distintas cocinas judías en función del lugar al que les llevó la diáspora²⁶. Sin embargo, renunciar a los dictados alimentarios religiosos para considerar que la integración se ha producido con éxito, es mucho más de lo que cualquier interculturalismo podría pedir a modo de adaptación.

Además, la secularización no es un dato jurídico sino sociológico. El hecho de que la religión se haya subjetivizado y que cada individuo haga su propia

²⁴ PAJARES ALONSO, M., «Inmigración y políticas públicas», en DE LUCAS, J. y SOLANES, A. (ed.), *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Dykinson, 2009.

²⁵ CONTRERAS HERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 424., en referencia al veganismo, vegetarianismo, y otras corrientes actuales.

²⁶ Podría así distinguirse los modos culinarios entre los sefarditas, askenazitas y levantinos, según *La Fede...*, *op. cit.*

reconstrucción de la religión, adaptándola a su criterio, el hecho de que la religión haya perdido parte de su capacidad para dictar el sentido de las conductas, no convierte la flexibilización de las normas religiosas en una obligación. Desde la perspectiva abierta a la diversidad, parece más lógico que vivir la religión secularizada²⁷ o la religión practicante (o la práctica antireligiosa) sea una opción personal y posible.

Pero, sobre todo, la alimentación escolar según los preceptos religiosos no es (sólo) una cuestión de integración de la inmigración, sino que es, principalmente, una cuestión de ejercicio de la libertad religiosa. A pesar de la tendencia que genera la secularización de considerar la religión como una forma de cultura²⁸, debe tenerse en cuenta que no es de la cultura —culinaria— de lo que se trata en este caso. Se trata de un mandato que emana de una religión que puede estar tan enraizada en la «cultura española» como la que prescinde de tales mandatos (en este sentido, no debemos olvidar que las religiones islámica y judía están presente en nuestro país bastante tiempo antes de que éste se convirtiera en un país para inmigrantes).

Así pues, la cuestión sólo puede plantearse, en términos jurídicos, desde la perspectiva del ejercicio de la libertad religiosa. ¿Se garantiza la alimentación en los comedores escolares conforme a las distintas religiones? ¿Existe otra posibilidad distinta a la de renunciar a la práctica religiosa para poder disfrutar del servicio de comedor escolar? ¿Es jurídicamente discriminatorio que los menús que se sirven en los comedores escolares no tengan en cuenta las creencias de las minorías religiosas?

2. LIBERTAD RELIGIOSA Y ALIMENTACIÓN EN ESPAÑA

La existencia de diferentes «creencias profundas» no constituye un problema en democracia, pues uno de los pilares sobre los que se asientan nuestras sociedades y nuestros Estados es precisamente el reconocimiento de que el pluralismo es un factor constitutivo de la sociedad. Por ello, cuando un Estado democrático aborda jurídicamente la cuestión religiosa, no puede hacerlo sino desde la perspectiva de la laicidad.

La laicidad exige, por una parte, que el Estado sea neutral frente a la religión. Esto supone que no puede favorecer ninguna religión sino que debe dejar absoluta libertad a la sociedad civil en su opción religiosa, opción que

²⁷ No es la forma preferida del Papa Benedicto XVI quien, con ocasión de la Jornada Mundial de la Juventud que se celebró en Madrid entre los días 16 y 18 de agosto de 2011, pidió a los jóvenes que no siguieran a Dios «por su cuenta».

²⁸ La secularización se produce siempre a partir de una religión determinada que ya ha contribuido a modelar las costumbres de la sociedad. Parte de sus dictados se absorben desprovistos de connotaciones religiosas, por lo que la religión se trata como un sistema de valores de una cultura determinada que no implica el cumplimiento estricto de la práctica religiosa.

cuenta con la garantía de la protección del Estado a través del reconocimiento de la libertad religiosa. Por otra parte, la laicidad exige la separación del Estado y la religión, en el sentido de que los dogmas de ninguna religión pueden convertirse en fundamento de actuación o parámetro de validez para el poder público.

Pero, a partir de estos rasgos necesarios, la laicidad puede llevarse a cabo de distinta manera. El Estado puede practicar, en función del nivel de reconocimiento público que reserve al hecho religioso, una laicidad más abierta (reconociendo la importancia del hecho religioso para la sociedad y aceptando algunas implicaciones jurídicas de ello) o más cerrada (considerando el hecho religioso como algo de lo que no deben ocuparse los poderes públicos, en ocasiones incluso como un hecho del que hay que defender a la sociedad). Asimismo, puede ser más o menos intervencionista para asegurar el ejercicio de la libertad religiosa a las minorías religiosas.

Si centramos el punto de referencia en el menú de los comedores escolares, el hecho de que no fuera posible una alimentación conforme a los preceptos religiosos de los alumnos supondría una restricción en el ejercicio de su libertad religiosa. Pero los derechos, se sabe, no son absolutos y, en el caso de la libertad religiosa, su extensión depende en gran medida de cómo se haya construido jurídicamente el concepto de laicidad. En el caso de España, ¿supondría atender a la especificidad alimentaria una violación del principio de laicidad del Estado? O, por el contrario, ¿sería discriminatorio no atender a la especificidad alimentaria religiosa en el comedor escolar?

2.1. La Libertad Religiosa en la Constitución española de 1978

El primer rango normativo llamado a definir las características principales de la laicidad de un Estado es su Constitución. La Constitución española reconoce la Libertad Religiosa, dentro del catálogo de Derechos Fundamentales con mayor rango de reconocimiento²⁹, en el artículo 16, y lo hace en los siguientes términos:

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.
2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

²⁹ Derechos a los cuales se ofrece el máximo nivel de garantía jurídica: la obligatoriedad de que sea una ley orgánica la que lo desarrolle, ley que deberá además respetar el contenido esencial del derecho; la posibilidad de recurrir la inconstitucionalidad de la Ley ante el Tribunal Constitucional, quien puede invalidar la norma pese a haber sido aprobada por una importante mayoría parlamentaria; posibilidad de quien ve vulnerado su derecho de recurrir en amparo, primero ante los Tribunales ordinarios y también ante el Tribunal Constitucional.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

La jurisprudencia constitucional ha explicado el alcance de este artículo en dos direcciones. Por una parte, la Libertad Religiosa contiene un derecho de carácter individual que a su vez tiene dos manifestaciones, una interna y la otra externa. En su dimensión interna, la Libertad Religiosa implica la absoluta libertad de una persona para adoptar las creencias religiosas que estime oportunas y consecuencia de ello es que nadie puede ser obligado a declarar sobre sus creencias. En su dimensión externa, garantiza que las personas puedan acomodar su conducta a los imperativos de sus propias convicciones, sin la injerencia del Estado ni de particulares, sin más límites que el respeto por el orden público protegido por la ley, lo que se interpreta como el respeto a los demás en el ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública³⁰. Además, el artículo 16 garantiza que este derecho sea ejercido de forma colectiva, y ello con inmunidad de coacción y sin trabas ni perturbaciones de ninguna clase.

Por otra parte, la Constitución obliga a los poderes públicos a tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y a celebrar acuerdos de cooperación con las distintas confesiones religiosas (exponente de laicidad abierta). Además, el Tribunal Constitucional³¹ ha relacionado este derecho con el artículo 9.2 de la Constitución que impone a los poderes públicos una directriz de actuación favorecedora de la libertad del individuo y la de los grupos en que se integra y creadora de las adecuadas condiciones para que tales libertades sean reales y efectivas y no meros enunciados carentes de contenido real. Es decir, la neutralidad del Estado frente a la religión no puede consistir en no hacer nada en relación con ella sino en actuar para que ésta pueda desenvolverse efectivamente. La jurisprudencia constitucional parece así avalar la interpretación que percibe en la Libertad Religiosa cierto deber de prestación por parte del Estado³².

³⁰ El Tribunal Constitucional ha aceptado, no obstante, otras limitaciones al derecho, en cuanto su expresión supondría obligar a terceros a llevar a cabo importantes esfuerzos de adecuación a ella. Ese fue el caso de la empleada en una empresa que había adoptado una religión que le impedía trabajar los sábados y solicitó del empleador que le eximiera del trabajo ese día, sustituyéndolo por otro. El despido por absentismo de la trabajadora que sucedió a la falta de acuerdo, no fue considerado por el TC una vulneración de la Libertad Religiosa (STC 19/1985, de 13 de febrero). Justamente lo contrario resolvió sin embargo, la Corte Suprema de Canadá, ante un hecho idéntico (STCS 17 de diciembre de 1985).

³¹ STC 46/2001 y 38/2007, por ejemplo.

³² Aunque no con carácter absoluto. Por ejemplo, cuando se ha planteado ante el TC la posibilidad de que el Estado satisfaga la obligatoriedad para la sanidad pública de prestar tratamientos diferentes a los habitualmente practicados para hacerlos compatibles con la fe religiosa de quienes lo demanden, el TC ha decidido que no existe tal derecho de prestación

2.2. La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa³³

Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución tienen que ser desarrollados por una ley orgánica que, respetando el contenido esencial del derecho, refleje la opción de regulación del legislador en el marco de las posibilidades admitidas por aquella. En España, el principal desarrollo legislativo de la libertad religiosa se ha hecho a través de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa³⁴.

Esta ley reitera en su primer artículo la aconfesionalidad (laicidad abierta) del Estado prevista en la Constitución y añade que las creencias religiosas no podrán constituir motivo de desigualdad o de discriminación ante o en la aplicación de la ley. A lo largo de su articulado, la ley va concretando la forma en que el Estado debe llevar a cabo el mandato de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española.

En ejercicio de la libertad religiosa en su dimensión interna, la ley específica que toda persona tiene derecho a profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.

En cuanto a la dimensión externa del ejercicio de la libertad religiosa, ésta abarca acciones como practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión, conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales, recibir sepultura digna sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales. También se recoge el derecho a recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole y a elegir la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las convicciones personales. Se incluye, además, el derecho a reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y a asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas. Y, en relación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas, la ley reconoce el derecho a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a

para las personas, por lo que tampoco ha deducido la obligatoriedad de reintegro de los gastos médicos realizados en una clínica privada para poder cumplir con tales requerimientos religiosos (STC 166/1996).

³³ Existen numerosas monografías sobre esta Ley en España. Recientemente, NAVARRO VALLS, R.; MANTECÓN SANCHO, J. y MARTÍNEZ TORRÓN, J. (coords.), *La Libertad religiosa y su regulación legal*, Iustel 2009.

³⁴ Es una Ley que ha superado la treintena de años a pesar de que los retos a los que se enfrenta el Estado en materia de religión han evolucionado significativamente. En el año 2008 el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana. Izquierda Unida-Iniciativa Cataluña Verts, presentó una iniciativa de reforma en el Congreso que no prosperó. En el año 2010 se anunció por el Gobierno del Estado que el Consejo de Ministros pretendía aprobar un proyecto de reforma para presentarla en el Parlamento, pero esto no llegó a suceder.

mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero.

En cuanto al mandato de posición activa que la Constitución extiende al Estado, la ley recoge que para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos.

Además, la ley explicita la forma en que el Estado mantendrá las relaciones de cooperación con las confesiones religiosas presentes en España al establecer que ello se hará mediante Acuerdo con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. Y añade que, en todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales.

Seguramente, la opción de la ley por los Acuerdos tiene que ver con la voluntad de posibilitar una relación especial del Estado con la religión católica y, condicionada por el deber de laicidad, se generaliza el sistema para todas las religiones que en España tengan un notorio arraigo. El hecho es que esta apuesta supone que, al margen de la tutela que del derecho común puede obtener cualquier sujeto en el ejercicio de su libertad religiosa, existen ciertas Confesiones o personas integradas en tales Confesiones que van a ver explicitados sus derechos religiosos como obligaciones que el Estado ha de cumplir. La existencia de Acuerdos solamente con algunas Confesiones y no con otras, introduce un elemento de diferenciación entre grupos religiosos en sus relaciones con el Estado.

Al margen de si esta opción es legítima y coherente con el principio de laicidad, sí puede pensarse que, cuando menos, ofrece un compromiso del Estado con los derechos religiosos de determinadas personas. Que la plasmación de una práctica religiosa en un Acuerdo parece ofrecer una garantía reforzada con respecto a lo que pudiera ofrecer el derecho común.

2.3. Los Acuerdos del Estado español con las confesiones religiosas de notorio arraigo en España³⁵

El Estado español ha celebrado Acuerdos (que hoy se mantienen en vigor) con 4 Confesiones. El primero de ellos lo celebró con la religión católica, mayoritaria en España, por medio de un Acuerdo Internacional firmado en 1979³⁶. Posteriormente celebró, en el año 1992 y, tras un largo proceso de

³⁵ Sobre el contenido de los Acuerdos: *Acuerdos del Estado español con los judíos, musulmanes y protestantes*, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca 1994.

³⁶ Mediante los acuerdos de cooperación entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979.

negociación, otros tres Acuerdos que obtuvieron un amplísimo consenso parlamentario al ser aprobados por Ley, con las tres Confesiones minoritarias principales españolas: la evangélica³⁷ la judía³⁸ y la islámica³⁹.

Por parte del Estado, la tarea de la negociación recayó en la Subdirección General de Asuntos Religiosos, integrada en la Dirección General de Asuntos Religiosos y Objeción de Conciencia del Ministerio de Justicia⁴⁰. En cuanto a las Confesiones, se les exigió fundamentalmente dos requisitos para poder actuar como interlocutoras con el Gobierno del Estado, requisitos que se referían a quién podía ser el sujeto negociador y a cuál debía ser el nivel de presencia que debían tener en la sociedad para ser aceptadas como interlocutoras.

Por lo que respecta al primero de los requisitos, debían constituirse en una única entidad que representara a las distintas corrientes existentes en su seno, para poder negociar con un único interlocutor por Confesión y de forma que pudieran asumirse los mismos derechos y obligaciones para todas ellas. De esta manera, todas las comunidades pertenecientes a una religión que estuvieran inscritas en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, tuvieron que acordar la composición de una Comisión Representativa a la que se dotó de personalidad jurídica propia mediante la inscripción en el Registro, con capacidad para negociar, acordar y realizar el seguimiento de los Acuerdos. Estas entidades son:

- La Federación de Entidades Religiosas Evangélicas Españolas (FEREDE)⁴¹.
- La, desde su cambio de denominación en 2004, Federación de Comunidades Judías de España (FCJE)⁴² que, en el momento de la firma de los Acuerdos, se llamaba Federación de Comunidades Israelitas de España.
- La Comisión Islámica de España (CIE)⁴³, integrada por las dos federaciones islámicas que a su vez aglutinan a distintas comunidades islámicas:

³⁷ Ley 24/1992, de 10 de diciembre.

³⁸ Ley 25/1992, de 10 de diciembre.

³⁹ Ley 26/1992, de 10 de diciembre.

⁴⁰ En el caso de la Iglesia católica, sin embargo, dado el carácter interestatal del acuerdo, fue el Ministerio de Exteriores quien se ocupó de ello.

⁴¹ Disponible en: <http://www.redevangelica.es/>

⁴² Disponible en: <http://www.fcje.org/>

⁴³ La falta de existencia de un lugar común de información al que acudir para conocer los datos relativos a esta confesión y la necesidad de acudir a dos distintos (UCIDE y FEERI), es una muestra de la dificultad de integrar todas las corrientes del islamismo en España. Este desentendimiento ha sido el que ha llevado al Gobierno español a dictar el *Real Decreto 1384/2011, de 14 de octubre, por el que se desarrolla el artículo 1 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España*, con el fin de superar el bloqueo que se estaba produciendo para que nuevas comunidades islámicas inscritas (el 30% de las totales) pudieran integrarse en el órgano común.

la Unión de Comunidades Islámicas de España (UCIE)⁴⁴ y la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas (FEERI)⁴⁵.

Además las Confesiones, para adquirir capacidad negociadora, tenían que ser reconocidas por la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (órgano de la administración pública dependiente del Ministerio de Justicia previsto por la Ley de Libertad Religiosa) como religiones de notorio arraigo en España, lo que se midió en base a su extensión geográfica y el tiempo de de presencia en España. La notoriedad de arraigo fue reconocida tras su solicitud, en 1985 a evangélicos⁴⁶ y judíos⁴⁷ y, en 1989 a islámicos⁴⁸

Los tres acuerdos son muy parecidos entre sí en cuanto a estructura interna y ofrecen una regulación ajustable a cada religión en lo que hace referencia a los lugares de culto y cementerios, los ministros de culto, la regulación del matrimonio, la asistencia religiosa, la educación y la enseñanza, el régimen económico y fiscal y las festividades religiosas. Las notas de diferenciación, en cuanto a temas tratados, las compondrían las referencias, en el caso de los Acuerdos con la religión judía y la islámica, a cuestiones de conservación de patrimonio y a cuestiones de alimentación.

La cuestión alimentaria, que está en el origen de este trabajo, se regula en los artículos 14 de los respectivos Acuerdos, con un contenido distinto.

— Artículo 14 del Acuerdo del Estado con la FCJE (FCI en el texto del Acuerdo):

De acuerdo con la dimensión espiritual y las particularidades específicas de la tradición judía, las denominaciones «Casher» y sus variantes, «Kasher», «Kosher», Kashrut» y éstas asociadas a los términos «U», «K» o «Parve», son las que sirven para distinguir los productos alimentarios y cosméticos elaborados de acuerdo con la Ley judía.

⁴⁴ Disponible en: <http://es.ucide.org>

⁴⁵ Disponible en: <http://feeri.eu>

⁴⁶ Según la FEREDE, en la actualidad existen, aproximadamente, 1.200.000 protestantes, de los cuales 400.000 son españoles y 800.000 extranjeros, entre los cuales la inmensa mayoría son comunitarios y un pequeño porcentaje de América latina, principalmente. Existe presencia y lugares de culto en todas las ciudades de más de 20.000 habitantes y en la mayoría de más de 15.000 habitantes.

⁴⁷ Según la FCJE, actualmente son unos 40 000 en España. Tienen colegios específicos para enseñanza infantil, primaria y secundaria, algunos de los cuales, por ejemplo en Murcia, son concertados. Existen en España más de 30 sinagogas. La página en Internet de esta Confesión ofrece la información también de cuáles son las empresas de catering con alimentación *Kosher* en España.

⁴⁸ Según informaciones publicadas por diversos medios islámicos en 2010 el censo de musulmanes era de aproximadamente millón y medio (3% de la población española), que cuentan con 785 mezquitas y 14 almacabras (cementerios).

Para la protección del uso correcto de estas denominaciones, la F.C.I. deberá solicitar y obtener del Registro de la Propiedad Industrial los registros de marca correspondientes, de acuerdo con la normativa legal vigente.

Cumplidos los requisitos anteriores, estos productos, a efectos de comercialización, importación y exportación tendrán la garantía de haber sido elaborados con arreglo a la Ley y a la tradición judía, cuando lleven en sus envases el correspondiente distintivo de la F.C.I.

El sacrificio de animales que se realice de acuerdo con las leyes judías, deberá respetar la normativa sanitaria vigente.

— Artículo 4 del Acuerdo del Estado con la CIE:

1. De acuerdo con la dimensión espiritual y las particularidades específicas de la Ley Islámica, la denominación «HALAL» sirve para distinguir los productos alimentarios elaborados de acuerdo con la misma.

2. Para la protección del uso correcto de estas denominaciones, la «Comisión Islámica de España», deberá solicitar y obtener del Registro de la Propiedad Industrial los registros de marca correspondientes, de acuerdo con la normativa legal vigente.

Cumplidos los requisitos anteriores, estos productos, a efectos de comercialización, importación y exportación, tendrán la garantía de haber sido elaborados con arreglo a la Ley Islámica, cuando lleven en sus envases el correspondiente distintivo de la «Comisión Islámica de España».

3. El sacrificio de los animales que se realice de acuerdo con las Leyes Islámicas deberá respetar la normativa sanitaria vigente.

4. La alimentación de los internados en centros o establecimientos públicos y dependencias militares, y la de los alumnos musulmanes de los centros docentes públicos y privados concertados que lo soliciten, se procurará adecuar a los preceptos religiosos islámicos, así como el horario de comidas durante el mes de ayuno (Ramadán).

Como se ve, en estos dos acuerdos se hace referencia a la existencia de marcas y certificados de calidad alimentaria, es decir, se da cobertura jurídica a la aparición de una marca para evitar fraudes sobre el carácter de estos alimentos, lo que lleva implícita la valorización del hecho religioso como factor determinante en la información al consumidor. Además, en el caso de los alumnos musulmanes, se establece la obligación de procurar alimento acorde con sus creencias religiosas en los comedores escolares. Por otra parte, en la Disposición Adicional primera de los tres Acuerdos, se establece un imperativo por el

que se le obliga al Estado a poner en conocimiento de las Comunidades religiosas todas las iniciativas legislativas que afecten al contenido de los mismos, para que éstas puedan emitir su parecer. En la segunda se establece la obligación de constituir comisiones mixtas paritarias (administración-entidad religiosa) para el seguimiento y aplicación del Acuerdo y se faculta, en la Disposición final, al ministerio de justicia juntos con otros ministros concernidos, si fuera el caso, para el desarrollo y ejecución de los Acuerdos.

Por lo tanto, la alimentación conforme a los preceptos religiosos en los comedores escolares, cuando menos en el caso de los alumnos musulmanes, es una obligación que debe garantizar el Estado, salvo que exista una razón superior que lo impida. Sin embargo, a pesar de los derechos y procedimientos descritos en estas leyes, debe tenerse en cuenta que las leyes contienen las reglas generales y dibujan la estructura de las cuestiones que han de ser consideradas en torno a un tema, pero después necesitan de un desarrollo normativo que se hace por ámbitos de actuación, mediante leyes sectoriales o normas de carácter reglamentario, dictadas por los poderes públicos en función del reparto competencial establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía entre el Estado y las Comunidades Autónomas. A través de este desarrollo, las previsiones legislativas se hacen realmente efectivas.

3. LA REGULACIÓN DE LOS MENÚS DE LOS COMEDORES ESCOLARES EN ESPAÑA Y SUS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

3.1. El Reparto de las Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA)

A partir de la promulgación de la Constitución de 1978 y con el desarrollo de las posibilidades contenidas en su título VIII, España se ha estructurado en torno a un sistema de organización política de carácter federal, configurando lo que se llama el Estado autonómico. En virtud de este diseño constitucional, el reparto del poder político sigue una lógica de descentralización territorial, por la cual las funciones legislativas y ejecutivas para actuar sobre una determinada materia se distribuyen en distintos títulos competenciales que corresponden, de manera exclusiva, compartida o concurrente, a las Comunidades Autónomas y/o al Estado. El reparto competencial se establece a partir de las prescripciones constitucionales, por los Estatutos de Autonomía de cada Comunidad, estableciéndose un marco normativo que puede en ocasiones ser alterado por delegaciones competenciales a favor de las autonomías o por disposiciones armonizadoras estatales, resolviéndose los conflictos de atribución competencial por el Tribunal Constitucional español.

En este esquema, la competencia sobre la composición de los menús de los comedores escolares se ha hecho depender principalmente de la competencia general en materia de *Educación*, aunque en conexión en algunos de sus

elementos con la materia de *Sanidad*, como se verá más tarde. Muy recientemente, ha empezado a intervenir a través de la competencia en *Relaciones con las Confesiones*, propia del Ministerio de Justicia.

Si atendemos al reparto competencial en las principales materias por las que se ha intervenido normativamente, veremos que:

- Para el desarrollo del Derecho Fundamental a la Educación⁴⁹, se reserva al Estado el establecimiento de las normas básicas que garanticen el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia⁵⁰. Las Comunidades Autónomas, por su parte, en el respeto de estas disposiciones básicas, pueden asumir competencias en el diseño de una política propia de educación a través de la elaboración de leyes y su desarrollo reglamentario y ejecución. La regulación de los comedores escolares no ha sido considerada como básica en el marco de la Educación, de lo que se deriva el protagonismo de las Comunidades Autónomas.
- En materia de Sanidad, se reserva para el Estado la regulación de las bases y la coordinación general de la Sanidad⁵¹, dejando a las Comunidades Autónomas el desarrollo normativo y la ejecución de dichas bases en el marco de la coordinación por parte del Estado. La última Ley estatal de Seguridad Alimentaria y Nutrición⁵² ha sido considerada en gran parte como básica, por lo que, en lo que pudiera afectar a los comedores escolares, sus prescripciones deben respetarse en todo el territorio del Estado.

En virtud de este reparto competencial, todas las instancias territoriales han actuado. El Estado ha dictado normativa, en ocasiones con carácter supletorio, en otras con carácter básico. Además, prácticamente todas las Comunidades Autónomas⁵³ han dictado normativas propias y estrategias de actuación para regular el funcionamiento de los comedores escolares. Del análisis de todas estas normativas, cabe destacar que la diversidad es la nota dominante, no sólo en lo que hace referencia al nivel de admisión o exclusión de las prescripciones religiosas como causa para exceptuar el menú común; también lo es en los contenidos que se reservan a las distintas formas de regulación, tanto en función de la materia como de la fuente (normativa o no).

Ciertamente, si se combinan estos dos extremos y se atiende al resultado final de la interpretación conjunta de todas las normas y documentos, la diversi-

⁴⁹ Artículo 27 de la Constitución española.

⁵⁰ Artículo 140.1.30 de la Constitución española.

⁵¹ Artículo 140.1.16 de la Constitución española.

⁵² Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición. BOE n.º 160, de 6 de julio de 2011.

⁵³ De las 17 Comunidades Autónomas de España, solamente Asturias carece de norma propia. En cuanto a las 2 Ciudades Autónomas (Ceuta y Melilla) existentes, ambas han participado, junto con otras Comunidades Autónomas y el Estado, en la elaboración de la Guía Alimentaria del Programa PERSEO, el cual se tratará en otro apartado de este trabajo.

dad «se reduce» a cuatro modelos normativos en función de la Comunidad Autónoma que se trate:

- CCAA que no establecen nada que permita inferir una posición acerca de considerar la religión como causa de menú alternativo,
- CCAA que excluyen la religión como causa de menú alternativo,
- CCAA que dejan una vía abierta a la posibilidad de aceptar la religión como causa de menú alternativo, aunque no exista un reconocimiento expreso,
- CCAA que reconocen expresamente la religión como causa de menú alternativo.

Pero si reparamos en el proceso de combinación, podemos obtener importantes conclusiones en torno a la forma en que los poderes públicos consideran que han de hacerse efectivos los compromisos alimentarios adquiridos a través de los Acuerdos con las Confesiones.

3.2. La intervención normativa a través del título competencial en Educación

Como se ha señalado anteriormente, al servicio de comedor escolar se le asignan, entre otras, importantes funciones educativas. De esta manera, en el ámbito escolar, el acto de la comida es un acto formativo en el que la unicidad del menú cumple una función formativa y, su elaboración, al margen de preferencias personales, responde a una estrategia nutricional previamente diseñada. Por ello, la existencia de menús alternativos supone una excepción que ha de ser expresamente regulada.

LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO

La actual normativa básica sobre Educación, competencia del Estado, se recoge en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en la cual, en consonancia con lo señalado anteriormente, no se hace referencia al funcionamiento de los comedores escolares. Sin embargo, el carácter no básico de la regulación de esta materia no ha impedido la intervención reguladora del Estado.

En 1992, el Estado dictó la *Orden por la que se regulan los comedores escolares*. Esta Orden, que se dictó para ser aplicada en aquellas provincias que fueran del ámbito de competencia del Ministerio de Educación y Ciencia del Gobierno español y que sigue hoy en vigor con carácter de norma supletoria para aquellas Comunidades Autónomas que no dispongan de normativa propia⁵⁴,

⁵⁴ Asturias es la única Comunidad Autónoma que no tiene normativa al respecto, aunque sí tiene otros instrumentos de intervención, como la *Guía Hábitos de Alimentación y Consumo saludable*. Dirección General de Ordenación Académica e Innovación, 2005.

regula la definición, usuarios, modalidades de gestión, financiación y funcionamiento de los comedores escolares⁵⁵. En este marco, la Orden contiene una referencia al menú escolar y, aunque dos semanas antes habían sido firmados los Acuerdos con las Confesiones Religiosas, la ausencia de mención a la particularidad alimentaria por razones religiosas es notoria cuando dicta que:

«este menú será aprobado por el Consejo Escolar del centro educativo de acuerdo con las necesidades dietéticas de los alumnos».

Con posterioridad a la aprobación de la Orden del Estado, las Comunidades autónomas han ido asumiendo, con el traspaso de las funciones y servicios correspondientes, las competencias en materia de educación y, con ello, no sólo la responsabilidad de la regulación de los comedores escolares, sino también la decisión de hacer efectiva la libertad religiosa en los términos dispuestos por los Acuerdos.

LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Las Comunidades Autónomas han actuado desde sus Gobiernos, principalmente, a través de Decretos y de Órdenes de los titulares de los respectivos departamentos de educación. Por otra parte, estas normas han sido desarrolladas a través de Circulares e Instrucciones, sea para actualizar valores técnicos, para adaptarse a las circunstancias en el marco de una estrategia política, para incorporar otros dictados normativos, etc.

Del análisis de las normativas generales de las Comunidades Autónomas se desprende que:

- Ninguna Comunidad Autónoma excluye la causa religiosa como causa de menú alternativo de forma expresa en su norma principal.
- No hay una sola Comunidad Autónoma que en sus disposiciones relativas al menú escolar, haga una mención directa a la religión como causa para justificar un menú alternativo al común. Hasta hace no mucho tiempo, Andalucía lo había previsto de forma expresa⁵⁶, pero esta previsión ha desaparecido en la Orden dictada en el año 2010⁵⁷.
- Hay Comunidades Autónomas en cuyas normas principales no se incluye ningún contenido sobre la calidad de los menús del que pudiera inferirse

⁵⁵ La estructura y contenido de esta norma ha servido como guía general para la redacción de las normas autonómicas posteriores sobre este mismo tema.

⁵⁶ Lo hacía en la Orden de 27 de marzo de 2003, en vigor hasta 2010.

⁵⁷ Orden de 3 de agosto de 2010, por la que se regulan los servicios complementarios de la enseñanza de aula matinal, comedor escolar y actividades extraescolares en los centros docentes públicos, así como la ampliación de horario.

la exclusión o la admisión. Este es el caso de Aragón⁵⁸, Extremadura⁵⁹, Navarra⁶⁰ y Baleares.⁶¹

- Lo más común es que la religión sea excluida como causa de menú alternativo de una forma indirecta. Así sucede cuando la enumeración de causas como las alergias alimentarias, las intolerancias a algunos alimentos u otros problemas de salud y/o requisitos relativos a la nutrición, actúa como una lista cerrada de motivos. Este modelo siguen las Comunidades Autónomas de Canarias⁶², Castilla León⁶³, Galicia⁶⁴, Cantabria⁶⁵, Valencia⁶⁶, La Rioja⁶⁷, Cataluña⁶⁸, Madrid⁶⁹ y Murcia⁷⁰.

⁵⁸ Orden de 12 de junio de 2000, del Departamento de Educación y Ciencia, por la que se dictan instrucciones para la organización y el funcionamiento del servicio de comedor escolar en los Centros Docentes Públicos no universitarios.

⁵⁹ Decreto 192/2008, de 12 de septiembre, por el que se regulan los servicios de comedor escolar y aula matinal en los centros públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

⁶⁰ Decreto Foral 246/1991, de 24 de julio.

⁶¹ Resolución de 9 de septiembre de 2003 del consejero de Educación y Cultura, por la cual se regulan la organización y el funcionamiento del servicio escolar de comedor en los centros públicos no universitarios.

⁶² Orden de 25 de febrero de 2003, por la que se regula la organización y funcionamiento de los comedores escolares en los centros públicos docentes no universitarios dependientes de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, y se establecen las bases de la convocatoria de plazas y ayudas con destino al alumnado comensal.

⁶³ Decreto 20/2008, de 13 de marzo, por el que se regula el servicio público de comedor escolar y Orden edu/693/2008, de 29 de abril, por la que se desarrolla el Decreto 20/2008. Pueden también verse Guías alimentarias para los comedores escolares de Castilla y León, Consejería de Educación, 2005.

⁶⁴ Decreto 10/2007, de 25 de enero, por el que se regula el funcionamiento de los comedores escolares en los centros docentes públicos no universitarios dependientes de la Consejería de Educación y Ordenación Universitaria.

⁶⁵ Orden EDU/27/2007, de 10 de mayo de 2007, por la que se regula el funcionamiento del servicio complementario de comedor escolar en los centros públicos no universitarios dependientes de la Consejería de Educación.

⁶⁶ Orden 47/2010, de 28 de mayo, de la Conselleria de Educación, por la que se regula el servicio de comedor escolar en los centros educativos no universitarios de titularidad de la Generalitat.

⁶⁷ Orden 27/2006, de 28 de septiembre, de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, por la que se regula la organización y funcionamiento del servicio de comedor escolar en los Centros Docentes Públicos de enseñanza no universitaria dependientes de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de La Rioja.

⁶⁸ Decreto 160/1996, de 14 de mayo, por el que se regula el servicio escolar de comedor.

⁶⁹ Orden 917/2002, de 14 de marzo, de la Consejería de Educación, por la que se regulan los comedores colectivos escolares en los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid, modificada por Orden 4212/2006, de 26 de julio. Puede consultarse, asimismo, el *Servicio de Asesoramiento nutricional del menú escolar* (<http://www.madrid.org/menuescolar>) que dispensa la Comunidad.

⁷⁰ Decreto n.º 97/2010, de 14 de mayo, por el que se establecen las características nutricionales de los menús y el fomento de hábitos alimentarios saludables en los Centros Docentes no Universitarios.

- De forma contraria a la anterior, la ambigüedad a veces permite interpretaciones abiertas a la posibilidad de entender la religión como causa de alternativa en el menú. Así sucede cuando a las causas relacionadas con la salud se añaden «otras causas justificadas», sin explicitar cuáles son⁷¹, como es el caso de Andalucía⁷² y Euskadi⁷³. O cuando, como en el caso de Castilla la Mancha⁷⁴, se hace una remisión genérica a otras regulaciones y en aquellas la «cultura» se recoge como elemento que puede justificar la prestación del menú alternativo.

En principio, cabría suponer que la norma secundaria contenida en las Circulares e Instrucciones no aportaría novedad alguna en cuanto al tratamiento de la libertad religiosa. Y sin embargo, en ocasiones, a través de estas normas, se matiza el contenido de la norma principal, alterando la consideración de la causa religiosa. Así sucede cuando:

- La Instrucción cierra una interpretación que podía entenderse abierta a considerar la causa religiosa, al desarrollar las causas de exclusión del menú común únicamente en clave de problemas de salud. Es el caso de Euskadi.⁷⁵
- La Instrucción ofrece una apertura, de forma indirecta, a la consideración de la causa religiosa. Es el caso de Extremadura⁷⁶ cuando regula la existencia de menús alternativos al común y, junto con las exclusiones por motivos de salud, hace mención a «otras causas debidamente justificadas». También es el caso de Baleares⁷⁷, al remitirse al Documento de Consenso sobre Alimentación en Centros Educativos aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud⁷⁸, en el que, entre

⁷¹ De forma que la decisión queda en manos de los Consejos Escolares de los Centros Educativos.

⁷² Según la norma de 2010 citada.

⁷³ Orden de 22 de marzo de 2000, del Consejero de Educación, Universidades e Investigación, por la que se regulan los comedores escolares de los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco en los niveles de enseñanza obligatorios y Educación Infantil (2.º ciclo).

⁷⁴ Orden de 2 de marzo de 2004 por la que se regula la organización y funcionamiento del servicio de comedor escolar.

⁷⁵ Circular de la Viceconsejera de Administración y Servicios por la que se emiten instrucciones para el funcionamiento de comedores escolares en régimen de gestión directa, a partir del curso escolar 2011/2012.

⁷⁶ Instrucción n.º 1/2011 del ente público extremeño de servicios educativos complementarios por la que se regula el funcionamiento del servicio de comedor escolar en los centros públicos de la comunidad autónoma de Extremadura para el curso 2011-2012.

⁷⁷ Resolución de 9 de mayo de 2011 de la Directora General de Planificación y Centros en relación al servicio escolar de comedor en los centros públicos no universitarios y las «escoles matineres».

⁷⁸ En el Pleno del día 21 de julio de 2010. En apartado posterior se hará referencia a su contenido.

otras, las razones religiosas y culturales se contemplan como causas que permiten un menú alternativo.

- A través de la Instrucción se incluye, de forma expresa, como causa de menú alternativo, «causas de índole religiosa debidamente fundamentadas», aunque no se explique después en qué consiste la correcta fundamentación. Este es el caso de Canarias⁷⁹.

3.3. La intervención normativa a través del título competencial en Sanidad

A través del comedor escolar se instauran hábitos alimentarios que, correctos o no, se mantendrán durante toda la vida⁸⁰. Si se tiene en cuenta que la nutrición está íntimamente relacionada con la salud asociada a una correcta alimentación⁸¹, una alimentación correcta durante la edad escolar permitirá, no sólo que los niños crezcan con salud, sino que, además y, con el mantenimiento de tales hábitos, esa salud se mantenga en la vida adulta. De ahí la necesidad de intervenir normativamente en los comedores escolares desde la óptica de la sanidad.

Entre las actuaciones que los poderes públicos desarrollan en materia de salud, dos son las perspectivas que han conseguido permear la materia de alimentación escolar. Primeramente, la que hace referencia a la seguridad e higiene alimentaria y, posteriormente, la referente a la nutrición. A veces, a través de la incidencia en el contenido de los menús que se hace desde este lugar, se supera la perspectiva sanitaria y se llega a considerar cuestiones de carácter religioso.

EL PROYECTO DE REAL DECRETO SOBRE LOS COMEDORES ESCOLARES DE MARZO DE 2005

El Ministerio de Sanidad y Consumo, en colaboración con el Ministerio de Educación y Ciencia, redactó en marzo de 2005 el *Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las condiciones sanitarias para el servicio de comedor escolar de los centros docentes públicos y privados no universitarios*. Este Real Decreto pretendía completar la normativa autonómica —dado que las CCAA habían ya redactado sus normas sobre el tema— con el fin de incorporar la perspectiva de seguridad alimentaria y nutrición.

⁷⁹ Resolución de 5 de julio de 2011, por la que se dictan instrucciones para la gestión y funcionamiento de los comedores escolares de los centros públicos no universitarios para el curso escolar 2011-2012 y de planificación para el curso escolar 2012-2013.

⁸⁰ Según reconoce el Programa PERSEO (programa Piloto Escolar de Referencia para la Salud y el Ejercicio contra la Obesidad) Ministerio de Sanidad y Consumo, 2008.

⁸¹ Así se expresa la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición.

En él, se preveía, en el artículo 4, referente a menús y dieta equilibrada:

Se ofrecerán menús alternativos para aquel alumnado del centro que por problemas de salud, intolerancia a algunos alimentos, creencias religiosas u otras circunstancias debidamente justificadas requiera un menú especial.

(...) Cuando no sea posible, se facilitarán los medios de conservación adecuada para que los escolares depositen la comida preparada en su casa, hasta el momento del consumo. Asimismo, se facilitará a los escolares los medios necesarios para el calentamiento de las comidas previamente preparadas en su casa.

Este Real Decreto se dictaba al amparo de la competencia reservada al Estado en el artículo 149.1.16 de la Constitución española de 1978, de lo cual se deduce que partía con la vocación de convertirse en normativa de carácter básico.

El Proyecto fue presentado en el Consejo Interterritorial del Sistema de Salud (CISNS)^{82,83} el 2 de marzo de 2005 y su contenido fue hecho público por los canales de comunicación del Gobierno y por los medios de comunicación.

Sin embargo, este proyecto no llegó a ser aprobado por el Gobierno, nunca. En el siguiente Pleno del Consejo Interterritorial, celebrado el 29 de junio de 2005, se consensó la *Propuesta de acuerdo sobre el servicio de comidas en Centros Docentes (Comedores escolares)*, un documento sin carácter normativo que recogía las recomendaciones del CISNS y del cual desaparecía por completo cualquier referencia a la cuestión religiosa.

LEY 17/2011, DE 5 DE JULIO, DE SEGURIDAD ALIMENTARIA Y NUTRICIÓN

Esta ley representa la culminación de la intervención del Estado en materia de comedores escolares a través de la óptica sanitaria. Además, ha sido calificada de normativa básica, por lo que constituye el marco de intervención autonómica obligatorio, según el reparto competencial al que anteriormente se ha hecho referencia.

⁸² El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, fue constituido en abril de 1987 y, desde la aprobación de la ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema nacional de salud, es el órgano permanente de coordinación y cooperación, comunicación e información de los servicios de salud entre todas las Administraciones públicas con competencias en el ámbito de la sanidad. En este Consejo participan: un representante por cada comunidad autónoma y otros tantos representantes del Estado, sumando un total de 34 miembros. Los acuerdos del Consejo se plasman a través de recomendaciones que se aprueban por consenso.

⁸³ La memoria de actividades del año 2005, puede consultarse en: <http://www.msps.es/organizacion/consejoInterterri/docs/actividadCisns05.pdf>

Además de las perspectivas clásicas de la seguridad alimentaria, como son la detección y eliminación de riesgos físicos, químicos, y biológicos, la Ley tiene en cuenta la creciente importancia de los riesgos nutricionales, dada la que considera actualmente preocupante, obesidad. En particular, la obesidad infantil y juvenil. Y desde esta perspectiva, la ley integra iniciativas que el Gobierno del Estado venía ya adoptando en este ámbito, como son la estrategia NAOS y el Documento de Consenso sobre Alimentación en Centros Educativos.

Nutrición, Actividad Física, prevención de la Obesidad y Salud (NAOS).

La ley ofrece este título a su artículo 36,⁸⁴ incorporando en la Ley la estrategia que se inició desde el Ministerio de Sanidad y Consumo, a través de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN) en 2005, con el objetivo de sensibilizar a la población del problema que la obesidad representa para la salud⁸⁵,

Lo cierto es que en la ley, a través de este artículo, no se establece nada sobre las causas de exclusión del menú común, y, menos todavía, se hace referencia a la religión como condicionante para la confección de los menús. Sin embargo, su lugar en este trabajo se justifica porque fue en el marco de esta estrategia cuando, en 2006, con la colaboración de los departamentos de educación y sanidad del Gobierno central y algunos gobiernos autonómicos,⁸⁶ se diseñó el Plan PERSEO (*Programa piloto escolar de referencia para la salud y el ejercicio, contra la obesidad*), todavía hoy vigente⁸⁷.

Enmarcado en este programa, se editó una «*Guía General para la Elaboración de Menús para Centros Escolares*». En ella se recogen detalladamente las normas generales que hay que tener en cuenta para diseñar, preparar y consumir una dieta saludable desde el punto de vista de la seguridad y la higiene y la nutrición. Esta Guía, fiel a su enfoque sanitario, presta una importante atención a las necesidades derivadas de los alumnos con incompatibilidades y alergias alimentarias, Pero, además, a título informativo, recoge una referencia a la existencia de prohibiciones alimentarias de carácter religioso e incluye, en el Anexo D, un listado de características dietéticas de los grupos religiosos judío, musulmán e hindú.

⁸⁴ En el capítulo VII reservado a la Alimentación saludable, actividad física y prevención de la obesidad.

⁸⁵ La información completa sobre el programa se publica por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad del Gobierno de España en www.naos.aesan.msp.es

⁸⁶ Andalucía, Canarias, Castilla y León, Extremadura, Galicia, Murcia, Ceuta y Melilla.

⁸⁷ Su contenido puede consultarse a través de la página en Internet de la estrategia NAOS o en página propia: <http://www.perseo.aesan.msp.es/>

Documento de Consenso sobre Alimentación en Centros Educativos

Parte de este Documento, que fue aprobado por el CISNS el 21 de julio de 2010, ha quedado integrado en el artículo 40.5 de la Ley, al determinar que si las condiciones de organización e instalaciones lo permiten, para los alumnos con alergias o intolerancias alimentarias certificadas por el médico, se ofrecerá un menú alternativo que no perjudique su salud. Y que en el caso de que no fuera posible, se facilitarán a los alumnos los medios de refrigeración y calentamiento adecuados, de uso exclusivo para estas comidas, para que pueda conservarse y consumirse el menú especial proporcionado por la familia.

Sin embargo, no puede perderse de vista que se excluye de la Ley el contenido del Documento de Consenso que acogía otras posibilidades de menú alternativo. En concreto, el que decía que:

«En casos de alumnado que por aspectos culturales o religiosos se motive la exclusión de un tipo de alimento, se dispondrá, siempre que las condiciones de organización e instalaciones lo permitan y sea asumible económicamente, de un menú alternativo considerado suficiente para cubrir las necesidades nutricionales de los escolares.

LA ACCIÓN DE LAS CCAA. LAS GUÍAS ALIMENTARIAS

Prácticamente todas las Órdenes y Decretos de las Comunidades Autónomas que regulan el funcionamiento de los comedores escolares han recogido, tradicionalmente, preceptos relativos a la seguridad e higiene alimentaria y, cada vez son más las que contienen preceptos relativos a la nutrición, incidiendo con ello en el contenido de los menús.

Sin embargo, el instrumento que se ha hecho con el protagonismo del detalle de los menús escolares ha sido la Guía, un documento de información que contiene recomendaciones sobre la composición de los menús. Estas guías son elaboradas generalmente por los departamentos de sanidad, en ocasiones con la colaboración de los departamentos de educación y casi siempre abordan la alimentación desde una perspectiva sanitaria, relativa a la nutrición. Su grado de detalle llega en ocasiones incluso a contener un amplio recetario de cocina.

Desde esta perspectiva, el carácter simbólico de la alimentación no tiene mucho lugar, lógicamente. Sin embargo, en ocasiones, es a través de ellas como se ha aprovechado para incluir la referencia a las particularidades alimentarias religiosas como circunstancia a tener en cuenta.

Este es el caso de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha, en cuya *Guía de Alimentación para Comedores Escolares* de 2004⁸⁸ se recoge

⁸⁸ Guía de Alimentación para Comedores Escolares Dirección General de Salud Pública y Participación. 2004.

que se tendrá en cuenta las particularidades religiosas y étnicas. Y, de alguna manera, de Cataluña⁸⁹, aunque no se haga referencia alguna a la religión. En la *Guía L'alimentació saludable a l'etapa escolar* de 2005, establece la conveniencia de adaptar los menús base en casos en los que el alumno no coma carne de cerdo, en clara alusión al alumno musulmán. Musulmán inmigrante, puesto que inmediatamente después señala que: «a causa del aumento de la población inmigrante en los últimos años, el comedor escolar puede convertirse en un interesante instrumento de interrelación de diversas culturas alimentarias».

3.4. La intervención normativa a través del título competencial en Justicia

Muy recientemente, el Estado ha iniciado una nueva vía de intervención en los menús escolares a través de las competencias que asume en materia de relaciones con las entidades religiosas, un sector de actividad liderado por la Subdirección General de Relaciones con las Confesiones, integrada en el Ministerio de Justicia⁹⁰.

En concreto, se ha creado el Observatorio del Pluralismo Religioso en España⁹¹, un Observatorio que tiene como objetivo principal: «orientar a las administraciones públicas en la implementación de modelos de gestión ajustados a los principios constitucionales y al marco normativo que regula el ejercicio del Derecho de Libertad Religiosa en España». Con su puesta en marcha, el Gobierno ha pretendido mostrar su interés por lograr la normalización y promoción del derecho de libertad religiosa y de conciencia. Y, efectivamente, puede decirse que este órgano ha servido como motor de arranque para impulsar una consideración del funcionamiento de los comedores escolares desde la perspectiva del respeto a la libertad religiosa.

Concretamente, con el objetivo de proporcionar herramientas para la gestión de la diversidad religiosa, el Observatorio del Pluralismo Religioso en Es-

⁸⁹ La Generalitat de Cataluña ha publicado otros materiales de apoyo a la gestión del pluralismo religioso en instituciones públicas en los que, entre otras temáticas, se aborda la alimentación. Uno de ellos se centra en las instituciones de enseñanza: «Guía per a la gestió de la diversitat religiosa als centres educatius»; otro en los centros hospitalarios: «Guia per el respecte a la pluralitat religiosa en l'àmbit hospitalari».

⁹⁰ Integrada en el Ministerio de Justicia se encuentra la Secretaría de Estado de Justicia, a la cual se adscriben tres Direcciones Generales, una de las cuales asume: la cooperación jurídica internacional y las relaciones con las confesiones religiosas. A su vez, esta Dirección General se subdivide en tres Subdirecciones Generales, cada una de las cuales se ocupa, en exclusiva, de una de las áreas de intervención, una de las cuales se reserva a las relaciones con las confesiones.

⁹¹ Es una iniciativa del Ministerio de Justicia, la Federación Española de Municipios y Provincias y la Fundación Pluralismo y Convivencia que fue presentada al público el día 5 de julio de 2011. Disponible en: <http://www.observatorioreligion.es/>

paña ha elaborado, en el año 2011, entre otros documentos⁹², la *Guía de apoyo a la gestión pública de la diversidad religiosa en el ámbito de la alimentación*. De esta Guía, de carácter informativo, no normativo, deben subrayarse, desde la perspectiva de este trabajo, las siguientes consideraciones y aspectos:

- La alimentación, además de nutricional, es un fenómeno social, cultural e identitario, que está pautado, entre otros, por criterios ideológicos y religiosos.
- Son dos las cuestiones relativas a la alimentación que demandan adaptación: la relativa a los rituales de sacrificio de los animales y a la composición de los menús.
- Cuando los individuos se encuentran bajo la tutela de una institución pública, los individuos no pueden elegir con total libertad los alimentos que ingieren. En estos casos, son las administraciones e instituciones públicas las que tienen la responsabilidad de poner en marcha las medidas necesarias para adaptar los menús a las prescripciones religiosas de sus usuarios.
- No se presta atención a las prescripciones alimentarias ideológicas no contenidas en una religión. Y se atiende a las confesiones judía, musulmana y adventista porque son aquellas cuyas normas alimenticias presentan mayor número de especificidades.
- La Guía proporciona recomendaciones concretas, tales como:
 - Incorporar la oferta de menús adecuados a los preceptos religiosos como requisito en los pliegos de concurso público para las empresas suministradoras de servicios de alimentación.
 - Registrar las demandas de adaptaciones de menús por motivos religiosos, para cuantificar el volumen y regularidad de las demandas y, por tanto, planificar la adaptación del servicio.
 - Contemplar la posibilidad de que los usuarios que practican ayunos rituales puedan disponer de su dieta fuera del horario de reparto.
 - El volumen y la regularidad de las medidas de adaptación que se recomiendan se hacen depender de las circunstancias propias del lugar en el que vayan a ser aplicadas.

3.5. Recapitulación

Los Acuerdos del Estado con las confesiones religiosas de 1992 son claras en su contenido en cuanto a los derechos alimentarios que tienen reconocidos

⁹² Es de destacar, también, la guía de gestión de la diversidad religiosa en los centros hospitalarios.

de forma expresa, al menos los alumnos de confesión musulmana, en los comedores escolares. La fuente normativa que contiene estos Acuerdos es una Ley de carácter específico, es decir, tienen la fuerza suficiente para imponerse sobre normas de naturaleza reglamentaria y otras leyes de carácter no específico y corresponde al Estado velar por que sus propias normas y las normas autonómicas derivadas de la puesta en juego del reparto competencial respeten su contenido.

Según el reparto de competencias en España, la regulación de los comedores escolares, como servicio complementario a la educación, es competencia de las Comunidades Autónomas. En cuanto a la regulación de los comedores escolares desde una perspectiva sanitaria, corresponde a las Comunidades Autónomas dictar normativa de desarrollo de la legislación básica estatal, que debe ser coordinada por el propio Estado, además de la ejecución de todas las normas.

En España, podemos encontrar todos los rangos de normativa y documentos de acción que regulan los comedores escolares. Existen normas estatales con rango de ley básica, Órdenes ministeriales, Órdenes y Decretos autonómicos, Circulares e Instrucciones de Direcciones Generales, Resoluciones de diversos órganos, Planes de Acción, Programas y Guías. Y del análisis de todas ellas, las conclusiones que claramente pueden obtenerse son las siguientes:

- Es cierto que ninguna norma de carácter general excluye de forma expresa la referencia a la causa religiosa como justificadora de un menú alternativo al común. Sin embargo, y esto puede considerarse más llamativo, dada la claridad del Acuerdo con la Comisión Islámica, no hay una sola que la incluya de forma expresa.
- Solamente la Comunidad Autónoma de Canarias ha incluido una referencia expresa a la religión, a través de las Instrucciones para el desarrollo de la Orden que regula los comedores escolares dictadas *para el curso escolar 2011/12*.
- Son las Guías Alimentarias las que, a nivel autonómico, en el marco de Planes sobre alimentación escolar, han acogido principalmente de forma expresa la causa religiosa. Pero ni siquiera ha sido la mayoría; solamente, además de Canarias, Castilla La Mancha, Cataluña y Baleares lo han hecho. Además, la timidez de la referencia a la religión es notable. La mención suele hacerse de forma escueta y sin gran concreción, al lado de la profusión de detalles que se reservan a otras causas de menú alternativo relacionadas directamente con la salud⁹³. Además, es habitual la referencia a la «cultura» o al «ámbito multicultural» para ex-

⁹³ Por ejemplo, la Guía que se elaboró en el marco del Programa PERSEO ofrecía 12 páginas para alergias e incompatibilidades alimentarias, 2 páginas para casos de necesidad de dieta blanda y 1 página, de carácter informativo, para las causas relacionadas con la religión.

plicar cuál es el centro de atención de estas causas. Es decir, la excepcionalidad del menú se relaciona, no tanto con la libertad religiosa en general como con la diversidad cultural y religiosa proveniente de la inmigración.

La irrupción del Ministerio de Justicia ha supuesto un giro radical en la consideración de la causa religiosa. Por primera vez, la alimentación se enfoca desde una perspectiva que, además de su valor educativo y nutricional, tiene en cuenta su valor simbólico. Por primera vez, también, se considera que introducir adaptaciones a las prescripciones religiosas en los menús escolares es una obligación que se deriva del Derecho Fundamental a la Libertad Religiosa tal como está regulado en España. Por primera vez, la mención a la religión se hace sin disimulo y la plasmación de las especialidades alimentarias se hace mucho más allá de lo anecdótico.

El avance por este nuevo campo de actuación, por otra parte, es lógico, si se tiene en cuenta que a la Subdirección General de Relaciones con las Confesiones le corresponden funciones relacionadas con el impulso y desarrollo de la libertad religiosa,⁹⁴ algunas de las cuales han sido explicitadas en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa y en la Disposición final de los Acuerdos antes mencionada.

Sin embargo, no puede dejar de llamarse la atención sobre el hecho de que la intervención desde esta perspectiva no se hace con carácter normativo, sino a través de la elaboración de Guías, en los que la coerción se sustituye por facilitación, orientación, consejo, etc., a los agentes implicados. Y la efectividad de las recomendaciones depende de circunstancias que se escapan del control jurídico.

En el año 2008 una iniciativa parlamentaria⁹⁵ propuso la reforma de la Ley en la que se incluía una referencia a esta cuestión en los siguientes términos: «Se procurará la adecuación de la alimentación y los horarios de comida y periodos de ayuno a los preceptos morales y religiosos en los centros o establecimientos públicos y dependencias militares, así como en los centros docentes públicos y privados concertados, cuando alguna de las personas interesadas lo solicite expresamente».

Esta propuesta no prosperó.

⁹⁴ En concreto, «el análisis, seguimiento, vigilancia, impulso y desarrollo de la libertad religiosa y de culto, en coordinación con los órganos competentes de los demás departamentos, así como su promoción en colaboración con la instituciones y organizaciones interesadas en ella», además de «la elaboración de los proyectos normativos sobre las materias propias del ejercicio de los derechos de libertad religiosa y de culto, en coordinación con la Secretaría General Técnica, y el conocimiento y, en su caso, informe de cuantos proyectos normativos puedan afectar a tales derechos».

⁹⁵ Del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana. Izquierda Unida-Iniciativa Cataluña Verts.

En el año 2009, el Gobierno de España barajó la posibilidad de reformar la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. La reforma, redactada en esta época, no podía desaprovechar la ocasión de dictar la normativa básica (nivel de garantía mínimo que toda normativa sobre la cuestión habría de respetar) del funcionamiento de los comedores escolares, en relación con la compatibilidad de los menús con las distintas creencias religiosas presentes en la sociedad española. De hecho, en diversas comparecencias públicas, el Ministro de Justicia hizo referencia a la visión que tenía el Gobierno sobre esta cuestión. Concretamente, se partía de la idea de que, como el comedor es un servicio público para todos, no se podría garantizar un menú distinto del común. Sin embargo, como la posibilidad de que los niños musulmanes pudieran comer según los dictados de su religión debía ser garantizada, se arbitra la siguiente solución: que, bajo la responsabilidad (sanitaria) de sus padres, los niños pudieran llevar la comida preparada en casa a la escuela y compartir el comedor con el resto de los alumnos.

Esta reforma, prometida, anunciada y pospuesta en el contexto de un Gobierno debilitado en el marco de una gran crisis económica, no llegó a hacerse.

4. CONCLUSIONES

«La alimentación se ha medicalizado», traduce una alusión frecuente entre los antropólogos de la alimentación a un reduccionismo que se ha generalizado en el discurso público: el que enfoca la alimentación desde una perspectiva ligada a la salud y otorga preeminencia absoluta a nutricionistas y dietistas para tomar decisiones al respecto. En este contexto, la cuestión relativa a si sería bueno que en los comedores escolares se respetaran las «necesidades ideológicas» de los alumnos en la elaboración de los menús, está, desde luego, abierta al debate.

Además, a este enemigo —racional— de los menús adaptados a las prescripciones religiosas, parece unirse otro, como es el miedo o la aversión al inmigrante no integrable, una de cuyas características más reseñables es su religiosidad no católica.

Con la razón lógica y la desconfianza como enemigos, y si atendemos a la sugerencia de que el multiculturalismo —como forma de gestión política de la diversidad— no se puede «decretar»,⁹⁶ no parecería que el Derecho tenga la capacidad de ser el mejor aliado de la libertad religiosa interpretada en clave de «diversidad». En este sentido, la mejor garantía de una interpretación abierta a

⁹⁶ Así se expresa el sociólogo SEMPRINI, A., quien explica que la mutación individualista y sociocultural del espacio público hace del dirigismo algo impracticable y que un espacio multicultural nace y se desarrolla *in vivo* en el gran laboratorio que es la sociedad. En *Le Multiculturalisme*, puf, 2000 (2.º ed.).

la diversidad la daría el propio convencimiento de la sociedad, sin el cual, el Derecho a espaldas de la realidad sólo podría ser ineficaz.

Paradójicamente, a pesar del panorama normativo desidioso con respecto a la diversidad religiosa alimentaria en los comedores escolares de España que se ha descrito, lo cierto es que es bastante frecuente que las demandas de los alumnos musulmanes, en lo más básico al menos⁹⁷, sean atendidas. Otra vez podría decirse que, independientemente de lo que diga el Derecho, la sociedad tiene la capacidad de ir adaptándose a las necesidades que la realidad va planteando.

Sin embargo, el Derecho tiene sentido precisamente en la mediación de los conflictos sociales y más aún cuando se trata de los Derechos Fundamentales, «la ley del más débil⁹⁸», contruidos como poderosos instrumentos de contención de la mayoría.

Muchas familias musulmanas prefieren que sus hijos coman en casa⁹⁹. Esta afirmación se reproduce a menudo cuando se trata la cuestión de la alimentación escolar y refleja la inseguridad que afecta a estas familias. Porque, que sus demandas sean atendidas, depende de la buena intención de los Consejos escolares y de la estrategia empresarial de las empresas suministradoras del servicio de alimentación en las escuelas, trasladando la impresión de que las decisiones se toman de forma improvisada y dependen de la suerte. Por ello, este colectivo se refugia precisamente en el Derecho y reivindica el cumplimiento del Acuerdo de cooperación firmado entre la CIE y el Estado español en 1992.¹⁰⁰ Y es que, desde una perspectiva jurídica fundamentada en la garantía normativa de los derechos fundamentales, lo que no puede admitirse es que el ejercicio de la libertad religiosa dependa del último actor privado implicado en el servicio de comedor escolar, sin que la persona que pudiera ver su derecho vulnerado tenga ningún instrumento jurídico que activar en defensa de sus intereses.

Puede decirse que la alimentación en los comedores escolares es un ejemplo del «gobierno multinivel», en el que varias cuestiones sobre una misma materia confluyen y cada una de las cuales se resuelve en niveles competenciales distintos. Esta confluencia de perspectivas y actores debe permitir distintas líneas

⁹⁷ La demanda de los alumnos musulmanes consiste en que les sea servida carne *halal*. Aunque esto no suele ser atendido, si parece frecuente que cuando el menú contiene carnes prohibidas (como la del cerdo), se ofrezcan menús alternativos, sin ella. Así se desprende de los documentos e Informes anuales que la UCIDE (<http://es.ucide.org>) realiza sobre la situación del ciudadano musulmán y la islamofobia en España.

⁹⁸ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 2004 (4.ª ed.).

⁹⁹ Periódico digital Sí. Madrid, 24 de junio de 2008. <http://www.sisepuede.es/noticias-gastronomia/el-menu-del-inmigrante-230620082894.html>

¹⁰⁰ *Ibid.* Al mismo tiempo que la negativa a atender las solicitudes de alimentación religiosa se basan en la falta de normativa concreta que lo regule, según el Informe del año 2010 de UCIDE sobre la situación de los ciudadanos musulmanes y la islamofobia en España, disponible en: <http://oban.multiplexor.es/isj10.pdf>

de actuación, pero tienen que ser compatibles con actuaciones comunes que permitan visualizar una determinada visión política. En el caso que nos afecta, por ejemplo, la visión comunitaria sobre la seguridad alimentaria y la nutrición no puede ser soslayada en la ley española respectiva y, por otra parte, que de esta visión no parta una obligación sobre la atención a las demandas religiosas en los comedores escolares es lógico puesto que, en una Europa diversa, esta posición común definitoria no existe. Sin embargo, en España, la visión común sobre esta cuestión sí está determinada: por la Constitución, por la Ley de Libertad Religiosa y por los Acuerdos con las Confesiones. La visión común lo es en cuanto define la extensión de la libertad religiosa prevista en la Constitución.

El gobierno multinivel exige la coordinación de todos los sujetos implicados en la prestación del servicio, una coordinación que aporte la debida coherencia al derecho. Esto es lo que no se cumple en el caso que aquí se trata. No se cumple porque falta el eslabón necesario entre los Acuerdos con las Confesiones y las normativas generales estatales y particulares autonómicas. Ese eslabón está en manos del Estado central, no en vano le corresponde, como competencia exclusiva recogida en el artículo 149.1.1, la regulación de «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», contando con que la libertad religiosa es un derecho fundamental y muchos españoles profesan las creencias religiosas contenidas en los Acuerdos.

La fuerte incoherencia entre lo previsto para la alimentación en los comedores escolares entre los Acuerdos y las normas que regulan el funcionamiento de dichos comedores, son un importante factor de restricción del ejercicio del derecho constitucional a la libertad religiosa en España.

Para evitar que el Derecho se convierta en enemigo de la libertad religiosa y si nos tomamos ésta en serio, el Estado debe asumir su responsabilidad de coordinación y procurar la coherencia normativa y de acción, con formas jurídicas que permitan una verdadera garantía normativa de este derecho fundamental.

Diversidad cultural, derechos humanos y proceso democrático. Un caso de límites*

Jordi Jaria i Manzano
Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona.
Universitat Rovira i Virgili

SUMARIO: 1. Más allá de la negación de lo diverso: 1.1. El estado-nación y el olvido de las culturas no occidentales. 1.2. Reevaluando el valor de la diversidad cultural. 2. Tradiciones no occidentales, derechos humanos y decisiones compartidas: 2.1. Culturas en el museo: aislamiento y folclorización. 2.2. Diálogo intercultural y pluralismo político. 3. Construyendo un modelo para introducir la diversidad cultural en los procesos políticos: 3.1. Límites de los procesos de decisión multinivel diseñados para afrontar la diversidad cultural. 3.2. Círculos de consenso, democracias fragmentadas y comunidades agregadas. 4. Bibliografía.

1. MÁS ALLÁ DE LA NEGACIÓN DE LO DIVERSO

1.1. El estado-nación y el olvido de las culturas no occidentales

Para aclarar los objetivos de esta comunicación, debería empezar por decir algo acerca de la matriz cultural de la realidad institucional hegemónica, esto es, el estado-nación como marco para el proceso democrático de toma de decisiones. Incluso en la Unión Europea, el caso más avanzado de integración supranacional —o, por mejor decir, supraestatal—, a pesar de la existencia del Parlamento Europeo, la estructura institucional no reposa en una auténtica base popular: no hay un pueblo europeo, por decirlo de algún modo. Así, a pesar de que hay diferentes formas de toma de decisiones en un nivel supranacional

* Esta contribución ha sido escrita como resultado del trabajo del autor en el marco del proyecto de investigación *Estado autonómico y democracia: los derechos de participación en los Estatutos de Autonomía*, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia para el período 2009-2012 (DER2009-12921/subprograma JURI), y dirigido por Josep M. Castellà Andreu.

tanto a nivel regional como global, el estado-nación es el único modelo suficientemente fuerte y consolidado en el que inspirarse para el diseño de procesos transparentes, democráticos y legítimos de toma de decisiones. Mi intención es analizar como la diversidad cultural es tomada en consideración en los procesos políticos que implican diferentes niveles y ofrecer un modelo intercultural y multinivel de toma de decisiones democrático y sostenible.

Para empezar, es necesario tomar en cuenta que el estado-nación es una institución que aparece en el marco de la cultura occidental, que ha mantenido históricamente pretensiones de universalidad. De acuerdo con ello, el modelo del estado-nación, cuando ha sido implantado en contextos no occidentales —por ejemplo, a través de la colonización—, ha ignorado o incluso combatido las culturas (aborígenes) no occidentales y devenido un instrumento para la universalización de la *Weltanschauung* occidental (Sánchez [2010], 281). De hecho, la implantación del estado-nación —primero, por la sujeción a un poder colonial y luego con la fundación de nuevos Estados «independientes»— en el mundo no occidental es el resultado de la absorción de nuevos territorios por parte del sistema-mundo occidental, lo que ha supuesto la implantación del capitalismo como modelo económico hegemónico y la tecnociencia como modelo de conocimiento (legítimo). A partir de ahí, se produce un proceso global de homogeneización cultural que va imponiendo los puntos de vista y las prácticas de reproducción cultural occidentales, marginando, absorbiendo o, incluso, eliminando las otras culturas.

El estado-nación se presenta aquí como un espacio de uniformidad (cultural y legal). Ello permite el despliegue del proceso de acumulación capitalista y la consolidación de un mercado interno, creando un territorio de racionalidad (económica) e igualdad en el que las realidades extrañas a la cultura occidental hegemónica no tienen lugar. Esto ha sido obviamente el caso de muchos Estados de América Latina, que muestran transparentemente el tipo de cuestiones que pretendo abordar en esta comunicación, así como los recientes desarrollos constitucionales que se han producido en relación con la diversidad cultural y la integración de culturas no occidentales.

En sus dos grandes tradiciones (la americana y la francesa), el constitucionalismo moderno se ha desarrollado a partir de la idea del individuo libre, ciudadano y propietario —al principio, blanco, varón y burgués—, que interactúa con otros individuos en pie de igualdad, y toma parte en el proceso político, donde todos los votos son iguales —obviamente, solo cuentan aquellos reconocidos como sujetos en cada caso—¹. La búsqueda de un fundamento racional para el poder político culminó en el contractualismo, la idea de que el poder tiene su origen en la voluntad libre de los individuos, que, a través del pacto fundacional, se someten a una autoridad —supuestamente necesaria para pro-

¹ Esta comprensión individualista del ser humano ha sido considerada como «*the most important artefact of European history, fundamental for self-understanding of most individuals in the Western world*» (VON BOGDANDY, A., 2006, p. 7).

teger su libertad y propiedad—. Este marco conceptual es el que genera la idea moderna de Constitución, con el estado-nación constituido en esa autoridad, basándose justamente en ese contrato social inicial, esto es, la propia Constitución. Así, cuando el constitucionalismo y el estado-nación se implantan en un contexto (post-)colonial, las culturas locales, que no son de patrón occidental, son normalmente ignoradas, incluso perseguidas, por una estructura institucional diseñada de acuerdo con las asunciones de la cultura hegemónica.

No solo la idea moderna de política, sino toda la cultura occidental moderna tiene su origen en el individuo, un sujeto abstracto y racional, que carece de rasgos sociales o culturales. El individuo es *homme* —esto es, la unidad fundamental del ser social— y *citoyen* —el mismo fundamento de la comunidad política—. Asimismo, dado su carácter abstracto, deviene el elemento fundamental para la reclamación de universalidad que la civilización occidental hace suya en su proceso de expansión colonial. Así, la cultura occidental encarna la Razón (con mayúsculas) y constituye la Civilización (con mayúsculas, también). En consecuencia, cualquier otra manifestación cultural está condenada a la marginación, en la medida que se asume que la Razón (occidental) tiene una misión civilizadora, que se despliega a través de la conquista de lo salvaje —los recursos naturales— y los salvajes —las culturas no occidentales—, dominándolos (civilizándolos) en un proceso de progreso social y científico, como fue concebido por el marqués de Condorcet². Por lo tanto, la expansión de la cultura occidental moderna por todo el mundo se interpreta como un avance de la Civilización sobre las otras culturas —arcaicas y obsoletas—. Con ello, se las amenaza con la desaparición. Como consecuencia, la fundación de nuevos estados-nación durante los procesos de (presunta) descolonización —así, en América Latina, durante el siglo XIX— se basa en el olvido/rechazo de las culturas indígenas y la construcción de élites de locales de acuerdo con patrones occidentales.

En el marco de los nuevos estados-nación independientes, la ciudadanía es vista como el modo de integrar a los individuos nacidos en contextos culturales no occidentales en la Civilización y la Modernidad. La política y la cultura de los derechos, que, teóricamente, dan a todos los ciudadanos un estatus igual, promueven, de hecho, la uniformidad y, consecuentemente, tienen como resultado una erosión progresiva de la diversidad cultural. Pasar a formar parte del sistema institucional del estado-nación significa la pérdida de los rasgos propios de la identidad cultural (no occidental). La asimilación (a-culturación) del otro es el medio principal con el que los complejos institucionales de patrón occidental (los estados-nación) afrontan la diversidad cultural, a través de ideas eurocéntricas como civilización (alta), cultura, libertad e igualdad, por un lado; y salvajismo, folklore, oscurantismo o superstición, por el otro. Este proceso, que se ha ido desarrollando durante casi dos siglos en los Estados latinoamericanos, tiene

² Conquista y colonización no solo implicaron la ocupación política y económica por parte de Occidente de la mayor parte del mundo, sino también la expansión de su cultura, como la colonización americana muestra (FORNET-BETANCOURT, R., 2004, p. 122).

como objetivo final la desindianización de la población indígena y la integración formal de sus miembros como ciudadanos del estado-nación, renunciado a su propia identidad cultural en beneficio de la cultura nacional criolla.

En Ecuador, por ejemplo, Simón Bolívar incluso fue más allá que el antiguo poder colonial en relación los pueblos indígenas, anulando la autoridad de sus líderes y sustituyéndolos por funcionarios nombrados por el Estado, que, obviamente, estaban educados en el marco de la tradición política y occidental y desconocían las costumbres e instituciones de los pueblos originarios (Ortiz-T. [2010], 464). El nuevo Estado fundado después de la independencia de la Corona española devino una estructura institucional diseñada para y por las élites criollas. Se ha basado hasta nuestros días en los patrones de la Ilustración europea, con un profundo desprecio hacia las realidades culturales autóctonas. En este contexto, la modernización se entiende como un proceso de asimilación cultural que apunta hacia la supresión de las culturas no occidentales en áreas tan extensas y ricas, desde el punto de vista de la diversidad humana, como América Latina o África³.

1.2. Reevaluando el valor de la diversidad cultural

Sin embargo, los efectos en el medio ambiente causados por el despliegue del sistema-mundo capitalista, así como por la tecnociencia occidental —ambos basados en el paradigma del dominio de la naturaleza (lo salvaje) por la sociedad (la civilización)—, ha llevado a una reconsideración de las pretensiones de universalidad de la cultura occidental y de la (supuesta falta de) valía de las culturas no occidentales. La puesta en valor de estas tradiciones ha sido defendida en muchos supuestos y contextos, sugiriéndose por determinadas voces una transición del monoculturalismo (occidental) hacia un interculturalismo basado en el diálogo entre las diferentes tradiciones culturales.

La preocupación reciente acerca de cuestiones como la sostenibilidad, la biodiversidad o la protección del medio ambiente, así como la vitalidad de los movimientos indígenas —particularmente, en buena parte de América Latina— están cambiando la comprensión hegemónica de las culturas de matriz no occidental, así como la sensibilidad en relación con la preservación de su derecho e instituciones. Las llamadas tradiciones ctónicas —esto es, aquellas que son propias de los pueblos indígenas o aborígenes— pueden ser vistas como una fuente alternativa de conocimiento que puede usarse para encontrar soluciones en el momento actual. Estas tradiciones van siendo reconsideradas en un intento

³ Continuando con el caso de Ecuador, durante la elaboración de la Constitución de 1945, cuando fueron consideradas cuestiones como la plurinacionalidad del Estado o la incorporación de los indígenas a la «nación ecuatoriana», la opinión de la mayoría era que, para completar esa incorporación, se hacía necesario asimilarlos a la visión occidental del mundo (TUAZA, C., 2010, p. 467).

de encontrar el camino de integrar la diversidad cultural de áreas particulares en los correspondientes sistemas políticos. Esto debería conducirnos hacia nuevas soluciones en el derecho constitucional comparado, de modo que esas tradiciones indígenas puedan integrarse en complejos institucionales más amplios —fundamentalmente, aún, el estado-nación, que continúa siendo la forma hegemónica de organización política—. En cualquier caso, todo ello exigiría un repensar el estado-nación en la forma en que lo hemos conocido hasta ahora.

Hay dos razones fundamentales por las que el valor de la diversidad cultural y, consecuentemente, la necesidad de integrar diferentes culturas en sistemas de decisión particulares deben ser reconsiderados. Primero, desde un punto de vista utilitario, la complejidad, pluralidad y riqueza de las formas culturales y la diversidad en la comprensión de la vida, tanto humana como no humana, puede ser el (único) camino para responder a la presente situación de degradación ambiental y limitación de los recursos disponibles. En segundo lugar, el valor intrínseco de este conocimiento debe tomarse, asimismo, en cuenta, en tanto que expresión de la creatividad de individuos y colectivos humanos. Por lo tanto, el valor de este conocimiento, hoy amenazado, debe considerarse no solo desde la perspectiva de su utilidad para nosotros —los que pertenecemos a la cultura hegemónica—, sino también por su vínculo profundo con la dignidad humana, como expresión de formas de vida humana que se han desarrollado durante siglos.

Esto da lugar a una gran diversidad de cuestiones, referidas a la medida en que dichas culturas diferentes pueden ser integradas en sistemas interculturales para la toma de decisiones compartidas, o qué posibilidades existen en relación con el cambio y la evolución en su interior. En cualquier caso, la realidad institucional en la abrumadora mayoría de los casos particulares donde estas culturas existen se basa en patrones occidentales. Ello conlleva la necesidad de integrar la diversidad en una realidad institucional particular de modo que la comunidad concernida pueda participar realmente en las decisiones que la afectan y que se toman en un espacio político más amplio. Es especialmente necesario definir el fundamento a partir del que se opera el proceso de integración —que no de asimilación—, cuál es el lenguaje —no necesariamente el idioma— para la comunicación intercultural y cuáles son los valores comunes que hacen posible el diálogo entre culturas en un particular sistema de procesos integrados de toma de decisiones.

2. TRADICIONES NO OCCIDENTALES, DERECHOS HUMANOS Y DECISIONES COMPARTIDAS

2.1. Culturas en el museo: aislamiento y folclorización

Para empezar este apartado, debo señalar que la diversidad ha sido (supuestamente) respetada, en el marco de la tradición del estado-nación, a través

de unas políticas alternativas a aquellas de asimilación, a las que me he referido. Sin embargo, la manera en que ello intentó hacerse estaba claramente imbuida por la idea de la superioridad de la cultura occidental, la Civilización, lo que hace este camino inapropiado para una auténtica integración intercultural, que es lo que aquí se pretende. Llamo a esta alternativa a la asimilación el enfoque «aislacionista», que propugna el confinamiento de las «otras» culturas a espacios físicamente separados con el fin de «preservar» su singularidad. Ahora bien, esta separación implica impedirles que tomen parte en la toma de decisiones en el marco del sistema institucional en el que se integran, así como que sus valores tengan alguna proyección en él. El caso paradigmático de esto son las reservas indias en Estados Unidos. A causa del aislamiento y marginalidad que provocan, las reservas, concebidas como *separate land*, devienen islas extremadamente vulnerables, en que la misma supervivencia de los pueblos confinados en ellas se pone en peligro y, en cualquier caso, se impide su pervivencia como espacios culturales robustos y sanos.

El mencionado punto de vista, por otra parte, no oculta, en absoluto, que se fundamenta en la creencia firme en la superioridad de la cultura occidental. En consecuencia, en el fondo, hay un profundo desprecio por el valor de las otras culturas como modos de vida humanos dignos. Más bien, se trata de arrumbarlas en museos culturales, privando a sus miembros de cualquier participación en la evolución política, social y económica de la comunidad que impone dicha solución a una parte de su población. El valor intrínseco de estas culturas es negado, los pueblos correspondientes son aislados y la propia herencia cultural que poseen está condenada a una fijación artificial, ya que no tiene otro valor que el museístico. En consecuencia, los pueblos que encarnan una cultura diferente de la hegemónica y los individuos que pertenecen a esos pueblos son excluidos de los procesos de toma de decisiones y su perspectiva es marginada. La participación solo se permite a aquellos que, renunciando a sus raíces ancestrales, devienen ciudadanos en el marco de la comunidad política hegemónica. El multiculturalismo que inspira este punto de vista no permite, en última instancia, que las culturas y los pueblos minoritarios —que no se integran, de alguna manera, en la matriz cultural occidental— puedan tener alguna voz en los procesos de toma de decisiones internos, regionales o globales. Como se ha destacado en el caso de los parques naturales, en relación con su papel como depósitos de biodiversidad, el aislamiento implica musealización y banalización, que acaban amenazando la propia biodiversidad. Ello ha llevado a un punto de vista más holístico: el aislamiento de las áreas protegidas es insuficiente para la preservación de la biodiversidad, porque el medio ambiente es una unidad. Lo mismo podría decirse de la humanidad.

Por todo ello, debe encontrarse el camino para permitir a estos pueblos la posibilidad de tener su propio espacio de decisión, pero, al mismo tiempo, de tomar parte en procesos de toma de decisiones más amplios, al lado de gentes pertenecientes a patrones culturales distintos, lo que incluye también aquellos que viven en entornos culturalmente occidentales, evitando cuidadosamente el

etnocentrismo, el chovinismo y las pretensiones de superioridad de una cultura sobre las demás —lo que no significa excluir ni el reconocimiento de la idoneidad de algunas de sus instituciones o prácticas, ni tampoco el intercambio cultural—. En este sentido, no solo debe renunciarse a la asimilación, sino que debe superarse la idea de conservación en formol, a través del aislamiento, de culturas no occidentales como si no fueran creaciones humanas vivas y relevantes. Ello nos lleva hacia la necesidad del diálogo transcultural y de procesos de toma de decisiones en los que participantes con diferentes *backgrounds* culturales puedan tener acogida.

Una vez más, el ejemplo de América Latina puede usarse para ilustrar mi argumentación. En décadas recientes, los movimientos indígenas —si bien es cierto que con importantes diferencias en los distintos Estados— han subrayado la necesidad de ir más allá de las actitudes paternalistas de los estados-nación de patrón criollo hacia los pueblos indígenas, para ir consolidando su derecho a preservar sus culturas y su forma de ser, así como a tomar parte, sin renunciar a ellas, en el proceso político, partiendo de la idea de autonomía y autodeterminación a la hora de fijar un espacio de decisión para esos pueblos y fundamentar su participación en procesos más amplios. La ideología subyacente a la idea de mestizo ha consistido en la pretensión de hacer desaparecer a los distintos pueblos originarios en un magma cultural diseñado por las élites criollas —y, en consecuencia, con un fuerte sesgo hacia la matriz occidental, con ciertos matices indígenas que acostumbra a ser puramente anecdóticos—. Se trata de superar ese proceso de *nation building* a través de la recuperación de la dignidad y la relevancia de los procesos de reproducción cultural de los pueblos indígenas. En este sentido, el punto de vista de cada uno de esos pueblos, una mirada global que incluye perspectivas económicas, sociales, políticas y ambientales, no debería desaparecer en el seno de una identidad mestiza, falsamente abierta, igualitaria y emancipadora, que, en el fondo, no es otra cosa que un sólido artificio institucional de patrón occidental.

2.2. Diálogo intercultural y pluralismo político

Para ir más allá de la perspectiva asimilacionista o del aislamiento museístico, debemos dejar atrás la idea de la superioridad occidental, así como la división de la humanidad entre sociedades «primitivas» y sociedades «avanzadas». Debemos avanzar en la construcción de un diálogo, a diferentes niveles, realmente equitativo, que proporcione densidad e identidad política a individuos y grupos, preservando el patrimonio cultural en su conjunto, más allá de la cultura hegemónica de matriz occidental —esto es, permitir que los puntos de vista de las culturas no occidentales puedan aflorar en el proceso político y contribuir a sus resultados—. No es una cuestión de (supuesta) preservación, basada en el encierro en vitrinas de aquello que es diferente, sino de comuni-

cación y respeto. Mi propuesta consiste en aproximarse políticamente a la preservación (y el desarrollo) de la diversidad cultural, a través del diseño de medios de participación política, que reconozcan voz y voto a los detentadores de puntos de vista distintos de los del discurso hegemónico occidental, basado en el modelo económico capitalista y unas políticas de la verdad centradas en el discurso científico-técnico. En mi opinión, si la relevancia de los puntos de vista de distinta matriz cultural en el debate político no se acepta, va a ser imposible, en el medio plazo, preservar la diversidad cultural, que en muchos casos es extremadamente vulnerable, condenando a una gran parte del patrimonio cultural de la humanidad a la folclorización, la banalización y, en última instancia, la desaparición.

Esta aproximación a la diversidad cultural se basa en dos argumentos fundamentales. En primer lugar, asumo que todos los seres humanos, así como los grupos humanos, son esencialmente iguales, desde el punto de vista de la consideración que merecen sus juicios, creencias y opiniones, antes de cualquier debate equitativo en que se fijen prioridades o preferencias. Esto significa que ningún punto de vista tiene más valor que otro antes que el debate —de acuerdo con reglas prefijadas— haya concluido. De este modo, los que tienen diferentes convicciones deben tener la oportunidad de participar en los debates y procesos de toma de decisiones que les sean relevantes. Esta igualdad primaria entre seres humanos y culturas es la condición necesaria para el diálogo intercultural, de manera que deben determinarse el modo en que dicho principio se concrete en una real participación de los diferentes grupos culturales afectados por un determinado proceso político.

En este sentido, la concesión de una igualdad a todos los individuos como ciudadanos de una entidad mayor, sin tener en cuenta sus distintas afiliaciones culturales, concluye en una democracia formal que impulsa la asimilación cultural y recorta las posibilidades de realización personal, para hacerlas encajar en el lecho de Procusto de la cultura hegemónica. En definitiva, no es una cuestión de democracia puramente aritmética, de privar de relevancia política a los agrupamientos humanos en nombre de una igualdad vacía y aséptica, sino de tomar en cuenta seriamente la diversidad de perspectivas que resulta de la existencia de diferentes maneras de estar en el mundo, todas las cuales tienen un valor intrínseco, así como interés incuestionable para el resto de la humanidad, de cuyo patrimonio cultural común forman parte.

El segundo argumento se basa en la libertad, entendida como la posibilidad de que los grupos y los individuos tengan oportunidades y espacio para decidir realmente en el marco de un sistema de reglas en el que sus puntos de vista se tomen en cuenta. Si la posibilidad de decidir autónomamente no existe, si no hay espacio para la autodeterminación —individual o colectiva—, asimismo puede sospecharse que se está impulsando un proceso de asimilación. Individuos y grupos deben tener acceso a tomar parte en un diálogo multinivel que tendrá como resultado decisiones sobre distintas cuestiones que pueden afectarles —local o globalmente; individual o colectivamente—.

Es importante subrayar que las formas tradicionales de democracia en Occidente —representativa o directa— son insuficientes para canalizar la diversidad cultural en un determinado contexto, porque una concepción puramente aritmética de la democracia no puede integrar las diferencias cualitativas que hacen presente la diversidad cultural ni enfrentarse a la creciente complejidad de las sociedades contemporáneas. Ahora bien, ¿cómo puede establecerse un marco intercultural razonable y adecuado para la toma de decisiones en contextos donde concurren comunidades de *backgrounds* culturales muy distintos? Si partimos de la igualdad y la libertad como fundamentos para promover una integración real y respetuosa de la diversidad cultural en el espacio político, parece claro que algunas aportaciones de la cultura occidental moderna pueden ser de utilidad como punto de partida —aunque no necesariamente como punto de llegada, porque ello supondría, de nuevo una jerarquización de las culturas—.

Debería ser obvio en este punto que deberíamos tener cuidado en evitar el chovinismo cultural y admitir la relevancia de las aportaciones de otras concepciones del mundo si queremos una sociedad suficientemente inclusiva y justa. De momento, ciertos elementos de la tradición política hegemónica pueden ser utilizados como una base razonable para construir el diálogo intercultural encaminado a diseñar las estrategias requeridas para que diferentes comunidades de diferentes *backgrounds* culturales compartan espacios comunes de decisión. La idea de los derechos humanos, en particular, apropiadamente adaptada a la dignidad igual de todas las culturas, puede ser un punto de partida adecuado⁴. De hecho, los movimientos indígenas en América Latina pueden ser comprendidos en clave de un paradigma más inclusivo e integrador de los derechos humanos (Burguete Cal y Mayor [2010], 64).

En este contexto sería interesante una reconstrucción de la cultura de los derechos humanos tomando en consideración las ideas de respeto y responsabilidad. La concepción lockeana de los derechos, asociada con un individuo varón, propietario y blanco, tiene que ser superada. Al mismo tiempo, la creencia en la dignidad, igualdad y libertad seres humanos, de acuerdo con la tradición occidental, merece ser preservada, si bien introduciendo ciertos matices de entrada, para hacer posible el diálogo intercultural. La idea de responsabilidad ya ha sido introducida en algunos textos constitucionales modernos —por ejemplo, la Constitución federal suiza de 1999— y desarrollada por autores como Hans Jonas, en el seno de la cultura occidental. Esta idea podría usarse para adaptar los derechos humanos a un escenario donde se tomase en serio la diversidad cultural, transformándolos de modo que puedan actuar como base para el diálogo intercultural y procesos plurales de toma de decisiones.

Sin embargo, si la diversidad cultural debe ser tomada en serio en una estructura institucional para el despliegue del proceso político, en mi opinión

⁴ Este parece ser el punto de vista de la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, particularmente, su artículo 2.

debe hacerse en el marco de una cultura común regulativa que lo permita —basada, en algún sentido, en los derechos humanos—. Esta cultura común debe ser abierta y evolutiva, a partir de la participación de las distintas culturas que puedan confluir en un determinado contexto, a partir del reconocimiento de densidad política a las comunidades que las sostienen, lo que consiste en un espacio para la toma de sus propias decisiones (*self-rule*) y capacidad para participar en los procesos políticos complejos de ámbitos más amplios (*shared rule*). Esto implica la toma en consideración de la perspectiva de comunidades basadas en patrones culturales no hegemónicos en el proceso político, así como la disponibilidad de espacios de autonomía y participación en la definición de consensos más amplios, lo que exige la renuncia a las políticas de aislamiento y marginación, así como a las pretensiones de asimilación en la cultura hegemónica (Pacari [2009], 36).

Por lo tanto, se requieren estructuras políticas flexibles que deben diseñarse sobre la base del pluralismo y la cooperación, para responder al hecho de la diversidad cultural, por una parte, y al destino común que comparten los distintos grupos sociales, culturales y políticos que conforman la humanidad, por la otra. Esto sugiere que es necesario dejar atrás la homogeneidad del espacio político y la geometría política cartesiana de la comunidad de iguales, donde el pluralismo es escondido detrás de una forma aritmética de democracia⁵.

3. CONSTRUYENDO UN MODELO PARA INTRODUCIR LA DIVERSIDAD CULTURAL EN LOS PROCESOS POLÍTICOS

3.1. Límites de los procesos de decisión multinivel diseñados para afrontar la diversidad cultural

En este punto, desearía hacer articular una triple propuesta. En el marco del problema planteado debería avanzarse en el diseño de (i) espacios de decisión para comunidades que mantienen una identidad cultural diferenciada y (ii) espacios más amplios de consenso (de diferente extensión) para distintas comunidades concluyentes. Imagino un multiespacio configurado por diferentes ámbitos de consenso —a nivel de comunidad, estatal, regional o global—. Ello es necesario para otorgar consideración suficiente a las diferentes culturas, no como piezas de museo, sino como recipientes vivos de prácticas humanas. Por otra parte, esto supone, en particular, que la sociedad del presente tome una cierta responsabilidad hacia las futuras generaciones de modo que (iii) el flujo de la diversidad cultural sea reservado.

⁵ Estas ideas han sido hegemónicas en el pensamiento político occidental desde el siglo XVI, como muestra la *Politica* de Johannes Althusius. Por ello, es probablemente bastante difícil ir más allá de esta idea del espacio político.

Partiendo de estos tres elementos, podemos establecer diferentes tipos de límite para los procesos de toma de decisiones, a saber:

- i) Primero, para preservar el espacio de decisión para una comunidad cultural determinada, definida como sujeto político, debemos evitar las interferencias ilegítimas de niveles superiores de poder, que representan espacios más amplios de consenso, de los que la comunidad afectada forma parte —por ejemplo, decisiones «democráticas» tomadas en el nivel superior, que suponen una amenaza seria para los fundamentos de la comunidad menor—.
- ii) Segundo, los límites impuestos por las reglas generales de toma de decisiones en cualquier nivel deben ser respetados en los espacios más pequeños de toma de decisiones —así, el respeto a los derechos humanos, de acuerdo con una concepción realmente intercultural, en todos los espacios de decisión política, independientemente de su singularidad cultural—.
- iii) Finalmente, es necesario (pero no es fácil) establecer límites para los diferentes niveles de decisión en el sentido de preservar el flujo de la diversidad cultural para las futuras generaciones, como se intenta hacer en el ámbito del derecho ambiental en relación con la biodiversidad, a través de políticas fundadas en el principio de precaución.

Para afrontar el solapamiento de los diferentes ámbitos de decisión, tiene utilidad, ni que sea desde un punto de vista heurístico, acudir a las reglas que se aplican en la gestión de niveles menos agudos de diversidad en el seno de la cultura occidental. Me refiero a la tradición federal occidental. Sin embargo, debemos ser cuidadosos. A día de hoy somos testigos de nuevas fronteras para el federalismo, en un intento de responder cuestiones complejas y tomar en cuenta el punto de vista de las personas que no pertenecen a una matriz cultural occidental —y que, por lo tanto, son extrañas a ciertos procesos o mecanismos—. Esto requiere una actitud abierta, de modo que las reglas puedan evolucionar con el flujo del diálogo intercultural. La cultura federal occidental podría ser, asumiendo esto, una buena manera de empezar (desde el punto de vista procedimental) a diseñar espacios políticos interculturales, del mismo modo que los derechos humanos pueden serlo desde el punto de vista sustantivo.

En la tradición federal, los límites impuestos por la Constitución federal a los Estados miembros definen un espacio común de consenso e impiden actitudes desleales en los niveles inferiores. Esto permite funcionar a la federación. Sin embargo, al mismo tiempo, se reserva a los Estados miembros su propio espacio de decisión, protegiéndolo de la interferencia ilegítima del Gobierno central. A partir de ello, podemos llegar a ser capaces de superar el chovinismo cultural, la excesiva rigidez y la esclerosis institucional que afectan a nuestras estructuras políticas, y tender puentes para la inclusión sustantiva de comunidades previamente marginadas. De este modo, pueden acabarse generando cír-

culos superpuestos de consenso para la preservación de la diversidad cultural y la facilitación del diálogo intercultural.

También deben fijarse límites para todos los actores actuales en los diferentes niveles de decisión en beneficio de las generaciones futuras. Como sucede con el principio de precaución y con la (controvertida) idea del desarrollo sostenible, es necesario pensar en límites para las decisiones en el presente, de cara a permitir a las generaciones futuras el disfrute real de oportunidades de reproducción social, con una idea de equidad en el vector temporal. La noción de responsabilidad, a la que me he referido más arriba, puede ser un fundamento adecuado para dichos límites, pero es siempre difícil el diseño de procesos y el apoderamiento de actores para hacer efectivo un límite de este tipo, teniendo en cuenta que sus beneficiarios aún no existen.

3.2. Círculos de consenso, democracias fragmentadas y comunidades agregadas

La tradición federal es inspiradora porque establece niveles superiores e inferiores de gobierno, que definen círculos concéntricos de consenso y marcan límites sucesivos para las decisiones que se toman en los niveles inferiores o en los ámbitos más reducidos. También lo es porque se ocupa de la cuestión trascendental del *shared rule*, que es elemento determinante para la legitimidad de las decisiones en los niveles superiores. Desde este punto de partida, podemos definir círculos de consenso más complejos para afrontar la diversidad política y cultural.

La manera de preservar la diversidad cultural podría ser, entonces, el reforzamiento del federalismo cultural en diferentes niveles, superando la idea de las mayorías mecánicas como fuente de legitimidad, y diseñando marcos jurídicos que permitan el establecimiento de diferentes círculos de consenso cultural, social y político. Sea cual sea el caso, es crucial no olvidar que círculos de consenso aislados no son, por sí, suficientes para la preservación de la diversidad cultural. Las diferentes comunidades culturales —particularmente, las más pequeñas— deben tener manera de influir en la toma de decisiones en los espacios políticos más amplios, en los que se insertan. Por otra parte, la idea tradicional de soberanía, basada en la concepción del estado-nación como mónada autosuficiente en la que se proyecta un poder homogéneo, independiente y aislado, debería ser desechada en beneficio de una concepción más flexible del poder y el proceso políticos.

En consecuencia, si el diálogo tiene que ser equitativo e incluir todas las distintas perspectivas culturales en presencia, deben definirse círculos de consenso distintos, espacios políticos de geometría variable, donde pueden darse consensos parciales, de acuerdo con la inspiración ofrecida por la tradición federal. Por ejemplo, en un determinado estado-nación, las reglas de atribución de las distintas decisiones políticas deben definirse de modo que ciertas cues-

tiones sean propias de espacios culturales, otras de espacios territoriales y otras correspondan al máximo nivel, mediante procesos que permitan aflorar los diferentes intereses (culturales, económicos, etc.). No es fácil ofrecer en abstracto unas reglas de carácter general para este tipo de diálogo multinivel, pero me parece que avanzar en este sentido es la única manera de tomar en serio la diversidad cultural, esto es, dándole sustancia política.

En cualquier caso, de acuerdo con este modelo, los niveles superiores determinan el ámbito de posibilidad de los inferiores. Así, las decisiones «nacionales» actúan como límite para las decisiones tomadas por grupos o territorios insertados en un determinado Estado. Por esta razón, deben limitarse a cuestiones de interés «nacional», definidas en un consenso fruto del diálogo intercultural, y, asimismo, estar sujetas a límites aún superiores, que pueden actuar como garantía para los niveles inferiores —quizá impuestos desde el ámbito internacional—. Así, los círculos de consenso más elevados no deberían dejar desprotegidos los grupos minoritarios que se insieren en ellos ante fuerzas poderosas ante las que no pueden reaccionar, como muestra claramente el caso de la biopiratería, en que actuaciones amparadas por las reglas de la economía global causan graves daños a pequeñas comunidades indígenas en América o África, por ejemplo.

Este conjunto de procesos y marcos institucionales nos llevaría a la creación de democracias fragmentadas —dentro del Estado, al nivel del Estado y más allá del Estado—, con un reparto de atribuciones en función de las características culturales de cada contexto, que puede ser mono o multicultural. Cada una de estas democracias fragmentadas tendría sus propios procesos políticos, basados en una idea abierta de democracia, que incluiría diferentes maneras de tomar decisiones, con la condición de que los miembros de cada fragmento —individuos o grupos— alcanzaran un consenso. Dada la naturaleza democrática de este complejo institucional, todas las comunidades tendrían estatus político, de modo que no dependerían para su condición de sujeto político de comunidades más amplias y los límites para las decisiones en esos niveles más amplios estarían claramente marcados.

Esto es extremadamente importante para el caso de comunidades poco numerosas que forman parte de complejos institucionales más amplios, lo que es común para las pequeñas comunidades indígenas en Estados con una amplia mayoría de población occidental u occidentalizada —minorías indígenas en los Estados latinoamericanos, dominados por mayorías criollas o mestizas—. Si existe un flujo flexible de relaciones institucionales y se han construido apropiadamente sistemas de círculos de consenso, debería permitirse que una comunidad integrada en un contexto político más amplio pueda retirarse de él (derecho de autodeterminación), cuando algunos de sus rasgos esenciales son amenazados en el *statu quo* político en el que participa, siempre que se respete el consenso global vigente en cada momento en relación con los derechos humanos, así como un proceso democrático para el ejercicio de dicho derecho.

En última instancia, imaginamos comunidades básicas —de características culturales, políticas, sociales, demográficas, etc., muy diversas— que forman círculos de consenso más amplios, constituyendo comunidades complejas mayores que interactúan sucesivamente entre sí hasta alcanzar el nivel global. Este nivel se define por la concepción predominante en cada momento en relación con los derechos humanos, fruto de un diálogo intercultural global, y una idea abierta y plural de democracia que permita diferentes manifestaciones del principio democrático en función de la diversidad de los distintos complejos culturales y políticos existentes. La combinación de democracias fragmentadas y comunidades constituidas de acuerdo con la dinámica de círculos de consenso evolutivos nos parece la manera de otorgar, efectivamente, densidad política a las diferentes comunidades culturales, lo que debería permitir tanto su supervivencia como garantizar su capacidad de evolución en un mundo integrado con problemas comunes.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALDER, J.; WILKINSON, D., *Environmental Law & Ethics*. Macmillan, Londres, 1999.
- ARBÓS, X.; VERNET I LLOBET, J., «Los nuevos federalismos y el constitucionalismo del siglo XXI», en APARICIO, M.A. (ed.), *La Descentralización y el Federalismo. Nuevos modelos de Autonomía Política (España, Bélgica, Canadá, Italia y Reino Unido)*, CE-DECS, Barcelona, 1999, pp. 261-271.
- ÁVILA SANTAMARÍA, R., *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Abya-Yala/Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2011.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W., «Sviluppo storico e mutamento di significato della costituzione», en BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Stato, costituzione, democrazia: Studi di teoria Della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 29-60.
- BRAVO, E., «Conocimiento ecológico tradicional para la conservación: dinámicas y conflictos», en *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, n.º 107, 2009, pp. 69-76.
- BURGUETE CAL Y MAYOR, A. (2010), «Autonomía: la emergencia de un paradigma en las luchas por la descolonización en América Latina», en GONZÁLEZ, M.; BURGUETE CAL Y MAYOR, A. y ORTIZ, T.P. (eds.), *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, FLACSO (Sede Ecuador)/Cooperación Técnica Alemana (GTZ)/Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA)/ Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS)/Universidad Intercultural de Chiapas (UNICH), Quito, 2010, pp. 63-94.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Derecho internacional en perspectiva histórica*, Tecnos, Madrid, 1991.
- CHEVALLIER, J., «Vers un droit post-moderne? Les transformations de la regulation juridique», en *Revue de Droit Public*, n.º 3, 1998, pp. 659-690.
- CLARKSON, S. y WOOD, S., *A Perilous Imbalance: The Globalization of Canadian Law and Governance*, UBC Press, Vancouver-Toronto, 2009.

- ESTERMANN, J., *Filosofía andina: estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya-Yala, Quito, 2004.
- FLEINER-GERSTER, T., «Die Zukunft des schweizerisches Rechtstaates», en *Festgabe Alfred Röheli zum fünfundsechzigsten Geburtstag, Staatskanzlei des Kantons Solothurns*, Solothurn, 1990, pp. 89-103.
- FORNET-BETANCOURT, R., «Ciencia, tecnología i política en la filosofía de Panikkar», en BOADA, I. (ed.), *La filosofía intercultural de Raimon Panikkar*, CETC, Barcelona, 2004, pp. 119-132.
- GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 1984.
- GLENN, H.P., *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, Oxford/ Nueva York, 2007.
- JAGMETTI, R.L., «Der Bürger im Entscheidungsprozeß», en *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea/Frankfurt am Main, 1982, pp. 363-373.
- JARIA I MANZANO, J., *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., *El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2003.
- JONAS, H., *El principio de responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995.
- MARTÍNEZ, E., «Los Derechos de la Naturaleza en los países amazónicos», en ACOSTA, A.; MARTÍNEZ, E. (eds.), *Derechos de la Naturaleza: El futuro es ahora*. Abya-Yala, Quito, 2009, pp. 85-98.
- MICKELSEN, K.; REES, W., «The Environment: Ecological and Ethical Dimensions», en HUGHES, E.L.; LUCAS, A.R.; TILLEMANN, W.A. (eds.), *Environmental Law and Policy*, Emond Montgomery, Toronto, 1993, pp. 1-29.
- MORA, M., «Las experiencias de la autonomía indígena zapatista frente al Estado neoliberal mexicano», en GONZÁLEZ, M.; BURGUETE CAL Y MAYOR, A.; ORTIZ, T.P. (eds.), *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, FLACSO (Sede Ecuador)/Cooperación Técnica Alemana (GTZ)/Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA)/Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS)/Universidad Intercultural de Chiapas (UNICH), Quito, 2010, pp. 291-315.
- MORA RODRÍGUEZ, A., «La racionalidad de la economía capitalista y la vida digna de las personas», en *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, n.º 107, 2008, pp. 9-23.
- MORENO NAVARRO, I., «Quiebra de los modelos de modernidad, globalización e identidades colectivas», en ALCINA FRANCH, J.; CALÉS BOURDET, M. (eds.), *Hacia una ideología para el siglo XXI: ante la crisis civilizatoria de nuestro tiempo*, Akal, Tres Cantos, 2000, pp. 102-131.
- MÜLLER, J.P., *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Stämpfli, Bern, 1982.
- ORTIZ, T.P., «Entre la cooptación y la ruptura: la lucha por el derecho a la autodeterminación de las nacionalidades indígenas del centro sur amazónico del Ecuador», en GONZÁLEZ, M.; BURGUETE CAL Y MAYOR, A.; ORTIZ, T.P. (eds.), *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, FLACSO (Sede Ecuador)/Cooperación Técnica Alemana (GTZ)/Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA)/Centro de Investigaciones y Estudios Superio-

- res en Antropología Social (CIESAS)/Universidad Intercultural de Chiapas (UNICH), Quito, 2010, pp. 455-508.
- PACHANO, S., «Estado, ciudadanía y democracia», en BURBANO DE LARA, F. (ed.): *Transiciones y rupturas. El Ecuador en la segunda mitad del siglo xx*, Flacso Ecuador/Ministerio de Cultura, Quito, 2010, pp. 43-74.
- PACARI, N., «Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas», en ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (eds.), *Derechos de la Naturaleza: el futuro es ahora, Abya-Yala*, Quito, 2009, pp. 31-37.
- SALAZAR BENÍTEZ, O., «El derecho a la identidad cultural como elemento esencial de una ciudadanía compleja», en RUIZ-RICO RUIZ, G. y PÉREZ SOLA, N. (eds.), *Constitución y cultura: retos del Derecho constitucional en el siglo xxi*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 207-241.
- SÁNCHEZ, C., «Autonomía y pluralismo. Estados plurinacionales y pluriétnicos», en GONZÁLEZ, M.; BURGUETE CAL Y MAYOR, A. y ORTIZ, T.P. (eds.), *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, FLACSO (Sede Ecuador)/Cooperación Técnica Alemana (GTZ)/Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA)/Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS)/Universidad Intercultural de Chiapas (UNICH), Quito, 2010, pp. 259-288.
- TUAZA, L.A., «Concepciones del Estado y demandas de las organizaciones campesinas e indígenas (1940-1960)2», en BURBANO DE LARA, F. (ed.), *Transiciones y rupturas. El Ecuador en la segunda mitad del siglo xx*, Flacso Ecuador/Ministerio de Cultura, Quito, 2010, pp. 465-513.
- UNTERMAIER, J., «Représentation et pesée globale des intérêts en droit français de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement», en MORAND, C.-A. (ed.), *La pesée globale des intérêts. Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea/ Frankfurt am Main, 1996, pp. 129-150.
- VELASCO, J.C., «El Multiculturalismo, ¿una nueva ideología? Alcance y límites de la lucha por las identidades culturales», en ALCINA FRANCH, J.; CALÉS BOURDET, M. (eds.), *Hacia una ideología para el siglo xxi: Ante la crisis civilizatoria de nuestro tiempo*, Akal, Tres Cantos, 2000, pp. 146-163.
- VON BOGDANDY, A., «Constitutional Principles for Europe», en RIEDEL, E. y WOLFRUM, R. (eds.), *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, Springer, Berlín/Heidelberg/Nueva York, 2006, pp. 1-35.
- WALLERSTEIN, I., *Geopolítica y geocultura. Ensayos sobre el moderno sistema mundial*, Kairós, Barcelona, 2007.
- WHITE, L., «The Historical Roots of Our Ecological Crisis», *Science*, n.º 155, 1967, pp. 1203-1207.

La cuestión indígena y la organización territorial del Estado en el constitucionalismo refundador latinoamericano

Andoni Pérez Ayala*

Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

SUMARIO: 1. Cambios constitucionales, constitucionalismo refundador y cuestión indígena en Latinoamérica. 2. La refundación constitucional bolivariana en Venezuela. Aspectos relativos a la cuestión indígena y a la organización territorial del Estado. 2.1. Reconocimiento constitucional del carácter multiétnico y multicultural de Venezuela. 2.2. La constitucionalización de los derechos de los pueblos indígenas. 2.3. Continismo «federal» de la organización territorial del Estado. 3. La refundación constitucional ecuatoriana. su repercusión sobre la población indígena y la organización territorial del Estado. 3.1. El reconocimiento constitucional de la plurinacionalidad y la interculturalidad del Estado ecuatoriano. 3.2. La constitucionalización de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades. 3.3. Una limitada reorganización territorial autónoma del Estado. 4. La refundación constitucional boliviana. Su incedencia en el estatus de la población indígena y en la reorganización territorial del Estado. 4.1. La redefinición constitucional de Bolivia. 4.2. La constitucionalización de los derechos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos. 4.3. La reorganización territorial del Estado en el nuevo marco constitucional. 4.3.1. Un sistema autonómico diversificado y plural. 4.3.2. La autonomía departamental. 4.3.3. La autonomía indígena originario campesina. 4.3.4. La autonomía regional. 5. Conclusiones.

1. CAMBIOS CONSTITUCIONALES, CONSTITUCIONALISMO REFUNDADOR Y CUESTIÓN INDÍGENA EN LATINOAMÉRICA

El tránsito del siglo xx al actual ha estado marcado en Latinoamérica por una intensa actividad constitucional que se ha extendido a la práctica totalidad

* Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco IT743-13.

de los países del subcontinente centro y suramericano. En el periodo que transcurre durante la última década del pasado siglo y la primera del actual, han tenido lugar en esta área importantes cambios constitucionales; no solo en términos cuantitativos, por el número de nuevos textos y de reformas constitucionales realizadas, sino también por las novedades que algunos de estos cambios han introducido en el constitucionalismo contemporáneo, y en el latinoamericano en particular,¹ en estos primeros años del siglo actual.

Tras la progresiva desaparición de los regímenes dictatoriales, que en algunos países se prolongan hasta bien entrada la década de los ochenta del siglo pasado, se abre un nuevo periodo de recomposición constitucional en los países latinoamericanos.² En unos casos mediante revisiones, muy amplias en algunas ocasiones (Argentina, 1994, y en cierta medida Chile, 1989, aunque éste es un caso especial por tratarse de un texto «constitucional» pinochetista), de los textos constitucionales ya existentes; en otros, mediante la adopción de textos constitucionales enteramente nuevos (Brasil, 1988³; Colombia, 1991); y, finalmente, en algunos otros, instaurando un orden constitucional no solo distinto sino de carácter *refundador*, de acuerdo con el término que el propio constituyente utiliza para caracterizar su obra: Venezuela 1999; Ecuador, 2008; Bolivia, 2009. Se trata, en cualquier caso, de un proceso de cambios constitucionales que tanto por su amplitud (abarca, de forma generalizada, al conjunto de los países latinoamericanos) como por las novedades que introduce, tiene un indudable interés para conocer mejor la actual evolución del constitucionalismo contemporáneo.

Es en este marco de cambios constitucionales generalizados en el espacio latinoamericano durante los años finales del pasado siglo en el que va a surgir un fenómeno nuevo como es el del *constitucionalismo refundador*; denominación con la que el constituyente de algunos países latinoamericanos (Venezuela, Bolivia, Ecuador...) hace referencia a su voluntad de fundar de nuevo, de *refundar* y no sólo de reformar, el orden político existente. Refundación que se hace en los términos previstos en la Constitución, que pasa así a convertirse en uno de los instrumentos más valiosos (el más importante en el plano jurídico) para

¹ Una panorámica general sobre el constitucionalismo latinoamericano hasta la última década del siglo pasado puede verse en QUIROGA LAVIE, H., «Estudio introductorio», en *Las constituciones latinoamericanas. El constitucionalismo en las postrimerías del siglo xx*, tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 1994, pp. 7-117. Véase, asimismo, el amplio «Estudio preliminar» de Héctor FIX ZAMUDIO en la obra clásica de BISCARETTI, P., *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Fondo de Cultura Económica (FCE), México, 1996, pp. 28-69.

² Véase REINALDO VANOSSI, J. «Los rifirrafes constitucionales de la década pasada», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 11, 2007, pp. 407-424.

³ Sobre la experiencia constitucional brasileña, en particular, véase FIGUEIREDO, M., «Evolutions récentes du constitutionnalisme brésilien», en *Revue de Droit Public*, n.º 5, 2010, pp. 1509-1535. Asimismo, el apartado monográfico con motivo de las dos primeras décadas de experiencia constitucional brasileña, VV.AA., «Brasil: venti anni di Costituzione democratica», en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n.º III-2008, pp. 1340-1450.

llevar a cabo el proyecto refundador. Esta concepción de la Constitución, no coincidente con la que, carente de pretensiones refundadoras, era la existente hasta ese momento, hace que la estructura y el contenido de la Constitución gire en torno al objetivo refundador; y es precisamente esta finalidad la que ayuda a explicar las peculiares características que van a tener estos nuevos textos constitucionales.⁴

Fue Venezuela el país que inauguró, coincidiendo con el fin de la última década del pasado siglo la experiencia constitucional refundadora en Latinoamérica, tras el intenso proceso constituyente que en 1999 se desarrolla en este país y que culminará con la instauración de la República Bolivariana de Venezuela, con la que se ponía fin a un prolongado periodo de casi cuatro décadas, durante las que perduró el régimen constitucional instaurado en los inicios de la década de los sesenta. La elección de Evo Morales como Presidente de Bolivia (diciembre de 1995, abre en este país un prolongado y conflictivo proceso constituyente (2006-2009) mediante el cual Bolivia va a hacer su propia experiencia refundadora, que en este caso va a presentar rasgos distintivos propios debido al fuerte peso de la población indígena. Finalmente, y casi simultáneamente en el tiempo (2007-2008), Ecuador va a hacer también su propia experiencia constitucional refundadora, en la que también el factor indígena va a jugar un importante papel en el desarrollo del proceso político refundador.⁵

Las nuevas Constituciones (Venezuela, 1999; Ecuador, 2008; Bolivia, 2009) que surgen de estos procesos constituyentes refundadores introducen una serie de elementos nuevos que modifican en buena medida el esquema constitucional latinoamericano clásico. Así, por ejemplo, en lo que se refiere a la distinta forma de plantear la regulación de las relaciones en el ámbito económico y social así como del papel del Estado en este terreno; cuestión ésta a la que el constituyente refundador dedica una atención prioritaria. Por otra parte, los nuevos textos constitucionales refundadores reformulan la regulación de los temas constitucionales clásicos; así, en materia de derechos y libertades, éstos se van a ver ampliados sensiblemente con la acogida de nuevas generaciones de derechos. Y por lo que se refiere a la otra materia constitucional clásica, la organización de los poderes del Estado, aun manteniendo el esquema presidencial característico de los regímenes políticos latinoamericanos, se introducen nuevos mecanismos destinados a favorecer la participación popular (ampliación de los supuestos de referéndum, procesos revocatorios de autoridades elegidas, incluido el Jefe del Estado).

⁴ Véase CLAVERO, B., «Novedades constitucionales y continuidades constituyentes: Ecuador, Venezuela, México, Bolivia (1998-2004)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 74, 2005, pp. 195-211.

⁵ Sobre estos dos últimos países, véase CRUZ, E. y GUERRA, H., «El tránsito hacia el Estado plurinacional en Bolivia y Ecuador (1990-2008)», en *Historia Contemporánea*, n.º 28, 2010, pp. 97-124.

Uno de los temas nuevos que va a ser objeto de especial atención en los textos constitucionales refundadores va a ser la *cuestión indígena*; ello tiene especial relevancia desde el punto de vista constitucional ya que éste tema apenas ha sido tratado por el constitucionalismo en general y por el latinoamericano en particular.⁶ Y ello, a pesar de que en algunos países, en particular en los del área andina, la población indígena tiene un fuerte peso, al menos en términos cuantitativos, en sus respectivos países (como es el caso de Bolivia y Ecuador, que tratamos en este trabajo). Por otra parte, hay que decir que la cuestión indígena no es un tema más, entre otros, que recibe un tratamiento tangencial por parte del constituyente, sino que va a ocupar un lugar central, al menos en los países donde la población indígena tiene peso demográfico, del proyecto político refundador. Hay que decir también, finalmente, que el tratamiento de este tema en los textos constitucionales refundadores va a cubrir un vacío existente hasta ahora en el constitucionalismo latinoamericano.

El tratamiento del tema que nos ocupa en estas líneas —la incidencia del factor indígena en el constitucionalismo refundador latinoamericano y en la (re)organización territorial del Estado— va a ser abordado siguiendo tres ejes. En primer lugar, se examinará la redefinición constitucional del Estado de acuerdo con el reconocimiento de la composición plural de su población; en particular de la población indígena, ignorada en términos constitucionales hasta la fecha. En segundo lugar, se examinarán, en el marco de la nueva y más amplia regulación de los derechos y libertades constitucionales, los derechos específicos de la población indígena, a los que los textos constitucionales refundadores van a dedicar, por primera vez, atención especial. Por último, se examinarán las formas específicas de organización territorial y de ejercicio del autogobierno en las comunidades indígenas, lo que también por primera vez va a tener expresión y reflejo constitucional. El desarrollo de los tres ejes reseñados se hace sobre la base de las tres experiencias refundadoras —Venezuela, Ecuador, Bolivia— que han tenido lugar hasta ahora y de los textos constitucionales en los que éstas han tenido, hasta el momento, plasmación jurídica-política efectiva.⁷

⁶ Sobre el tema, véase BIDART CAMPOS, G.J., «La diversidad cultural en el constitucionalismo democrático: los pueblos indígenas», VV.AA., *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2003, pp. 267-288.

⁷ Sobre los procesos de cambio constitucional en estos países, véase el estudio introductorio de AGUIAR DE LUQUE, L. y REVIRIEGO, F., «Implicaciones constitucionales del giro político en algunos países iberoamericanos», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 27, 2006, pp. 227- 243. Asimismo, SHIFTER, M. y JOYCE, D., «Bolivia, Ecuador y Venezuela, refundación andina. Las reformas constitucionales de Morales, Correa y Chavez...», en *Política Exterior*, n.º 123, 2008, pp. 55-66.

2. LA REFUNDACIÓN CONSTITUCIONAL BOLIVARIANA EN VENEZUELA. ASPECTOS RELATIVOS A LA CUESTIÓN INDÍGENA Y A LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

2.1. Reconocimiento constitucional del carácter multiétnico y multicultural de Venezuela

Como es sabido, Venezuela es el primer país latinoamericano en el que las tesis refundadoras van a conseguir tener implantación efectiva tras el hundimiento, en los años finales del pasado siglo, del régimen constitucional (más aparente que real), que había regido en este país durante cuatro décadas.⁸ Hay que decir, de todas formas, que ni en el hundimiento del régimen anterior ni en la refundación del nuevo la cuestión indígena o la de la reorganización territorial del Estado tuvieron apenas incidencia alguna. Eran otras las cuestiones —básicamente la de la corrupción y asuntos conexos con ésta— que polarizaban la vida política venezolana en la década de los noventa del pasado siglo y que, finalmente, dieron lugar al agotamiento y al colapso final del anterior régimen político.

En Venezuela el peso de la población indígena es muy reducido, a diferencia de lo que ocurre en otros países latinoamericanos como Ecuador y Bolivia (de los que nos ocuparemos seguidamente) que también comparten con Venezuela la experiencia constitucional refundadora. Ello da lugar, como es lógico, a que la incidencia del factor indígena en el plano constitucional sea también menor, en términos comparativos, en el país caribeño que en los referidos países andinos, no jugando el mismo papel en uno y otros casos, como tendremos ocasión de comprobar en su momento, en la configuración constitucional del Estado. Conviene tener presente como punto de partida esta diferencia de situaciones ya que así se comprende mejor el distinto tratamiento que esta cuestión va a tener en el texto constitucional venezolano en relación con sus homólogos ecuatoriano y boliviano.

A pesar de todo, el constituyente refundador venezolano de 1999 no se olvidó de este tema y, aunque en menor medida que en Ecuador y Bolivia, fue también objeto de tratamiento constitucional en los términos que se examinarán a continuación. Interesa llamar la atención sobre este hecho ya que, a diferencia de algunos otros países latinoamericanos (en particular andinos y centroamericanos),⁹ en Venezuela la cuestión indígena apenas había tenido re-

⁸ Véase RACHADELL, M., «El proceso político en la formación y vigencia de la Constitución de 1961», VV.AA., *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2003, pp. 95-148.

⁹ Cabe mencionar los casos de Guatemala (Constitución de 1985) y de Colombia (Constitución de 1991). Sobre éstas, véase GARCÍA LAGUARDIA, J.M., «Transición democrática y nuevo orden constitucional. La Constitución guatemalteca de 1985», y OSUNA, N.; SIERRA, H. y ESTRADA, A.J., «La Constitución colombiana de 1991», ambos en AA.VV., *Constitucionalismo Iberoamericano del siglo XXI*, Universidad Autónoma de México (UNAM), 2000, pp. 211-232 y 261-278, respectivamente.

flejo en los textos constitucionales precedentes. Será en el marco del constitucionalismo refundador, que tiene su plasmación en el texto constitucional venezolano de 1999, en el que la cuestión indígena va a ser objeto de tratamiento de forma expresa y explícita por primera vez en el constitucionalismo venezolano.

Con anterioridad al actual texto constitucional, vigente durante la última década, la cuestión indígena tenía, en el mejor de los casos, una presencia marginal (al igual que ocurría en la mayoría de los textos constitucionales latinoamericanos). La precedente Constitución venezolana de 1961,¹⁰ cuya vigencia formal se extiende a las cuatro últimas décadas del pasado siglo, tenía una fugaz alusión, en el marco de una disposición dedicada a la mejora de las condiciones de vida de la población campesina (art. 77) y en el mejor tono paternalista, a *las comunidades indígenas*, a las que el Estado se compromería a «proteger»¹¹ para así poder facilitar su incorporación progresiva a la vida de la nación. Se trata, como puede observarse, de una referencia tangencial que no va más allá de la típica cláusula retórica con la que suelen adornarse los textos constitucionales.

La Constitución bolivariana de 1999 va a dar otro tratamiento completamente distinto a este tema, empezando por el reconocimiento constitucional del hecho indígena. Ya en el Preámbulo se hace alusión a los «antepasados aborígenes», germen de las actuales comunidades indígenas; y también en los párrafos preambulares,¹² junto a la afirmación refundadora de la República bolivariana se hace una referencia expresa, por primera vez, a la componente *multiétnica* y *multicultural* de la sociedad venezolana. Ello constituye una novedad en el constitucionalismo venezolano; como, asimismo, lo es también la referencia que se hace, entre los *Principios fundamentales* (Tít. I: arts. 1-9), al principio de cooficialidad de los *idiomas indígenas*, «de uso oficial para los pueblos indígenas», compatible con la oficialidad del idioma castellano en el conjunto del país (art. 9).

También entre los *Principios fundamentales* (recogidos en el Tit. I) de la refundada República Bolivariana de Venezuela, hallamos la caracterización de ésta como un *Estado Federal descentralizado* en los términos previstos en la Constitución (art. 4). En este caso el constituyente bolivariano no introduce ninguna novedad ya que Venezuela ha sido uno de los países latinoamericanos (junto con México, Brasil y Argentina) que tradicionalmente ha adoptado un

¹⁰ Véase BREWER-CARIAS, A.R., «El sistema constitucional venezolano», en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Dykinson, 1992, pp. 773-815.

¹¹ El art. 77 de la Constitución venezolana de 1961 está redactado en los siguientes términos: «El Estado propenderá a mejorar las condiciones de vida de la población campesina. La ley establecerá el régimen de excepción que requiera la protección de las comunidades indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la nación.»

¹² Sobre el Preámbulo constitucional venezolano, véase CÁNOVA GONZÁLEZ, A., «Venezuela» (Preámbulo constitucional), en VV.AA. (TORRES DEL MORAL, A. y TAJADURA, J., dirs.), *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2001, pp. 409-446.

modelo de organización territorial de tipo federal;¹³ si bien es preciso advertir que el federalismo latinoamericano en general, y el venezolano muy en particular, son difícilmente encuadrables dentro del modelo federal genuino, asemejándose más a una forma específica de descentralización política.¹⁴ En este sentido, son muy ilustrativos los términos que utiliza el propio texto constitucional venezolano (art. 4) al definir al Estado como *federal descentralizado*, lo que revela una concepción del federalismo más próxima a la descentralización política que al modelo federal en sentido estricto.

Una advertencia que es preciso realizar en relación con la composición multiétnica de la población y la organización territorial federal descentralizada del Estado en Venezuela es que ambas no guardan relación de correspondencia entre sí; es decir, la organización federal del Estado no se estructura sobre la base de la composición multiétnica o multicultural de la población sino independientemente de ésta. No nos hallamos, por tanto, ante un federalismo de base étnico-cultural en el que cada comunidad indígena dispone de su propio Estado federado ni éste se reorganiza de acuerdo con la composición étnico-cultural de la población sino que, por el contrario, se reproduce la delimitación federal territorial preexistente (que no experimenta cambios),¹⁵ en cuyo marco la población indígena va a ver reconocidos constitucionalmente una serie de derechos lingüísticos y culturales a los que hasta ese momento no había referencia alguna (en este terreno sí hay cambios sustanciales).

2.2. La constitucionalización de los derechos de los pueblos indígenas

La novedad más destacable de la Constitución venezolana por lo que se refiere a la población indígena y a la ya referida, de acuerdo con el Preámbulo constitucional, composición multiétnica y pluricultural de la República, es la introducción de una serie de disposiciones constitucionales dedicadas específicamente a *los derechos de los pueblos indígenas* (arts. 119-126, Cap. VIII del Tít. III). Ubicadas en el extenso (más de un centenar de artículos) Título III de la Constitución, relativo a «los derechos humanos, garantías y deberes» (arts. 19-135), el texto constitucional de 1999 se ocupa, por primera vez, de

¹³ Sobre el federalismo latinoamericano, véase FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El federalismo en América Latina», en *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica*, n.º 41, V.A.A., *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Fundación M. García-Pelayo, Caracas, 2003, pp. 699-734.

¹⁴ Sobre el federalismo venezolano, en particular, véase BREWER-CARIAS, A.R., «Los problemas de la federación centralizada», en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 1992; *Informe sobre la descentralización en Venezuela (1993-1994)*, Arte, Caracas, 1994.

¹⁵ Véase CRAZUT, R., «Comentarios al Título II de la Constitución de 1999 sobre el espacio geográfico y la división política», en *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, 2000, pp. 40 y ss.

un grupo de derechos —de los pueblos indígenas— a los que confiere una entidad propia y diferenciada en relación con el resto de los derechos y, en consecuencia, se les agrupa en un Capítulo (VIII) específico. El constituyente venezolano incorpora así a su ordenamiento jurídico al máximo nivel lo que hasta ese momento no pasaban de ser declaraciones y acuerdos heterogéneos sobre temas relacionados con la cuestión indígena.¹⁶

Se parte del reconocimiento constitucional de la existencia de los *pueblos y comunidades indígenas*, dotados de su propia «organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones...» (art. 119). Se reconoce, asimismo, el derecho que asiste a los pueblos indígenas «a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto» (art. 121). Es preciso añadir que la Constitución venezolana no se limita al reconocimiento, sin más, del hecho indígena y del derecho genérico a preservar la(s) identidad(es) indígena(s) sino que, además, se asigna al Estado un papel activo en el fomento de la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas.

En sintonía con el reconocimiento de esta especificidad cultural, se proporciona cobertura constitucional a un régimen educativo específico «de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades [de los pueblos indígenas] socioculturales, valores y tradiciones» (art. 121). Se proporciona también cobertura constitucional, dentro del reconocimiento de las especificidades propias de los pueblos indígenas, a prácticas más discutibles como la previsión de que «El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias» (art. 122), formulación que resulta más que dudosa, en particular en términos constitucionales,¹⁷ incluso aunque vaya acompañada de la puntualización de que tal reconocimiento se hará con sujeción a principios bioéticos.

Una particularidad que llama la atención es la garantía y protección constitucional que se dispensa a «la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas» con prohibición constitucional expresa de «registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales» (art. 124). El problema que plantean formulaciones constitucionales de este tipo, aun reconociendo que es loable la intención que, sin duda, animó al constituyente de proteger el patrimonio cultural específico de los pueblos indígenas, es que resulta bastante problemático determinar cuáles son exactamente, o al menos con un mínimo de precisión, los conocimientos o las

¹⁶ Una relación de las distintas declaraciones, acuerdos, convenios, etc. sobre los derechos indígenas hasta la aprobación de la Constitución venezolana, puede verse en VV.AA., *Derechos de los pueblos indígenas*, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco/Eusko Jaurlaritza, Vitoria-Gasteiz, 1998, p. 710.

¹⁷ A pesar de ello, es preciso advertir que también la vamos a encontrar en términos similares en los textos constitucionales ecuatoriano y boliviano.

innovaciones de los pueblos indígenas que han de ser objeto de especial protección y quedan excluidos del registro de patentes.

Son de especial interés las disposiciones relativas al «hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan [las comunidades y pueblos indígenas] y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida» (art. 119). A este respecto, se asigna al ejecutivo nacional, precisando que debe hacerlo con la participación de los pueblos indígenas, la demarcación y garantía del derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, sobre la base de los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad e intransferibilidad, de acuerdo con lo establecido en la propia Constitución y la ley. Asimismo, el propio texto constitucional establece expresamente que «el aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos», fijando como condición la «previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas» (art. 120).¹⁸

El derecho a la *participación política* es objeto de tratamiento constitucional específico dadas las particulares características que presenta la población indígena, tanto por lo que se refiere a su dimensión cuantitativa como por lo que se refiere a su distribución territorial. A este respecto el propio texto constitucional prevé formas de participación específicas para garantizar la representación indígena en la Asamblea Nacional, así como en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena» (art. 125). Por lo que se refiere a la Asamblea Nacional, se reserva a «los pueblos indígenas de la República Bolivariana de Venezuela... tres diputados o diputadas de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres» (art. 186).¹⁹ De esta forma, se garantiza una representación en la Asamblea Nacional de los pueblos indígenas.

Una observación final es preciso realizar en relación con la disposición (art. 126) que cierra este Capítulo dedicado a los derechos de los pueblos indígenas; de acuerdo con ella, el reconocimiento constitucional de éstos se hace precisando de forma explícita que «forman parte de la nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible», puntualizando seguidamente para que no haya lugar a duda alguna que «el término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da

¹⁸ Sobre la problemática específica que plantean este grupo de derechos y los derechos sociales, en general, en el nuevo constitucionalismo latinoamericano y en el refundador, en particular, véase NOGUERA, A., *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; en especial, el Cap. VI, que trata sobre el grupo de países inmersos en procesos refundadores, pp. 159-233.

¹⁹ Como referencia comparativa hay que decir que la misma disposición constitucional (art. 186) fija también en tres el número de representantes de cada Estado en la Asamblea Nacional, a los que hay que añadir otro número adicional variable en función de la población. No hay Senado (eliminado por la Constitución vigente) que, en principio, es la Cámara más idónea de representación territorial.

en el Derecho internacional» (art. 126). No cabe, por tanto, con arreglo a las cláusulas constitucionales que comentamos, invocar el derecho de autodeterminación para su aplicación a los pueblos indígenas con el fin de acceder a un *status* político que implique cualquier forma de desvinculación de la República de Venezuela.

2.3. Continuidad «federal» en la organización territorial del Estado

A diferencia del Capítulo que acabamos de comentar, relativo al reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas en los términos reseñados, que supone una importante novedad en el constitucionalismo venezolano, el Capítulo relativo a la estructura federal del Estado (Cap. III del Tít. IV: arts. 159-167) apenas aporta novedades de relieve en relación con el esquema de organización territorial existente hasta ese momento. A este respecto puede decirse que esta materia es una de las pocas que no experimenta cambios significativos en el nuevo texto constitucional bolivariano, que en este terreno va a mantener una posición que podría ser caracterizada como de continuidad federal, en línea con la que había venido siendo tradicional en el constitucionalismo venezolano (y, en particular, en el anterior texto constitucional de 1961).

La explicación de este continuidad (que contrasta con los grandes cambios que el constitucionalismo refundador ha introducido en casi todos los campos) se halla en que la cuestión federal distaba mucho de ser una de las preocupaciones principales para el constituyente bolivariano de 1999.²⁰ Igualmente para la oposición, que tampoco planteó controversias de importancia sobre esta cuestión, a diferencia de otras, en especial en el terreno económico y social, que focalizaron la confrontación con el nuevo poder bolivariano. Debido a todo ello se adoptó, sin que esta cuestión fuese objeto de especial polémica, el modelo de organización territorial federal en la versión que éste había tenido hasta ese momento en el constitucionalismo venezolano.

Cabe reseñar como novedad la supresión del Senado, que en principio es la Cámara más idónea para articular la estructura federal del Estado; al menos así lo ha sido históricamente en todos los estados federales desde que la Constitución de Filadelfia (1787) dio lugar al primero de ellos. En realidad, no es sino una muestra más de la escasa atención que para el constituyente bolivariano de 1999 merecía la institucionalización federal del Estado, en la que el Senado o Cámara de representación territorial es siempre un elemento fundamental. El nuevo esquema institucional instaurado por el constituyente de 1999 suprime el modelo bicameral, que había sido el tradicional en Venezuela, para

²⁰ Sobre el proceso constituyente bolivariano en Venezuela, véase VICIANO, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 169 y ss.

reemplazarle por otro monocameral cuya expresión institucional será la nueva Asamblea Nacional (arts. 186 y ss).²¹

La Constitución bolivariana de 1999 dedica un breve Capítulo (Cap. III: Del Poder Público Estatal; arts. 159-167), dentro del Tit. IV (Del Poder Público: arts. 136-185) a la regulación de los entes federados (que, a diferencia de la Constitución anterior de 1961, no menciona). De acuerdo con el diseño que establece el actual modelo constitucional el poder público *estadal* (de los Estados federados integrantes de la República venezolana) integra, junto con el poder público *nacional* y el poder público *municipal*, objeto también de regulación constitucional en este mismo Título IV relativo al *poder público*, el esquema básico de la distribución territorial del poder, que en este punto no tiene diferencias sustanciales con el de anteriores Constituciones.

Se configura a los Estados integrantes de la República como «entidades autónomas e iguales en lo político» (art. 159), dotados de una organización institucional encabezada por un *Gobernador o Gobernadora*²² que desempeña el cargo por un periodo de cuatro años, con posibilidad de reelección* [enmienda n.º 1 de 15/02/09] (art. 160). Se prevé expresamente (art. 161) que deben dar cuenta de su gestión ante la *Controlaría del Estado* y presentar un informe anual de la misma ante el *Consejo Legislativo* y ante el *Consejo de Planificación y Coordinación* de Políticas Públicas.

El *Consejo Legislativo* es el órgano que ejerce en cada Estado el poder legislativo, aprobando las correspondientes normas con rango de ley en las materias de competencia estatal, además de aprobar los Presupuestos en cada Estado y de ejercer las competencias que establezcan la Constitución y la ley. Está integrado por un número reducido de consejeros —entre quince y siete— lo que le asemeja más que a un órgano de tipo parlamentario (como ocurre en España con los Parlamentos autonómicos) a un órgano más reducido con el perfil propio de un consejo. Sus miembros son elegidos por un periodo de cuatro años, al igual que ocurría con el Gobernador/a, pudiendo ser reelegidos (art. 162).²³

Además de los referidos órganos ejecutivo —Gobernador/a— y legislativo —Consejo—, la organización institucional de los Estados se completa con la *Contraloría*, configurada como un órgano dotado de autonomía orgánica y funcional, al que se asigna la función de ejercer «el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes estatales» (art. 163). Por último, la Constitución prevé la existencia de un *Consejo de Planificación y Coordinación*

²¹ Sobre la nueva organización institucional de la República, véase VICIANO, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político...*, op. cit.; en particular, el apartado dedicado a «la configuración de los poderes», pp. 229 y ss.

²² Interesa reseñar el léxico de género que emplea el constituyente venezolano a lo largo de todo el texto constitucional. Este es un rasgo característico del constitucionalismo refundador, que también encontraremos en los textos constitucionales ecuatoriano y boliviano.

²³ Esta posibilidad de reelección ha sido introducida por la Enmienda constitucional n.º 1 de 15/02/09, la única reforma constitucional realizada hasta ahora.

de Políticas Públicas (art. 166) que, bajo la presidencia del Gobernador/a y con la participación de los Alcaldes/as y cargos electos en la Asamblea Nacional y el Consejo legislativo, así como representantes de «las comunidades organizadas, incluyendo las indígenas donde las hubiere», tiene la misión de impulsar y supervisar el desarrollo de las políticas públicas en sus respectivos ámbitos.

Por lo que se refiere al ámbito competencial de los Estados, la Constitución distingue entre las competencias *exclusivas*, agrupadas en un listado de once materias que el propio texto constitucional especifica (art. 164), previendo también que la cláusula de los poderes residuales opere a favor de los Estados; y competencias *concurrentes*, que «serán reguladas mediante leyes de bases dictadas por el Poder Nacional y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados» (art. 165). Sin entrar en el examen pormenorizado del listado de competencias (lo que no es el objeto, ni tampoco sería posible, en un trabajo como éste), sí puede decirse que se trata de un ámbito competencial de carácter y contenido predominantemente administrativo, en consonancia con la naturaleza de este mismo signo que como ya se ha indicado caracteriza al federalismo venezolano.

Finalmente, la Constitución prevé una limitada autonomía financiera para los Estados federados (art. 167). Además de los ingresos provenientes de su patrimonio y de la administración de sus bienes y de las tasas por el uso de sus servicios, la referida disposición prevé una fuente de financiación —el «situado constitucional», según su propia denominación— consistente en la asignación a los Estados de una partida presupuestaria equivalente al 20% del total de los ingresos estimados anualmente por la Hacienda nacional; esta cantidad se distribuye entre los Estados de acuerdo con unos criterios que la propia disposición constitucional establece. Asimismo, se contempla la posibilidad de que los Estados federados dispongan de «los impuestos, tasas y contribuciones especiales que se les asigne por ley nacional», lo que corrobora el carácter limitado de la autonomía financiera. Por último, se instituye un Fondo de Compensación Interterritorial,²⁴ al que se encomienda la corrección de los desequilibrios interterritoriales.

Cabe concluir este breve examen de la experiencia constitucional refundadora venezolana —la primera de las de este signo, que luego tendrá continuación en otros países latinoamericanos— señalando la novedad que supone el reconocimiento constitucional del carácter multiétnico y multicultural de Venezuela, lo que carece de precedentes en el constitucionalismo venezolano. Hay

²⁴ Es llamativa la similitud en la denominación de este órgano con nuestro FCI, lo que revela la influencia de nuestra Constitución en la venezolana. Sobre este tema, véase BREWER-CARIAS, A., «La Constitución española de 1978 y la Constitución de la República bolivariana de Venezuela de 1999: algunas influencias y otras coincidencias», en VV.AA. (FERNÁNDEZ SEGADO, F., dir.), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2003, pp. 765-786.

que reseñar, asimismo, la no menor novedad de la constitucionalización de los derechos específicos de la población indígena, lo que tampoco se había dado anteriormente en ningún momento. Pero, al mismo tiempo, es preciso constatar también que la organización territorial del Estado no va a experimentar modificaciones sustanciales, manteniéndose, con pequeñas variaciones, el esquema «federal» (más nominal que real) que ha venido existiendo en Venezuela con anterioridad a la experiencia refundadora bolivariana.

3. LA REFUNDACIÓN CONSTITUCIONAL ECUATORIANA. SU REPERCUSIÓN SOBRE LA POBLACIÓN INDÍGENA Y LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

3.1. El reconocimiento constitucional de la plurinacionalidad y la interculturalidad del Estado ecuatoriano

En Ecuador, al igual que en los demás países del área andina —Bolivia, Perú, Colombia— el peso de la población indígena es considerable, lo que hace que la cuestión indígena sea un factor que necesariamente ha de ser tenido en cuenta en cualquier proyecto político sobre el país. Ello no obstante, es un hecho que el constitucionalismo ecuatoriano, como asimismo el latinoamericano en general, apenas han prestado atención al tema a lo largo de su agitado periplo histórico.²⁵ Este olvido constitucional del hecho indígena, que sin duda es un componente estructural básico en los países latinoamericanos, especialmente en los andinos, ha sido corregido en buena medida en los recientes textos constitucionales refundadores, que otorgan a la cuestión indígena un tratamiento que no había tenido hasta entonces.

La reciente Constitución ecuatoriana de 2008 (al igual que la boliviana de 2009, de la que nos ocuparemos a continuación) presta especial atención a este tema, haciendo de él uno de los elementos fundamentales de su proyecto refundador. Es preciso reseñar, no obstante, que en el caso ecuatoriano la incorporación del factor indígena a la Constitución tiene un precedente cercano, inexistente en otros países, como es el texto constitucional anterior de 1998,²⁶ que ya incorporaba una serie de disposiciones constitucionales relativas a los derechos indígenas y a la organización territorial del Estado que resultan innovadoras en el escenario pre-refundador de los últimos años noventa y que, en

²⁵ Los numerosos textos constitucionales que se han sucedido en Ecuador desde 1822 hasta 1978 revelan el escaso interés que ha suscitado este tema; sobre la anterior Constitución ecuatoriana de 1978 (previa a la de 1998, de la que nos ocupamos en esta líneas, y a la actual de 2008), véase SALGADO, H., «El sistema constitucional ecuatoriano», en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 325-350.

²⁶ Sobre esta Constitución, véase VV.AA. (VICIANO, R.; TRUJILLO, J.C. y ANDRADE, S. eds.), *Estudios sobre la Constitución ecuatoriana de 1998*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

buena medida, han servido para elaborar la actualmente vigente regulación constitucional de 2008 (lo que hace obligada la referencia también a las disposiciones constitucionales precedentes de 1998).

Ya en los párrafos preambulares, el constituyente ecuatoriano de 2008 hace referencia a *los distintos pueblos* que integran el *pueblo soberano* del Ecuador, así como a *las culturas* (en plural) que enriquecen a la sociedad ecuatoriana; lo que supone una nueva concepción, distinta de la que había venido existiendo hasta entonces, sobre la pluralidad de la composición popular ecuatoriana así como de su diversidad cultural.²⁷ De acuerdo con estas premisas preambulares, el art. 1.º de la Constitución define al Estado ecuatoriano como un Estado *plurinacional e intercultural* (además de las características ya conocidas recogidas en los textos constitucionales anteriores: social, democrático, soberano, independiente, laico y unitario). Hay que decir, de todas formas, que el texto constitucional precedente de 1998 ya había abierto el camino en esta dirección, reconociendo en su preámbulo la diversidad de las regiones, pueblos, etnias y culturas integrantes del pueblo ecuatoriano y el carácter pluricultural y multiétnico del Estado (art. 1). En este sentido, puede apreciarse una línea de continuidad entre ambos textos (que como veremos a continuación volverá a apreciarse en otras cuestiones, si bien afirmada con mayor énfasis y contundencia en el texto actualmente vigente desde 2008).

Se reconoce, asimismo, junto al idioma oficial del Ecuador, el castellano, la cooficialidad de los idiomas indígenas —el kichwa, el shuar y «los demás idiomas ancestrales»— en las zonas correspondientes y en los términos que fije la ley, comprometiéndose el Estado a respetar y estimular su conservación y su uso (art. 2). Igualmente, el Estado asume como *deber primordial* «el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización» (art. 3.6). Estas afirmaciones de signo autonómico y pluralista hay que combinarlas con las de signo unitario: el Estado se define expresamente como *unitario* (art. 1); asume, también como *deber primordial*, el fortalecimiento de la «unidad nacional en la diversidad» (art. 3.3) y, para que no haya lugar a dudas, establece expresamente que «nadie atentará contra la unidad territorial ni fomentará la secesión» (art. 4).

3.2. La constitucionalización de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades

La Constitución ecuatoriana de 2008 dedica, dentro del extenso Título II (arts. 10-83), relativo a *los derechos*, un Capítulo específico sobre *los dere-*

²⁷ Es notorio el contraste entre el texto preambular actual y el anterior de 1998, aunque también en este último había ya referencias a la diversidad de pueblos, etnias y culturas; sobre este último, véase VERDESOTO, L., «Ecuador» (Preámbulo), en VV.AA. (TORRES DEL MORAL, A. y TAJADURA, J. dirs.), *Los Preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, CEPC, Madrid, 2001, pp. 183-192.

chos de las comunidades, pueblos y nacionalidades (arts. 56-60). La incorporación a los textos constitucionales de los derechos específicos de los indígenas como tales es uno de los rasgos distintivos del constitucionalismo refundador (tanto en Ecuador como, aunque bajo distintas formas, en Venezuela y Bolivia), en contraste con el silencio que el constitucionalismo latinoamericano había venido manteniendo tradicionalmente sobre este tema. Es preciso puntualizar, no obstante, que en el caso del Ecuador la precedente Constitución de 1998 había iniciado ya el camino en esta dirección, dedicando un apartado específico (Sección 1.º del Cap. V del Tít. III) a los derechos de *los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos* (arts. 83-85).²⁸

La actualmente vigente Constitución de 2008 reproduce (art. 57) casi en su totalidad el extenso listado de derechos específicos de los pueblos indígenas reconocidos ya en el texto constitucional de 1998 (art. 84), añadiendo a su vez algunas nuevas cláusulas con el fin de ampliar o de reforzar la protección de los derechos.²⁹ Así, se reconoce, en primer lugar (tanto en el texto de 1998 como en el de 2008), el derecho a mantener, desarrollar y fortalecer su propia *identidad* colectiva; este último (2008) añade, sin embargo, dos nuevas cláusulas para reforzar la protección de este derecho, haciendo mención expresa al racismo y a cualquier otra forma de «discriminación fundada en el origen y la identidad étnica o cultural» (art. 57.2) y a la debida «reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por el racismo, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación» (art. 57.3). Se reconoce, asimismo (art. 57.11), el derecho a «no ser desplazados de sus tierras ancestrales» (ya recogido en el anterior texto constitucional de 1998, art. 84.8).

En lo relativo a los *bienes* de las comunidades indígenas, se constitucionaliza un régimen específico para éstas, basado en el reconocimiento del derecho a «conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles», a «mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita», así como a «participar en el uso, usufructo, administración de los recursos renovables que se hallen en sus tierras» (art. 57.4, 5 y 6). Asimismo, y en relación con la protección de los bienes propios de las comunidades indígenas, se prevé un procedimiento de consulta previa sobre «los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente». La consulta es obligatoria pero en el caso de que «no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y a la ley»

²⁸ Véase PACARI, N., «Derechos colectivos y de indígenas en la nueva Constitución Política», en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución ecuatoriana de 1998*, op. cit., Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 143-172.

²⁹ Véase BALTAZAR, R., «Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades», en VV.AA. (ANDRADE, S.; GILALBA, A. y STORINI, C., eds.), *La nueva Constitución del Ecuador (2008)*, Universidad Andina Simón Bolívar (sede Ecuador), Quito 2009, pp. 211-234.

(art. 57.7); cláusula esta última introducida en el texto constitucional de 2008 que no figuraba en el de 1998 que, en todo lo demás regulaba esta materia de la misma forma.

En el ámbito organizativo, se reitera el reconocimiento (ya contemplado en el texto de 1998, art. 84.7) del derecho a «conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad» (art. 57.9); si bien el texto constitucional de 2008 puntualiza que tal derecho queda acotado al territorio de la comunidad indígena. Por otra parte, se introduce también una cláusula nueva que prevé que la creación y mantenimiento de las organizaciones representativas de estas comunidades debe hacerse «en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa» (art. 57.15). Especial interés ofrece la nueva cláusula que, reconociendo el derecho de las comunidades indígenas a «crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario», introduce expresamente la previsión constitucional de que ello «no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes» (art. 57.10); se trata de una cláusula especialmente oportuna para prevenir las prácticas que puedan comportar vulneraciones de derechos fundamentales de los grupos sociales más vulnerables, invocando las costumbres tradicionales indígenas.³⁰

En el ámbito participativo, se contemplan formas específicas de participación de las comunidades indígenas en los organismos oficiales, a través de sus propios representantes, «en la definición de las políticas públicas que les conciernen, así como en el diseño y decisión de las prioridades en los planes y proyectos del Estado» (art. 57.16), determinando con mayor precisión el ámbito específico del derecho de participación de las comunidades indígenas, que si bien ya era reconocido en el texto precedente de 1998 (art. 84.14) se limitaba en él a enunciar el principio general participativo.

La extensa disposición constitucional que venimos comentando (art. 57), relativa a los derechos de las comunidades indígenas, recoge, además, una serie de nuevas cláusulas no contempladas en el texto precedente de 1998, que es preciso reseñar: entre ellas, la limitación de las actividades militares en el territorio de las comunidades indígenas (art. 57.20); si bien, hay que puntualizar que esta limitación se hace «de acuerdo con la ley», lo que obliga a remitirse a ésta para determinar el alcance de esta previsión constitucional. También se prevé la consulta preceptiva (se sobreentiende que a los órganos representativos de la comunidad indígena) «antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar a cualquiera de sus derechos colectivos» (art. 57.17). Asimismo, el compromiso de que «la dignidad y diversidad de sus culturas, tra-

³⁰ Sobre la problemática específica que plantea la coexistencia de los derechos indígenas con los constitucionales, véase VITALE, E., «Derechos (de los) indígenas y derechos fundamentales. Una reflexión crítica», en VV.AA. (GIRAUDO, L., ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2008, pp. 3-16.

diciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación» (art. 57.21).³¹ Finalmente, se prevé el mantenimiento y desarrollo de las relaciones de cooperación con otros pueblos, «en particular los que estén divididos por fronteras internacionales» (art. 57.18); esta alusión a los pueblos divididos por fronteras internacionales, excepcional en el constitucionalismo comparado, cobra especial significación en el caso del Ecuador ya que de acuerdo con la propia Constitución (art. 7) se otorga la ciudadanía ecuatoriana a «las personas pertenecientes a comunidades, pueblos o nacionalidades reconocidos por el Ecuador con presencia en las zonas de frontera», lo que constituye una cláusula constitucional también excepcional no exenta, por otra parte, de posibles consecuencias conflictivas con los países limítrofes donde residan también las comunidades indígenas.

La Constitución ecuatoriana de 2008 introduce, en esta misma disposición (art. 57), una referencia específica a *los pueblos en aislamiento voluntario*, en alusión a los pueblos aborígenes del área amazónica. La referencia a este grupo de la población, que no debe confundirse con la población *indígena* ya que ésta no vive en régimen de aislamiento en relación con el resto de la población, constituye un elemento nuevo en el texto constitucional, tanto en relación con el anterior de 1998 como por lo que se refiere al constitucionalismo comparado actual, en el que no se hallan disposiciones específicas relativas a esta cuestión. La actual y vigente Constitución ecuatoriana, por el contrario, se ocupa de este tema estableciendo el principio de la intangibilidad de la posesión ancestral de los territorios de estos pueblos y vetando en ellos todo tipo de actividad extractiva;³² asimismo, el Estado se compromete a adoptar las medidas necesarias para «hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en el aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos», cuya violación constituirá un delito de *etnocidio* en los términos tipificados por la ley.

Además de la amplia disposición de carácter general que hemos comentado en los párrafos precedentes relativa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el texto constitucional de 2008 dedica dos breves disposiciones constitucionales específicas, la primera al *pueblo afroecuatoriano* (art. 58), cuya identidad diferenciada en relación con los pueblos indígenas tiene así reflejo constitucional, al que se reconocen «los derechos colectivos establecidos

³¹ Sobre los nuevos derechos incorporados al actual constitucionalismo latinoamericano, con carácter general, véase NOGUERA, A., *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones...*, op. cit.

³² Se trata de un tema de la máxima actualidad, que afecta también a la población indígena y origen de frecuentes conflictos entre estos grupos de población y las empresas extractoras, normalmente extranjeras. Los medios de comunicación se hacen eco, a veces (en el momento en que se escriben estas líneas (octubre-noviembre de 2011) con motivo de los incidentes originados en Bolivia por la construcción de la carretera interoceánica) de los disturbios, en ocasiones muy graves, en torno a esta cuestión.

en la Constitución»; y la segunda a los *pueblos montubios*³³ (art. 59), también con una identidad diferenciada, a los que reconoce constitucionalmente «sus formas de administración asociativa... y el respeto a su cultura, identidad y visión propia, de acuerdo con la ley».

Finalmente, el capítulo (IV) que comentamos, dedicado a los *derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades* de la República ecuatoriana, concluye con una disposición (art. 60) común a «los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios»,³⁴ a los que se reconoce el derecho a constituir *circunscripciones territoriales* para la preservación de su cultura. Se trata de una previsión constitucional que, en principio, ofrece un indudable interés desde la perspectiva de la incidencia del factor indígena en la organización territorial del Estado; pero ello obliga a tratar sobre este tema en el marco de las disposiciones constitucionales relativas a la organización territorial del Estado, de lo nos ocupamos a continuación.

3.3. Una limitada reorganización territorial autonómica del Estado

La Constitución ecuatoriana de 2008 no introduce cambios importantes en la organización territorial del Estado manteniendo, en sus aspectos básicos, el modelo ya diseñado en el texto constitucional precedente de 1998.³⁵ Tan solo cabe reseñar la incorporación de los nuevos entes *regionales* (de los que nos ocuparemos a continuación), junto a los ya existentes municipales y provinciales, a la estructura institucional territorial del Estado. Puede afirmarse que el constitucionalismo refundador ecuatoriano (al igual que ya hemos visto en el caso venezolano) no ha supuesto cambios de relieve en este terreno, a diferencia de en otros (en particular, en el socioeconómico) donde su impacto sí ha sido mayor.

A la organización territorial del Estado dedica el constituyente ecuatoriano de 2008 un amplio Título (V: arts. 238-274), subdividido en cinco capítulos, en los que, además de establecer los principios generales del modelo, se precisan los aspectos relativos a la organización institucional, el ámbito competen-

³³ Grupo minoritario étnico, localizado en la costa ecuatoriana, producto del mestizaje indo-afro-hispano.

³⁴ Las estadísticas sobre la composición étnica de la población, incluidas las oficiales, varían según el criterio clasificatorio, en particular por lo que se refiere a la población mestiza. Una de las que ofrece el Instituto oficial (INEC) distribuye la población de la siguiente forma: mestizos, 55%; amerindios, 22%; blancos, 17%; afrodescendientes, 3%; otros, 3%. Para datos más precisos, véase Instituto Nacional de Estadística y Censo (INEC) (Disponible en: <http://www.inec.gob.ec>).

³⁵ Sobre la organización territorial del Estado en la anterior Constitución de 1988, véase PÉREZ LOOŒE, H., «La organización territorial en la nueva Constitución», en VV.AA. (VICIANO, R.; TRUJILLO, J.C. y ANDRADE, S., eds.), *Estudios sobre la Constitución ecuatoriana de 1998*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 173-192.

cial y los recursos económicos. Si bien el constituyente refundador de 2008 trata este tema con mayor extensión (36 disposiciones constitucionales en el texto de 2008, frente a 17 (menos de la mitad) en el de 1998; y muchas menos aun en los precedentes; lo que, en cualquier caso, es un dato indicativo de la atención creciente que se dedica a este tema), ello lo único que revela es que se regula de forma más pormenorizada las cuestiones relativas al remodelado régimen autonómico constitucional de 2008 sin que ello suponga la adopción de un nuevo modelo de organización territorial distinto al existente hasta ese momento.³⁶

La Constitución ecuatoriana de 2008 establece un modelo de *descentralización autonómica* política, administrativa y financiera que se regirá por los principios de solidaridad, subsidiariedad y equidad interterritorial, puntualizando expresamente a continuación que «en ningún caso el ejercicio de la autonomía permitirá la secesión del territorio nacional» (art. 238). La misma disposición constitucional fija seguidamente los órganos de gobierno *autónomos descentralizados* que ejercen la autonomía: juntas parroquiales rurales, concejos municipales, concejos metropolitanos, consejos provinciales, todos ellos ya existentes anteriormente. Y los *consejos regionales*, inexistentes hasta el momento y que constituyen la novedad territorial-autonómica de esta Constitución (de los que nos ocuparemos más adelante). Llama la atención el silencio sobre las *circunscripciones territoriales indígenas* (de las que también nos ocuparemos de forma específica más adelante y a las que ya se ha hecho referencia en párrafos precedentes al tratar sobre los derechos de las comunidades indígenas), si bien hay que decir que hay una referencia tangencial a ellas (a mi juicio con falta de sistematica puesto que se trata también de entes autonómicos) en otra disposición (art. 242) dedicada genéricamente a la organización del territorio.

Por lo que se refiere a la distribución de competencias entre los distintos entes *autónomos descentralizados*, la Constitución de 2008 corrige sustancialmente el modelo instaurado una década antes por la anterior Constitución (1998),³⁷ basado en el principio *dispositivo*, en virtud del cual, los entes autónomos descentralizados asumían libremente (dentro del marco constitucional) las competencias que estimaban convenientes, lo que a veces daba lugar a una excesiva dispersión competencial. El texto constitucional de 2008, por el contrario, prevé el establecimiento de «un sistema nacional de competencias de carácter obligatorio» (art. 239) por el que han de regirse todos los *gobiernos autónomos descentralizados*; esta obligatoriedad, frente a la anterior disponibilidad, en el sistema competencial se ve reforzada además por la previsión constitucional expresa de la *planificación* «obligatoria para todos los gobiernos

³⁶ Sobre el modelo de organización territorial en la Constitución de 2008, véase VICIANO, R., «Algunas consideraciones sobre la organización territorial del Estado en la Constitución ecuatoriana de 2008», VV.AA. (ANDRADE, S.; GRIJALVA, A. y STORINI, C., eds.), *La nueva Constitución del Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar (sede Ecuador, Quito 2009), pp. 105-118.

³⁷ PÉREZ LOOSE, H., «La organización territorial...», *op. cit.*

autónomos descentralizados» (art. 241). Se instituye, asimismo, un organismo técnico conformado por un representante de cada nivel de gobierno para hacer efectivo el sistema nacional de competencias (art. 269).

Dos observaciones críticas es preciso realizar sobre la defectuosa forma como se regula la distribución competencial³⁸ entre los distintos entes *autónomos descentralizados* (según los términos reiteradamente utilizados en el texto constitucional ecuatoriano). La primera, por lo que se refiere a la falta de rigor que supone atribuir indistintamente facultades *legislativas* a todos «los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, los distritos metropolitanos, provincias y cantones» (art. 240), lo que induce inevitablemente a la confusión en la naturaleza de las competencias atribuidas a cada nivel de gobierno. Y la segunda, la caracterización como *exclusivas* de todas las competencias de todos los entes autónomos descentralizados (arts. 261 y ss), lo que no resulta ni razonable ni viable en la práctica; no es de extrañar, por ello, que la propia Constitución corrija esta deficiencia intentando compatibilizar el carácter exclusivo con el concurrente de las competencias: «el ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de los servicios públicos...» (art. 260) creando así un tipo competencial nuevo e híbrido de carácter exclusivo y concurrente al mismo tiempo que no hace sino aumentar la confusión sobre la naturaleza de las competencias.

No se va a entrar en estas líneas a examinar el régimen de autonomía de los entes municipales y provinciales ya que no es éste el objeto del presente trabajo y, además, no presentan novedades destacables (salvo las ya apuntadas en los párrafos precedentes) en relación con el régimen autonómico constitucional anterior. Sí cabe hacer, en cualquier caso, una breve consideración crítica sobre la conveniencia de seguir manteniendo los entes autonómicos provinciales cuando la Constitución de 2008 introduce en la estructura territorial los nuevos entes autonómicos de ámbito regional. Es ésta precisamente una de las principales novedades constitucionales por lo que se refiere a la organización territorial del Estado, que pasamos a analizar a continuación.

La configuración de las *autonomías regionales* en Ecuador, tal y como prevé el texto constitucional de 2008, plantea un primer problema como es el de la falta de tradición y de sentimiento regional en este país, en el que hasta ese momento sólo han existido como entidades territoriales los municipios y las provincias. Desde la perspectiva territorial pueden distinguirse en Ecuador tres grandes áreas o «regiones» naturales: la costa, la sierra y la amazónica, pero que nunca han tenido entidad, al menos en términos jurídico-políticos, común. A ello hay que añadir la rivalidad histórica entre los dos grandes centros urbanos y económicos del país: Guayaquil y la capital, Quito, que más que entidades regionales propiamente dichas son aglomeraciones urbanas. No es de

³⁸ VICIANO, R., «Algunas consideraciones sobre la organización territorial...», *op. cit.*, p. 108.

extrañar, por ello, que el constituyente ecuatoriano, a pesar de instituir la *autonomía regional* como un elemento central de la organización territorial del país, no sea capaz de determinar ni de delimitar territorialmente los entes regionales.

A falta de esta concreción constitucional, el constituyente ecuatoriano se limita a indicar cómo pueden conformarse los entes regionales que la Constitución prevé pero no determina. En este sentido, se establece el principio positivo, en virtud del cual dos o más provincias con continuidad territorial, a condición de que tengan conjuntamente más de veinte mil kilómetros cuadrados y más del 5% de la población nacional, podrán formar una *región autónoma*.³⁹ De acuerdo con el enunciado constitucional, en la conformación de las nuevas entidades regionales «se procurará el equilibrio interregional, la afinidad histórica y cultural, la complementariedad ecológica y el manejo integrado de la cuenca» (art. 244). Esta misma disposición prevé expresamente «incentivos económicos y de otra índole para que las provincias se integren en regiones» lo que es revelador del interés del constituyente por hacer de los nuevos entes regionales el eje de la organización territorial del Estado.

Las regiones autónomas así constituidas disponen de un *Estatuto*, cuyo proyecto es elaborado conjuntamente por los representantes de las provincias que integran la nueva región autónoma (ya que ésta se constituye a partir de las provincias) y es aprobado definitivamente por la Asamblea Nacional (que solo puede rechazarle por una mayoría cualificada de 2/3 de sus integrantes), presentándose a continuación al Tribunal Constitucional para que éste verifique su conformidad con la Constitución. Finalmente es sometido a consulta popular entre la población de la nueva región (art. 245). Una vez cumplido todo este trámite, «el Estatuto aprobado será la norma institucional básica de la región y establecerá su denominación, símbolos, principios, instituciones del gobierno regional...».⁴⁰

Aunque la Constitución no determina, como ya hemos indicado, el mapa político regional del país, sí delimita directamente, en cambio, el ámbito competencial de los nuevos entes regionales (obsérvese la similitud también en este aspecto con nuestro modelo constitucional autonómico). De acuerdo con los términos en los que el texto constitucional regula esta materia (art. 262) puede afirmarse que se trata de una autonomía regional muy limitada, configurada sobre la base del esquema provincial preexistente y centrado, ante todo, en la planificación del desarrollo económico y el ordenamiento territorial,⁴¹ con men-

³⁹ Las 24 provincias, ya existentes con anterioridad a la actual Constitución, se agrupan en siete regiones, entidades de nueva creación, y dos distritos metropolitanos: Quito y Guayaquil.

⁴⁰ Llama la atención la similitud con nuestra Constitución en la definición de los Estatutos como «norma institucional básica», lo que denota la influencia que ésta ha ejercido en el constituyente ecuatoriano; sobre esta cuestión, véase SALGADO, H., «Influencia de la Constitución española en el Ecuador», VV.AA. (FERNÁNDEZ SEGADO, F., coord.), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 445-458.

⁴¹ Sobre este tema, véase SUING NAGUA, J., «El sistema nacional descentralizado de...», *op. cit.*, pp. 383-401.

ción específica a las cuencas hidrográficas y al sistema vial y de transportes en el ámbito regional. Asimismo, el listado de competencias que con carácter *exclusivo* se atribuyen a los entes regionales de nueva creación contempla también el fomento de las actividades productivas regionales y de la seguridad alimentaria, extendiéndose por último al registro y control de las organizaciones sociales de carácter regional y a la cooperación internacional para el cumplimiento de sus competencias.

Delimitado así el reducido ámbito competencial de la autonomía regional, está por ver cual puede ser la evolución que ésta va a seguir en el futuro; si se va a reproducir el esquema provincial a escala más amplia, dado el escaso arraigo de la conciencia regional en Ecuador o, por el contrario, se abre una dinámica expansiva, como ya ha ocurrido en otros procesos autonómicos similares, en la que los entes regionales van ensanchando su ámbito competencial hasta el límite de las competencias exclusivas del Estado. Finalmente y para finalizar con el ámbito competencial autonómico regional, hay que llamar la atención de forma especial sobre el hecho de que no exista ninguna referencia constitucional en él relacionada con la cuestión indígena, lo que viene a corroborar una vez más la falta de vinculación, en el esquema constitucional refundador ecuatoriano (como antes vimos en Venezuela), entre esta cuestión y la reorganización territorial del Estado.

4. LA REFUNDACIÓN CONSTITUCIONAL BOLIVIANA. SU INCIDENCIA EN EL ESTATUS DE LA POBLACIÓN INDÍGENA Y EN LA REORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

4.1. La redefinición constitucional de Bolivia

Bolivia es, sin duda, uno de los países latinoamericanos en los que el peso de la población indígena es mayor;⁴² lo que, de entrada, es un hecho que determina la incidencia, muy superior a la de otros países, que el factor indígena va a tener en todos los aspectos de la vida social y política boliviana; entre ellos, también en el terreno constitucional. Por otra parte, el movimiento de refundación constitucional que irrumpe en la primera década del actual siglo en algunos países latinoamericanos y que va a tener una de sus expresiones más nítidas en Bolivia, presta especial atención a la cuestión indígena, de la que hace uno de los elementos nucleares de su proyecto refun-

⁴² El 68% de la población boliviana se autoidentifica como mestizo; el 18% como indígena-originario; el 37% como blanco (descendiente de hispanoeuropeos), según datos de la Encuesta Nacional realizada por la Fundación Boliviana para la Democracia Multipartidaria (FBDM) y el Fondo para la Democracia de las Naciones Unidas (UNDEF). Para una determinación más precisa de la composición étnica de la población boliviana, véanse los informes del Instituto Nacional de Estadística (INE) boliviano, disponible en: <http://www.ine.gob.bo>

dador. No es de extrañar, por tanto, el interés que el constituyente refundador boliviano (2007-2009) ha mostrado por la cuestión indígena, a la que además va a dar un tratamiento sumamente original.

Como ya se ha indicado anteriormente, el constitucionalismo latinoamericano apenas se ha ocupado, salvo puntuales excepciones (Guatemala, 1985; Colombia, 1991) de la cuestión indígena hasta fechas muy recientes. Esta regla general es aplicable también a Bolivia, a pesar del fuerte peso que la población indígena tiene en este país, lo que agrava el desajuste entre las normas y las instituciones emanadas de los textos constitucionales, por una parte, y el medio social en el que operan, por otra. Es esta realidad la que da lugar a que, ya antes de la irrupción del constitucionalismo refundador, se introduzcan en los textos constitucionales algunas referencias relativas a lo que, de forma genérica, podemos denominar *el factor indígena*. Como en el caso de Ecuador que acabamos de examinar (cuyo texto constitucional de 1998 ya se ocupaba de la cuestión indígena), también en Bolivia las reformas constitucionales de 1904 y 2004⁴³ se van a ocupar de esta cuestión con anterioridad a la aprobación (2009) del texto constitucional actualmente vigente.

Así, tras la reforma constitucional de 1994, la República boliviana, además de libre, independiente y unitaria, como venía definiéndose en textos precedentes, va a añadir las características definitorias de *multiétnica* y *pluricultural* (art. 1), en referencia a los componentes indígenas de la población boliviana. Referencia que se ve reforzada con el reconocimiento constitucional expreso (art. 171) de «los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas... especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen... y a su identidad, valores, lenguas y costumbres o instituciones», acompañado de la previsión de reconocimiento por parte del Estado de «la personalidad jurídica a las comunidades indígenas». Finalmente, se prevé que «las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias... de conformidad con sus costumbres... siempre que no sean contrarias a la Constitución y las leyes» (art. 171).

En el dilatado y conflictivo proceso que el constituyente refundador boliviano lleva a cabo durante la segunda mitad de de la pasada década,⁴⁴ la

⁴³ Las modificaciones introducidas por estas reformas constitucionales pueden verse en la recopilación de las constituciones bolivianas (e hispanoamericanas, en general) que ofrece la biblioteca virtual Cervantes, disponible en: <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/constituciones>. Un comentario de la anterior Constitución de 1967, sobre la que se hacen estas reformas, puede verse en HARB, B.M., «El sistema constitucional boliviano», en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 99-125.

⁴⁴ El proceso constituyente boliviano es particularmente conflictivo y prolongado. Se inicia con la victoria de Evo Morales en las elecciones presidenciales de diciembre de 2005 y va a prolongarse hasta enero de 2009, cuando se celebra el referéndum de aprobación del nuevo, y vigente, texto constitucional. Véase STORINI, C. y NOGUERA, A., «Pocesso costituente in Bolivia. Il difficile cammino verso la rifondazione dello Stato», en *Diritto pubblico Comparato ed Europeo*, III-2008, pp. 1285-1304.

cuestión indígena va a tener una relevancia como nunca antes la había tenido en Bolivia; y muy superior a la que este tema haya podido tener en cualquier otro país latinoamericano. Ello va a tener su reflejo, como es lógico, a lo largo del inusualmente extenso texto constitucional boliviano (más de cuatrocientos arts.); y, en particular, en los pasajes constitucionales dedicados a la caracterización del Estado, los derechos (en particular de la población indígena) y la organización territorial del Estado, temas de los que pasamos a ocuparnos a continuación.

Ya en el preámbulo, al expresar la voluntad constituyente de *construir un nuevo Estado*, se alude a la *composición plural* del pueblo boliviano y se hace mención expresa del factor indígena como elemento constitutivo; en concreto, las *sublevaciones indígenas anticoloniales* y las más recientes *marchas indígenas* por el agua y la tierra (párrafo segundo). De acuerdo con estas premisas, el nuevo Estado refundado añade a las notas caracterizadoras que ya tenía en los textos precedentes —unitario, democrático, social de derecho— la nueva caracterización de *plurinacional comunitario* (párrafo cuarto), en clara alusión a las comunidades indígenas que le integran. Finalmente (par. sexto) se alude al «mandato de nuestros pueblos» (en plural, aunque también se emplea la referencia al «poder originario del pueblo», en singular, sujeto titular del poder constituyente) como título habilitante para adoptar la decisión constituyente de la *refundación* de Bolivia en los términos que se precisa a lo largo del extenso (411 arts.) texto constitucional boliviano.⁴⁵

En esta orientación, las primeras disposiciones del texto constitucional relativas al *modelo de Estado* se ocupan de definir a éste, además de con las características usuales ya conocidas —libre, independiente, soberano, democrático—, como *descentralizado* y *con autonomías*, asumiendo el principio del *pluralismo cultural y lingüístico* (además del político, económico y jurídico) «dentro del proceso integrador del país» (art. 1). Especial interés desde el punto de vista de la composición comunitaria de la población tiene la siguiente disposición constitucional (art. 2) ya que introduce la noción de plurinacionalidad indígena —*naciones y pueblos indígenas originario campesinos*— que no debe pasar desapercibida en el esquema constitucional refundador boliviano⁴⁶ y que va a repetirse reiteradamente, como tendremos ocasión de comprobar a continuación, a lo largo del texto constitucional. A estas entidades, la Constitución «garantiza su libre autodeterminación», si bien el mismo texto constitucional se

⁴⁵ Contrasta el amplio preámbulo del actual texto constitucional con la ausencia de preámbulo en los anteriores textos constitucionales; lo que ha llevado a los constitucionalistas bolivianos a considerar como tal el *Acta de Independencia* y la *Declaración fundacional* de 1825. Véase, al respecto, HARB, B.M., «Comentario al preámbulo de la Constitución política del Estado», en Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica (TORRES DEL MORAL, A. y TAJADURA, J., dirs.), pp. 61 y ss.

⁴⁶ Véase DEL REAL ALCALÁ, J.A., «Constitución de 2009 y nuevo modelo de Estado de Derecho en Bolivia: el Estado de Derecho Plurinacional», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 1, junio de 2011, p. 115.

encarga de precisar a continuación que ello ha de contemplarse «en el marco de la unidad del Estado» y que el contenido de la autodeterminación para estas entidades «consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley» (art. 2).

Un rasgo característico y distintivo de la refundación constitucional boliviana es que ésta no se limita al sistema institucional estatal sino que se extiende a la propia nación boliviana,⁴⁷ «conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano» (art. 3). Se constitucionaliza directamente, además, la cooficialidad, junto a la lengua común boliviana, el castellano, de «todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos» que la propia Constitución (art. 5) enumera (treinta y seis lenguas, además del castellano). Para garantizar la pluralidad lingüística se prevé, asimismo, que tanto el gobierno plurinacional (boliviano) como los gobiernos departamentales (más adelante nos ocuparemos de los departamentos) deben utilizar, al menos, dos lenguas oficiales, debiendo ser una de ellas el castellano (art. 5.II).

Si bien más adelante volveremos de nuevo sobre el tema, al tratar de los derechos constitucionales reconocidos a la población indígena, es preciso hacer un breve comentario crítico sobre la noción, a la que el texto constitucional boliviano alude reiteradamente, de *naciones y pueblos indígena originario campesinos*. En este sentido, y por lo que se refiere solo a su relación con el tema que estamos tratando ahora relativo a la caracterización del Estado, es discutible el acierto de esta denominación para referirse al conjunto de la población indígena ya que no toda la(s) población(es) indígena(s) tiene(n) carácter campesino, como lo demuestra la importante presencia de población indígena-no-campesina en la minería y en la artesanía en los núcleos urbanos. Más discutible aun es la calificación como *naciones* de todas y cada una de las comunidades indígenas existentes por el hecho de conformar grupos lingüísticos diferenciados (nada menos que treinta y seis según la relación de idiomas oficiales del ya mencionado art. 5 de la Constitución), identificando así la nación con el grupo etno-lingüístico diferenciado.⁴⁸ Bien es cierto que todo ello viene acompañado por la simultánea y prevalente afirmación de la nación y del pueblo bolivianos, titulares del poder constituyente y de la soberanía (art. 7).

⁴⁷ Véase NUÑEZ RIVERO, C., «El principio autonómico en el texto constitucional boliviano», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 24, 2009, p. 566.

⁴⁸ Sobre la cuestión de la plurinacionalidad y autonomías...» y «Diálogos sobre la plurinacionalidad y la organización territorial del Estado en Bolivia», ambas en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 84, pp. 147-167, y n.º 87, pp. 241-269; y ARÉVALO, C., «Nota sobre el sistema de autonomías en la Constitución de Bolivia» y «Apunte para la ubicación de la Constitución de Bolivia», ambas, también, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 85, pp. 187-199, y n.º 89, pp. 195-217.

Refuerza la componente indígena de la refundación constitucional boliviana la asunción y promoción (art. 8) por parte del Estado, de los *principios ético-morales* propios de las comunidades indígenas que quedan constitucionalizados como tales de forma expresa (art. 8.I). Y no faltan tampoco las referencias a la pluralidad nacional, cultural y lingüística derivadas del factor indígena, al señalar los *finés y funciones esenciales* del Estado (art. 9). Dejando de lado la discutible mezcla de fines y funciones (que son cosas distintas) en una misma disposición constitucional, cabe mencionar las referencias a la consolidación de las identidades plurinacionales (art. 9.1), al fomento del diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe (art. 9.2) y a la preservación de la diversidad plurinacional, si bien compatible con la reafirmación de la unidad del país (art. 9.3).

Por último, cabe mencionar en lo relativo a los principios inspiradores del sistema de gobierno y a las modalidades de democracia, además de las formas clásicas ya conocidas de democracia directa y representativa, la referencia específica a la democracia *comunitaria*. Se trata, de acuerdo con la Constitución, de una modalidad, a añadir a las anteriores, de ejercicio de la democracia en el ámbito específico de las poblaciones indígenas que contempla «la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos», puntualizando que todo ello ha de realizarse «conforme a la ley» (art. 11.II.3).

4.2. La constitucionalización de los derechos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos

Como ya hemos visto en los casos precedentes —Venezuela, Ecuador— los textos constitucionales refundadores dedican un apartado específico a los derechos de las comunidades indígenas, siendo éste, además, uno de los rasgos distintivos de las recientes tendencias constitucionales que se reclaman de esta orientación.⁴⁹ Bolivia, donde la incidencia del factor indígena es más fuerte que en cualquier otro país latinoamericano, no podía ser una excepción y también su reciente Constitución se ocupa de esta cuestión, dedicándole un Capítulo específico, dentro del Título II, relativo a los *derechos fundamentales*, bajo la expresiva intitulación de «Derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos».

Se hace preciso identificar, antes de entrar en el examen de estos derechos específicos, al sujeto titular de los mismos, lo que nos lleva de nuevo a la no-

⁴⁹ Sobre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, en general, véase VV.AA. (MARTÍ I PUIG, S., ed.), *Pueblos indígenas y política en América Latina. El reconocimiento de sus derechos y el impacto de sus demandas*, CIDOB, Barcelona, 2007; en especial, la segunda parte, dedicada específicamente al «ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas», pp. 161-333.

ción de *naciones y pueblos indígena originario campesinos*; en este sentido, el propio texto constitucional nos proporciona una definición, considerando como tales «toda colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española» (art. 30.I). Cabe reiterar las consideraciones críticas ya expresadas anteriormente sobre el dudoso acierto de la denominación y la definición empleadas en el texto constitucional para referirse a las comunidades indígenas; ya que resulta más que dudoso, a nuestro juicio, que pueda otorgarse la consideración de *nación* a todo grupo étnico diferenciado (muchos, la mayoría, de ellos de dimensiones muy reducidas y sin conciencia ni voluntad de ser nación). Otra cosa distinta es el reconocimiento y protección de una serie de derechos específicos a las personas como miembros de esas comunidades indígenas, de lo que también se ocupa el texto constitucional en los términos que se reseña a continuación.

En el amplio listado de derechos reconocidos constitucionalmente a la población indígena (art. 30.II, n.ºs 1-18) —los hay de muy diversa naturaleza— son de especial interés para nosotros aquellos que tienen mayor incidencia en la estructura institucional del Estado y en los aspectos económicos y políticos más relevantes de la vida de las comunidades indígenas.⁵⁰ En este sentido, junto al obvio derecho «a existir libremente» (n.º 1) y a la propia «identidad cultural» (n.º 2) (que se concreta de forma más pormenorizada en los diversos apartados del listado), hay que hacer una primera observación sobre el ámbito en el que se reconocen los derechos, que la propia disposición constitucional que comentamos fija expresamente, delimitándolo en «el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución» (art. 30.II).

Así, es preciso situar en este marco el derecho a la *libre determinación y territorialidad* (n.º 4), así como al «ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión» (n.º 14), que necesariamente hay que enmarcar en los referidos principios de unidad estatal y de conformidad con las normas constitucionales. Igualmente, el derecho a disponer de sus propias instituciones y a que éstas formen parte de la estructura general del Estado (n.º 5); y también en el ámbito institucional, el derecho a la *participación* en los órganos e instituciones del Estado (n.º 18). Finalmente, se recoge el derecho de *consulta*, a través de las instituciones propias de las comunidades indígenas «cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles» (n.º 15).⁵¹

⁵⁰ Sobre la problemática que suscita este tema, véase NOGUERA, A., «¿De qué hablamos cuando hablamos de constitucionalismo multicultural?», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n.º 28, 2010, pp. 87-116.

⁵¹ Sería más apropiado hablar de un *deber de consulta* por parte de las instituciones cuando éstas adopten una decisión que afecte a la población indígena. Es una cuestión de máxima actualidad que suele provocar movilizaciones de la población indígena (como la que se está produciendo en el momento de redactarse estas líneas (octubre-noviembre de 2011) en Bolivia con motivo de las obras para la construcción de la carretera interoceánica a su paso por los territorios indígenas bolivianos).

En el ámbito de los derechos de carácter económico y social hay que mencionar el derecho «a la titulación colectiva de tierras y territorios» (n.º 6), que queda configurado constitucionalmente así de forma explícita como un derecho colectivo de la comunidad indígena y de los miembros que la integran sobre la tierra que les pertenece y el territorio que habitan.⁵² En relación con este derecho colectivo territorial, hay que mencionar también el derecho «a la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios» (n.º 16), de los que se beneficia* [buscar sinónimo] colectivamente el conjunto de la comunidad indígena como tal. En este mismo grupo de derechos cabe insertar también el relativo a «la gestión territorial indígena autónoma y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio» (n.º 17), compatible en todo caso con los derechos legítimamente adquiridos por terceros de acuerdo con las propias previsiones constitucionales.

El elenco de derechos específicos propios de la población indígena se completa con una serie de derechos de naturaleza diversa, aunque vinculados en diversas formas con la(s) identidad(es) cultural(es) de la población indígena.⁵³ Cabe mencionar entre ellos, en primer lugar, el relativo a la manifestación pública de la identidad cultural de cualquier persona, que puede hacerse constar de forma expresa, si así lo desea su titular, en su documento de identidad, pasaporte o cualquier otro documento identificativo de su personalidad (n.º 3). Interesa subrayar que la manifestación pública de la identidad cultural de las personas no se plantea en términos alternativos a la de ciudadanía común boliviana sino de forma complementaria y compatible con ella.

Otros derechos también relacionados con las diversas manifestaciones de la identidad cultural son los relativos al respeto a sus propias creencias religiosas y espiritualidad (n.º 2) y a la protección de sus lugares sagrados (n.º 7). En materia educativa, se reconoce el derecho a «una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo» (n.º 12). Más allá de la literalidad del enunciado hay que entender éste no tanto como un derecho en sentido estricto sino más bien como un principio programático en favor del plurilingüismo y la interculturalidad ya que resulta muy problemático garantizar efectivamente la educación en todo el sistema educativo en las treinta y seis lenguas reconocidas constitucionalmente.⁵⁴

⁵² Sobre esta cuestión, situada en el contexto más general de la globalización, véase AS-SIES, W., «Los pueblos indígenas, la tierra, el territorio y la autonomía en tiempos de globalización», en VV.AA. (MARTÍ I PUIG, S., ed.), *Pueblos indígenas y política en América Latina, El reconocimiento de sus derechos...*, op. cit., pp. 227-246.

⁵³ Derechos estrechamente vinculados con la configuración de la autonomía indígena. Véase, al respecto, APARICIO WILHELM, M., «La construcción de la autonomía indígena: hacia el Estado intercultural como nueva forma de Estado», en VV.AA. (MARTÍ Y PUIG, S., ed.), *Pueblos indígenas y política en América Latina. El reconocimiento de sus derechos...*, op. cit., pp. 247-280.

⁵⁴ El art. 5 de la actual Constitución boliviana enumera nada menos que treinta y seis lenguas oficiales, la mayoría de ellas habladas por grupos muy reducidos, lo que hace que su oficialidad sea más formal que real y efectiva.

Hay por último, dentro del ámbito propio de la identidad cultural, sendas alusiones al respeto, promoción y desarrollo de «los saberes y conocimientos tradicionales» (n.º 9), así como (lo que plantea mayores problemas jurídicos en cuanto a su delimitación) al derecho «a la propiedad intelectual colectiva [de las comunidades indígenas] de sus saberes, ciencias y conocimientos» (n.º 11). Sería necesario examinar, en cada caso, de qué conocimientos y saberes se trata ya que no siempre éstos tienen porqué ser objeto de promoción y desarrollo. Consideraciones similares cabe hacer sobre la alusión a la valoración, respeto y promoción de la «medicina tradicional» y a que el sistema de salud «respete su cosmovisión y prácticas tradicionales» (de las comunidades indígenas) (n.º 13). A este respecto, hemos de decir por nuestra parte que resulta más que dudosa la constitucionalización de nociones como la de *medicina tradicional* (sobre todo si además debe ser objeto de valoración y promoción) (n.º 9); o la previsión de que el sistema de salud ha de respetar la cosmovisión y prácticas tradicionales (n.º 13). Finalmente, hay una alusión a una categoría especial de naciones y pueblos indígenas: los que se encuentran «en situación de aislamiento voluntario y no contactados» (art. 31), a los que la Constitución brinda protección y respeto en sus formas de vida individual y colectiva; lo que resulta también bastante dudoso desde la perspectiva constitucional y no deja de plantear serios problemas en cuanto a su cumplimiento efectivo.

4.3. La reorganización territorial del Estado en el nuevo marco constitucional

En Bolivia, al igual que en los otros dos países ya examinados —Ecuador y Venezuela— con los que comparte la experiencia constitucional refundadora, la organización territorial del Estado no ha sido uno de los temas que históricamente haya merecido una atención especial; ni en el discurso político boliviano, en general, ni en el plano específicamente constitucional.⁵⁵ Desde los primeros momentos, la organización territorial del Estado boliviano responde al modelo unitario, en particular en su versión española, lo que resulta lógico dadas las relaciones de parentesco político entre ambos países; pero también es preciso reseñar la influencia francesa,⁵⁶ que ha constituido históricamente el modelo de referencia de esta forma de organización territorial. En cualquier caso, lo cierto es que la adopción del modelo unitario centralizado era de aceptación común generalizada y no planteaba problema constitucional alguno.

⁵⁵ Una breve panorámica sobre la evolución constitucional histórica boliviana y, en particular, sobre la Constitución anterior (de 1967) a la vigente actualmente, puede verse en HARB, B.M., «El sistema constitucional...», *op. cit.*, pp. 99-125.

⁵⁶ Son muy ilustrativos, a este respecto, los términos utilizados en el texto constitucional (y en las leyes) para referirse a las unidades territoriales —*Departamentos*— y a las autoridades que las encabezan —*Prefectos*—.

La reciente irrupción, de forma muy especial en Bolivia durante las dos últimas décadas, de los movimientos y reivindicaciones indígenas, introduce un factor nuevo que va a incidir de forma determinante en el desarrollo de los procesos políticos y, asimismo, en el plano específicamente constitucional. Consecuencia directa de ello van a ser los cambios constitucionales que van a tener lugar en los países en los que la cuestión indígena tiene mayor incidencia, en particular en los países del área andina⁵⁷ y, de forma muy especial, Bolivia. El proceso constituyente refundador que se desarrolla en este país recientemente (2006-2009) va a proporcionar el marco idóneo para que la cuestión indígena tenga una amplia plasmación constitucional vinculada a la reorganización territorial del Estado.

Junto a la irrupción de los movimientos y reivindicaciones indigenistas,⁵⁸ cuya incidencia en el desarrollo del proceso constituyente va a ser notoria, otro factor que hace acto de presencia en el escenario político boliviano durante el periodo constituyente son las reivindicaciones de mayor autonomía departamental para gestionar los asuntos económicos por parte de los grupos sociales dominantes en sus respectivos ámbitos territoriales departamentales. Se trata de dos movimientos de naturaleza distinta, e incluso opuesta en algunos casos, pero que convergen en reivindicar un cambio en el modelo de organización territorial del Estado. Si bien esta coincidencia coyuntural en el objetivo común de reorganización territorial no debe ocultar la disparidad de las finalidades que se persiguen: el reconocimiento constitucional de la identidad indígena en un caso y el de la autonomía departamental para gestionar los asuntos económicos en el otro.

Es precisamente esta dualidad, por lo que se refiere a las componentes que dan lugar y que operan en el proceso de reorganización territorial del Estado en Bolivia, lo que permite explicar las peculiares características* [artículo de Barrios. REAF] que, como veremos a continuación, presenta el modelo autonómico boliviano. En él se reflejan, como no podía ser de otra forma, las tensiones y las contradicciones propias de la sociedad boliviana y, más concretamente, la respuesta que da a ellas el constituyente refundador mediante la articulación de un sistema autonómico complejo y diversificado que solo puede ser comprendido debidamente partiendo de la pluralidad de sujetos autonómicos con objetivos y reivindicaciones propias y diferenciadas entre sí.

⁵⁷ Cabe mencionar, además de la Constituciones ecuatoriana y boliviana que examinamos en este trabajo, la Constitución colombiana de 1991 y la peruana de 1993. Sobre estas últimas, véase. EASTMAN, J.M., «La nueva Constitución colombiana», en *Constituciones políticas comparadas de América del Sur*, Parlamento Andino, Bogotá, 1991, pp. 233-253; y PALOMINO, J.F., «Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993», en VV.AA., *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, UNAM, México, 2000, pp. 279-290.

⁵⁸ Véase MARTÍ I PUIG, S., «Emergencia de lo indígena en la arena política: ¿un efecto no deseado de la gobernanza?», en VV.AA., *Pueblos indígenas y política en América Latina*, op. cit., pp. 127-148.

4.3.1. UN SISTEMA AUTONÓMICO DIVERSIFICADO Y PLURAL

La Constitución boliviana actual, producto del accidentado proceso constituyente que se prolongó durante más de un trienio (2006-2009),⁵⁹ establece un sistema de organización territorial diversificado y plural, por lo que se refiere a los sujetos titulares de la autonomía. De acuerdo con la disposición constitucional que abre el Título (I de la Tercera Parte) relativo a la *Organización Territorial del Estado*, «Bolivia se organiza territorialmente en departamentos, provincias, municipios y territorios indígena originario campesinos» (art. 269.I), a los que hay que añadir «las regiones [que] formarán parte de la organización territorial, en los términos y las condiciones que determinen la ley»⁶⁰ (art. 269.III). Así pues, a los entes territoriales ya existentes —municipios, provincias y departamentos— se suman ahora los de nueva creación: regiones y territorios indígena originario campesinos; experimentando los departamentos una reconfiguración de signo autonómico en los términos que se examinará más adelante.

Si bien la propia Constitución hace una referencia expresa al principio de igualdad entre todos los referidos entes —«las entidades territoriales autónomas no estarán subordinadas entre ellas y tendrán igual rango constitucional» (art. 276)—, lo cierto es que nos hallamos ante entidades de distinta naturaleza desde el punto de vista autonómico.⁶¹ En este sentido, las nuevas autonomías indígenas originario campesina (según su propia denominación constitucional) y las reconfiguradas autonomías departamentales, constituyen los elementos básicos en torno a los cuales gira la reorganización territorial del Estado en Bolivia. Sobre la autonomía regional, introducida por este cambio constitucional, es difícil pronunciarse aun dada la imprecisión con que se contempla esta nueva figura en el texto constitucional (a diferencia del resto de las autonomías, salvo las provinciales, no tienen definido un ámbito competencial propio). La autonomía municipal, por su parte, plantea otra problemática distinta que no tiene relación directa con la reorganización autonómica del Estado.

La propia Constitución delimita el ámbito autonómico con carácter general, que abarca, además de la administración de sus propios recursos económicos, «el ejercicio de las facultades legislativa, reglamentaria, ejecutiva y fiscalizadora por los órganos del gobierno autónomo en el ámbito de su jurisdicción, competencias y atribuciones» (art. 272); esta misma disposición constitucional

⁵⁹ Sobre el prolongado y conflictivo proceso constituyente boliviano, véase STORINI, C. y NOGUERA, A., «Processo costituente e Costituzione in Bolivia. Il difficile cammino verso la rifondazione dello Stato», en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2008-III, pp. 1285-1304.

⁶⁰ Ley Marco de Autonomía y Descentralización (LMAD). El texto íntegro de esta importante ley de desarrollo constitucional sobre la organización territorial del Estado puede verse en http://file.minedu.gob.bo/ves/ves_11.pdf

⁶¹ Sobre la distinta naturaleza de los diversos entes autonómicos —departamentales, indígenas, regionales—, véase CLAVERO, B. y NOGUERA, A., en el debate sobre la plurinacionalidad y la autonomía, en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.ºs 84, 85, 87, 89, *op. cit.*

vincula la autonomía con «la elección directa de sus autoridades por las ciudadanas y ciudadanos», lo que excluye la designación externa (desde los poderes centrales del Estado) de las autoridades autonómicas. La Constitución prevé también la confección de un «Estatuto o Carta Orgánica» de las entidades territoriales autónomas «que deberá ser aprobada por dos tercios del total de sus miembros [órgano representativo] y, previo control de constitucionalidad, entrará en vigencia como norma institucional básica de la entidad territorial mediante referendo aprobatorio en su jurisdicción» (art. 275).⁶² Es preciso subrayar la exigencia constitucional expresa de la conformación democrática de los entes autonómicos, tanto por lo que se refiere a la elección de sus autoridades como al establecimiento de su marco institucional.

Finalmente, el constituyente boliviano remite a los poderes constituidos, en particular a la Asamblea Legislativa Plurinacional, la tarea de aprobar una ley específica sobre la materia —Ley Marco de Autonomías y Descentralización, LMAD—⁶³, precisando que se requerirá para ello una mayoría cualificada de dos tercios de los miembros presentes de la mencionada Asamblea (art. 271). Llama la atención la elevada mayoría requerida para su aprobación, la misma que se exige para la reforma de la Constitución (art. 411), lo que da cuenta de la importancia que el constituyente otorga a esta ley. A reseñar también la doble referencia en su título a las *autonomías* y a la *descentralización*, indicativa de la dualidad de entes —propriadamente autonómicos o meramente descentralizados— que el constituyente boliviano contempla en la reorganización territorial del Estado.

4.3.2. LA AUTONOMÍA DEPARTAMENTAL

La vigente (desde 2009) Constitución boliviana mantiene los *Departamentos*, ya existentes en el anterior régimen constitucional (Constitución de 1967, modificada en 1994, 1995 y 2004), como un elemento estructural básico de la organización territorial del Estado, si bien experimentan una importante reconfiguración como entes dotados ahora de autonomía política (de la que

⁶² Como ya se ha señalado en ocasiones anteriores en relación con Venezuela y Ecuador, el léxico empleado en el texto constitucional boliviano, y en particular en sus disposiciones relativas a la organización territorial —Estatuto (de autonomía)... norma institucional básica—, también refleja la influencia de nuestra Constitución. Sobre este tema, véase RIVERA, J.A., «La Constitución española de 1978 y su incidencia en el sistema constitucional boliviano», en VV. AA. (FERNÁNDEZ SEGADO, F., coord.), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2003, pp. 177-195.

⁶³ Sobre el papel de esta Ley (LMAD) de desarrollo constitucional en el proceso autonómico boliviano, véase BARRIOS, F.X., «Ni unitario, ni federal, ni autonómico: ¿contiene la nueva Constitución boliviana un intento de estructura territorial estatal?», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 13, 2011, pp. 84 y ss.

carecían anteriormente). En la anterior Constitución los Departamentos se configuraban como circunscripciones territoriales para el ejercicio en ellas del poder político central; así lo corrobora, por otra parte, su ubicación en el anterior texto constitucional dentro del Capítulo relativo al poder ejecutivo, junto a las provincias y otras entidades locales (art. 108); al frente del Departamento había un Prefecto, designado directamente por el Presidente de la República, titular del poder ejecutivo (art. 109) y, como precisaba el propio texto constitucional, el poder se ejercía en este ámbito territorial de acuerdo con el principio de descentralización administrativa (art. 110).⁶⁴

La Constitución actual dedica un Capítulo específico, dentro del Título relativo a la «Organización Territorial del Estado» (Tít. I de la Tercera Parte) a la *autonomía departamental*, denominación que es indicativa de la naturaleza autonómica (de la que carecían anteriormente) de los nuevos entes departamentales. De acuerdo con la nueva Constitución, se entiende que un ente territorial (en este caso los Departamentos) tiene naturaleza autonómica cuando sus autoridades son elegidas directamente por la población que habita en ellos (y no son designadas externamente por el poder central, como ocurría antes), administra sus propios recursos económicos y, mediante sus propios órganos de gobierno autónomos, ejerce las facultades legislativas, reglamentarias, ejecutivas y de control en su propio ámbito competencial (art. 272).

La organización institucional de la autonomía departamental que prevé la Constitución se basa en un órgano ejecutivo, «dirigido por la Gobernadora o Gobernador, en la condición de máxima autoridad ejecutiva» (art. 279); aunque nada dice expresamente el texto constitucional sobre su forma de elección hay que entender, de acuerdo con el esquema institucional de signo presidencial propio del régimen político boliviano (así como de los países latinoamericanos en general), que ha de ser elegido directamente por el conjunto de la población, al igual que ocurre con la elección del Presidente del máximo órgano ejecutivo de la República. Asimismo, cabe entender también que, una vez elegido el jefe del ejecutivo departamental, éste nombra libremente a los miembros del equipo que le integran.

La Asamblea Departamental es el otro órgano que, juntamente con el anterior, completa el esquema institucional de la autonomía departamental; a ella asigna expresamente la Constitución la «facultad deliberativa, fiscalizadora y legislativa... en el ámbito de sus competencias» (art. 277),⁶⁵ previendo así-

⁶⁴ Sobre la organización territorial anterior a la establecida por la actual Constitución, véase BARRIOS, F.X., «Ni unitario, ni federal...», *op. cit.*, en particular, el apartado dedicado a «la organización territorial boliviana prerreforma constitucional», pp. 66 y ss. Asimismo, sobre la génesis de las nuevas autonomías departamentales, URENDA, J.C., *Bases para construir las autonomías departamentales*, Ildis/Comité pro Santa Cruz, 2005.

⁶⁵ La introducción en el sistema institucional de los legislativos departamentales incide en la reconfiguración del legislativo estatal, cuestión que ya se planteó en el curso del debate constituyente; véase, al respecto, ASBUN, J., «Composición del Legislativo en un Estado con autonomías departamentales», en *Contrapuntos al debate constituyente*, Prisma/Plural, La Paz, 2007.

mismo su elección mediante «votación universal, directa, libre, secreta y obligatoria» (art. 278). En este caso, sin embargo, es preciso llamar la atención sobre la prevención constitucional que esta misma disposición establece sobre la representación en la Asamblea Departamental, reservando una cuota (que no se determina en el texto constitucional) a los «asambleístas departamentales elegidos por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo a sus propias normas y procedimientos»; en esta misma orientación, se prevé también que la ley que regule la elección de asambleístas departamentales tenga en cuenta, entre otros, el factor de «identidad cultural y lingüística cuando son minorías indígena originario campesinas» (art. 278.II). Se da así cobertura constitucional expresa al factor indígena y lingüístico-cultural en la composición de los órganos representativos de los Departamentos, que hasta el momento habían venido configurándose al margen de toda consideración relativa a estos factores.

La Constitución delimita también directamente el ámbito constitucional propio de la autonomía departamental (art. 300), a través de un amplio listado (36 números) de competencias *exclusivas*. Sin entrar en el examen de cada una de las treinta y seis materias de competencia «exclusiva» departamental (lo que no es posible en esta líneas), sí interesa puntualizar que en muchas ocasiones no existe tal exclusividad ya que las competencias «exclusivas» en muchos casos se ejercen (empleando un léxico que a nosotros ya nos es conocido y que no sería descartable que haya influido en el boliviano) «en el marco de»... «de acuerdo con»... «en coordinación con»... En otros casos, se produce una situación confusa ya que en ocasiones las competencias «exclusivas» departamentales se solapan o están duplicadas en relación con las competencias, también «exclusivas», bien del Estado o de los municipios. Será preciso un periodo de rodaje del nuevo sistema de distribución territorial del poder para poder corregir debidamente los desajustes competenciales, producto probablemente de la novedad de la experiencia autonómica que se acaba de iniciar.

Entre las competencias atribuidas por la Constitución y la legislación de desarrollo de ésta a los Departamentos, es preciso hacer una referencia específica a las de carácter fiscal y presupuestario.⁶⁶ En este sentido, se reconoce a los Departamentos la facultad de «creación y administración de impuestos de carácter departamental» (art. 300.I.22), si bien se puntualiza que los hechos imponibles no pueden ser análogos a los de los impuestos nacionales o municipales. Asimismo, se reconoce a los Departamentos la facultad de elaborar, aprobar y ejecutar sus propios Presupuestos (art. 300.I.26). Estas competencias en materia fiscal y presupuestaria se ven completadas por un amplio bloque de materias económicas que van desde la defensa de la competitividad (n.º 24) y la promoción de la inversión privada (n.º 34) hasta la creación de empresas pú-

⁶⁶ Véase BARRIOS, F.X., «La ley marco de autonomías y un nuevo régimen financiero territorial», en Nueva Crónica y Buen Gobierno, n.º 62, 2010.

blicas o la planificación económica en el ámbito departamental. Interesa hacer esta mención específica a las competencias en materia fiscal, presupuestaria y económica en general ya que fueron el eje de las reivindicaciones «autónomas» de los grupos económicos integrantes del *establishment* departamental;⁶⁷ que finalmente, como puede observarse leyendo el texto constitucional, fueron incorporadas a éste.

4.3.3. LA AUTONOMÍA INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINA

El reconocimiento constitucional de la *autonomía indígena originaria campesina* es una de las novedades más destacables del complejo sistema de organización territorial del Estado establecido por la reciente ley fundamental boliviana. A ella se dedica un Capítulo específico (Cap. VII, arts. 289-296) en el que se delimita el perfil de esta nueva figura autonómica, lo que a veces no resulta nada fácil dada su singularidad y la falta de correspondencia con figuras equivalentes en la experiencia constitucional comparada. Hay que advertir, además, que este nuevo ente autonómico, concebido por el constituyente refundador boliviano para acoger en él a la población *indígena*,⁶⁸ va a coexistir, en el complejo esquema autonómico boliviano, con otros entes autonómicos como los *Departamentos*, a los que ya nos hemos referido, y las *Regiones*, de las que nos ocuparemos seguidamente.

De acuerdo con las propias disposiciones constitucionales que se ocupan de la cuestión, «la autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias» (art. 289). Cabe realizar, ante esta definición constitucional de la *autonomía indígena*... similares consideraciones críticas que las ya hechas (ver *supra*) al comentar la disposición relativa a la definición constitucional de las *naciones y pueblos indígenas originario campesinos* (art. 30), con la que está estrechamente relacionada. En este caso, además de reiterar las consideraciones críticas sobre la caracterización como *nación* de todo grupo etnolingüístico diferenciado (algunos de ellos de varios centenares o pocos millares de individuos) hay que extender las objeciones críticas a la equiparación que se hace de la noción de autogobierno indígena con la de libre autodeterminación nacional.

⁶⁷ Especialmente los Departamentos orientales (Santa Cruz, Beni, Pando, Tarija), donde las reivindicaciones de autonomía departamental tenían más arraigo; y, en particular, en el Departamento de Santa Cruz, el de mayor peso económico y demográfico de Bolivia. Véase, al respecto, BARRIOS, F.X., *Propuesta autonómica de Santa Cruz*, Ildis/Plural, La Paz, 2005.

⁶⁸ Véase ALBÓ, X. y ROMERO, C., *Autonomías indígenas en la realidad boliviana y su nueva Constitución*, Vicepresidencia de la República, La Paz, 2009.

Bien es cierto que, a continuación, se insiste de forma expresa y reiterada en enmarcar el ejercicio del autogobierno indígena en lo establecido en la Constitución y la ley (art. 290.I y II, art. 291, art. 292), lo que delimita su alcance en términos jurídicos independientemente de las referidas alusiones a la libre determinación nacional. La Constitución prevé, asimismo, que la autonomía indígena originario campesina ha de tener plasmación en términos jurídicos mediante un *Estatuto* que, si bien es elaborado de acuerdo con las normas y procedimientos propios de la comunidad indígena que accede al autogobierno, deberá hacerlo, se reitera una vez más, de conformidad con la Constitución y la ley (art. 292). De todas formas, la muy reciente creación de las autonomías indígenas impide por el momento hacer una evaluación fundada del papel que juegan (o que pueden jugar en el futuro) en el sistema institucional y en el proceso político bolivianos.⁶⁹

Dado que las autonomías indígenas son entes de nueva creación, a diferencia de los municipios y Departamentos que ya existían con anterioridad (aunque estos últimos experimentan una importante reconfiguración), la Constitución prevé las posibles vías para la conformación de estos nuevos entes autonómicos. En este sentido, se parte del principio de que la creación de una autonomía indígena ha de ser producto de «la voluntad expresada de su población en consulta de conformidad con sus normas y procedimientos propios» (art. 293.I); se admite el establecimiento de requisitos mínimos de población (art. 293.III) para evitar el riesgo de una excesiva atomización autonómica y, finalmente, se hace una referencia expresa a la coordinación y cooperación en el ejercicio del autogobierno, remitiendo a la ley⁷⁰ para concretar los mecanismos que las articulen (art. 293.IV).

Los municipios pueden adoptar la decisión de constituirse en autonomía indígena originario campesina, si bien esta decisión ha de adoptarse con la participación directa de la población interesada, mediante referéndum y conforme a las condiciones y requisitos establecidos por la ley (art. 294.II). Asimismo, en los municipios donde existan comunidades indígenas que cuenten con «estructuras organizativas propias que las articulen», éstas pueden formar un nuevo municipio; en este caso, sin embargo, para su aprobación definitiva es preciso seguir el procedimiento establecido ante la Asamblea Legislativa Plurinacional (art. 294.III). Por lo que se refiere al autogobierno de las autonomías indígenas originario campesinas, además de prever que se ejerza «a través de sus propias normas y formas de organización», se vuelve a reiterar una vez más que habrá de realizarse con sujeción a la Constitución y la ley (art. 296).

Al igual que ya hemos visto con la autonomía departamental, la Constitución delimita directamente el ámbito competencial propio de la autonomía indígena originario campesina mediante un muy extenso y triple listado de compe-

⁶⁹ Véase MENDOZA, A., *Tendencias y viabilidad de las autonomías indígenas originarias campesinas en Bolivia*, Ministerio de la Presidencia, La Paz, 2009.

⁷⁰ Ley Marco de Autonomía y Descentralización (LMAD), *op. cit.*

tencias —exclusivas, compartidas y concurrentes— (art. 304), a las que habría que añadir las resultantes de la cláusula constitucional (art. 303) que asigna a las autonomías indígenas las competencias municipales en los supuestos contemplados en la Ley Marco de Autonomías y Descentralización. Sin entrar aquí en el examen individualizado (lo que no es posible en un trabajo como éste) de las materias que integran el ámbito competencial de la autonomía indígena, sí pueden realizarse observaciones críticas similares a las ya hechas al tratar de la autonomía departamental sobre la muy dudosa exclusividad de muchas de ellas, así como sobre las duplicidades (o triplicidades a veces) que pueden detectarse en los distintos, y numerosos, listados competenciales.

Cabe mencionar la competencia, entre otras, en materia de patrimonio cultural, tangible e intangible (n.º 10) o en el desarrollo y ejecución de los mecanismos de consulta previa ante la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que afecten a la población indígena (n.º 21). Una mención especial, por las implicaciones que tiene en el ámbito judicial, merece la competencia relativa al «ejercicio de la jurisdicción indígena originario campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios...» (n.º 8), lo que puede plantear problemas ya que no siempre tales normas y procedimientos son compatibles con las normas constitucionales.⁷¹ Como en tantas otras ocasiones ya señaladas, esta posible contradicción se salva mediante la previsión expresa, una vez más, de que el ejercicio de la jurisdicción indígena deberá realizarse «... de acuerdo con la Constitución y la ley», lo que excluye la posibilidad de una justicia indígena al margen o en contra de las normas constitucionales.

4.3.4. LA AUTONOMÍA REGIONAL

La actual Constitución boliviana introduce un ente nuevo en la organización territorial del Estado, las *Regiones*, que las anteriores Constituciones no contemplaban y que en ésta vienen a añadirse a los entes autonómicos departamentales e indígenas ya examinados. La escueta regulación constitucional de la nueva *autonomía regional* (arts. 280-282) no permite tener un perfil definido de este nuevo ente autonómico; aunque sí puede decirse, de acuerdo con las disposiciones constitucionales que se ocupan de este tema, que se conforman

⁷¹ Aunque no es posible desarrollar el tema en estas líneas, hay que decir que es uno de los que más comentarios doctrinales (y controversias políticas) ha suscitado. Sobre esa problemática, véase VV.AA. (GIRAUDO, L. ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2008; en particular, RUIZ, M.A., «Derecho indígena y constitucionalismo democrático: una mirada crítica», pp. 233-241; SÁNCHEZ BOTERO, E., «La jurisdicción especial indígena», pp. 215-232; JIMÉNEZ, E.B., «Derecho indígena sancionador y derechos humanos», pp. 185-213; MOLINA RIVERO, R., «La justicia comunitaria en Bolivia: cambios y continuidades», pp. 95-125.

como «un espacio de planificación y gestión» a partir de los municipios o provincias que tengan continuidad geográfica y que «compartan cultura, lenguas, historia, economía y ecosistemas en cada Departamento» (art. 280.I); esta misma disposición constitucional remite a la Ley Marco de Autonomías y Descentralización (LMAD) para precisar su organización y funcionamiento como nuevo ente autonómico.⁷²

Lo que sí determina directamente el propio texto constitucional es que las regiones, para «constituirse en autonomía regional» deben hacerlo «a iniciativa de los municipios que la integran, vía referendo en sus jurisdicciones» (art. 280.III); y que deben contar con un Estatuto* (de autonomía) (art. 282.II) en el que se precisen todos los aspectos relativos a la autonomía regional. Se prevé, asimismo, la existencia de un órgano ejecutivo regional, sin más precisiones, y de una Asamblea Regional, cuyos miembros serán elegidos en cada municipio junto con las listas de candidatos a concejales municipales, que dispondrá de facultades deliberativas, normativo-administrativas y fiscalizadoras en el ámbito de sus competencias (art. 281).

A diferencia la autonomía departamental e indígena, cuyos respectivos ámbitos competenciales (así como también el municipal) quedan delimitados directamente por la Constitución mediante un extenso listado de materias (art. 300, los Departamentos; art. 304, las autonomías indígena originario campesinas), las materias integrantes del ámbito competencial de la autonomía regional no son determinadas expresamente por la Constitución. En su defecto, dos breves disposiciones constitucionales se refieren al tema, previendo una de ellas que «la Región, una vez constituida como autonomía regional, recibirá las competencias que le sean transferidas o delegadas» (art. 301); y la otra, complementaria de la anterior, que tales competencias regionales deben ser aprobadas por la Asamblea Departamental en la que esté ubicada la región autónoma, por una mayoría cualificada de dos tercios del total de sus miembros (art. 280.III). Previsiones constitucionales que colocan a las Regiones y a la autonomía regional en una posición de subordinación y dependencia en relación con los Departamentos.

Esta falta de determinación constitucional del ámbito competencial de los nuevos entes regionales contribuye a hacer más imprecisos los perfiles de la recién estrenada autonomía regional. Sólo el rodaje institucional de estos nuevos entes autonómicos, que en el complejo esquema constitucional boliviano coexisten con las autonomías departamentales y las indígenas originario campesinas, permitirá definir los perfiles propios de la autonomía regional instaurada por la actual Constitución. De todas formas, no es descartable que la actual triplicidad autonómica —Departamentos, Regiones, autonomías indígenas— de lu-

⁷² Si bien la constitucionalización de las regiones como entes autonómicos es muy reciente (2009), los planteamientos regionalistas ya existían con anterioridad al actual texto constitucional. Véase, al respecto, ROCA, J.L., *Fisonomía del regionalismo boliviano*, Plural, La Paz, 1999.

gar, tras los reajustes que aconseje el funcionamiento en la práctica de este sobrecargado sistema autonómico, a un modelo autonómico más simplificado e integrado que el diseñado por el constituyente refundador boliviano.

5. CONCLUSIONES

1. El constitucionalismo latinoamericano no ha prestado apenas atención, hasta fechas recientes, al hecho indígena que, sin embargo, constituye uno de los elementos estructurales básicos de la realidad política y social latinoamericana; en especial en algunos países en los que el peso de la población indígena no puede ser ignorado. Recientemente, en las dos últimas décadas, se han ido abriendo paso en distintos países latinoamericanos corrientes que, además de propugnar cambios constitucionales de carácter general, abogan, en particular, por un reconocimiento constitucional del hecho indígena. Es en este marco de cambio constitucional en Latinoamérica en el que hay que situar las experiencias constitucionales caracterizadas por sus propios protagonistas como *refundadoras*, en las que la *cuestión indígena* va a ser objeto de especial atención como un elemento integrante del proyecto refundador.

2. Dada la diversidad de situaciones en los distintos países sobre el peso de la población indígena en cada uno de ellos, la incidencia del factor indígena en la reorganización territorial del Estado es muy distinta, como se pone de manifiesto en las experiencias que se analizan en este trabajo —Venezuela, Ecuador, Bolivia— (y es previsible que también lo sea en otros países que introduzcan próximamente cambios constitucionales en este sentido). No obstante, la introducción del factor indígena en la Constitución da lugar, en todos los casos, a una redefinición del Estado sobre la base del reconocimiento de la composición plural de su población, a una constitucionalización de un grupo de derechos específicos de la población indígena y a una reorganización territorial del Estado acorde con la composición plural, en particular por lo que se refiere a su componente indígena, de la población.

3. La redefinición constitucional del Estado atendiendo al carácter pluriétnico y pluricultural de la población, en contraposición a la ausencia de cualquier referencia a esta composición plural en los textos constitucionales precedentes, es uno de los rasgos distintivos del nuevo constitucionalismo refundador latinoamericano. Ello pone de relieve que la *cuestión indígena* no es un mero elemento ornamental al que se dedican cláusulas retóricas, como había venido ocurriendo con anterioridad en el constitucionalismo histórico latinoamericano, sino un factor determinante en la conformación del nuevo orden constitucional surgido del proceso refundador. Hay que decir también que resulta, a nuestro juicio, bastante discutible la concepción de la plurinacionalidad que reflejan los textos constitucionales (en particular en Ecuador y, sobre todo, en Bolivia) caracterizando como nación a todo grupo étnico diferenciado. En cualquier caso, es la redefinición constitucional del Estado lo que va a hacer posible, e incluso

obligado, la constitucionalización de los derechos específicos de la población indígena, así como la apertura de diversos procesos, según las condiciones de cada país, de reorganización territorial del Estado.

4. Un rasgo común y distintivo de las experiencias refundadoras es la constitucionalización expresa de una serie de derechos referidos específicamente a la población indígena. Es preciso reseñar la importante novedad que esto supone al dotar del máximo rango jurídico, el constitucional, a un grupo de derechos que hasta hace poco solo habían tenido acogida en textos declarativos dispersos sin valor jurídico alguno. Hay que advertir, sin embargo, sobre las dificultades y los problemas que plantea, aunque solo sea por su novedad y falta de precedentes, la incorporación de este grupo de derechos al ordenamiento constitucional; en particular, por lo que se refiere a la necesaria depuración que es preciso realizar entre lo que son propiamente derechos de las personas integrantes de la población indígena y lo que no dejan de ser prácticas y costumbres indígenas que es muy dudoso que deban ser objeto de constitucionalización como derechos (como a veces se hace en los textos constitucionales refundadores).

5. En concordancia con la redefinición constitucional del Estado y el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas, el constitucionalismo refundador aborda la reorganización territorial del Estado. Es éste, sin embargo, uno de los aspectos más indefinido y menos innovador del proyecto refundador ya que en vez de diseñar un nuevo modelo de reorganización territorial, se mantiene la continuidad del anterior, añadiéndole, en su caso, nuevos elementos cuya armonización con los que subsisten del anterior es muy discutible. Es de reseñar, por otra parte, la influencia de nuestro modelo autonómico en la conformación de los nuevos entes autonómicos a través de los que se articula la reorganización territorial del Estado. En cualquier caso, será necesario un periodo de rodaje de las nuevas instituciones autonómicas para poder evaluar fundadamente la viabilidad de la reorganización territorial emprendida; sin descartar su remodelación a corto plazo, a la vista de la evolución del proceso de reorganización territorial del Estado.

La protección multinivel de los derechos y libertades en Canadá

Cecilia Rosado Villaverde

Profesora de Derecho Constitucional. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las fuentes de Derecho en Canadá. 2.1. La Carta canadiense de derechos y libertades de 1982. 2.2. Los instrumentos provinciales y territoriales de protección de derechos y libertades. 2.3. La posición de las leyes canadienses relativas a derechos y libertades en el sistema de fuentes. 3. El sistema de garantías de derechos y libertades en Canadá.

1. INTRODUCCIÓN

La formación de Canadá data de 1867, cuando tres colonias británicas del norte de América (Canadá Unido, Nueva Escocia y Nuevo Brunswick) decidieron unirse en una federación que en el año citado eran semiautónomas constitucionalmente hablando. Una de las colonias se dividió en dos, formando Quebec y Ontario. Esta división responde a la historia anterior de estos territorios ya que la colonización de uno de ellos, Ontario, se llevó a cabo por los ingleses, mientras que la colonización de Quebec fue hecha por Francia. Actualmente, Canadá está formado por diez provincias y tres territorios federados.

Canadá es un Estado federal. Aunque colonia inglesa, los canadienses decidieron crear una federación y no un Estado unitario debido a la existencia, por un lado, de pueblos autóctonos y, por otro lado, porque convivían en el territorio colonos ingleses y colonos franceses (Mitjans *et al.*, 1999). Por tanto, con estas diferencias hubiera sido muy difícil crear un Estado unitario; es más, podrían haber surgido problemas de carácter nacionalista, como ya ha pasado en otros Estados. A pesar de ello, no hay que olvidar que en la provincia de Quebec, donde residen la mayoría de los francófonos, existen partidos nacionalistas. Es más, los distintos referéndums realizados en esta provincia muestran que las diferencias entre los canadienses francófonos e ingleses todavía existen.

Pues bien, es en este momento histórico, cuando se crea Canadá, que se aprueba, por parte del Parlamento inglés, la Ley Constitucional de 1867. De esta Ley Constitucional de 1867 cabe destacar que no poseía un instrumento de protección de derechos. La inexistencia de una carta de derechos se debe a dos razones, en primer lugar, al principio de soberanía del Parlamento, que significa que no es posible limitar los poderes de esta institución (cosa que se haría con la introducción de un instrumento de protección de los derechos en una Constitución), y en segundo lugar, al *rule of law*, que significa, en este ámbito, que la protección de los derechos se hará a través de las leyes ordinarias y de los jueces (Castellà, 2005).

Sin embargo, es cierto que la propia situación de Canadá no permitía la inexistencia total de un reconocimiento y protección de derechos, y por esta razón la mencionada Ley Constitucional de 1867 constitucionalizó algunos derechos (arts. 93 y 133) como los lingüísticos o la libertad religiosa. Así, el art. 93 de la Ley Constitucional de 1867 incluía disposiciones que protegían algunos derechos confesionales en materia escolar; y el art. 133, éste instauraba el bilingüismo oficial en materia parlamentaria, legislativa y judicial, tanto a nivel federal como a nivel provincial. A pesar de ello, el alcance de tales derechos era limitado (Relaño, 2005; Ruiz, 2005).

Esta situación se mantuvo hasta 1960, cuando el Parlamento canadiense aprobó la Declaración de derechos y libertades. Esta reconoce y garantiza los derechos civiles y políticos en relación con la actuación de los órganos federales. Esta Declaración sólo se aplicaba al Parlamento federal y tenía naturaleza de texto legislativo ordinario que puede ser modificado a través de la mayoría simple parlamentaria, esto es, no representaba un texto de rango superior y difícil de modificar. Esta Declaración tuvo muy poco efecto en la sociedad canadiense (Hiebert, 2001).

Otro instrumento legal aprobado con el fin de proteger los derechos y libertades fue la Ley antidiscriminatoria de 1977, aunque su incidencia en la cultura política canadiense fue mínima. Finalmente, en 1982 se aprobó la nueva Ley Constitucional que contenía la Carta de derechos y libertades. Con la aprobación de esta Ley Constitucional, la Declaración canadiense de derechos perdió fuerza y se debilitó, y prácticamente se ha dejado de utilizar. A pesar de ello, existen algunos derechos que no están previstos en la Constitución de 1982 pero que, sin embargo, la Declaración de derechos y libertades reconoce (1960), como por ejemplo el derecho a la propiedad.

2. LAS FUENTES DEL DERECHO DERECHOS EN CANADÁ CON RESPECTO A LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS

En Canadá, los Derechos y libertades están regulados y coexisten en dos niveles, el federal y el provincial o territorial. ¿Cómo se delimita quién es competente en esta materia en cada momento? Pues bien, en Canadá «se con-

sidera con carácter general que los derechos y libertades no constituyen un ámbito de competencia como tal, que podría ser atribuido a un orden de gobierno o a otro, se trata más bien de una materia según la cual el Gobierno federal y las provincias pueden ejercer sus competencias, ya sea para proteger los derechos y libertades, para modificarlos o en fin, para limitarlos» (Woehring, 2005, p. 71).

Es decir, la competencia de los derechos dependerá de las materias sustantivas; así, por ejemplo, si las provincias son competentes en materia de educación también lo serán para legislar el derecho a la educación. Pero si la competencia en materia penal es federal, serán ellos los encargados de regular los derechos de los presos y de los detenidos. Por tanto, ambos niveles, es decir, tanto los poderes de Canadá como los de sus Territorios y Provincias, son competentes en derechos y libertades.

Cabe destacar que las Provincias comenzaron a adoptar leyes reconocedoras y garantes de derechos treinta y cinco años antes de que se hiciera a nivel federal. La primera Provincia que adoptó una ley relativa a esta materia fue Saskatchewan en 1947. Es decir, las Provincias (y Territorios), en vista del vacío constitucional que existía a nivel federal, decidieron proveerse de Declaraciones de Derechos y libertades para limitar al poder y a la vez proteger a su ciudadanía de posibles violaciones de sus derechos. Sin embargo, las normas que protegen derechos y libertades en el nivel provincial y territorial son, por lo general, las cláusulas antidiscriminatorias, esto es, no es muy frecuente encontrar, en estos días, una Declaración de derechos en las unidades subestatales de Canadá (Brun, 2003).

Además, las Declaraciones de derechos provinciales, así como las leyes antidiscriminatorias, son revisadas constantemente con el objetivo de modificarlas para adaptarlas a la realidad social. Esto se debe también a que las normas legales reguladoras de derechos en las Provincias son leyes ordinarias y por eso, su modificación es mucho más sencilla que la reforma de la ley constitucional de 1982 (Burn *et al.*, 2002).

Finalmente, es necesario mencionar que en este momento existen dos instrumentos para garantizar los derechos y las libertades, tanto a nivel federal como a nivel provincial. Estos dos instrumentos son, por un lado, las ya mencionadas leyes antidiscriminatorias, y por otro lado, las leyes que reconocen los derechos de la persona.

2.1. La Carta canadiense de Derechos y libertades de 1982

La adopción de una nueva Ley Constitucional empezó a tomar forma en la segunda mitad del siglo XX, donde cada vez eran más las voces que reclamaban una reforma total de la Ley Constitucional canadiense. Sin embargo, las diferencias entre la doctrina eran grandes, sobre todo por la disyuntiva entre el modelo que se iba a adoptar, es decir, seguir el modelo británico propiamente

dicho, o complementarlo con una visión más estadounidense (sobre todo, en relación con el poder de los jueces en detrimento del poder del Parlamento, soberano en el modelo político británico).

Además, había que contar con que la reforma total de la Ley Constitucional de 1867 debía ser aprobada por el Parlamento inglés, lo que entrañaba más dificultades a la situación canadiense. Finalmente, después de años de debate, en 1982 el Gobierno de la nación consiguió que el Parlamento inglés adoptara una nueva Ley Constitucional para Canadá, que contenía dos características fundamentales: un procedimiento de reforma constitucional donde solamente podían intervenir los poderes canadienses y la inclusión de la ya mencionada Carta canadiense de derechos y libertades.

Este acuerdo contó con el voto a favor de nueve provincias canadienses, y el voto en contra de una de ellas, Quebec, que afectaría al desarrollo de los derechos federales en esta Provincia. Hasta el momento, hemos mencionado las diferentes complicaciones en el plano externo, sin embargo, lo que realmente resultó difícil fue llegar a un pacto interno, esto es, conseguir un acuerdo entre todas las Provincias y Territorios y entre las distintas voces políticas canadienses.

La Carta canadiense de derechos y libertades representa, según Janet L. Hiebert «el cambio más radical que se haya realizado nunca en la Constitución canadiense» (Hiebert, 2001, p. 202). Antes de la aprobación de dicha Carta, imperaba el principio de supremacía parlamentaria, es decir, mientras los parlamentos no sobrepasaran su ámbito de actuación, los jueces no examinaban los textos legislativos. Sin embargo, la Carta de 1982 exige a los tribunales que interpreten los derechos que en ella se reconocen y que, además, se encarguen de protegerlos y reparar el daño causado cuando sean violados.

La mencionada Carta reconoce los derechos individuales como son la libertad de asociación, la igualdad o la libertad de expresión. Pero además se reconocen otra serie de derechos que son propios de la historia y de la sociedad canadiense. Éstos son derechos colectivos que han surgido como consecuencia de las diferentes lenguas, razas y culturas que conviven en todo el territorio de Canadá. De hecho, además de los canadienses francófonos, que no sólo tienen una lengua distinta sino que también se rigen por normas distintas en algunos casos concretos (por ejemplo, se rigen por el Derecho civil herencia de Francia), existen otras razas con gran asentamiento en Canadá, como son los Inuit, que tienen una lengua propia (no reconocida como lengua oficial), así como costumbres ancestrales. Además, no podemos olvidar las reivindicaciones que durante años han mantenido los grupos culturales fruto de la inmigración. El 14,03% de la población es de origen escocés, el 12,90% de origen irlandés, o el 9,25% es de origen alemán; así hasta más de quince orígenes distintos entre la población canadiense.

Algunos de los derechos propios de la historia de y la sociedad de Canadá son la libertad de circulación, el respeto por los Tratados suscritos con los pueblos aborígenes o los derechos de las minorías lingüísticas en materia de

educación. Paradójicamente, esta Carta no reconoce ningún derecho económico, social o cultural, es decir, se sustenta prácticamente en los derechos de carácter individual, en los derechos de primera generación (Brun, 2003).

Otro dato importante a destacar de esta Carta constitucional es que los derechos que en ella se recogen no son aplicables a las relaciones entre particulares, es decir, sólo se aplicarán para las relaciones entre un particular y un organismo público; éste puede ser federal, provincial o territorial. La Corte Suprema canadiense ha querido paliar esta situación, y por eso ha hecho una interpretación más amplia de esta disposición constitucional. Para la Corte Suprema, los derechos recogidos en este instrumento federal también pueden ser invocados en las relaciones entre un particular y una entidad no-gubernamental, como un hospital o una universidad, siempre que éstas desempeñen una «función gubernamental» (Woerhling, 2005). Sin embargo, las relaciones entre particulares quedan totalmente fuera de la protección federal y, así, en caso de que una empresa privada (por ejemplo) viole el derecho de un ciudadano o de una ciudadana, éste no podrá acudir a los mecanismos de protección de los derechos federales ya que esta posibilidad queda fuera del ámbito de aplicación de la Carta canadiense de derechos y libertades de 1982.

Finalmente, debemos centrar nuestra atención en dos artículos de esta Carta que conforman una posibilidad muy peculiar del sistema canadiense en materia de derechos. Estamos hablando del artículo 1 y del artículo 33 de la Ley Constitucional de 1982. El primer precepto que vamos a estudiar es el art. 33 de la Carta canadiense el cual dice que «(1) El Parlamento o la asamblea legislativa de una provincia pueden adoptar una ley (o norma con rango de ley) que declare expresamente que ella, o una de sus disposiciones, tendrán efecto pese a lo dispuesto en el artículo 2 o en los artículos 7 a 15 de la presente Carta». Esto es, el Parlamento federal, así como los legisladores provinciales, pueden proceder a limitar el ejercicio de la mayoría de los derechos reconocidos y garantizados en la Carta canadiense a través de una ley ordinaria. La limitación del ejercicio de los derechos tiene un período máximo de cinco años después de los cuales es necesario proceder a una nueva votación para ver si se mantiene o no dicha derogación (Mitjans *et al.*, 2001).

Existen tres categorías de derechos que no pueden ser limitados en su ejercicio, son los derechos democráticos (derechos políticos, derecho a la tutela judicial efectiva y la igualdad de sexos), la libertad de circulación y establecimiento y por último, los derechos lingüísticos de la minoría anglófona en Quebec, y de las minorías francófonas en el resto del territorio canadiense. Estos son los derechos que nunca podrán limitarse por una ley ordinaria federal o territorial; para proceder a su eliminación es necesario poner en marcha el procedimiento de reforma de la Ley Constitucional.

La razón de que exista una disposición de esta naturaleza se debe a la disyuntiva entre los modelos políticos y jurídicos que se plantearon en la formación de Canadá. Es decir, lo que intentó el constituyente canadiense fue crear un equilibrio entre, por un lado, la primacía de la norma superior del ordenamiento

jurídico que es la Constitución y el control jurisdiccional al que deben someterse las leyes de todo el Estado que sean susceptibles de contradecir la Constitución y, por otro lado, el Principio democrático que mantiene la importancia de la decisión de los representantes que han sido elegidos por la ciudadanía (Fremont, 2008). Asimismo, la existencia de este artículo también se debe a una concesión del Gobierno federal a las Provincias para que éstas no se opusieran al texto constitucional, porque pensaban que éste limitaba los poderes de sus asambleas legislativas. Todas las provincias aceptaron este texto, excepto Quebec. Sin embargo, ésta ha sido la provincia que más ha utilizado el precepto 33 mientras que otras no han hecho uso de ella o éste ha sido excepcional.

Por su parte, el art. 1 dice que «La Carta canadiense de derechos y libertades garantiza los derechos y libertades que aquí se contemplan. Sólo pueden ser restringidos por una regla de derecho, con los límites que sean razonables y cuya justificación pueda demostrarse en el marco de una sociedad libre y democrática». Es decir, estamos ante una cláusula que permite la limitación, de manera general, de los derechos (Woehrling, 1993; Hiebert, 1996). Este precepto garantiza, en un primer momento, los derechos incluidos en la Carta, sin embargo, más adelante reconoce que éstos no son absolutos y que por tanto pueden ser limitados siempre y cuando esos límites sean razonables, que se establezcan por ley y además que se justifiquen en una sociedad libre y democrática.

Por tanto, los derechos de la Carta canadiense pueden ser restringidos por otras leyes de carácter ordinario (no constitucional) de manera legítima, eso sí, cumpliendo los requisitos impuestos para que esos límites no sean inconstitucionales (Russel, 1983). Pero, ¿cómo podemos saber si una ley amparada en el artículo primero de la Carta de derechos es constitucional? La Corte Suprema ha fijado el control de las leyes limitativas de derechos en dos fases (Chacón, 2001). En la primera decide si la ley restringe o no alguno de los derechos reconocidos en la Carta; si no restringe ningún derecho se la declara constitucional. Sin embargo si la Corte observa que hay restricciones a derechos, comenzaría la segunda fase en la cual se decide si la restricción es constitucional o no, siguiendo las pautas que regula el propio artículo primero de la Carta. Por tanto, estas leyes quedan sometidas al control propio del sistema de los Estados contemporáneos democráticos, es decir, al control de constitucionalidad de las leyes.

Por último, cabe añadir que este artículo ha sido utilizado de manera frecuente por las Provincias, a través de sus parlamentos, debido en parte a que el precepto 33 de la Carta ha sido poco práctico en la realidad canadiense.

2.2. Los instrumentos provinciales y territoriales de protección de derechos y libertades

Como ya se había avanzado en la introducción de este epígrafe, los instrumentos provinciales y territoriales utilizados para reconocer derechos son de

dos tipos: leyes antidiscriminatorias y las leyes que reconocen los derechos de la persona. Esto se debe a que no existe un «concepto formal ni codificado» de las Constituciones provinciales (Castellà, 2006), por ello, son dos las normas que reconocen y protegen derechos en las Provincias y Territorios de Canadá y ninguna de ellas es una Constitución en sentido formal.

Las leyes antidiscriminatorias son las normas más comunes en las Provincias y Territorios en materia de derechos. Aunque en general suelen parecerse las unas a las otras, existen variantes que será necesario poner de relieve. En la mayoría de los casos, estas variantes o diferencias se van a dar en la ley antidiscriminatoria de la provincia de Quebec (Castellà, 2006).

El contenido de estas leyes se centra en prohibir las formas de discriminación que están basadas en algunos motivos, mencionados de forma exhaustiva. Estos motivos pueden ser, la raza, el hándicap, o el sexo, que aparecen en todas las leyes antidiscriminatorias. Otras, que se recogen sólo en algunas leyes, son la lengua, el color o la condición sexual, entre otros. La ley antidiscriminatoria de Quebec recoge catorce motivos ilícitos que son la raza, el color, el sexo, el embarazo, la orientación sexual, el estado civil, la edad, la religión, las creencias políticas, la lengua, el origen étnico y nacional, la condición social, el hándicap o la utilización de un medio para paliar ese hándicap.

Asimismo, estas leyes antidiscriminatorias sólo prohíben la discriminación en algunos ámbitos de actividades, como son, el acceso a los medios de transporte, los servicios disponibles al público, la formación de actos jurídicos, o el empleo y la remuneración, por ejemplo (Woehrling, 2005). Por tanto, la discriminación no se prohíbe de forma general sino sólo en algunos espacios. Esta regulación es propia de la tradición histórica del *Common Law*, el cual ha influido de manera decisiva en diversos aspectos de la protección de derechos y libertades en Canadá. Por otro lado, se prohíbe la discriminación tanto si se realiza por los particulares como por los órganos públicos de ámbito provincial.

Con respecto a las excepciones que puedan existir a la discriminación, las leyes antidiscriminatorias provinciales y territoriales recogen muy pocas. De las más destacables nos encontramos con los programas de promoción social que buscan mejorar la posición de aquellos grupos de individuos que están perjudicados en la sociedad, y que se debe a algún motivo ilícito de discriminación. Sin embargo, no hay que olvidar que aunque esta sea la tónica general de los Códigos antidiscriminatorios, existen algunos de ellos que autorizan todas aquellas discriminaciones que sean razonables.

En cuanto a las normas legislativas que reconocen Derechos y libertades a nivel provincial y territorial, sólo existen en tres Provincias: Saskatchewan, Alberta y Quebec, y en un Territorio, Yukon. Menos en Alberta, en las demás Provincias y en el Territorio mencionado, los derechos y libertades y las disposiciones antidiscriminatorias se encuentran en un mismo documento, es decir, en una sola norma legislativa. Ahora bien, dentro de este mismo documento, prima el contenido antidiscriminación sobre la Declaración general de derechos y libertades.

En general, estas cuatro declaraciones de derechos recogen derechos individuales y las libertades. Por lo tanto, se centran en los derechos de primera generación —algunos de ellos son: la libertad de religión, la libertad de expresión, la libertad de reunión pacífica y de asociación, la libertad de conciencia, el derecho a la libertad frente a las detenciones arbitrarias—. Además, Saskatchewan y Alberta recogen derechos políticos (Castellà, 2005).

Sin embargo, la provincia de Quebec muestra una diferencia en éste ámbito, ya que es la única declaración que reconoce y garantiza, además de los derechos individuales (art. 1 a 9), de las libertades y de los derechos políticos (arts. 21 y 22), los derechos judiciales (arts. 23 a 38) y los derechos de carácter económico y social (art. 39 a 48). Sin embargo, estos derechos económicos y sociales carecen de las garantías que poseen los otros derechos, ya que la cláusula de primacía (es igual que la cláusula de primacía constitucional) que contiene el art. 52 de la Carta de derechos y libertades de la persona de Quebec sólo se aplica a los artículos 1 al 38.

Finalmente, cabe mencionar que en todas las Cartas de derechos menos en la de Alberta, las disposiciones se aplican a los poderes públicos provinciales y territoriales, en cada caso, y también a las relaciones entre particulares. En Alberta sólo se aplican a los poderes públicos provinciales; sin embargo, la ley antidiscriminatoria de esta provincia, sí se aplica a las relaciones entre particulares (no hay que olvidar que en Alberta la ley antidiscriminatoria y la Carta de derechos están separadas en dos normas legales distintas).

2.3. La posición de las leyes canadienses relativas a derechos y libertades en el sistema de fuentes

La casi totalidad de las leyes que reconocen derechos a nivel provincial y territorial poseen un mecanismo que les otorga una posición jerárquica superior a las demás leyes, ya sean éstas anteriores o posteriores a las normas reguladoras de derechos.

El mecanismo que les otorga tal posición es la llamada «cláusula de primacía» —por ejemplo, el art. 52 de la Carta de derechos y libertades de la persona de Quebec, o el art. 1 (1) del Human Right, Citizenship and Multicultural Act de Alberta—. Este es un artículo de la ley de derechos, provincial o territorial, que dispone que ninguna ley podrá «derogar» una ley reconocedora de derechos, salvo que se haya declarado expresamente la voluntad de derogarla o derogar alguna de sus disposiciones (por tanto, esa «cláusula de primacía» no es total y absoluta).

Por tanto, la primacía de las leyes que contienen Declaraciones de derechos está ligada a una «exigencia de derogación expresa» (Woehrling, 2005, p. 94). Es decir, las declaraciones de derechos provinciales o territoriales se encuentran en una posición distinta a la de las demás leyes (provinciales o territoriales); esto significa que ninguna ley podrá ser contraria a la norma donde se

reconocen derechos y si se diera el caso, entonces esa ley contraria no se aplicaría.

Ahora bien, si una ley ordinaria (aprobada por el parlamento territorial correspondiente) expresa claramente su voluntad de derogar la ley reconocedora de derechos o alguna de sus disposiciones, entonces esos derechos no serán aplicables en el transcurso de cinco años, al final de los cuales habrá que realizar una votación legislativa para confirmar o no la derogación de los derechos en cuestión. La razón de ser de este mecanismo se basa en el principio democrático (tal como sucede en el nivel federal).

Finalmente, cabe destacar que algunas Provincias o Territorios no incluyen en sus Cartas de derechos «cláusulas de primacía» ligadas a la voluntad expresa de derogación, y por tanto nada se menciona al respecto. Sin embargo, la Corte Suprema ha intervenido en este caso y, desde los años ochenta, reconoce a esas Declaraciones de derechos sin «cláusulas de primacía» el mismo estatus que las que contienen dicho mecanismo (Castellà, 2005).

Por tanto, aunque una Carta de derechos provincial no haya querido otorgarse una cláusula de las características mencionadas, aún así, la Corte Suprema está obligando, con su interpretación, a desacreditar de alguna manera, la voluntad del legislador de esa provincia o territorio.

3. EL SISTEMA DE GARANTÍAS DE DERECHOS Y LIBERTADES EN CANADÁ

El sistema de garantías de los derechos canadienses es muy peculiar ya que, en la mayoría de los casos, las garantías extrajudiciales, específicamente las garantías de naturaleza administrativa, tienen una utilización e incidencia que se encuentran prácticamente al mismo nivel que las garantías judiciales. Así, en ocasiones, la ciudadanía acude a estas garantías extrajudiciales a la hora de dirimir conflictos relativos a la violación de los derechos y libertades.

En primer lugar, voy a desgranar las garantías que poseen las leyes antidiscriminatorias y las declaraciones de derechos de las Provincias y Territorios. Los jueces y tribunales provinciales no van a aplicar las leyes que regulan los derechos de manera directa (Woerhling, 2005); es por esta razón que las mismas leyes han creado un órgano administrativo denominado, en general, «Comisión de los derechos de la persona» que va a tener dos funciones: una preventiva y otra, de más calado, que es una función resolutoria (Howe *et al.*, 1990).

Con respecto a la primera función, la Comisión se encarga de prevenir contra aquellos actos que sean contrarios a los derechos recogidos en la ley a través de la información y de la educación de la ciudadanía. Con la función resolutoria, la Comisión se va a encargar de estudiar las demandas de las que tienen conocimiento, debido a la interposición de las mismas por parte de los ciudadanos y ciudadanas. Cualquier persona o grupo puede presentar una demanda ante la Comisión. Una vez estudiada, si se acepta, se abrirá una investigación con el fin de conseguir las pruebas y los testimonios oportunos.

Terminada la investigación, se presenta el informe a la Comisión que decidirá rechazar la demanda o declararla fundada.

Si la demanda es aceptada, entonces la Comisión debe nombrar a un conciliador que intentará llegar a un acuerdo negociado entre las partes. Si no se llega a un acuerdo, la Comisión deberá solicitar la constitución del denominado «Tribunal de los derechos de la persona», que es un órgano administrativo, compuesto por personas de gran experiencia y sensibilidad ante la problemática que presentan los derechos; éstos no podrán ser miembros del Poder Judicial. Este Tribunal estudiará la demanda y los informes realizados durante el proceso de investigación y si la aceptan, deberán decidir una forma de rectificación o de reparación.

Ante la decisión que tome el Tribunal de los derechos de la persona, la Comisión o las partes pueden recurrirla ante un órgano de apelación especializado que, en algunos casos, es un órgano judicial. Contra las decisiones de estos tribunales cabe un recurso de revisión ante los órganos judiciales, más concretamente, ante los Tribunales Superiores Provinciales. Por tanto, para resolver los conflictos de derechos nos encontramos ante un proceso administrativo, gratuito y relativamente poco complicado, que en la mayoría de los casos evita los litigios ante los jueces y tribunales (Howe *et al.*, 1990), por lo menos en lo que podríamos calificar de primera instancia.

Por supuesto, existen casos diferentes y especiales que no siguen este proceso tal como se ha expuesto. Es el caso de la Carta de derechos y libertades de la persona de Quebec; la misma instaura el «Tribunal de los derechos de la persona de Quebec» que debe estar compuesto de magistrados del Poder Judicial, es decir, por los jueces de la Corte de Quebec. Asimismo, esta Carta prevé un caso especial, que es aquél en el que todas aquellas personas mayores o minusválidas que se consideren víctimas de una discriminación, de acoso o de explotación pueden optar por dirigirse a los tribunales ordinarios o a la «Comisión de los derechos de la persona y los derechos de la juventud» de Quebec.

Asimismo, Alberta tiene un proceso distinto para su declaración de derechos (mientras que para su ley antidiscriminatoria mantiene el proceso administrativo general antes expuesto). Cualquier violación de un derecho reconocido en su Declaración deberá ser denunciada ante los tribunales ordinarios, es decir, no existe una Comisión ni un Tribunal especializado para los derechos recogidos en los artículos de la declaración de derechos de Alberta.

En cuanto al sistema de protección federal existe una Comisión, de naturaleza administrativa, que sigue el mismo proceso que las demás Comisiones provinciales. Únicamente cabe destacar que el recurso de revisión que se puede plantear ante las decisiones de la Comisión federal o de los Tribunales especializados federales (formado por miembros que no pertenecen al poder judicial y que, por tanto, son órganos administrativos de «apelación»), se hará ante la Corte federal de Canadá. Como última instancia judicial dentro de las garantías jurisdiccionales, se puede acudir a la Corte Suprema federal.

BIBLIOGRAFÍA

- BRUN, H. y TREMBLAY, G., *Droit constitutionnel*, Editions Yvon Blais. Cowansville, 2002.
- BRUN, H., *Chartes des droits de la personne-législation, jurisprudence, doctrine*, Wilson & Lafleur, Montreal, 2003.
- CASTELLÀ ANDREU, J.M., «El doble nivel de protección de los derechos en Canadá: la Carta de derechos y libertades de 1982 y las Cartas de Derechos provinciales, en especial, la de Quebec», en MITJANS, E. (ed.) y CASTELLÀ ANDREU, J.M. (coord.), *Derechos y libertades en Canadá*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 123-144.
- CASTELLÀ ANDREU, J.M., «Constitucions de les províncies del Canadà. El cas de la Constitució del Quebec», en VV.AA., *L'abast de l'autonomia política del Quebec*, Parlament de Catalunya. Barcelona, 2006.
- CHACÓN PIQUERAS, C., «Las cláusulas "no obstante" y limitativa general de derechos de la Carta canadiense de derechos y libertades de 1982», en MITJANS, E. y CASTELLÀ ANDREU, J.M. (coords.), *Canadá. Introducción al sistema político y jurídico*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2001.
- DAVID, R., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (derecho comparado)*, Aguilar, Madrid, 1968.
- DICKINSON, B., «Federalism, Civil Law and the Canadian Judiciary: an Integrated Vision», en *Revue Juridique Themis*, n.º 28, 1995, pp. 459-480.
- FREMONT, J., «Derechos fundamentales en el sistema constitucional canadiense: entre la carta Constitucional y los Códigos provinciales», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 82, 2008, pp. 181-195.
- HIEBERT, J., *Limiting Rights. The dilemma of judicial review*. Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 1996.
- HIEBERT, J.L., «Los efectos de la carta de derechos y libertades en la política canadiense», en MITJANS, E. y CASTELLÀ, J.M. (coord.), *Canadá. Introducción al sistema político y jurídico*. Universidad de Barcelona. Barcelona, 2001, p. 196.
- HOWE, R.B. y JOHNSON, D., *Restraining Equality: Human Rights Commissions in Canada*, Carleton University Press. Ottawa, 1990.
- MITJANS PERELLÓ, E. y CHACÓN PIQUERAS, C., «Canada, Diversity and federalismo in Canada», en APARICIO PÉREZ, M.A. (ed.), *Decentralization and federalism: new models of political autonomy (Spain, Belgium, Canada, Italy and UK)*, Cedecs, 1999, pp. 99-114.
- MITJANS, E. y CASTELLÀ, J.M. (coords.), *Canadá. Introducción al sistema político y jurídico*, Barcelona University, Barcelona, 2001, p. 214.
- RELAÑO PASTOR, E., «La libertad religiosa y el pluralismo religioso en la Constitución canadiense», en MITJANS, E. (ed.) y CASTELLÀ ANDREU, J.M. (coord.), *Derechos y libertades en Canadá*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 145-194.
- RUIZ ROBLEDO, A., «Los derechos lingüísticos», en MITJANS, E. (ed.) y CASTELLÀ ANDREU, J.M. (coord.), *Derechos y libertades en Canadá*, Atelier, Barcelona, pp. 209-226.
- RUSSEL, P., «The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms», en *La Revue du Barreau Canadien*, n. 31, 1983.
- WOEHLING, J., «La Cour Suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés», en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n.º 4, 1993.
- WOEHLING, J., «Superposición y complementariedad de los instrumentos provinciales de protección de los derechos del hombre en Canadá», in APARICIO, M.A. (ed.), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Atelier, Barcelona, 2005.

Diferencias, disidencias y la identidad de la comunidad: logrando el equilibrio entre la teoría de los derechos y la jurisprudencia

Ian Peach

Decano, Facultad de Leyes
Universidad de Nuevo Brunswick

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Teoría liberal y los derechos de las minorías. 3. Jurisprudencia de los derechos de las minorías en Canadá. 4. Los derechos individuales, la autodeterminación colectiva y el Estado multinacional. 5. Conclusión. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Cada uno lleva consigo múltiples identidades, como las de sexo, de etnicidad, de lugar de residencia y de profesión. Cada una de ellas es más o menos relevante para el individuo en circunstancias diferentes. Cuando se piensa en las múltiples formas en que los individuos se autodefinen, se hace evidente que el reto es respetar la diversidad que existe, no solamente entre las comunidades, sino también entre los individuos de esas comunidades. Lograr un balance efectivo con principios sólidos entre el derecho de las comunidades a proteger sus diferencias como comunidades y el derecho de los individuos a proteger sus diferencias individuales dentro de la comunidad, incluyendo el derecho a disentir de las reglas impuestas por la comunidad que están en conflicto con sus valores, es un reto para el cual no existe una solución perfecta dentro de una sociedad democrática multinacional y multicultural.

Dónde lograr el equilibrio es más que un mero interrogante teórico para los académicos. Es un asunto significativo con implicaciones prácticas dentro de la sociedad. Es parte del discurso político y legal en asuntos como la poligamia, la participación bajo coerción en las ceremonias culturales tradicionales de una comunidad, el acceso a la educación en su propio idioma, el financiamiento de las escuelas basadas en la fe y otros servicios, el acomodamiento de las vestimentas religiosas y las minorías culturales en la esfera pública, e incluso

el derecho a pertenecer a la comunidad misma. En el fondo, se trata de respetar los derechos individuales y, en particular, el derecho individual de autodeterminación, sin eliminar el derecho de las comunidades de las minorías a retener sus diferencias y el derecho de autodeterminación colectiva en el caso de las minorías nacionales, a través de un compromiso centrado en el individualismo liberal. Cómo y con qué cuidado, las instituciones políticas y legales de la sociedad aseguran este difícil equilibrio tendrá un significativo efecto en la legitimidad de esas instituciones ante las comunidades minoritarias y los miembros de la mayoría.

El compromiso con el individualismo liberal promueve una visión de que los derechos individuales deben prevalecer sobre los derechos colectivos cuando estos últimos potencialmente pueden, bajo la coerción abierta de la comunidad, afectar la seguridad personal, la igualdad o la libertad de tomar decisiones personales sobre cómo vivir su propia vida. Por otra parte, la protección al derecho a ser diferente y a expresar esa diferencia dentro de la comunidad, que tiene significado para los miembros individuales, puede contribuir de manera importante a la capacidad individual de autodeterminación como una persona igual dentro de la sociedad en general. Así, el respetar los derechos de las minorías puede aumentar la libertad de los individuos, pues, la libertad está íntimamente ligada con y depende de la cultura y del respeto por el contexto cultural dentro del cual uno se ve a sí mismo (Kymlicka, 1995, 75). Como tal, la justificación para la existencia de los derechos de grupo puede encontrarse en la necesidad de proteger el bienestar individual de los miembros del grupo minoritario. Si, sin embargo, los derechos colectivos se ejercitan de manera que no protegen ni promueven el bienestar de los miembros individuales, la misma justificación de los grupos se torna cuestionable (Isaac, 1991, 627).

Para los inmigrantes o las minorías étnicas-culturales, ese abordaje requiere una sensibilidad genuina y el respeto por las diferencias culturales cuando se trata de demandas de derechos individuales por parte del Estado. En realidad, el respeto por las diferencias culturales tiene el estatus de compromiso constitucional en Canadá, pues la sección 27 de la *Declaración canadiense de los derechos y las libertades* declara que «Esta Declaración debe de ser interpretada de manera consistente con la preservación y el realce de la herencia multicultural de los canadienses» (*Acta de la Constitución, 1982, sección 27*). Permanece, sin embargo, la interrogante sobre la aplicación de este compromiso de equilibrar el respeto por los derechos individuales y las diferencias culturales, cuando las normas de la comunidad y la disidencia entran en conflicto. Como Timothy Dickson nota, mientras que el dilema multicultural siempre eludirá una solución perfecta, la importancia de los intereses involucrados demanda que formulemos aproximaciones sofisticadas que fomenten, tanto como sea posible, la coexistencia de ambos, los derechos individuales y los de grupo (Dickson, 2003, 157).

2. TEORÍA LIBERAL Y LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS

Probablemente el teórico liberal canadiense más prominente sea Will Kymlicka. Tratando de establecer bases sólidas para encarar esta cuestión, identificó dos clases de lo que se pueden llamar «exenciones minoritarias» al individualismo liberal. La primera, que él llamó «protecciones externas», son los derechos del grupo que están diseñados para proteger al grupo de las presiones externas que el mayoritario puede imponer sobre sus particularidades (Kymlicka, 1995, 152). Debido a que la toma de decisiones en los Estados democráticos liberales está naturalmente dominada por el interés de la mayoría numérica, las protecciones externas reconocen que sería ficticio sugerir que esos Estados son etnoculturalmente neutrales y que no privilegian la concepción de la sociedad que refleja los elementos culturales y los intereses de la mayoría. Algunos derechos minoritarios, por lo tanto, eliminan en lugar de crear, desigualdades estructurales, pues algunos grupos están injustamente en posición desventajosa en el «mercado» cultural creado por el individualismo liberal. El reconocimiento político y el apoyo a las minorías rectifican esta desventaja (Kymlicka, 1995, 109).

El segundo, el ejercicio ilegítimo de los derechos colectivos, es a lo que Kymlicka llama «restricciones internas» (Kymlicka, 1995, 152). Esas son las demandas de los derechos colectivos contra los propios miembros de las minorías que están diseñados para reducir o eliminar el impacto de la desestabilización ocasionada la disidencia interna. Para Kymlicka, esta debe ser preocupación de los teóricos liberales debido al fuerte compromiso del liberalismo con la autonomía individual. Deben rechazar la idea de que los grupos puedan restringir los derechos políticos y civiles básicos de sus propios miembros en nombre de la preservación de la pureza y de la autenticidad de la cultura y de las tradiciones del grupo, pues sofocar la capacidad individual de elegir cuáles atributos culturales valorar y respetar es inherentemente iliberal (Kymlicka, 1995, 152). Un entendimiento particular de las tradiciones de la comunidad puede ser dominante en determinado momento pero eso no puede justificar la aserción de que las tradiciones son incuestionables o que el disentir es herético (Leclair, 2006, 525). Los individuos deben tener la libertad y la capacidad de cuestionar y posiblemente de revisar las prácticas tradicionales de la comunidad si ellos ya no las consideran dignas de lealtad (Kymlicka, 1995, 152).

La distinción de Kymlicka, sin embargo, ha sido objeto de algunas críticas que generalmente se centran en la dificultad de hacer una distinción entre ambas categorías. Los críticos argumentan que la estructura conceptual de Kymlicka no aporta mucho en cuanto a dar orientación o cuando el compromiso con la igualdad individual que sirve de base a la oposición a las restricciones externas pueda justificar la limitación de las reclamaciones sobre autodeterminación, caracterizadas como protecciones externas en el ámbito de conflictos específicos entre los derechos colectivos y los individuales (Spaulding, 1997, 72). La raíz del problema es de caracterización y de perspectivas

en competencia. Inevitablemente cuando un reto aparece, la comunidad minoritaria caracterizará sus acciones como protecciones externas, necesarias para evitar que sus diferencias culturales sean socavadas por las prácticas culturales de las mayorías.

Mientras tanto, el individuo que reclama sus derechos individuales puede argumentar, con igual fuerza, que las acciones de la comunidad son restricciones internas ilegítimas diseñadas para limitar su autonomía personal, su igualdad y su derecho a la autodeterminación en nombre de la preservación cultural. Entonces, ¿cómo los tribunales canadienses, que tienen generalmente el trabajo de definir el equilibrio, lo abordan cuando los intereses de los grupos minoritarios están en conflicto con los de la mayoría? Aún más complicado, ¿cómo los tribunales encuentran un equilibrio legítimo cuando uno de los derechos de la *Declaración* (como la libertad de religión) entra en conflicto con otro (como la igualdad)?

3. JURISPRUDENCIA DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS EN CANADÁ

En esos casos, los tribunales generalmente han procedido con cuidado. Hay muchos casos que sirven como ejemplo de la manera en que los tribunales han tratado estos asuntos. En casos de conflicto entre las demandas de miembros individuales de un grupo de minorías sobre el derecho a expresar sus diferencias culturales y las de intereses mayoritarios, el tribunal falla generalmente a favor de los derechos de la minoría. Uno de los primeros casos de la *Declaración* fue un caso de libertad de religión, en el cual unos dueños de tienda no cristianos se defendieron ellos mismos contra acusaciones de violación de un requerimiento legal de que todas las tiendas cierren los domingos, declarando que la ley violaba la protección de la libertad de religión de la *Declaración*. En este caso, *R. v. Big M Drug Mart*, el Tribunal Supremo de Canadá decidió que la ley violaba la libertad de religión pues su propósito era insistir abiertamente en la observación religiosa de los domingos (*Big M*, 1985, párrs. 78-81, 150). En el curso de esa decisión, J. Dickson también hizo notar que el poder de imponer universalmente la observación del día de descanso preferido por una religión era inconsistente con la preservación de la herencia multicultural de Canadá protegida por la sección 27 de la *Declaración* (*Big M*, 1985, párr. 99).

El Tribunal Supremo decidió después, en *Syndicat Northcrest v. Amselem*, que las leyes de los condominios que prevenían a los judíos ortodoxos de poner sus sukkahs en sus balcones violaba la garantía de la libertad de religión bajo la sección 3 *Declaración de derechos humanos y libertades* de Quebec (que es similar a la sección 2(d) de la *Declaración canadiense de derechos y libertades*) (*Amselem*, 2004, párr. 103). J. Iacobucci, para la mayoría, también concluyó que los efectos negativos alegados en interés de los otros ocupantes del condominio por tener sukkahs en algunos balcones durante los nueve días de la festividad de Sukkat eran, cuando más, mínimas y no podían validar el li-

mitar el ejercicio de la libertad de religión de los apelantes (*Amselem*, 2004, párr. 84). En este contexto, él comentaba que,

En un país multiétnico y multicultural como el nuestro, que acentúa y proclama su reputación moderna de respetar la diversidad cultural y los derechos humanos y de promover la tolerancia religiosa y a las minorías étnicas —y es de muchas formas ejemplo para otras sociedades—, el argumento del acusado que la intromisión nominal, mínima en el interés de la estética debe pesar más que el ejercicio de la libertad de religión de los apelantes es inaceptable. En efecto, la tolerancia mutua es una de las piedras angulares de todas las sociedades democráticas. (*Amselem*, 2004, párr. 87)

El Tribunal Supremo de Canadá también ha dictaminado, en *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, que prohibir el kispán (una daga ceremonial que todos los Sikhs deben llevar en su persona) de los Sikh en las escuelas públicas viola la libertad de religión de los estudiantes Sikh (*Multani*, 2006, párr. 41). Al discutir la cuestión de si la prohibición era justificable dentro de límites razonables «demostradamente justificada en una sociedad libre y democrática» (*Acta de la Constitución*, 1982, sección 1), el Tribunal también concluyó que habían maneras alternativas de preservar la seguridad de los estudiantes y del personal en las escuelas que hubieran perjudicado menos la libertad de religión de los estudiantes Sikh que la prohibición completa de usar los kirpans (*Multani*, 2006, párrs. 58, 77). J. Charron, para la mayoría, también comentó que,

La tolerancia religiosa es un valor importante de la sociedad canadiense. Si algún estudiante considera injusto que Gurbaj Singh pueda llevar su kirpan a la escuela mientras que a ellos no les está permitido tener cuchillos en su posesión, le incumbe a las escuelas ejecutar su obligación de instilar en sus estudiantes este valor que es... el fundamento verdadero de nuestra democracia. (*Multani*, 2006, párr. 76)

Por otra parte, los tribunales son mucho más circunspectos en la protección de la libertad de religión cuando personas vulnerables, como los niños, están involucrados. Así, en el caso de *B(R) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, que tenía que ver con la libertad de religión y los derechos paternos de tomar decisiones sobre los tratamientos médicos de sus hijos, el Tribunal Supremo reconoció que la intervención del Estado violaba la libertad de religión de los padres, pero que dicha intervención estaba justificada por la protección del niño (*B(R)* 1995).

Cuando diferentes derechos entran en conflicto, el equilibrio que los tribunales deben lograr es una tarea mucho más difícil. Por ejemplo, en *Trinity Wes-*

tern University v. British Columbia College of Teachers, la mayoría en el Tribunal Supremo sostuvo que ni la libertad de religión ni la igualdad son absolutas y que deben, en su lugar, ser equilibradas una con la otra (*Trinity Western University*, 2001, párrs. 29-31).¹ Para la mayoría, este equilibrio permitía a los miembros de un grupo religioso mantener las creencias que quisieran, pero no podían actuar basados en sus creencias de una forma que socavara la igualdad (*Trinity Western University*, 2001, párrs. 36-7). Aunque no habían evidencias de que, en este caso, el programa de educación de los maestros fomentara la discriminación en las escuelas de la Columbia Británica, de cualquier modo, el Tribunal Supremo de Canadá falló contra el Colegio de Maestros, concluyendo que la libertad de mantener sus creencias religiosas de los miembros del Colegio educados en la universidad debía ser respetada (*Trinity Western University*, 2001, párr. 36). El Tribunal Supremo también concluyó que, mientras que el matrimonio entre personas del mismo sexo no viola de por sí la libertad de religión, imponerle a los religiosos el oficiar esos matrimonios en contra de sus creencias religiosas sí lo es (*Reference re. Same-Sex Marriage*, 2004). Aún hay espacio para la libertad de religión, incluso ante el desafío basado en la igualdad.

4. LOS DERECHOS INDIVIDUALES, LA AUTODETERMINACIÓN COLECTIVA Y EL ESTADO MULTINACIONAL

Cuando las minorías nacionales están involucradas, el reto es aún más significativo que simplemente aplicar sensiblemente el paradigma de los derechos liberales de la *Declaración*, en una forma que respete la sección 27. Para las dos minorías generalmente reconocidas en Canadá, Quebec y los pueblos aborígenes, el conflicto entre los derechos colectivos, o la autodeterminación de la comunidad y los derechos individuales son más profundos pues la interpretación y, en efecto, la legitimidad de la aplicación de la *Declaración* a sus comunidades es una cuestión viva.

Dentro de Quebec, este debate está centrado alrededor de la política del idioma, particularmente las limitaciones en el uso del idioma inglés en la esfera pública y el acceso a la educación en el idioma inglés. En *Ford v. Quebec (Fiscal General)*, un caso importante sobre libertad de expresión por la prohibición en Quebec de usar inglés en las señales exteriores; el Tribunal Supremo decidió que la regla de usar francés solamente en las señales externas interfería con la libertad de expresión garantizada en s. 3 de la *Carta de los derechos humanos y las libertades* de Quebec y s. 2(b) de la *Declaración canadiense de derechos y libertades* y que no podía ser razonablemente justificada como una limitación a

¹ Este fue un caso en que el Colegio de Maestros de la Columbia Británica le negó a la universidad, que apelaba, la responsabilidad total de llevar a cabo su programa de educación para maestros por preocuparles que los maestros entrenados en la universidad pudieran discriminar a los homosexuales.

esa libertad (Ford, 1988, párr. 83). Se justificó el análisis para esa conclusión en la s. 1 de la *Declaración*, sin embargo, el Tribunal Supremo estableció que:

El propósito de esas provisiones, como las secciones 58 y 59 de la *Declaración del idioma francés* fue, según las palabras de su preámbulo, «ver que la calidad y la influencia del idioma francés estén aseguradas». La amenaza al idioma francés demostraba al gobierno que debía, en particular, tomar medidas para asegurar que la «fachada lingüística» de Quebec reflejara la predominancia del idioma francés.

Los materiales de la sección 1 [de la *Declaración* canadiense] y de la sección 9.1 [de la *Declaración* de Quebec] establecen que el propósito de las políticas lingüísticas bajo la *Declaración del idioma francés* eran serias y legítimas. Ellas muestran la preocupación sobre la sobrevivencia del idioma francés y la percepción de la necesidad de una respuesta legislativa adecuada al problema. Además, indican una conexión racional entre la protección del idioma francés y el asegurar que la realidad de la sociedad en Quebec sea comunicada a través de su «fachada lingüística». (Ford, 1988, párrs. 72-3)

Estos comentarios sugieren una sensibilidad por parte del Tribunal Supremo de Canadá ante las preocupaciones de las minorías nacionales sobre la protección de sus identidades colectivas.

Cuando se trataba de la cuestión de acceso a la educación en idioma inglés en Quebec, en *Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Fiscal General)*, el Tribunal Supremo de Canadá confirmó las leyes de Quebec, limitando el acceso a la educación en idioma inglés a aquellos cuyos padres fueron educados en inglés en Canadá, contra la demanda de los derechos de igualdad, basado en la sección 23 de la *Declaración*, que provee reglas constitucionales para el acceso a la educación en el lenguaje minoritario en Canadá y que no puede ser invalidado por una reclamación de igualdad (Gosselin, 2005, párr. 34). Aquí, mostrando sensibilidad hacia el contexto cultural de Quebec similar al mostrado en Ford, el Tribunal estableció que,

Rechazando el «libre acceso» como un principio gobernante en la sección 23, los marcos de la *Declaración* canadiense mostraban preocupación por las consecuencias de permitir a los miembros de una comunidad de lenguaje de mayoría enviar a sus hijos a escuelas de lenguajes de minoría. La preocupación en ese momento (que el que intervino, el Comisionado de los Idiomas Oficiales de Canadá, presentó como una preocupación que continúa hoy) fue que al menos fuera de Quebec las escuelas de idiomas de minorías se convertirían ellas mismas en centros de asimilación

si los miembros de las comunidades de idiomas de mayorías agobiaban a los estudiantes de la comunidad del idioma minoritario. Dentro de Quebec, al problema se añadía la dimensión de que era la intención de que las escuelas del idioma de la minoría no operaran para socavar el deseo de la mayoría de proteger y realzar el francés como la lengua de la mayoría en Quebec, sabiendo que este va a permanecer como lenguaje de minoría en el contexto más amplio de Canadá como un todo. [Subrayado en el original] (Gosselin, 2005, párr. 31)

Incluso en el caso que lo acompaña de *Solski (Tutor of) v. Quebec (Fiscal General)*, en el cual el Tribunal Supremo dictaminó que los reclamantes tenían el derecho a la educación en idioma inglés en Quebec, el Tribunal de todas formas mantuvo las reglas de la educación minoritaria de la *Declaración del idioma francés*, decidiendo que la ley estaba siendo interpretada de manera que era consistente con la sección 23 de la *Declaración* (Solski, 2005, párrs. 27-8, 46). El Tribunal Supremo comentó, durante su decisión, que,

La aplicación de s. 23 es contextual. Debe tener en cuenta las diferencias reales entre la situación de la comunidad con idioma minoritario en Quebec y las comunidades con idioma minoritario de los territorios y de las otras provincias. La libertad dada al gobierno provincial para trazar la legislación educacional debe ser lo suficientemente amplia para asegurar la protección del idioma francés mientras que satisfaga los propósitos de la s. 23. (Solski, 2005, párr. 34)

Esta decisión también sugiere que el Tribunal Supremo de Canadá tiene cuidado cuando decide en casos que involucran el equilibrio de los derechos individuales y la protección de los elementos fundamentales de la identidad de las minorías nacionales, especialmente en el caso donde la minoría nacional tiene un elemento de soberanía a través del sistema federal, y tiene un lugar reconocido en el sistema constitucional.

Los tribunales también han tratado con esos conflictos entre los derechos de los individuos y los de las minorías nacionales a la autonomía involucrando a las comunidades aborígenes, aunque con algunos resultados diferentes, posiblemente como consecuencia de su estatus diferente dentro de la federación. En *Thomas v. Norris*, por ejemplo, el Tribunal Supremo de la Columbia Británica concluyó que los derechos de los aborígenes de las Primeras Naciones de Coast Salish no se extendían hasta el derecho de detener a un individuo y forzarlo a participar en una «danza espiritual» (Thomas, 1992).

Han habido muchos casos que involucran los derechos de las Primeras Naciones de controlar quién vota o se postula a puestos en los consejos de bandas bajo las leyes electorales de la Primeras Naciones, para determinar quién

es un miembro o ciudadano, o de una Primera Nación bajo las reglas de membresía de las Primeras Naciones. Por ejemplo, *Francis v. Mohawk Council of Kanesatake* y *Clifton v. Hartley Bay (Oficial Electoral)* fueron ambos casos de derecho a votación presentados ante el Tribunal Federal de Canadá. En *Clifton*, el Tribunal Federal encontró rápidamente que había una distinción discriminatoria en el código electoral y que la exclusión completa de la votación de los que tienen estatus de indio y que viven fuera de la reservación, era una violación de la sección 15 de la *Declaración* y que no podía ser justificada (*Clifton*, 2005, párr. 58).

En *Scrimbitt v. Sakimay Indian Band Council*, Scrimbitt, un miembro de la Primera Nación Sakimay quien había reganado su estatus bajo la enmienda al *Acta de Indios* de 1985, fue quitado de la lista de la Banda debido a la aplicación del código de membresía de la misma, que estaba diseñado para privar a los miembros de la banda que habían recibido su estatus bajo la aplicación de las enmiendas de 1985. Ella retó esa aplicación como incompatible con la sección 15 de la *Declaración* y ganó. El Tribunal Federal, División de Juicios, decidió que ese rechazo del derecho a votar discriminaba contra ella y era una afrenta a su dignidad, resultando en una violación de sus derechos de igualdad.

Un desafío similar fue presentado en el caso de *Grismer v. Squamish First Nation*. En este caso, de un adulto que adoptó niños de miembros de la Primera Nación Squamish a quienes les fue negada la membresía basándose en las reglas de membresía de las Primeras Naciones. Decidiendo ese caso, el Tribunal Federal, División de Juicios, decidió que, mientras que la Primera Nación Squamish tenía el derecho de desarrollar su propio código de membresía, sus provisiones establecían una diferencia entre los hijos adoptados y los biológicos y entre los adoptados mismos (*Grismer*, 2006, párr. 57). Por lo tanto, el Tribunal encontró que el código de membresía contradecía la sección 15 de la *Declaración*. El Tribunal, no obstante, encontró que el código se justificaba bajo la sección 1 de la *Declaración*, concluyendo que,

Considerable deferencia debe concederse a los Squamish tomando esta decisión de principio, particularmente porque conciernen cuestiones de ciudadanía, costumbre y linaje de Banda... (*Grismer*, 2006, párr. 73)

El Tribunal, sin embargo, notó que «en otro caso, basado en evidencia documental diferente, otro juez podría haber llegado a una conclusión diferente» en el asunto de si una violación es justificable (*Grismer*, 2006, párr. 83).²

² Es importante hacer notar el caso de *Sawridge Band v. Canada*, un caso de derechos de aborígenes en el cual el requerimiento del *Acta de Indios* en que el código de membresía le da la membresía a individuos que obtuvieron su estatus por las enmiendas al *Acta de Indios* de 1985, fue retada como una violación de los derechos de los grupos aborígenes

Mientras que los Tribunales han tenido algún cuidado con los análisis de los derechos en estos casos, se puede ver en ellos reflejadas las preocupaciones de Kymlicka sobre las restricciones internas, pues el Tribunal parecía haber concedido a la seguridad personal y a la igualdad más valor que al derecho de los aborígenes a la libertad de religión cuando dichos derechos entraban en conflicto, aunque el último es digno de protección frente a los intereses generales mayoritarios. Aún en su decisión reciente en *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, el Tribunal Supremo de Canadá sostuvo la provisión del *Acta de los Asentamientos Mestizos* que excluye automáticamente a los individuos que buscaron registrarse como «indios» por ser miembros de un asentamiento mestizo en Alberta frente a una reclamación basada en los derechos de igualdad (*Cunningham*, 2011, párr. 96). El Tribunal Supremo decidió que el *Acta de los Asentamientos Mestizos* fue diseñada para aliviar la desventaja de los mismos, un grupo en desventaja, y, como tal, protegido por los retos a la igualdad de derechos por la subsección 15(2) de la *Declaración* (*Cunningham*, 2011, párrs. 83-88). Esto sugiere que la igualdad no siempre va a hacer triunfar el derecho de las personas aborígenes en algunas formas de autodeterminación, especialmente si la comunidad aborígen puede reclamar la protección de la subsección 15(2).

Como se observó antes, el equilibrar el respeto por los derechos colectivos de las minorías nacionales a la autodeterminación y a las libertades individuales y a la igualdad ha conducido a debates sobre la misma legitimidad de la aplicación de la *Declaración canadiense de los derechos y las libertades* a las minorías nacionales, debate que, periódicamente, ha tenido un lugar prominente en la agenda política canadiense. Mientras que los canadienses, incluso los que son miembros de las minorías nacionales, demuestran una fuerte adhesión a la *Declaración*, la interrogante de todas formas es la misma, si la aplicación completa de la *Declaración canadiense de los derechos y las libertades* es realmente la mejor forma de abordar el equilibrio de los derechos colectivos de las minorías nacionales, particularmente de los pueblos aborígenes, con los derechos individuales. El lenguaje de la *Declaración* no es la única forma de articular el compromiso con la protección constitucional de los derechos individuales. Como observa Webber, incluso dado el compromiso compartido con los derechos individuales, la expresión específica de esos derechos en un orden legal concreto está siempre marcada por aspectos culturales que tienen muy poco o no tienen nada que ver con el respeto por el individuo (Webber, 1994, 237). Esto se mantendrá seguramente como material de debate en Canadá así como en otros Estados multinacionales.

que deseaba excluir a esos individuos. Los Tribunales, sin embargo, nunca habían tenido la oportunidad de tomar una decisión sustancial definitiva, a pesar de más de 20 años de litigio, porque el caso colapsó en base a los procedimientos y los reclamantes solicitaron la descarga de su caso. Ver *Sawridge Band* 1997; *Sawridge First Nation* 2008; *Sawridge First Nation* 2009.

5. CONCLUSIÓN

La lección para la política democrática es, que el debate político y el legal sobre el equilibrio entre el derecho a preservar la identidad cultural de una comunidad minoritaria frente al derecho de los individuos de ejercer su autodeterminación individual, incluso hasta el punto de disentir de las normas de la comunidad, es compleja, difícil y multifacética. Para los inmigrantes o las comunidades étnicas-culturales minoritarias, presenta los difíciles asuntos sobre el equilibrio adecuado entre el respeto por la diferencia cultural y el respeto por la autonomía individual dentro de una sociedad liberal. Para las minorías nacionales, sin embargo, incluso mayores interrogantes surgen, algunas que llegan hasta el corazón de nuestro orden constitucional. La aplicación de un régimen de derechos individuales que surja del contexto cultural de la mayoría y que sea interpretada y aplicada por las instituciones de la sociedad mayoritaria a las minorías nacionales necesariamente provoca interrogantes sobre el compromiso del Estado de respetar el papel de esas minorías nacionales dentro de lo que significa un orden constitucional compartido.

Aunque ciertamente, no de forma perfecta, hemos mantenido relativamente bien en Canadá el equilibrio entre lo individual y lo colectivo de manera que se preserve la legitimidad política y legal de las instituciones a los ojos de ambas, la mayoría cultural y las comunidades minoritarias. Aún tenemos mucho por aprender, incluyendo de la filosofía política, de las leyes y de la historia, para crear una sociedad justa que incluya completamente Quebec y los pueblos aborígenes. Nuestro compromiso con el liberalismo no nos impide pensar mucho sobre el pluralismo cultural, político y legal para que podamos usar efectivamente lo que hemos aprendido hasta la fecha con respecto a las minorías y, particularmente, las minorías nacionales; para continuar edificando genuinamente un Estado multicultural y multinacional basado en la preocupación mutua, el respeto y la reconciliación.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37.
B(R) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 S.C.R. 315.
Clifton v. Hartley Bay (Electoral Officer), 2005 FC 1030, [2006] 2 F.C.R. 24, [2005] 4 C.N.L.R. 161 (F.C.T.D.).
Acta de la Constitución, 1982.
DICKSON, T., «Section 25 and Intercultural Judgment», *University of Toronto Faculty of Law Review*, n.º 61: 2003, pp. 141-174.
Ford v. Quebec (Fiscal General), [1988] 2 S.C.R. 712.
Francis v. Mohawk Council of Kanesatake, 2003 FCT 115, [2003] 4 F.C. 1133 (F.C.T.D.).
Gosselin (Tutor de) v. Quebec (Fiscal General), 2005 SCC 15, [2005] 1 S.C.R. 238.
Grismer v. Squamish First Nation, 2006 FC 1088, [2007] 1 C.N.L.R. 146 (F.C.T.D.).

- ISAAC, T., «Individual versus Collective Rights: Aboriginal People and the Significance of Thomas v. Norris», en *Manitoba Law Journal*, n.° 21, 1991, pp. 618-630.
- KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 280.
- LECLAIR, J., «Federal Constitutionalism and Aboriginal Difference», en *Queen's Law Journal*, n.° 31, 2006, pp. 521-535.
- Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256.
- R. v. Big M Drug Mart*, [1985] 1 S.C.R. 295.
- Reference re. Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698.
- Sawridge Band v. Canada*, [1997] 3 F.C. 580.
- Sawridge First Nation v. Canada*, 2008 FC 322.
- Sawridge First Nation v. Canada*, 2009 FCA 123.
- Scrimbitt v. Sakimay Indian Band Council*, [2000] 1 F.C. 513, [2000] 1 C.N.L.R. 205 (F.C.T.D.).
- Solski (Tutor de) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 14, [2005] 1 S.C.R. 201.
- SPAULDING, R., «Peoples as National Minorities: A Review of Will Kymlicka's Arguments for Aboriginal Rights from a Self-Determination Perspective», en *University of Toronto Law Journal*, n.° 47, 1997, pp. 35-113.
- Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551.
- Thomas v. Norris*, [1992] 2 C.N.L.R. 139 (B.C.S.C.).
- Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772.
- WEBBER, J., *Reimagining Canada: Language, Culture, Community, and the Canadian Constitution*, McGill-Queen's University Press, Montreal and Kingston, 1994, p. 373.

VI

Autonomía territorial en España: otras cuestiones

Comunicaciones



La cualitativa evolución del sistema autonómico español. El cambio experimentado por los Estatutos de Autonomía

Esteban Arlucea Ruiz
Titular de Derecho Constitucional
Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

SUMARIO: 1. La escasa importancia de los dictados constitucionales.
2. La mutación de la naturaleza jurídica del Estatuto.

A estas alturas de la andadura autonómica puede parecer un tanto fuera de contexto plantear reflexiones en torno al sentido que desde la Constitución (su creadora) adquieren esas nuevas administraciones públicas territoriales citadas ya desde el mismo art. 2 y delimitadas a través del título VIII, las Comunidades autónomas. Sin embargo, no creemos que esté de más cuando esta distribución territorial del poder político ha constituido una de sus principales y originales aportaciones que, a partir de este nuevo siglo, toma un cariz muy diverso al inicial de los ochenta y de sus modificaciones en la década posterior, ya que —pues como destaca el prof. Cruz Villalón— en la actualidad parece asumir otra variante de sí mismo¹. La extensión de algunos estatutos de autonomía (250 artículos el andaluz, 223 el catalán, 139 el balear, 115 el aragonés, 93 el valenciano, 91 el de Castilla y León al igual que el de Extremadura) y la polémica que ha generado su novedoso contenido son muestra de que algo importante está cambiando respecto a ellos.

Así, de los iniciales debates sobre el contenido de su autonomía (política, administrativa), sobre si el derecho a la autonomía debía generalizarse o no (resueltos ambos aspectos por los pactos autonómicos del 81), es decir, en torno a su construcción orgánico-institucional que consecuentemente ha llevado al Tribunal Constitucional a calificar a estas normas estatutarias como «*paradigma de los instrumentos jurídicos de autoorganización*» (STC 56/90, del 29 de marzo) y de «*competencias*» (STC 247/2007), hasta los debates que se han

¹ CRUZ VILLALÓN, P., «La reforma del Estado de las autonomías», en REAF n.º 2, 2006, p. 79.

abierto tras las últimas reformas operadas, transcurre una distancia cualitativa que, no parece atrevido afirmar, nunca estuviera en la mente de los constructores del modelo, pues se trata en todos los casos habidos hasta el momento, de una reforma total que sustituye un estatuto por otro², e, incluso, algo más en el fallido intento de estatuto político de Euskadi (25 de octubre de 2003 y aprobado por el Parlamento vasco en diciembre de 2004) que parece querer resucitar el PNV como nuevo marco político entre Euskadi y España para el 2015³.

Comunidades autónomas que si bien constitucionalmente fueran concebidas en clave dispositiva («derecho a la autonomía», «comunidades autónomas que se constituyan», son algunas de las expresiones empleadas y que han servido a doctrina y jurisprudencia de apoyo en la racionalización de este principio), prontamente tal criterio fue desdibujado políticamente mediante los conocidos como primeros pactos autonómicos en 1981⁴ y por cierta doctrina que extrajo del art. 137 «una opción constitucional para sustentar al Estado/Ordenamiento sobre una nervadura autonómica»⁵, de forma que estas nuevas administraciones han resultado la clave de bóveda de la distribución interna del poder político. Principio dispositivo fuertemente contestado, si no arrumbado, por los dos pactos autonómicos habidos⁶, pero que en Sentencias del TC como las 247/07, 249/07 y 31/2010 se retoma como elemento clave en el análisis constitucional de los posibles contenidos estatutarios.

Esta generalización autonómica muestra la alteración de perspectiva desde la que visualizamos el significado de estas nuevas administraciones. Este tránsito del principio dispositivo originario al imperativo *de facto* desde hace más de treinta años es reflejo de lo subrayado. Y curiosamente, bien antes como en

² Todos, salvo la LO 1/2007 modificatoria del estatuto balear, contienen una disposición derogatoria única que abroga el estatuto precedente. La LO 1/2007 procede, aunque con efectos análogos, a una modificación cuasi total de la previa LO 2/83, según se desprende de su artículo único.

³ Véase *El País* del 1 de noviembre de 2011.

⁴ El mapa autonómico diseñado por los citados acuerdos establece que el Estado se **organizará** territorialmente en las CCAA que pasa a citar, debiendo entrar en vigor todos los EEAA antes del 1 de febrero de 1983. Sin embargo, estos acuerdos no hacían sino seguir la senda de la LO 12/80, del 16 de diciembre, que dejaba sin efecto la ratificación provincial del 151.1 en aras de una ratificación en «el conjunto del ámbito territorial que pretenda acceder al autogobierno».

⁵ IBARRA ROBLES, J.L., «La autonomía en su dimensión de principio general de la organización del Estado/Ordenamiento. Artículo 137, *in fine*, de la Constitución», en *RVAP* n.º 2, 1982, p. 128.

Se trata de una muestra de lo que al poco de promulgarse la Constitución ponía de relieve el prof. Lojendio e Irure: «Entre lo que inicialmente una Constitución es y en su contexto histórico significa y el proceso posterior de desarrollo de su contenido normativo es frecuente que se acusen contrastes que ponen en tela de juicio (...) la idoneidad de los mecanismos de rigidez con que pretendieron asegurarle larga vida» («Normativa constitucional y política autonómica», en *RVAP* n.º 4, 1982, p. 23).

⁶ Sin olvidar el Informe del Consejo de Estado de 2006 sobre la reforma constitucional, publicado en coedición Consejo de Estado/CEPC, Madrid, 2006, singularmente su p. 127.

la actualidad, la constante ha sido la insuficiente reflexión de lo que, en definitiva, se sospechaba que se iba a instaurar: un modelo territorial que en su devenir cotidiano se dejó a la improvisación e intereses particulares de actores políticos con mayoría parlamentaria fruto de pactos, a menudo, de muy difícil entendimiento. Ciertamente, consecuencia, como recuerda Lasagabaster, de la difusa idea en torno a la dirección que se quería imprimir al regular el título VIII de la Constitución⁷.

Este proceder acarreó dos consecuencias bien sabidas y poco recomendables que, parece, vuelven a repetirse en la etapa abierta hace unos pocos años. A ellas vamos a hacer una alusión genérica, para seguidamente centrarnos en una manifestación particularmente significativa de la segunda.

1. LA ESCASA IMPORTANCIA DE LOS DICTADOS CONSTITUCIONALES

Tanto en el momento que arranca con posterioridad a los primeros pactos autonómicos como en estos primeros años del siglo XXI, se está actuando sobre la conformación del Estado sin una guía jurídico-política traductora de unas reflexiones consensuadas. Ahora bien, esta declaración requiere inmediatamente de una aclaración pues los pactos autonómicos primeros fueron la plasmación de un plural comité de intachables expertos juristas. Sin embargo, donde sus resultados se vieron enturbiados fue en la subsiguiente fase de implementación de las medidas diseñadas en el Informe de dicho comité⁸ y en el pacto (político) en el cual se tradujera.

Pues bien, tanto a partir de 1981 como hoy en día, la cuestión autonómica se ha convertido en una suerte de proceso jurídicamente «constituyente». Me explico. En ambos momentos se ha partido de una concepción mínima de lo que representa un texto constitucional, sólo sujetándose a la idea perfilada de la institución a regular, dejando de lado, ante todo, los límites que la rodean. No es que estemos echando por tierra el planteamiento de la Constitución como orden abierto⁹, sino precisamente intentamos potenciar esa su cualificación teniéndola como base. Como acertadamente expresa el prof. Díaz Revorio, partiendo de la misma y sujetos a ella, intervenir con los criterios hermenéuticos constitucionales¹⁰. En sendos momentos de nuestra historia se ha tomado una idea abstracta de Estado autonómico derivado de las indecisiones del mismo texto constitucional, a desarrollar según las posibilidades jurídicas (no necesariamente

⁷ LASAGABASTER HERRARTE, I., «La reforma de los estatutos de autonomía: una reflexión sobre su teoría y práctica», en *Revista Catalana de Dret Public*, n.º 31, 2005, p. 21.

⁸ Nos olvidamos del Informe también elaborado sobre financiación.

⁹ APARICIO, M.A., «La adecuación de la estructura del Estado a la Constitución (reforma constitucional vs. reforma estatutaria)», en *RCDP*, n.º 31, 2005, p. 2.

¹⁰ DÍAZ REVORIO, F.J., *La Constitución como orden abierto*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 209-210.

jurídico-constitucionales) y políticas permitían. El consenso que hubiera en 1981 en clave política parece haber sido sustituido en la actualidad (ante el disenso) por la legitimidad constitucional que otorgan los fallos del TC, pasando éste, si se me permite, de legislador negativo a poder constituyente derivado.

En ambos momentos, la falta de fiel atención a las previsiones constitucionales y el oportunismo político están ocasionando una segunda «constitución» en paralelo a la sancionada en 1978 por el pueblo español. Creemos que tanto la ignorancia del principio dispositivo que se plasma en esos primeros acuerdos autonómicos, como la interpretación actual de nuestro TC del significado del art. 139 llevado a cabo en las SSTC 247 y 249 del 2007 y la 31/10, del 28 de junio, son ejemplos diversos de un mismo criterio, el de que toda expresión escrita es interpretable al albur de los criterios políticamente imperantes.

2. LA MUTACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ESTATUTO

El doce de diciembre de 2007 fue dictada la Sentencia n.º 247 por la que el Tribunal Constitucional resolvía el recurso de inconstitucionalidad n.º 7288-2006 interpuesto por el Gobierno de Aragón contra la reforma del estatuto de autonomía de Valencia aprobada mediante Ley Orgánica 1/2006, del 10 de abril¹¹. Al día siguiente se dicta igualmente la STC 249/07, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad 7289-2006 interpuesto por el Gobierno de Castilla-La Mancha contra la citada Ley Orgánica. Los fallos, como destaca la STC 249 en su fdo. jco. 2.º, son sustancialmente coincidentes al presentar similitud de planteamientos en cuanto al objeto¹². Son los primeros fallos que el alto tribunal dicta sobre las nuevas reformas estatutarias. Ya en 2010 aparecerá la esperada Sentencia 31/2010 sobre el estatuto de Cataluña.

Esta tercera oleada autonómica, tras la inicial condicionada por los primeros pactos autonómicos del 81 y la segunda a continuación de los acuerdos de 1992, cualitativamente ha representado y representa la más significativa de los tres grandes momentos autonómicos habidos hasta la fecha: el de su arranque, que abarca desde los primeros estatutos del 79 (vasco y catalán) hasta 1983, fecha en la que concluye la autonomización del territorio español salvo Ceuta y Melilla, postergadas estas ciudades hasta 1995¹³; el de la primera fase de reformas en desarrollo de las previsiones del 148.2 CE, que comienza en

¹¹ BOE n.º 13, del 15 de enero de 2008.

¹² El recurso 7288/06 se plantea frente a la totalidad del art. 17.1; el 7289/06 frente al 2.º inciso del primer párrafo del 17.1.

¹³ Aunque téngase en cuenta que pese a contar con estatutos de autonomía, no se trata de comunidades autónomas como el resto tal y como ha destacado el TC en sus autos 201 y 202 del 25 de julio de 2000. Sin embargo, en los acuerdos políticos UCD-PSOE de 1981 se apuntaba respecto a estas dos ciudades las únicas posibilidades de continuar como entes locales o convertirse en Comunidad autónoma.

1992 de manos de los segundos pactos autonómicos positivizados en la Ley Orgánica 9/92 y que concluirá hacia finales de los noventa; y el tercero, ya iniciado el presente siglo XXI, a partir del fallido plan Ibarretxe¹⁴ y que de momento engloban las reformas estatutarias de Valencia, Cataluña, Baleares, Andalucía, Aragón, Castilla-León, Navarra y Extremadura.

No obstante, la entidad cualitativa y cuantitativa de la reforma catalana (LO 6/06, del 19 de julio) puede decirse que ha eclipsado la previa (Valencia)¹⁵ y las sucesivas (Baleares —LO 1/07, del 28 de febrero—, Andalucía —LO 2/07, del 19 de marzo—, Aragón —LO 5/07, del 20 de abril—, Castilla-León —LO 14/07, del 30 de noviembre—, Navarra —LO 7/2010, del 27 de octubre, y Extremadura— LO 1/2011, del 28 de enero), las cuales han repetido, al socaire de la brecha abierta por aquella, ciertas cuestiones cuando menos polémicas, si no abiertamente inconstitucionales¹⁶. El fallo de los recursos interpuestos contra algunas de estas leyes orgánicas de modificación debe entrar en estos espinosos temas, a pesar de haber otros de, como mínimo, igual entidad que al no haber sido objeto de impugnación por inconstitucionalidad, quedarán marginados del pronunciamiento del tribunal (v.gr. la novedosa DA 2.ª de la reforma del estatuto valenciano, más conocida como cláusula Camps). Igualmente también abordar con claridad aspectos constitucionalmente pacíficos hasta la fecha, pero que, a partir de 2006, se han visto necesitados de aclaración por parte del «único competente para la definición auténtica e indiscutible de las categorías y principios constitucionales» como se define a sí mismo nuestro TC en su Sentencia 31/2010 (fdto. jco. 7). La STC 247/2007, del 12 de diciembre, la primera dictada sobre estas reformas, retoma varias de estas polémicas, mostrando, a su vez, la pluralidad de concepciones que puede cobijarse bajo los aparentemente claros enunciados constitucionales. Sus varios votos particulares (cinco) son clara muestra de lo apuntado¹⁷.

Contienen temas ciertamente controvertidos por lo que afectan a la misma estructura del Estado de las autonomías, es decir, del equilibrio Estado/Comunidad autónoma. Cuestiones que no habían sido objeto de atención por los legisladores estatuyentes de los ochenta ni por los procesos posteriores de reforma, muchos más atentos a la perspectiva competencial que a cuestiones que bien podríamos calificar de dogmáticas, quizá porque todavía se encontraba presente la concepción del estatuto autonómico en el sentido del art. 147 CE en cuanto norma primordialmente institucional básica de la comunidad autónoma.

¹⁴ El 1 de febrero de 2005 el Congreso de los diputados rechaza su toma en consideración.

¹⁵ Pese a la novedosa disposición adicional segunda conocida como cláusula Camps.

¹⁶ Exclusión hecha de la reforma Navarra se sólo ha operado modificaciones institucionales.

¹⁷ Han sido formulados por los magistrados Conde Martín de Hijas, Delgado Barrio, García-Calvo y Montiel, Rodríguez-Zapata Pérez y Rodríguez Arribas.

Sin embargo, y sin agotarse las posibilidades competenciales de los mismos, bien porque todavía existían competencias de titularidad estatal objeto de posible transferencia, bien porque algunas transferidas estaban a la espera de los reales decretos de traspaso de servicios, asistimos a un giro de «aspecto constitucional» (tras la experiencia fallida del proyecto Ibarretxe, en algunas cuestiones diametralmente opuesto al texto del 78) que con mucho excede lo que desde el art. 2 y título VIII CE parece concebirse con respecto a la descentralización política del Estado.

Mucho que ver con ello lo tiene la fomentada desde algunos sectores, no ya sólo nacionalistas, sino también regionalistas, falta de claridad en torno a las ideas de soberanía y autonomía y la transformación que *de facto* intentan imprimir a este segundo concepto en aras de hacerlo coincidente con el primero. El llamado «Plan Ibarretxe» representó en su día una descarada novación conceptual (cosoberanía) fracasada¹⁸ en unas Cortes Generales que, como se ha ido revelando, adolecen de un sólido bagaje jurídico-político para saber discernir lo que el Estado autonómico puede dar de sí cuando los ataques al mismo no se hacen de frente, sino por la puerta de atrás.

El Estado constitucional autonómico es la articulación de una única nación en un único Estado que internamente puede estar dividido (principio dispositivo, como resalta Portero Molina¹⁹, aunque corregido —derogado— en los primeros pactos autonómicos) en nuevas administraciones territoriales dotadas de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. De este modo, en cuanto parte indisolublemente (art. 2 CE) integrante de una sola nación, sus normas institucionales deben recoger aquellos aspectos sólo constitutivos de su realidad jurídica so pena de incurrir en inconstitucionalidad por defecto o por exceso, pues y sirviéndonos de las palabras de Aguiar de Luque, no se trata más que de normas creadoras y conformadoras de los elementos esenciales de una estructura organizativa específica dotada de amplios niveles de autogobierno²⁰ que no son expresión de un poder soberano (STC 4/81, del 2 de febrero, fdo. jco. 3). Todo lo demás sería desbordar la labor que constitucionalmente les está reservada bien en cuanto ley orgánica (formalmente), bien en cuanto ley orgánica *sui generis* (materialmente), que aúna, como bien se sabe, dos voluntades diversas (STC 99/86, del 11 de julio).

Hasta el momento presente, todas las pretensiones autonómicas que hemos vivido se han visto precedidas por unos períodos de reflexión, aunque escasos

¹⁸ Como certeramente lo señala CORCUERA ATIENZA, J., «Derechos históricos, democracia y ley de la claridad (más sobre el “Plan Ibarretxe”)», en VV.AA., *El Estado autonómico: integración, solidaridad y diversidad*, vol. II, coed. Colex/INAP, Madrid, 2005, p. 65, «la única justificación teórica de alguna entidad utilizada para justificar una reforma estatutaria manifiestamente contraria a la Constitución parte de la subordinación de ésta a una Constitución sustancial cuya realización permite ignorar o devaluar a la Constitución formal».

¹⁹ PORTERO MOLINA, J.A., «El Estado de las autonomías en tiempo de reformas», en VV.AA., *El Estado autonómico: integración, solidaridad y diversidad*, citado, p. 40.

²⁰ Reflexiones del autor citado en *Teoría y realidad constitucional*, n.º 20, 2007, p. 33.

y deficientes respecto a la entidad de lo debatido. Los debates constituyentes alumbraron un título VIII que lo menos que se puede decir de él es que es complicado²¹. El informe de la comisión de expertos sobre autonomías territoriales fue la base de los primeros pactos autonómicos allá por 1981, pactos que, al poco de aprobada la Constitución, procedían a reelaborar algunos de los aspectos basales de la misma²² (v.gr. el referido principio dispositivo). Años después, los segundos pactos autonómicos de 1992 versaron sobre ampliaciones y reordenaciones competenciales. Sin embargo, esta fórmula del consenso político ha sido dejada de lado en el momento presente, viéndose sustituida por negociaciones bilaterales a cambio de espurios apoyos. En este caso no es que se haya marginado la máxima roussoniana expresada en su Contrato Social («...cuanto más graves e importantes sean las deliberaciones, más deben acercarse a la unanimidad...»), sino que simplemente se ha ignorado este proceder. De esta manera, no es de extrañar que algunos de los nuevos estatutos de estos inicios del siglo XXI acusen la ausencia de un modelo previamente acordado, de modo que, ante alguno de ellos, pueda materialmente sostenerse su gran parecido con textos constitucionales²³ (sobre todo, los nuevos estatutos catalán y andaluz), decidiendo trasladar el debate previo a un momento posterior ante ese «legislador negativo» que debiera ser el Tribunal constitucional.

Y se ha llegado a este resultado a causa de una ausencia de límites desde el poder central que fácticamente ha permitido y estimulado la confusión entre Constitución y Estatuto de Autonomía, contradiciéndose la definición constitutiva del 147 CE de que éstos hayan de ser la norma institucional básica de cualquier comunidad autónoma. Y éste es precisamente uno de los problemas que tras treinta años de Constitución todavía arrastramos. La cuestión no es, en absoluto, baladí, habida cuenta del tipo de Estado que dicha norma permite. La opción sin ambages por una fórmula territorial descentralizada se debe asentar sobre el exquisito equilibrio entre lo que Rousseau llamaba justicia y utilidad²⁴ y al parecer no se hizo tan mal cuando la misma ha servido en tiempos presentes de modelo para afianzar la descentralización en otros países de nuestro entorno²⁵.

²¹ «Inacabado y ambiguo, abierto a desarrollos inciertos y conflictivos». Estos calificativos resume a la perfección una visión muy extendida sobre su contenido (BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Manual de derecho constitucional*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 302).

²² Reelaboración que, como nos recuerda Aragón, pronto fue tildada de convención constitucional por Vandelli (ARAGÓN REYES, M., «La organización institucional de las comunidades autónomas», en *REDC* n.º 79, 2007, p. 16).

²³ RUGGIU, I., «Il nuovo Statuto Catalano», en *Le Regioni*, n.º 2, 2007, p. 291.

²⁴ ROUSSEAU, J.J., *Contrato social*, Ed. Espasa Calp., Madrid, 1990, p. 37.

²⁵ Me refiero al caso italiano, singularmente con su ley constitucional 3/2001, del 18 de octubre, como muy bien pone de relieve Prada Fernández de Sanmamed en «Continuación de las reformas institucionales italianas (enero de 2000-mayo de 2002)» (*IREP* n.º 126, 2004, pp. 338 y ss), aunque también puedan encontrarse importantes diferencias como es la cláusula residual a favor de sus Regiones (art. 117.4 CI) o su denominación inicial por el Gobierno D'Alena impulsor de «Ordenamiento **federal** de la República», que finalmente fue modificado por el de «Modificación del título V de la parte II de la Constitución».

No obstante la complejidad de la tarea, la presente Constitución alumbró rápidamente unas comunidades autónomas (a diferencia de otros países como Portugal o Italia) institucionalizadas mediante unas normas *ad hoc* que han completado el diseño de ésta, por algunos calificada, desconstitucionalización de la forma de Estado²⁶. Y aunque la experiencia presenta un balance que entendemos positivo, no debemos dejar de lado que en nuestro país el avance en la autonomía está desembocando en un fenómeno donde el filorregionalismo se está convirtiendo en nacionalismo²⁷ y donde sus normas fundacionales tratan de adquirir, consecuentemente, una *parvenza* constitucional en la que se equipare su estructura y contenidos con los propios de las constituciones²⁸. Este es un debate trascendental y constitutivo de la forma de Estado que más que reavivarse parece surgir en este nuevo siglo XXI a la luz de las nuevas reformas estatutarias aprobadas.

El hecho desencadenante de esta superación constitucional lo ha representado principalmente la inclusión en estas reformas no ya de mayores o menores listados de competencias, sino su extensión al plano dogmático a través de catálogos de derechos e instituciones más o menos disfrazadas de propias, que vienen a ser un reflejo de instrumentos exclusivamente estatales.

Nada sorprende que la *da doctrine* se encuentra dividida en torno a estas cuestiones. Al hilo de los plurales discursos ha cobrado vida la reflexión sobre aspectos que permanecían silenciados, cerrados en falso. Polémicas que desde hacía mucho parecían haber dejado paso a cuestiones diferentes, irrumpen ligadas a esta viva controversia y a ellas se ha de hacer referencia para encuadrar correctamente el debate. Qué sea una comunidad autónoma, un estatuto, cuál es el contenido constitucional del mismo, qué naturaleza presenta dicho contenido, qué significa el art. 139.1 CE, cuestiones algunas de ellas que habían dejado de tener actualidad, se erigen en elementos cuyo esclarecimiento cobra una singular importancia para dar una respuesta argumentada a esta nueva polémica.

El inicial debate de los ochenta en torno a qué deba entenderse por autonomía frente al clásico concepto de soberanía concluyó con un conjunto de sentencias que resaltaba las diferencias conceptuales y la supeditación de aquélla a ésta. Autonomía referenciará a un poder limitado dentro del ya ma-

²⁶ «No contiene todos los extremos que serían deseables para determinar desde su propio interior un modelo territorial de Estado», señala el prof. APARICIO PÉREZ, M.A. en «La adecuación de la estructura...», *op. cit.*, p. 6.

²⁷ ROJO SALGADO, A., lo expone con claridad: «...aquellas comunidades que se auto-proclamaban regiones y sólo regiones y que aceptaban plenamente el modelo autonómico, ahora y, como consecuencia de un fenómeno de clara emulación nacionalista, dicen ser nacionalistas... exigiendo al mismo tiempo su plena y milimétrica equiparación, tanto institucional como competencial, a las llamadas comunidades históricas» («La experiencia del Estado regional en Europa: un referente para el caso español», en *REP* n.º 127, 2005, p. 237).

²⁸ ANGUITA SUSI, A., «Naturaleza y alcance de las declaraciones estatutarias de derechos en España e Italia», en *REDC*, n.º 80, 2007, p. 199.

tizado de soberanía y es labor de la Constitución señalar los márgenes dentro de los que puedan legítimamente moverse estas nuevas administraciones territoriales pensadas en clave política. En esta dinámica la norma constitucional se convierte en la necesaria establecedora de cuanto se pueda llevar a término en nuestro Estado descentralizado.

A comienzos de febrero de 2005 el Congreso adopta el acuerdo de no tomar en consideración la propuesta de reforma del estatuto vasco de 1979 principalmente porque su ubicación extramuros de la Constitución se debía a la misma asunción de poderes soberanos, reservados únicamente al Estado español. Una particular e interesada relectura de la disposición adicional 1.ª de la CE permitía —a juicio de los proponentes— la instauración de un «autogobierno mediante un régimen singular de relación política con el Estado español, basado en la libre asociación» (arts. 1 y 12), previsión instalada más en la órbita de funciones estatales que meramente, con ser importantes, autonómicas, y que mucho recuerda al segundo párrafo de la enmienda n.º 689 al anteproyecto constitucional pretendiendo la devolución a las tres provincias vascas y Navarra unas instituciones y poderes políticos originarios inciertos y faltos de concreción que «dejaba prácticamente sin techo la Constitución y que suponía una Constitución añadida a la que se estaba elaborando»²⁹. Con otros términos, no era sino el enfrentamiento entre Constitución y Fueros, entre legitimidad constitucional y legitimidad histórica.

Es decir, el Congreso tenía claro el límite infranqueable que, en cuanto poder constituido, no podía traspasar incluso bajo la aparente habilitación de una historia amparada y respetada por la ley fundamental. Esos derechos históricos debían ser, en último término, *secundum constitutione*³⁰.

De otra parte, el derecho a la autonomía en sede constitucional lo es de nacionalidades y regiones que, en definitiva, no son sino una denominación constitucional de un deseo de impedir una excesiva fragmentariedad territorial a la vez que, y respecto a la primera expresión, añadir el reconocimiento de su andadura autonómica en la etapa republicana. Dentro de ambas categorías, los órganos de gobierno provinciales son los actores privilegiados del proceso autonómico, pudiendo ser sustituidos por los órganos colegiados superiores caso de contar con un régimen provisional de autonomía (DT 1.ª CE). En definitiva, son entes exclusivamente administrativos (diputaciones, gobiernos preautonómicos) los que impulsan la creación de las nuevas administraciones territoriales del título VIII que en el marco del procedimiento constitucional van a ir mudando su naturaleza hasta poder situarse en la esfera política constituida. Es el que se conoce como proceso estatuyente, iter legislativo especí-

²⁹ LOJENDIO, I.M., *La disposición adicional primera de la Constitución española*, Ed. IVAP, Oñate, 1988, p. 33.

³⁰ Un análisis completo de las diversas posturas puede verse en LARRAZABAL BASAÑEZ, S., *Contribución a una teoría de los derechos históricos vascos*, Ed. IVAP, Oñate, 1997, pp. 431 y ss.

fico (arts. 146 y 151.2) para la elaboración de unas normas institucionales básicas (art. 147.1) que adoptan la figura jurídica de ley orgánica (art. 81.1) y que, actuando las previsiones constitucionales (fundamentalmente título VIII), crean una comunidad autónoma³¹.

Dentro de este proceso irán teniendo mayor cabida ciertos actores políticos (asamblea también compuesta por los parlamentarios elegidos en las respectivas provincias o por sólo éstos para el caso del 151.2) hasta su debate y discusión final en la sede política por excelencia, las Cortes Generales, que revestirá a la norma creadora de estos entes del áurea por excelencia de todo poder constituido, valor de ley, en este caso, como es notorio, bajo la forma jurídica de ley orgánica. Esta realidad peculiar de elaboración es la que ha permitido que los estatutos puedan ser calificados de normas *sui generis* que concitan dos voluntades. Pero, en todo caso, normas estatales (STC 99/86).

Ello demuestra que, en cuanto instituciones constituidas, se ubican al amparo de la norma fundamental que articula la coexistencia de unos órganos centrales del Estado único español con las administraciones de base política en las que internamente se encuentra dividido según las reglas, límites y posibilidades que diseña.

La realidad autonómica que ha surgido tras su evolución ha dependido de cuatro circunstancias fundamentales: las indecisiones del texto constitucional, la jurisprudencia de nuestro TC, las componendas de gobiernos con formaciones políticas centrífugas y estatutos de autonomía concebidos como necesarias normas coadyuvantes a la definición del modelo. Sin embargo, de estas cuatro circunstancias aludidas, la última, como resumen final de la situación, es en la que confluyen todas las demás, erigiéndose en resultado aglutinador de una manera de entender el Estado autonómico con grandes alteraciones con respecto al, indefinido sí, pero definible también modelo esbozado por el texto fundamental. Un simple dato creo que ilustra con claridad este cambio de criterio anunciado: la mera extensión citada ya de las normas institucionales básicas reformadas. Todas, a excepción de la reforma Navarra de 2010, como mínimo doblan la extensión originaria, yéndose en algunos casos a textos de más de doscientos artículos (casos catalán y andaluz), pudiéndose apreciar a lo largo de su corpus una distribución interna análoga a la del texto constitucional. Y, a pesar de las indefiniciones y ambigüedades de la Constitución, el límite infranqueable del Estado autonómico es que las Comunidades no son so-

³¹ Aunque al margen del sistema escuetamente enunciado, las Cortes Generales podrán autorizar la constitución de una comunidad autónoma, autorizar o acordar un estatuto de autonomía y sustituir la iniciativa de las corporaciones locales del 143.2. Todo lo anterior verificadas las condiciones expresadas en el art. 144, unas objetivas (ámbito territorial inferior al provincial, no integración en la organización provincial), otras indeterminadas (interés nacional, ciertas condiciones del 143.1) y con la posible paradoja, denunciada ya desde las mismas constituyentes por los senadores Zarazaga y Sánchez Agesta, de la imposición de una iniciativa autonómica en contra de la voluntad de las corporaciones locales (DSS del 12 de septiembre de 1978).

beranas, ni sus estatutos pueden ser constituciones o remedos encubiertos de éstas. Esta línea es la que se está tratando de traspasar con la interacción de las circunstancias aludidas.

A lo ya apuntado de extensiones fuera de toda lógica con respecto a su momento precedente, hay que señalar que albergan una serie de contenidos que ha originado un vivo debate, polémico e inconcluso hasta la fecha, amparado en la apertura de la que el art. 147.1 y 2 CE hace patente gala.

Dicho precepto, estructurado en sus tres párrafos, establece en el primero un Ethos, una caracterización de su naturaleza. Los estatutos de autonomía serán la norma institucional básica de cada Comunidad autónoma, que reproduce, sin variación alguna, la definición que ya el constituyente realizara de ellos en el art. 132.1 del anteproyecto de Constitución del 5 de enero de 1978. El consenso en tal época en torno a la definición llega a tal extremo que no se plantea enmienda alguna al mismo. Todo estatuto es, constitucionalmente, la norma básica de la respectiva Comunidad autónoma, definición poco afortunada en su redacción ya que si se entiende por tal norma elaborada por la respectiva Comunidad autónoma (de), ésta todavía no está creada (el estatuto es precisamente la norma fundacional de la Comunidad autónoma —por todas, la STC 76/88, del 26 de abril—). Si la entendemos como norma no autonómica, como es el caso, en el sentido de elaborada por órganos no autonómicos (Cortes Generales), sería una de las normas institucionales básicas junto con la misma Constitución que destaca parte de sus órganos en el 152.1. Con todo y al margen de este debate, lo que caracteriza a tales disposiciones es el ser básicas, en tanto que fundamento principal de la autonomía constitucional que desarrollan, como ya desde 1947 se entendía en la Constitución italiana con respecto a las regiones en su art. 123³², Constitución «*la más paralela a la que nosotros queremos hacer*» en palabras del diputado Fraga Iribarne en su intervención en el Congreso del 14 de junio de 1978.

Esta caracterización de los mismos a la vez que esencial viene a completarse en los párrafos siguientes a través de un contenido necesario e imperativo: denominación, territorio, procedimiento de reforma, instituciones propias, competencias asumidas y bases para el traspaso de servicios para evitar, en palabras del diputado Martín Toval, incurrir en errores históricos anteriores como los vividos al amparo del estatuto catalán del 32 de no llegar a contar con el conjunto de servicios necesarios a las mismas³³. Y esto es todo cuanto respecto a su contenido (naturaleza jurídica del estatuto y contenido necesario) se señala en el título VIII de nuestra norma suprema.

Por su parte, el TC ha abordado la cuestión en diversos fallos analizando el sentido más constitucional de este debatido art. 147 CE, sentando su pare-

³² «Cada Región tendrá un estatuto que determine, de acuerdo con la Constitución, su forma de gobierno y sus principios fundamentales de organización y autogobierno...».

³³ *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, vol. II, ed. CCGG, Madrid, 1980, p. 1560.

cer en torno al discurso sobre los posibles contenidos estatutarios que permite el principio dispositivo que planea sobre todo el título VIII CE. Sin embargo, la cuestión, aun así, dista de ser pacífica.

Dentro de los términos de la Constitución, el TC ha visto una triple tipología de contenidos de estas normas básicas. El contenido mínimo o necesario que se corresponde con los apartados del art. 147. El adicional, aquéllas otras posibilidades constitucionales susceptibles de ser asumidas en sede estatutaria. Y el contenido complementario o no recogido constitucionalmente, definido en la STC 247/07 y reiterado en sucesivas, como aquél que, no estando expresamente señalado en el texto supremo, resulta complemento adecuado por su conexión de las previsiones constitucionales, adecuación referida a la función que la Constitución encomienda a los estatutos de autonomía³⁴.

Llama la atención la paradoja entre este descubierto contenido de los estatutos y su definición en tal que norma institucional básica. Ello ha llevado a extensiones de estas leyes orgánicas como las apuntadas, que con creces sobordan a los iniciales estatutos de la década de los ochenta. Ciertamente la comparativa entre ellos implica percatarse de unas diferencias cuantitativas y cualitativas, siendo estas últimas las que permiten abrir el debate en torno a su evolución experimentada.

A título de mero ejemplo, tomemos el caso catalán. De 57 artículos de su Ley Orgánica 4/79 se pasa a 223 en su Ley Orgánica 6/06, excluyendo en ambas las disposiciones adicionales y transitorias. De cuatro títulos la primera, a siete la segunda contando en ésta con títulos dedicados al Poder judicial en Cataluña (III) donde se incardina el novedoso Consejo de Justicia, otro referido a derechos, deberes y principios rectores (II) y otro final de relaciones institucionales (V).

Lo que no cabe duda es que se ha producido un avance en la manera de comprender la naturaleza del estatuto de autonomía. Y sin modificación alguna del enunciado del art. 147 CE, de norma institucional básica creadora de una administración pública no soberana parece haberse pasado a una norma instituyente de una administración territorial que rivaliza en configuración institucional y competencial con cualquier formación estatal, salvando la distancia, muchas veces meramente lingüística, muy posiblemente a sabiendas de su impugnación ante el TC y de la férrea y clara doctrina de éste en torno a las cualitativas diferencias entre autonomía y soberanía. Curiosamente o no tan curiosamente esta tendencia parece haberse comenzado a instalar en nuestro Estado constitucional.

³⁴ Ilustrativo al respecto el artículo del profesor CABELLOS ESPIERREZ, M.A., «La relación derechos-Estado autonómico en la sentencia sobre el Estatuto de Valencia», publicado en la REAF, n.º 7, 2008. Igualmente, APARICIO PÉREZ, M.A., «Posición y funcionamiento de los estatutos de autonomía en la STC 31/2010», en REAF n.º 12, 2011.

Apertura, complejidad y asimetría. Retos del «Estado autonómico» en perspectiva comparada*

María Salvador Martínez
Prof. Titular de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

SUMARIO: 1. Algunas cuestiones previas. 2. La apertura del «Estado autonómico» español: 2.1. La «desconstitucionalización». 2.2. La apertura del modelo. 3. La complejidad del «Estado autonómico». 4. La heterogeneidad y asimetría del «Estado autonómico». 5. Apertura, complejidad y asimetría en perspectiva comparada.

Este trabajo tiene por objeto analizar los tres rasgos más característicos y problemáticos del llamado «Estado de las autonomías»: la apertura, la complejidad y la asimetría. El análisis se realizará, evidentemente, desde una perspectiva constitucional, pero prestando especial atención a la realidad político constitucional que determina la forma de organización territorial y, sobre todo, la dinámica de dicha organización, e incorporando además la perspectiva comparada, para examinar si estas características son comunes a todos los Estados de estructura federal y en qué medida nuestro Estado presenta particularidades y una problemática diferente.

1. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS

La forma en la que un Estado se organiza territorialmente responde a las decisiones básicas sobre cómo se va a distribuir el ejercicio del poder en ese territorio. La organización resultante será más o menos centralizada/descentralizada, ya que en todo Estado se combina un determinado nivel de centralización con otro de descentralización. Recordemos que el Estado, como forma de

* Esta contribución ha sido desarrollada en el marco del Proyecto de Investigación DER 2009-10375/JURI Constitución y Globalización: Transformaciones del Estado constitucional y constitucionalismo.

organización política capaz de asegurar la unidad, existe precisamente en virtud de un mínimo de centralización imprescindible, y que tan cierto es que hoy la centralización absoluta es imposible desde el punto de vista político y funcional, como que la descentralización absoluta supone la inoperancia del Estado como organización.

¿Qué determina, entonces, el nivel de centralización/descentralización de un Estado concreto? En un Estado democrático, la respuesta debemos buscarla en elementos socio-políticos: en los rasgos de la comunidad política que se organiza en Estado y, muy específicamente, en el grado de integración política de esa comunidad. Esto es especialmente claro en los Estados políticamente más centralizados (estados federales). La organización de estos Estados no es fruto de un diseño o modelo previo, sino la respuesta a unas concretas circunstancias históricas y político-sociales, que suelen ser muy distintas de unos casos a otros. En el proceso constituyente por el que una comunidad política se organiza en Estado federal (con éste u otro nombre —«Estado regional», «Estado autonómico»...—), las distintas fuerzas políticas expresan las diferentes posiciones en la materia, y se busca la forma de articular centralización y descentralización de modo que la organización territorial resultante responda a las características y necesidades de esa comunidad política. Por ello no existe un único modelo de Estado federal, resulta difícil elaborar conceptos que se puedan aplicar a todos ellos, y cualquier análisis relativo a la organización de un Estado de este tipo exige el estudio empírico de ese caso concreto y el conocimiento del contexto socio-político en el que se desarrolló.

No obstante, aunque no seamos capaces de dar un concepto de Estado federal que incluya a todas las estructuras organizativas de los Estados que así se denominan, sí es posible establecer una serie de elementos estructurales comunes a los distintos estados federales del mundo occidental, que serían los siguientes: 1) la existencia de entes territoriales con competencias no sólo administrativas, sino también legislativas y de dirección política; 2) una distribución de competencias y de los correspondientes medios financieros; 3) la participación de los entes territoriales en la organización central, normalmente a través de una segunda Cámara; 4) una garantía de que las mencionadas características no puedan ser alteradas por ley ordinaria del parlamento central; y 5) un mecanismo de solución de los conflictos fundamentalmente de carácter judicial.¹

A partir de estos rasgos mínimos, cada Estado federal concreto puede tener otros rasgos muy distintos, ya que el compromiso constitucional entre fuerzas centrífugas y fuerzas centrípetas puede ser muy diferente en cada caso.

En España, a partir de las previsiones de la Constitución de 1978, se ha desarrollado el llamado «Estado autonómico», que se considera una fórmula

¹ Entre nosotros, por ejemplo, GONZÁLEZ ENCINAR, J.J., *El Estado unitario-federal*, Madrid, 1985, pp. 88-89; en estudios extranjeros, ANDERSON, G., *Una introducción al federalismo*, Madrid, 2008, pp. 21-22.

original en lo que a organización territorial del poder se refiere, pero que, no obstante, tiene las características mínimas comunes a los estados federales que hemos señalado. Dejando a un lado el debate sobre si se trata de un Estado federal o en proceso de federalización, puesto que responde a los rasgos mínimos comunes a toda estructura federal, podemos analizar comparativamente nuestro «Estado autonómico» con otros estados federales.

Pues bien, toda estructura federal, por su naturaleza, está sometida a continuas tensiones y retos, en la medida en la que es un compromiso entre unidad y pluralidad, entre fuerzas centrífugas y centrípetas. Pero el «Estado autonómico» español, además, debe hacer frente a importantes problemas relacionados, como ahora veremos, con la apertura, complejidad y asimetría de su forma de organización territorial.

2. LA APERTURA DEL «ESTADO AUTONÓMICO» ESPAÑOL

A la hora de explicar en qué consiste la «apertura» del «Estado autonómico» español es necesario referirse a dos fenómenos distintos, aunque estrechamente conectados: el primero, la «desconstitucionalización» del modelo, puesto que en la Constitución sólo se encuentran los fundamentos de la organización territorial y no el diseño concreto de la misma; y, el segundo, la «apertura» del modelo en sentido más estricto, puesto que la determinación del mismo ha dependido, y depende aún en buena medida, de la voluntad de los sujetos políticos y jurídicos implicados.

2.1. La «desconstitucionalización»

La Constitución española no dio al Estado una forma políticamente descentralizada, sino que estableció las reglas para un proceso voluntario y gradual de descentralización. Por eso, si un jurista extranjero consultara la Constitución para saber cómo se ha organizado territorialmente el Estado, no encontraría allí la respuesta.² ¿Qué hay entonces en la Constitución? Están las piezas para poder desarrollar un Estado políticamente descentralizado, y, más concretamente, allí se establece: qué territorios pueden decidir constituirse en «Comunidad Autónoma» (CCAA), los entes políticamente descentralizados que componen el «Estado autonómico»; cómo deben hacerlo, a través de qué procedimiento; una lista de competencias, de las que pueden decidir asumir algunas o todas; y una definición absolutamente mínima de la organización que deben adoptar (y no referida a todas las posibles CCAA). Es decir, la Constitución no diseñó el

² Como indicó se indicó pronto en conocido trabajo de CRUZ, P., «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», en *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*, n.º 4, 1982.

«Estado autonómico» que hoy conocemos, sólo lo hizo posible. La Constitución configuró la autonomía como un derecho y estableció las normas procedimentales para que, en el ejercicio libre de ese derecho, las nacionalidades y regiones dieran forma a la organización territorial del Estado.

La definición de nuestra forma de organización territorial está, por tanto, en normas de rango inferior a la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Todos los territorios que han accedido a la autonomía han aprobado un «Estatuto de Autonomía» (EA), que es su norma institucional básica, en la que se regula la organización de la Comunidad Autónoma y se asumen determinadas competencias a partir de las que permite la Constitución. Además de los EEAA, otras normas de categoría muy diversa, tanto del Estado central como de las CCAA, también regulan elementos definitorios del «Estado autonómico», relativos al reparto de competencias, la financiación, los mecanismos de cooperación o la participación de las CCAA en ciertos poderes centrales del Estado. Finalmente, el Tribunal Constitucional ha jugado un papel destacadísimo al tener que resolver todos los conflictos que surgían al tiempo que se desarrollaba el «Estado autonómico», puesto que las disposiciones constitucionales son mínimas y las normas que las desarrollan pueden ser objeto de control de constitucionalidad. Así, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se encuentran elementos definitorios del sistema, especialmente en lo que a la distribución de competencias se refiere, aunque también sobre el alcance del poder de reforma de los EEAA, sobre el alcance de la facultad del Estado central de «armonizar» la normativa autonómica, sobre el principio de solidaridad y su contenido, y sobre las relaciones de cooperación y colaboración, entre otras materias centrales.³

El motivo por el que la Constitución de 1978 dejó abierto el diseño de la forma de organización territorial es de carácter histórico-político.

En España, el primer intento de organización federal tuvo lugar con el «Proyecto de Constitución Federal» de la Primera República (1873), pero que no llegó a aprobarse porque, antes de ello, se produjo un brote anárquico de independentismo. De ello ha quedado en la memoria histórica de una buena parte de los españoles, de forma más o menos inconsciente, la asociación entre federalismo y anarquía que explica porqué durante tanto tiempo se ha evitado el uso de la palabra «federal». La Constitución de la Segunda República (1931) estableció en España el primer régimen de carácter federal, muy similar al de la Constitución actual, que permitía el acceso a la autonomía de las regiones que así lo decidiesen y por el que aprobaron los Estatutos de Cataluña, País Vasco y Galicia (aunque este último se plebiscitó pero no llegó a aprobarse). Tras la guerra civil de 1936-39, el régimen franquista trajo consigo la centralización del aparato del Estado durante casi 40 años.

³ Entre otros trabajos, FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*, Madrid, 2005.

Al finalizar el régimen franquista e iniciarse la «transición política» al Estado constitucional, en determinados territorios con vocación de autonomía política se exigió el establecimiento de una forma de organización políticamente descentralizada. Y, aunque existía una voluntad generalizada de dar respuesta a esta demanda, se temía que las negociaciones sobre este tema desbordasen el proceso de transición política, por lo que se estableció un proceso paralelo, que se desarrolló entre 1977 y 1978, en el que se estableció un régimen de pre-autonomías en todo el territorio del Estado.⁴

Por su parte, durante el proceso constituyente las negociaciones estuvieron determinadas por el hecho de que los partidos nacionalistas de Cataluña y el País Vasco, mayoritarios en sus respectivas Comunidades, dispusieron de una situación de fuerza capaz de condicionar el diseño general de la forma de organización territorial del Estado. Los restantes partidos políticos no se sintieron en condiciones de negar a los nacionalistas vascos y catalanes el nivel de autonomía que éstos reclamaban, porque entendían que sin el consenso de vascos y catalanes la Constitución hubiera nacido falta de legitimidad. Pero, al mismo tiempo, consideraban que no se podía generalizar a toda España el alto nivel de descentralización política que vascos y catalanes reclamaban, porque faltaban los medios y la experiencia necesarios para ello. Así, los constituyentes de 1978, habiendo heredado un Estado fuertemente centralizado y teniendo que buscar un difícil consenso, mantuvieron en el tema de la descentralización política una relativa ambigüedad formal y decidieron dejar abierto el modelo para que su diseño se determinase en un debate jurídico-político posterior.⁵

2.2. La apertura del modelo

El sistema de distribución territorial del poder en España es un sistema «abierto» porque se ha construido, y se construye, a impulso de la voluntad de los entes territoriales, es decir, sobre la base del llamado principio dispositivo, existiendo, además, otros elementos adicionales de apertura.

a) El principio dispositivo deriva del derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones que se recoge en la Constitución⁶ y, de acuerdo con el planteamiento que hicieron los constituyentes, se ha convertido en elemento central del sistema, ya que, en aplicación de este principio, son los territorios legítima-

⁴ Con lo que tiene de «hurto a la actividad del poder constituyente y al propio diseño constitucional». GARCÍA ROCA, J., «El principio de voluntariedad autonómica: teoría y realidad constitucionales», en *REDC*, n.º 23, 1988, p. 123.

⁵ Sobre la actuación de los partidos políticos en el proceso constituyente y en el desarrollo posterior, ALZAGA, O., *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Madrid, 2011.

⁶ Sobre la diferencia entre nacionalidades y regiones, es fundamental CORCUERA, J., «La distinción constitucional entre nacionalidades y regiones en el 15 aniversario de la Constitución», en *Documentación administrativa*, n.º 232-233, 1992-1993.

dos para ello los que deciden voluntariamente (de forma dispositiva) si se convierten en CCAA, qué competencias asumen y cómo se organizan.⁷

De acuerdo con esta concepción, el principio dispositivo actúa en dos momentos: en el momento inicial, nada más aprobarse la Constitución, cuando los diferentes territorios deciden si se constituyen en Comunidad Autónoma y con qué nivel de autonomía (apertura inicial); y en un momento posterior, ya organizados en Comunidad Autónoma, cuando deciden si inician un procedimiento de reforma de su Estatuto de Autonomía para modificar su régimen jurídico y redefinir su ámbito de autonomía (apertura vía reforma).

Puesto que la iniciativa para constituir una CCAA correspondía a los territorios, en España podían haberse organizado sólo tres, o cinco, o siete CCAA, quedando una parte sin organizarse de ese modo. Pero no fue así. Entre 1978 y 1983 se aprobaron EEAA en todo el territorio nacional, y en 1995 se aprobó el régimen de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Actualmente, que toda España está organizada en CCAA, la apertura inicial, en este sentido, ya no existe, porque, aunque siempre puedan plantearse cambios en el «mapa autonómico», ya hay un «mapa» de las CCAA que integran el Estado español.⁸

Pero la apertura inicial no afectaba sólo al número de CCAA que se iban a organizar, sino al contenido de la autonomía de cada una. Recordemos que la Constitución se limita a recoger una lista con las competencias que pueden asumir las CCAA, a establecer una organización mínima (sólo para algunas), a fijar los fundamentos del sistema de financiación, y poco más. A partir de ahí, cada CCAA ha decidido el ámbito de su autonomía y la forma de organizarse y relacionarse con el resto de CCAA y con el Estado central.

Superada la apertura inicial en el sentido señalado (ya hay un «mapa» autonómico), el principio dispositivo mantiene abierto el modelo en la medida en que permite la reforma del mismo a través de la modificación de los EEAA. Esta apertura no es, desde luego, de carácter menor, ya que, como sabemos, el diseño concreto de la forma de organización territorial no está en la Constitución, sino que lo realizan los EEAA. Las competencias, organización interna y otras materias reguladas en los EEAA pueden modificarse. De hecho, entre los años 2006 y 2007 se han producido importantes y conflictivas reformas en algunos de esos Estatutos, en las que se redefinen las competencias de las CCAA, se crean nuevos órganos, se introducen nuevas medidas sobre financiación, y se establecen nuevas vías para la relación bilateral con el Estado central.⁹

⁷ AGUADO, C., «El principio dispositivo y su virtualidad actual en relación con la estructura territorial del Estado», en *REP*, n.º 98, 1997; FOSSAS, E., *El principio dispositivo en el Estado Autonómico*, Madrid, 2007; entre otros muchos estudios.

⁸ Para dejar constancia de la superación de la apertura inicial el Gobierno solicitó en 2005 al Consejo de Estado un informe sobre una posible reforma de la Constitución en la que se incluyeran las 17 CCAA existentes, pero, tras el informe del Consejo de Estado, el procedimiento de reforma no se llegó a iniciar.

⁹ Entre otros, RUIZ-RICO RUIZ, G. (coord.), *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Jaén-Valencia, 2006.

La problemática que generaron las citadas reformas motivó que contra algunas de ellas se interpusieran los correspondientes recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, lo que lleva a comprobar el papel que juega el Tribunal en relación con la «desconstitucionalización» y «apertura» del modelo.

La Constitución de 1978 no ha cambiado, pero la forma de organización territorial no está tan «desconstitucionalizada» como cuando se aprobó la norma suprema. A lo largo de estos más de treinta años el Tribunal Constitucional ha ido interpretando el texto de la Constitución, concretando su sentido y significado, de modo que existe una jurisprudencia constitucional relativa al «Estado autonómico» que completa al texto constitucional. Así pues, la apertura del sistema vía reforma de los Estatutos se encuentra con los límites que marca la Constitución, es decir, el texto constitucional —con todas sus limitaciones e insuficiencias— y la interpretación que el Tribunal ha hecho de dicho texto.

Esta labor del Tribunal se encuentra, sin embargo, con el problema irresoluble de que, en última instancia, la Constitución no «constitucionaliza» un modelo determinado. El modelo queda abierto porque no se tomó la decisión básica de organizar un Estado federal homogéneo, o un Estado federal asimétrico, o un Estado cuasi-federal... Esa decisión básica no se tomó porque existían concepciones distintas que no pudieron hacerlo posible. Por eso, habrá conflictos que el Tribunal pueda resolver sin demasiados problemas, pero habrá otros que afecten a la esencia del modelo y coloquen al Tribunal en un lugar que no le corresponde. El Tribunal puede, con su jurisprudencia, completar la norma suprema, pero no suplir al constituyente tomando una decisión que aquél no tomó.¹⁰

b) Además de la apertura que trae consigo el principio dispositivo, existen, como hemos señalado antes, otros elementos adicionales de apertura.

En concreto, en materia competencial, los límites a la apertura estarían representados por las competencias exclusivas del Estado que enumera el art. 149 CE, porque las CCAA pueden asumir las competencias que deseen salvo las atribuidas en exclusiva al Estado por la Constitución. No obstante, la misma Constitución concede al Estado la posibilidad de ir más allá, mediante la aprobación de distintos tipos de leyes: las leyes marco (art. 150.1 CE) permiten al Estado central, en materias de su competencia, atribuir a todas o a alguna de las CCAA la facultad de dictar normas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal; y las leyes orgánicas de transferencia o delegación (art. 150.2 CE) le permiten transferir o delegar en todas o algunas de las CCAA facultades correspondientes a materias de titularidad estatal (a través de la técnica de las leyes orgánicas de transferencias se han ampliado las competencias de distintas CCAA).

¹⁰ Es muy interesante, en este sentido, la encuesta sobre la STC 31/2010 del Estatuto de Cataluña que contestan varios profesores en *TRC*, n.º 27, 2011.

Las leyes que han suscitado mayor debate han sido las llamadas leyes de transferencia o delegación, que mantienen la apertura del sistema porque, aunque las CCAA hubiesen llegado a su techo competencial, el Estado central puede transferir competencias que la Constitución le atribuye a él en exclusiva. Estas leyes fueron introducidas en el texto constitucional como factor de flexibilidad o apertura para facilitar la adaptación del sistema de distribución de competencias a nuevas circunstancias y, efectivamente, son acordes con la idea de «apertura» que inspira todo el modelo. No obstante, se le planteado la conveniencia de establecer límites a la apertura competencial, por ejemplo, fijando ciertas competencias como «exclusivas» del Estado central, de forma de no sean susceptibles de transferencia o delegación a las CCAA mediante este tipo de leyes. Estas competencias definirían el núcleo irreductible de poder de los órganos centrales y actuarían así como único límite absoluto a la apertura competencial.¹¹

3. LA COMPLEJIDAD DEL «ESTADO AUTONÓMICO»

La organización de cualquier estructura federal es de cierta complejidad, ya que en ella se integran al menos dos niveles de gobierno que es preciso regular y coordinar. Pero en el caso español la complejidad se incrementa por motivos tanto de orden jurídico como político.

a) En cuanto a los motivos jurídicos, la complejidad del modelo deriva tanto de las disposiciones constitucionales sobre la forma de organización territorial, como del desarrollo posterior de las mismas.

i) Las normas constitucionales crearon una importante complejidad inicial, porque, dejando abierto el modelo, quisieron establecer requisitos y procedimientos diferentes para supuestos distintos, permitiendo así que cada territorio accediese a la autonomía con el ritmo y alcance que decidiese (y especialmente para permitir un reconocimiento más rápido y amplio de competencias a aquellos territorios en los que se había expresado más claramente la demanda de autonomía). Esta complejidad inicial se puede comprobar, por ejemplo, en la regulación constitucional de los siguientes elementos:

- Los procedimientos de acceso a la autonomía y aprobación del Estatuto de Autonomía. La Constitución deja a la voluntad de los territorios el acceso a la autonomía a través de la aprobación de un Estatuto de Autonomía, pero prevé para ello cinco procedimientos distintos: el primero, un procedimiento especial para los territorios en los que en el pasado (en la II República) se había aprobado un Estatuto de Autonomía —Cataluña,

¹¹ «Informe sobre modificaciones de la Constitución española», en *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional*, CEPC, Madrid, 2006, pp. 175 a 177.

País Vasco y Galicia— (art. 151 y disp. transitoria 2.º); el segundo, un procedimiento agravado para las Comunidades de primer grado o de vía rápida —Andalucía— (art. 151); el tercero, el procedimiento «ordinario», para las CCAA de segundo grado o de vía lenta —todas aquellas no incluidas en los demás supuestos— (art. 143 y disp. adicional 1.º); un procedimiento específico para Navarra (disp. transitoria 4.º); y un último procedimiento especial para las ciudades de Ceuta y Melilla (disp. transitoria 5.º).

- La forma de distribución de competencias. La Constitución establece un sistema de «doble lista» —competencias exclusivas del Estado (art. 149 CE) y competencias que podrán asumir las CCAA (art. 148 CE)— cuya interpretación no ha resultado sencilla en absoluto. En el art. 149, de redacción muy barroca, no se contienen sólo competencias del Estado central, sino en muchos casos competencias compartidas: en unos casos, este artículo atribuye al Estado la «legislación» sobre una materia, por lo que la «ejecución» puede corresponder a las CCAA, y, en otros, le atribuye el establecimiento de las «bases» en una materia, mientras que el «desarrollo» corresponde a las CCAA. La lista del art. 148, por su parte, no tiene carácter general ni definitivo, porque por distintas vías constitucionalmente previstas las CCAA han podido superar, antes o después, el «techo competencial» del art. 148. Además de este sistema de listas, hay materias que quedan reservadas al Estado por otros preceptos constitucionales, cuya finalidad no es esa, como ocurre con las materias que sólo pueden ser reguladas por una ley orgánica (que aprueba el Parlamento central). A ello hay que añadir una doble cláusula de distribución competencial (las materias no atribuidas al Estado podrán ser asumidas por las CCAA y las materias no asumidas por éstas corresponderán al Estado), una cláusula de prevalencia que ha resultado absolutamente inoperante, por ser aplicable sólo a competencias concurrentes (que prácticamente no existen), y una cláusula de supletoriedad, cuya interpretación ha sido muy problemática y discutida. Y, finalmente, no hay que olvidar que, en virtud del principio dispositivo, son los EEAA los que definen el ámbito de competencias de las correspondientes CCAA y, a contrario, el del Estado Central.

ii) Posteriormente, en ocasiones, el desarrollo normativo y jurisprudencial ha añadido más complejidad.

- En cuanto al desarrollo normativo, podemos citar la regulación deficiente y fragmentaria de los procedimientos de reforma de los EEAA, elemento central del sistema. La Constitución sólo establece que la reforma debe aprobarse por una ley orgánica del Parlamento central y que en algunas CCAA debe celebrarse un referéndum. A partir de aquí la regulación concreta del procedimiento está en los EEAA y en normas parlamentarias del Parlamento central y de los parlamentos autonómicos. Y en ellas

se establecen cinco procedimientos distintos, según la CCAA de que se trate, con diferencias importantes.

- En cuanto al desarrollo jurisprudencial, el ejemplo más claro lo encontramos en la jurisprudencia sobre determinación de competencias. Esta es una cuestión compleja en todo Estado federal, pero resulta mucho más compleja si las normas de distribución competencial no son suficientemente claras. El Tribunal Constitucional ha tenido que interpretar esas normas y en muchas ocasiones ha añadido complejidad en lugar de simplificarla. Por ejemplo, la jurisprudencia sobre la técnica de distribución de competencias entre «bases» y «desarrollo», que es central en nuestro sistema, ha sido una jurisprudencia cambiante que no ha ofrecido un concepto suficientemente claro y operativo de «bases», con lo que los conflictos competenciales en lugar de reducirse se han incrementado.¹² Otro ejemplo se encuentra en la interpretación de que, incluso en materias que la Constitución declara competencias exclusivas del Estado central (relaciones internacionales y administración de justicia), cabe reconocer facultades a las CCAA. Y se podrían poner otros ejemplos.

b) Por último, los motivos políticos que han contribuido a la complejidad del sistema tienen que ver con las características del sistema de partidos políticos.

En España existen partidos nacionalistas, pero sólo en ciertas CCAA, en las que tienen una fuerte implantación. Además de actuar en el ámbito de su Comunidad Autónoma, lo hacen también en el ámbito nacional, donde ocupan una posición de fuerza por dos motivos: primero, porque debido a las características del sistema electoral, obtienen una importante representación en el Parlamento central; y, segundo, porque actúan como partidos «bisagra» dando apoyo al partido mayoritario que, sin mayoría absoluta, lo necesita para tomar determinadas decisiones. Cuando esto último ocurre, los partidos nacionalistas están en condiciones de influir de forma determinante en las decisiones de los órganos centrales del Estado.

Por otro lado, el carácter nacionalista de estos partidos les obliga a una pugna constante con el poder central, reclamando para su comunidad un nivel cada vez más alto de competencias y recursos. Este hecho, unido a que la Constitución reconoció la autonomía como un derecho y dejó abierto el proceso de organización territorial, ha determinado que en las CCAA en las que actúan estos partidos el debate político se desarrolle siempre en clave reivindicativa, de ejercicio de un derecho frente al Estado que no se agotó con la constitución de la CCAA.¹³

¹² FERNÁNDEZ RIVEIRA, R., *Una nueva etapa en la identificación de las bases*, Madrid, 2009.

¹³ Así lo reconoce, por ejemplo, BALAGUER CALLEJÓN, F., «Reformas constitucionales relativas al Título VIII» en *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional*, CEPC, Madrid, 2006, p. 567.

La naturaleza y posición fuerte de estos partidos nacionalistas condicionó el contenido de la Constitución en materia territorial, ha condicionado el debate político y jurídico sobre la apertura del modelo, ha contribuido a su complejidad y sobre todo, como ahora, veremos, a su heterogeneidad y asimetría.

4. LA HETEROGENEIDAD Y ASIMETRÍA DEL «ESTADO AUTONÓMICO»

Finalmente, la forma de organización territorial española se puede calificar de heterogénea y asimétrica, porque jurídicamente no todas las CCAA tienen el mismo nivel de autonomía ni la misma posición en el «Estado autonómico». Para analizar esta característica conviene diferenciar dos motivos distintos de esa heterogeneidad:

a) En primer lugar, la falta de homogeneidad deriva del principio dispositivo, que se adoptó, como ya sabemos, para ofrecer a cada territorio un acceso a la autonomía acorde con sus demandas.

i) La Constitución refleja una situación de partida en la que no en todo el territorio nacional existía la misma necesidad de constituirse en comunidad autónoma. De hecho, en un primer momento se pensó que el resultado del ejercicio del derecho de autonomía podría ser una estructura con dos niveles de descentralización asimétricos: una verdadera descentralización política en Cataluña, País Vasco y Galicia, donde existía una clara demanda de autonomía, y una descentralización más o menos administrativa para las demás CCAA, que no habían manifestado esa misma «vocación autonómica». El resultado, como sabemos, no fue ese.

Partiendo de esa realidad, la Constitución estableció las siguientes diferencias:

- Diferencias procedimentales: distintos tipos de procedimientos para la aprobación de los EEAA, que permitían el acceso a la autonomía de forma más o menos rápida, según los casos.
- Diferencias competenciales. La Constitución diferenció dos tipos de CCAA según el grado de autonomía que podían asumir en un primer momento: unas podían asumir todas las que permite la Constitución, mientras que otras, en los primeros cinco años, sólo las competencias del art. 148. Pero transcurridos esos cinco años el techo máximo de autonomía es el mismo para todas las CCAA.
- Diferencias organizativas. Acorde con lo anterior, la Constitución solo exige a las CCAA que pueden acceder en un primer momento al mayor nivel de autonomía que su organización interna se componga de una asamblea legislativa, un consejo de gobierno y un presidente.

La cuestión, aquí, es determinar es si esas diferencias que marca la Constitución en cuanto a la rapidez y alcance del acceso a la autonomía tenían un

carácter transitorio o bien deben mantenerse de alguna manera. La respuesta mayoritaria es que esas diferencias de partida solo pretendían ordenar el acceso a la autonomía de territorios que, en ese primer momento, tenían necesidades diferentes, por lo que, superado ese primer momento, constitucionalmente ya no hay diferencia entre unas y otras. Sin embargo, hay posiciones minoritarias que, desde la perspectiva de las CCAA de «vía rápida», defienden el mantenimiento de diferencias.

ii) Por otro lado, en virtud del principio dispositivo, cada CCAA decide libremente las competencias que asume, con lo que el resultado necesariamente es heterogéneo. Se hubiese podido llegar a 17 niveles de autonomía distintos; afortunadamente no ha ocurrido así, pero existen diferencias importantes entre unas CCAA y otras.

En un primer momento, las CCAA que pudieron, asumieron en sus Estatutos todas las competencias que les permitía la Constitución y, desde entonces, han formado un grupo que, por este motivo, se ha diferenciado siempre de las restantes CCAA. En cuanto a éstas últimas, para evitar una excesiva heterogeneidad entre ellas, los partidos políticos mayoritarios firmaron los «Acuerdos Autonómicos» de 1981 (concertados en vísperas de la aprobación de los Estatutos de estas CCAA con objeto de que tuvieran un ámbito competencial semejante) y los de 1992 (que tuvieron por objeto una ampliación de competencias de manera homogénea).¹⁴

Así, entre 1992 y 2005, dos elementos contribuyeron a la homogeneidad y a relativizar el efecto diferenciador del principio dispositivo: el primero, la necesidad del Estado central de un cierto grado de homogeneidad para ordenar sus responsabilidades y recursos, motivo por el que los partidos políticos mayoritarios firmaron los Acuerdos de 1981 y de 1992 (elemento objetivo); el segundo, el espíritu de emulación que se ha desarrollado entre CCAA (elemento subjetivo) por el que cualquier ampliación de competencias o elemento diferenciador que una CCAA consigue se convierte inmediatamente en objetivo de las demás comunidades que no disponen de él.¹⁵ A mediados de la década pasada, por tanto, existían diferencias entre el grupo de las CCAA de «vía rápida» y las de «vía lenta», pero no tantas como las que podrían haber sido.

Entre los años 2006 y 2007, sin embargo, se reformaron algunos EEAA y se rompió ese equilibrio, de modo que ahora existen diferencias muy relevantes entre unas CCAA y otras, y, no solo eso, sino que estas reformas han revelado las profundas diferencias que existen sobre la concepción del modelo de

¹⁴ La mayor parte del tiempo han podido distinguirse dos grupos de Comunidades: por un lado, las CCAA con un nivel más alto de autonomía (Cataluña, País Vasco, Galicia, Navarra, Andalucía, Valencia y Canarias) y, por otro lado, las diez restantes (Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Baleares, Madrid y Castilla y León).

¹⁵ «Informe sobre modificaciones de la Constitución española», en *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional*, CEPC, Madrid, 2006, pp. 130-131.

Estado y la incapacidad de los partidos mayoritarios, en este caso, de actuar con visión de Estado, al margen de los intereses partidistas más inmediatos, y de consensuar los elementos básicos de las reformas. Así pues, estas últimas reformas han demostrado que, desde el punto de vista del principio dispositivo, la vía de la reforma de los EEAA está siempre abierta, constitucionalmente no hay ningún límite a la heterogeneidad que deriva del principio dispositivo, y el resultado dependerá de los acuerdos a los que, en cada momento histórico, sean capaces de llegar los partidos políticos.¹⁶

b) En segundo lugar, la propia CE reconoce solo a algunas CCAA determinadas particularidades, que se han denominado «hechos diferenciales». Son características vinculadas con peculiaridades jurídicas históricas (los «derechos históricos» de los «territorios forales» o el derecho civil propio), geográficas (la insularidad y la distancia a la península) y culturales (la lengua). Los hechos diferenciales geográficos y culturales son objetivos y no han sido objeto de mayor debate, pero no así el derecho civil foral y, sobre todo, los derechos históricos de los territorios forales; pero, sobre todo, se han discutido las consecuencias que han derivado de estos rasgos «diferenciadores», concretamente, las especiales competencias fiscales del País Vasco y Navarra.

En relación a estos «hechos diferenciales», el debate está tanto en el número, ya que algunos defienden la existencia de otros hechos diferenciales además de los citados, como en las consecuencias que se les atribuyen. En principio, lo lógico es que un «rasgo diferente» justifique un tratamiento distinto directamente relacionado con ese rasgo: en el caso de la lengua, por ejemplo, competencias y facultades específicas para la promoción, protección y regulación del uso de la lengua. Sin embargo, también hay quien hace una interpretación más extensiva y entiende que el reconocimiento de las diferencias implica un *status* distinto, un ámbito de poder político diferente y una manera de relacionarse con el Estado distinta.¹⁷

c) En todos estos debates se pone de manifiesto la tensión constante que existe en nuestro Estado básicamente entre dos modelos: uno, que concibe el «Estado autonómico» como forma de organización de entes territoriales con un *status* igual y, por tanto, con un sistema de relaciones multilaterales entre iguales; otro, que entiende que los entes territoriales de dicho Estado son diferentes entre sí, puesto que algunos tienen elementos de diferenciación que no poseen los demás, por lo cual el *status* no puede ser el mismo y, por ello, el tipo fundamental de relación con el Estado central debe ser de carácter bi-

¹⁶ TUDELA, J., «Heterogeneidad y asimetría en un Estado indefinido», en TUDELA, J. y KNÜPLING, F. (eds.), *España y modelos de federalismo*, Madrid, 2010, pp. 111 a 151.

¹⁷ Entre los estudios sobre este tema, AJA, E., *El Estado Autonómico (federalismo y hechos diferenciales)*, Madrid, 1999; LÓPEZ AGUILAR, J.F., *Estado Autonómico y hechos diferenciales*, Madrid, 1998; también, véase, BLANCO VALDÉS, R.L., *Nacionalidades históricas y regiones sin historia*, 2005.

lateral.¹⁸ Por eso, la tensión entre homogeneidad y diferencia entre las distintas Comunidades no se ha cerrado y el debate sobre el carácter «simétrico» o «asimétrico» de nuestro modelo autonómico se centra, no tanto en las diferencias que existen, sino en torno a las demandas de establecer otras nuevas.

Así pues, el problema de la «asimetría» de nuestro «Estado autonómico» es que no está claro cual es límite de la heterogeneidad. Es obvio que la heterogeneidad entre las distintas Comunidades no puede aumentarse sin límite, y también que un mínimo de homogeneidad resulta imprescindible para mantenerlas unidas en un mismo Estado. El problema reside en la fijación del límite a la heterogeneidad.

En principio, parecería evidente que el límite a la heterogeneidad vendría dado por el principio de igualdad, pero ni en la doctrina ni en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional existe una construcción suficientemente sólida que haya permitido que este principio despliegue todas sus posibilidades. El Tribunal, por ejemplo, ha afirmado claramente que carece de base constitucional la pretendida igualdad de las CCAA (STC 76/1983) y en la doctrina existen autores que defienden que el proceso de diferenciación —no las diferencias— podría y debería mantenerse por tiempo indefinido siempre que se equilibrase con la aplicación del principio de solidaridad.¹⁹

5. APERTURA, COMPLEJIDAD Y ASIMETRÍA EN PERSPECTIVA COMPARADA

Como advertíamos al inicio, cada Estado federal tiene su propio carácter y no hay un único modelo de federalismo; sin embargo, la visión comparada de otras experiencias brinda una perspectiva amplia y enriquecedora con la que enjuiciar los problemas propios.

Desde esa perspectiva se puede afirmar que toda estructura federal dispone de cláusulas de flexibilidad que dan cierta apertura al sistema.²⁰ De hecho, la distribución territorial del poder tiene un carácter dinámico que no tiene, por ejemplo, la división vertical del poder. Eso significa que todos los estados federales evolucionan y se transforman, conforme al equilibrio que vayan alcanzando las fuerzas centrípetas y las centrífugas. En el nivel constitucional, esos cambios pueden ir acompañados de reformas en los textos constitucionales (como muestran los ejemplos de algunos estados federales, como Italia, México y especialmente Alemania, en los que se han producido reformas importantes en materia territorial) y en otras ocasiones se producen sin reflejo en la Consti-

¹⁸ Así lo ha expresado BALAGUER CALLEJÓN, F., «La constitucionalización del Estado autonómico», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 9, 1997, pp. 129 a 160.

¹⁹ Sobre el papel del principio de igualdad, la asimetría y la apertura, SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., «Estado autonómico», en ARAGÓN, M. (coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional II*, Madrid, 2001, pp. 231 a 251.

²⁰ WATTS, R.L., *Sistemas federales comparados*, Madrid, 2006, pp. 166 a 168.

tución (el ejemplo más claro es el de los Estados Unidos, donde el federalismo ha evolucionado en sentidos distintos sin que se modificase en ningún momento la norma suprema).

No obstante lo anterior, el grado de apertura del modelo español no es comparable con el de ningún otro Estado federal, así como tampoco su desconstitucionalización.

Un Estado federal debe apoyarse en una Constitución escrita en la que se defina el modelo de organización territorial y se reflejen las decisiones fundamentales en la materia. La Constitución es la norma jurídica suprema que sirve de marco en que se actuarán los dos órdenes de gobierno que componen una estructura federal, pero, además, tiene un valor simbólico que resulta determinante para fomentar la unidad del Estado. Es cierto que las Constituciones de los estados federales varían mucho en lo que a la extensión y detalle de la regulación de la organización territorial se refiere, pero en todas ellas se define la forma de Estado. A partir de la definición del modelo, algunas Constituciones son más breves y otras más prolijas en la regulación del mismo. En este sentido, a la hora de decidir qué se regula en la Constitución y qué se deja a las leyes ordinarias, resulta determinante qué elementos son los que, en esa comunidad política, exigen un reconocimiento simbólico o la protección reforzada que otorga la Constitución.²¹

En un Estado federal el intérprete de la Constitución juega un papel fundamental, pero cuando el diseño constitucional es insuficiente, aquél adquiere un papel superlativo, hasta el punto de que su interpretación puede cambiar significativamente el modo de distribución territorial del poder, haciendo que la federación resulte más o menos centralizada de lo que originariamente se decidió. Esto ocurre sobre todo en las Constituciones más antiguas y menos detalladas, como en la de los Estados Unidos. La Constitución norteamericana define el modelo de Estado, pero su regulación es muy breve y no prevé situaciones que no eran imaginables hace más de dos siglos; por eso el Tribunal Supremo ha podido, en diferentes periodos, mantener distintas interpretaciones, más centralizadoras o descentralizadoras, y, del mismo modo, la doctrina norteamericana ha construido distintas teorías y modelos del federalismo norteamericano. Pues bien, esa propia doctrina ha advertido de los problemas que derivan de una deficiente constitucionalización del Estado federal: margen de maniobra excesivamente amplio en el que Tribunal Supremo puede interpretar la Constitución tomando como parámetro un modelo u otro de federalismo, la falta de transparencia y de certeza, y los problemas de responsabilidad que de ello derivan, entre otros.

En cuanto al principio dispositivo, se pueden encontrar aplicaciones concretas a una materia determinada; por ejemplo, en Canadá la Constitución permite a las provincias asumir competencias en el desarrollo y garantía de ciertos derechos, de modo que Quebec ha asumido las correspondientes competencias y otras provincias no lo han hecho. Pero en ningún otro Estado federal el

²¹ ANDERSON, G., *Una introducción al federalismo*, op. cit., pp. 77 a 78.

modelo se ha construido completamente a impulso de este principio como ha ocurrido en España.

En perspectiva comparada, la complejidad derivada de la «desconstitucionalización» y la apertura del modelo español tampoco se encuentran en otros estados federales. Pero sí es común, sin embargo, cierto grado de complejidad en lo relativo a la distribución de competencias. Todo Estado Federal tiene disposiciones en su Constitución dedicadas al reparto territorial del poder y a la distribución concreta de competencias, aunque con enormes diferencias en cuanto al grado de concreción, al sistema de asignación de competencias y al tipo de competencias que se atribuyen a cada nivel territorial. Todos estos Estados tienen su propio debate en esta materia y no existe una fórmula simple para determinar la forma más adecuada de distribuir el poder entre distintos órdenes de gobierno.

En cuanto a la heterogeneidad y asimetría, en el seno de todo Estado federal existe cierto grado de diversidad histórica, social, económica o cultural. Precisamente el Estado federal es la forma organizativa que se diseña para integrar comunidades con elementos diversos. Jurídicamente, sin embargo, la regla general ha sido la asignar los mismos poderes a todos los entes territoriales que integran un Estado federal, como ocurre en todas las federaciones clásicas (Estados Unidos, Australia, Alemania, Suiza...). El «federalismo asimétrico» se ha conceptualizado a lo largo de los últimos cincuenta años para hacer referencia a aquellos estados federales en los que los entes territoriales no tienen la misma posición de autonomía, como ocurre en Canadá, España, Bélgica, Italia, Rusia y la India. Canadá se organizó desde un principio de forma asimétrica debido a las diferencias lingüísticas, jurídicas y religiosas entre Quebec y el resto de Canadá. Bélgica se ha organizado de forma asimétrica en regiones y comunidades lingüísticas. En Italia existen dos tipos de regiones, las de Estatuto ordinario y las de Estatuto especial. En todo caso, no hay que olvidar que las federaciones asimétricas son la minoría y que dentro de ellas también hay diferencias notables, siendo España uno de los ejemplos de mayor grado de heterogeneidad y asimetría.

En cuanto a los motivos de la misma, desde el análisis comparado se califica de «transitoria» la asimetría que, como en nuestro caso, establece una Constitución al prever diferentes ritmos para el acceso a la autonomía. Otra cosa son los «hechos diferenciales» (lengua, etnia, religión...), que determinan una diferente asunción de competencias en relación con ellos: Así ocurre en Suiza, Bélgica, Canadá y España, respecto a la lengua, y en Canadá y España respecto a las diferencias de sistema jurídico.²² En todos estos casos la asimetría debe tener un límite²³ y, en este sentido, lo que diferencia a España de otros estados federales es la inexistencia de límite a la heterogeneidad que deriva del principio dispositivo.

²² WATTS, R.L., *Sistemas federales...*, op. cit., p. 179.

²³ ANDERSON, G., *Una introducción al federalismo*, op. cit., pp. 77 a 78.

Todos los estudios de federalismo comparado reconocen que la asimetría es la solución para integrar territorios con diferencias relevantes, pero introduce una mayor dosis de complejidad y una problemática específica. Todo Estado, también el federal, tiene una vocación integradora y creadora de unidad, y ese objetivo de la unidad se convierte en un reto mayor en las federaciones en las que existe más diversidad (de lengua, etnia, religión...) y en las que existen grupos con identidades distintas. El problema no es la diversidad, que en sí mismo es enriquecedora, sino la manera en la que se aborda, la manera en la que se buscan cauces para que no se destruya el modelo. En este sentido, los estudios comparados señalan que en los estados federales asimétricos suelen darse dos posiciones diferentes y más o menos enfrentadas: una posición mayoritaria que entiende que Estado debe ser integrador y una posición minoría que exige más poderes y autonomía; y que la estrategia para evitar la desintegración está en buscar el equilibrio entre las dos posiciones, en combinar adecuadamente el mantenimiento de la unidad con la acomodación de los principales aspectos de las demandas de los entes territoriales.

En este punto es evidente que los actores políticos y jurídicos, y especialmente los partidos políticos juegan un papel determinante en el diseño, en el funcionamiento, y en el éxito o fracaso de una federación, porque condicionan la evolución de una estructura federal en un sentido integrador o desintegrador.²⁴ Por eso los últimos estudios de federalismo comparado se ocupan también de advertir de las patologías que pueden sufrir los estados federales, y de los factores que contribuyen a generar tensión y que, en su caso, pueden conducir al fracaso de la federación.²⁵ Entre esos factores se encuentran las diferencias en lengua, tradición cultural, estructuración social y desarrollo económico, que pueden potenciar las divisiones y resentimientos entre entes territoriales, y, por otro lado, la actuación de los actores políticos, que puede contribuir a la moderación o a la acentuación del conflicto político.

A la vista de este análisis, y como admite ampliamente nuestra doctrina, sería deseable abordar ciertas reformas de nuestro «Estado autonómico». Sin renunciar a la apertura y asimetría, que son efectivamente características del modelo, nuestras asignaturas pendientes pasan por la reforma constitucional: para definir constitucionalmente nuestro Estado federal de las autonomías —constitucionalizando el modelo que hemos desarrollado—; para eliminar todas las disposiciones que regulan el acceso a la autonomía y que ya no se van a volver a aplicar, pulir todas las disposiciones que se han demostrado ineficaces, e incluir algunas nuevas y necesarias; y para determinar los límites de la apertura y la asimetría, de modo que éstas puedan desplegar la eficacia que les corresponde en nuestro modelo en un marco estable.

²⁴ WATTS, R.L., *Sistemas federales comparados*, Madrid, 2006, pp. 175-179; BURGESS, M., *Comparative Federalism in Theory and Practice*, Londres, 2006, pp. 209-222.

²⁵ WATTS, R.L., *Sistemas federales...*, op. cit., pp. 234-244.; BURGESS, M., *Comparative Federalism...*, op. cit., pp. 269-281.

Algunas consideraciones sobre la prevalencia y la primacía

Francisco Javier Matia Portilla
Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. Presentación. 2. La prevalencia estatal: 2.1. Precedentes de la prevalencia. Especial referencia a los estados federales. 2.2. Debate doctrinal. 2.3. Características de la prevalencia. 2.4. ¿Qué hacer con la prevalencia? 3. La primacía del Derecho de la Unión Europea, y su lejanía con la cláusula constitucional de la prevalencia. 4. Algunas reflexiones conclusivas. 5. Bibliografía citada.

1. PRESENTACIÓN

Una de las muchas paradojas que se recogen en nuestra Constitución es que mientras que el modelo autonómico está poco definido, se recoge una intensa delimitación del sistema de fuentes. Es tópico recordar, tras el difundido trabajo del profesor Cruz Villalón, que pocas certidumbres se tenían en diciembre de 1978 sobre la estructura territorial que finalmente tendría el Estado español, tanto en lo que atañe a su extensión de la descentralización territorial como a la profundidad que presentaría. Estas incógnitas quedarían despejadas en los pactos de la Moncloa, tres años después.

Frente a esta indeterminación, el sistema de fuentes constitucionalmente previsto establece fundamentos más sólidos. Dicho de forma esquemática, se prevé que la Constitución es la primera norma del ordenamiento español (lo que se expresa en su especial rigidez y en su supralegalidad normativa), estableciéndose, junto al Derecho del Estado central, que las Comunidades Autónomas que se impulsen, a través del oportuno Estatuto de Autonomía, podrán asumir las competencias en él previstas. Resulta lógico, en principio, que las relaciones entre el ordenamiento estatal y los subordinamientos territoriales se encuentren presididas por el criterio de competencia, puesto que la primera condición para que una norma sea válida es que se dicte al amparo de un título propio.

Ocurre, sin embargo, que no son impensables los conflictos normativos que se puedan producir entre dos normas, una estatal y otra autonómica, que han sido dictadas al amparo de títulos competenciales propios, siempre que ambas

recaigan sobre un mismo objeto o relación jurídica, sobre un mismo territorio y contengan regulaciones discrepantes (Santamaría, p. 141). Para la resolución de tales contradicciones normativas se prevé el principio de prevalencia, que impone la aplicación preferente de la norma estatal.

Este principio sirve para asegurar, en el plano puramente normativo, la supremacía del sistema normativo estatal sobre el autonómico (García de Enterría y Fernández, p. 355), vinculado al interés general (Parejo, p. 110). En el caso de la prevalencia, resulta de especial interés examinar su interrelación con el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea sobre el español, marcada, en un primer momento, por la difundida DTC 1/2004, y que acaba de ser retomada en el muy interesante (y criticable) ATC 86/2011, de 9 de junio, que ha contado con un voto particular suscrito por el Magistrado Pérez Tremps.

2. LA PREVALENCIA ESTATAL

2.1. Precedentes de la prevalencia. Especial referencia a los estados federales

Los precedentes remotos del principio de prevalencia, antes del surgimiento del modelo federal de Estado, se remiten a la pluralidad de ordenamientos personales y territoriales existente tras la disolución del imperio romano, jugando, en ese contexto, al revés (esto es, aplicándose preferentemente la norma local frente a la del Reich) (Otto, p. 60) y al margen del (entonces desconocido) principio de competencia (Lasagabaster, p. 109).

Es, sin embargo, al hilo del surgimiento del Estado federal de Estados Unidos cuando se desarrolla el principio de prevalencia. Se ha previsto expresamente en el art. 6.2 de la Constitución de 1787 y en otras estructuras federales (especialmente en el art. 31 de la Ley Fundamental de Bonn —y antes en los 2.1 y 13 de la Constituciones del Reich, de 1871, y de Weimar—) y de forma implícita en el ordenamiento suizo. No se ha incluido tal fórmula en la Constitución austriaca (Otto, pp. 59-60). Sí que lo ha hecho la Constitución española de 1931, que alumbra el Estado integral.

2.2. Debate doctrinal

La doctrina ha mantenido un vivo debate sobre la naturaleza, el contenido y el alcance de la cláusula de prevalencia, habiéndose también expresado en diversas ocasiones dudas sobre su sentido en nuestro Estado de las autonomías. Resulta preciso recordar, al menos, las aportaciones, en esta materia, de Luciano Parejo, Ignacio de Otto, o Iñaki Lasagabaster, entre otras varias.

Casi todas estas aportaciones encierran un entendimiento del modelo de descentralización territorial español. Mientras que algunos autores lo asimilan

el enfoque federal (poniendo cierto énfasis en el reparto competencial que lo caracteriza en Alemania, o en el poder limitado del poder federal en Estados Unidos), otros recuerdan que el modelo autonómico se caracteriza justamente por lo contrario, por la apertura de un poder general y pleno a la realidad autonómica. Es de justicia señalar que la cláusula ha sido muy cuestionada tanto en el marco del Estado federal, como entre nosotros. Mientras que algunos autores clásicos defienden su pertinencia (Schwartz o Maunz —Otto, p. 60—), otros patrocinan su desterramiento (Imboden, Von Mangoldt y Klein y, especialmente, Schmitt y Kelsen) (*cf.* Lasagabaster, pp. 96 ss). Especialmente beligerante en este punto se muestra entre nosotros Ignacio de Otto, quién defiende, en un clásico trabajo, que el poder central es general y pleno, frente al carácter competencialmente limitado de los autonómicos. Este autor estima que con el principio de prevalencia «se pretende tan sólo evitar el efecto a que conduce la combinación del principio de especialidad [del Derecho autonómico] y el de concentración de la jurisdicción constitucional» (p. 87). Por ello, «cuando el órgano llamado a la aplicación considere que la ley de la Comunidad Autónoma es nula no se verá sometido a la obligación de aplicarla que deriva de los principios señalados, sino que se aplicará el derecho del Estado, esto es, el derecho general, sin perjuicio de que ulteriormente pueda demostrar que su juicio era erróneo y que, por tanto, debió utilizar la regla de especialidad y aplicar el derecho autonómico. Lejos de obligar a hacer una presunción, la regla de prevalencia establece que si se duda de la validez del derecho autonómico se proceda a su inaplicación y se aplique sustitutivamente el derecho general del Estado» (Otto, p. 87). Por su parte, Luciano Parejo defiende la prevalencia de las leyes estatales dictadas al amparo del art. 149.1 CE (pp. 103-104), porque considera que opera también como «una norma de competencia» (*ibidem*, p. 110) y Gómez Ferrer la anuda a una teórica *función constitucional* (pp. 33-36). También propugna la inaplicación de la ley autonómica Rubio Llorente (p. 123). Una posición radicalmente contraria es mantenida por quienes, siguiendo a Kelsen, sostienen que el principio de prevalencia carece de sentido en un modelo marcado por la distribución territorial de competencias. Estos profesores hacen notar que la prevalencia convierte en inútil el reparto constitucional o contractual de competencias, ya que éste, para tener sentido, ha de resultar indisponible, en su esencia, al menos, frente a la voluntad de una sola de las partes» (Arroyo, p. 418).

Sin entrar en el examen detenido de todas estas lecturas doctrinales de la prevalencia, merece la pena indicar, en primer lugar, que el desarrollo del Estado autonómico ha llevado a que el principio de prevalencia haya sido obviado por nuestro Tribunal Constitucional y a que su eventual aplicación, de existir, pase desapercibida.

Entrando en la primera cuestión indicada, debe hacerse notar que se ha abierto paso entre nosotros la sensación de que el Estado autonómico sitúa, en una misma posición, al Estado central y a las Comunidades Autónomas. Aunque los argumentos manejados por Ignacio de Otto no carezcan de sentido, no

se compadecen con algunos datos que merece la pena retener. Así, por ejemplo, el hecho de que la asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma pueda retirar la proposición de reforma de su Estatuto en cualquier momento de su tramitación, incide en esa idea pactista. Mayor servicio ha prestado a esta tesis el Tribunal Constitucional con algunas decisiones adoptadas a los largos de estos años. Así, por ejemplo, indicando que el legislador estatal no es ya competente para regular competencias que han sido cedidas a todas las Comunidades Autónomas, incurriendo en nulidad en caso contrario. O afirmando que cualquier conflicto internormativo planteado entre el Estado central y las Comunidades Autónomas debe ser resuelto a través de la (exclusiva) aplicación del principio de competencia.

La cláusula de prevalencia puede ser útil cuando la normativa estatal y autonómica está dictada al amparo de títulos competenciales propios y distintos entre sí (Santamaría, pp. 141-142). Especialmente interesante, en este punto, es también la jurisprudencia constitucional relacionada con la relación de las bases estatales y la legislación autonómica de desarrollo. Mientras que algunos autores consideran que estamos ante competencias concurrentes, y ven entonces aplicable el principio de prevalencia (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, p. 356; Borrajo, p. 2497; Alonso Más, p. 345), otros autores defienden que hay una delimitación funcional (bases de un lado, y legislación de desarrollo por otro), lo que implica un reparto constitucionalmente fiscalizable, lo que hace inviable acudir al criterio de la prevalencia (Otto, *Derecho...*, p. 282).

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha entendido que la norma autonómica que se separa de la base estatal es inconstitucional (SSTC 27/1987 y 151/1992) de forma mediata o indirecta, en relación con las bases (SSTC 60/1993, 166/2002 y 109/2003, entre otras muchas). Tal inconstitucionalidad puede ser, incluso, sobrevenida, cuando la legislación autonómica, aunque válida en su origen, se ve contrariada por la variación de la base estatal (STC 1/2003). Lasagabaster entiende que, en este supuesto, los tribunales ordinarios podrían aplicar la norma básica (siempre que haya sido así definida por el legislador estatal —o, si fuera reglamentaria, siempre que una Ley estatal declare su carácter básico—) en detrimento de la norma autonómica anterior en el tiempo, pero no si es posterior, siendo procedente en este último caso plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad (pp. 148-156). Santamaría Pastor va más lejos, y entiende que la Ley autonómica que se ve afectada por unas nuevas bases estatales debe ser considerada derogada (p. 143).

Es cierto que este entendimiento de la cuestión puede ser sometido a crítica. La última Sentencia citada, por ejemplo, fue acompañada por un Voto Particular en el que tres Magistrados entendían que era de aplicación la cláusula de la prevalencia (también, en el plano doctrinal, Borrajo, p. 2497).

Yendo ya a la segunda cuestión apuntada, y en estrecha relación con la postergación de la prevalencia en la jurisprudencia constitucional respecto de

la competencia (STC 69/1982, de 23 de noviembre, FJ 2.c), ésta ha pasado a ser, en su caso, tomada en consideración por los tribunales ordinarios, y en casos concretos, lo que lleva, en primer lugar, a que se ejerza con una discreción que dificulta su estudio. Por este motivo se ha dicho que su aplicación práctica es invisible (Borrajo, p. 2496).

Hay que añadir, claro está, que el poder de los operadores jurídicos es muy limitado. De un lado, porque todos ellos (y, especialmente, los Juzgados y tribunales) están sometidos al imperio de la Ley. De otro, porque el propio Tribunal Constitucional ha señalado que los tribunales ordinarios no pueden inaplicar normas con fuerza de Ley autonómicas sin plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (STC 163/1995, de 8 de noviembre, lo que ya fue adelantado por Lasagabaster, pp. 124 o 127, véase Borrajo, 2498-2499), lo que vuelve a situar, en el centro del debate, al principio competencial, lo que desplaza la eficacia (acaso el sentido) del principio de prevalencia.

No es de extrañar, entonces, que se haya sugerido la eventual supresión de la cláusula de la prevalencia en una futura reforma constitucional. Hasta que eso ocurra (si es que ocurre), podemos detenernos a continuación en las características del principio de prevalencia.

2.3. Características de la prevalencia

a) A pesar de lo que pudiera pensarse por el vocablo «principio», la prevalencia es una regla jurídica, que impone a los aplicadores del Derecho la aplicación preferente de la norma estatal sobre la autonómica. Esta idea, expresada por la profesora Biglino sobre la supletoriedad, resulta igualmente aplicable a la prevalencia (p. 56).

b) Esta regla opera, en todo caso, sobre un conflicto producido entre dos normas válidas; esto es, que no puede ser encauzado a través del criterio competencial, ya que, de activarse éste, «a la prevalencia no le queda ningún margen de maniobra, porque el conflicto en cuestión queda ya resuelto en un estadio anterior, el de la competencia» (Arroyo, p. 416; véase Santamaría, pp. 140-141). Por esta razón solamente puede tener sentido la prevalencia cuando afecta a competencias, cuando menos, compartidas (siendo esto acaso suficiente por carecer nuestro modelo constitucional de una reserva material de reglamento).

c) la prevalencia no es jerarquía, sino que opera entre normas que pueden estar situadas, en un mismo escalón jerárquico de subordinamientos jurídicos. Y es que «la inexistencia de relación jerárquica tiene su explicación en la propia fundamentación política del sistema: ninguna fuente del Derecho (salvo la Constitución misma) tiene ahora la fuerza inmanente atribuida a la ley como expresión de la voluntad nacional en el Estado legal de Derecho» (Balaguer, p. 201).

d) Como consecuencia de lo anterior, la activación de la prevalencia no conlleva ni la declaración de nulidad de norma alguna ni la consideración de que una de ellas deroga a la otra (Borrajo, pp. 2495-24966). «La norma desplazada sigue siendo válida y estando en vigor, sólo que rigiendo supuestos distintos a los que quedan sometidos al mandato de la norma prevalente sino, todo lo más, su inaplicación al caso concreto» (Borrajo, p. 2496).

e) Finalmente, la prevalencia no es actuada ni por el Tribunal Constitucional (Alonso Más se muestra partidario de establecer un mecanismo procesal que le permitiera conocer de estas materias, esp. pp. 346-347), ni por el legislador (ya sea estatal, ya sea autonómico —cfr. SSTC 76/1983, de un lado, y 132/1989 y 331/2005, de otro—). Son los aplicadores del Derecho los llamados a aplicar dicha regla, siempre que no afecte a una norma con fuerza de ley.

2.4. ¿Qué hacer con la prevalencia?

Se ha mostrado, en líneas anteriores, que la cláusula de prevalencia contenida en el art. 149.3 CE genera más discusiones que consensos. Se ha hecho ver, por ejemplo, que es perturbadora en el Estado federal, aunque nuestro Estado no lo es formalmente. También se ha discutido hasta la saciedad su eventual aplicación a los conflictos internormativos que puedan producirse entre las bases estatales y las legislaciones autonómicas de desarrollo. Estos desencuentros doctrinales, estas dudas acerca de los perfiles de la institución jurídica de la prevalencia, patrocinan, por sí solos, su revisión.

Lo que no resulta tan fácil es opinar sobre tal revisión. Fundamentalmente, porque el principio de prevalencia presenta connotaciones específicas en cada uno de los sistemas jurídicos en los que se integra (Lasagabaster, p. 100). Nuestro concreto modelo autonómico presenta una evidente crisis, que ha puesto de manifiesto la desautorización del nuevo Estatuto catalán. Más allá de lo que se opine sobre la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sí que puede adelantarse que cualquier decisión que pretenda ahondar en esa dirección, o en otras bien distintas, debe realizarse a través de la preceptiva revisión constitucional. Será, precisamente, en el marco del modelo de descentralización territorial del Estado español que se adopte, si es que se adopta, en el que deberá analizarse la pertinencia y, en su caso, el alcance de la cláusula de prevalencia.

3. LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, Y SU LEJANÍA CON LA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE LA PREVALENCIA

No es inhabitual que se suela aludir a la primacía del Derecho de la Unión Europea en los estudios doctrinales de la prevalencia (como sinónimos los uti-

liza Lasagabaster, pp. 39-40). Borrajo considera, por su parte, que el funcionamiento de ambas cláusulas es similar, aunque establece dos matices (a) la comunitaria no está expresamente prevista en los Tratados; (b) la española es limitada (puesto que no puede afectar a las materias exclusivas de las CCAA, por indicarlo así el art. 149.3 CE) (p. 2496).

Sin poner en cuestión estas afirmaciones, podrían añadir dos datos más que merecen ser tomados en consideración. El primero es que mientras que la Unión Europea (cuyo Derecho prima) es un organismo internacional de competencias atribuidas (y limitadas, por tanto a ellas), no ocurre esto con el Estado central español con respecto a las Comunidades Autónomas. En nuestro país las únicas organizaciones territoriales con competencias legislativas de atribución son las Comunidades Autónomas. Cuestión distinta es que se entienda que, una vez cedidas, el Estado central ya no puede regularlas. No deja de ser significativo que el tanto la UE como las CCAA nazcan con un listado tasado de competencias, y que el poder estatal de revisión constitucional siga estando exclusivamente vinculado al aparato central del Estado.

El segundo matiz que es conveniente añadir a los expuestos por el profesor Borrajo es que la primacía del Derecho de la UE sobre los ordenamientos estatales no es absoluta. Todos los Tribunales Constitucionales han formulado, en términos más o menos precisos pero constatables, una reserva de jurisdicción. Así, por ejemplo, en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, se llega a afirmar que «en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran» (FJ 4). Primacía sí, *ma non troppo*.

Es cierto, sin embargo, que esa misma Declaración incorpora una fundamentación, favorable al principio de primacía, en la que se admite también que el texto constitucional (en concreto, el art. 93 CE) puede consentir «su propio desplazamiento o inaplicación» (FJ 4). Si se recuerda ahora este aserto no es para reiterar las discrepancias en su día mostradas con el mismo (Matia, esp. pp. 345 ss), sino porque el reciente ATC recaído en el marco del recurso de amparo 6922-2008, en el que se plantean tres cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo, ahonda en esa dirección. Examinaremos esta reciente resolución desde la exclusiva perspectiva de la primacía, aunque en otro contexto más general pudieran debatirse otras cuestiones complementarias (como, por ejemplo, si la norma cuya interpretación se solicita es aplicable a unos hechos acaecidos antes de su entrada en vigor).

Desde la perspectiva que aquí interesa analizar, lo determinante (y preocupante) es que se pregunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si un precepto de Derecho comunitario derivado debe ser interpretado de forma tal que impida a las autoridades someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a límites que, según el propio Tribunal Constitucional español, son imprescindibles para garantizar el derecho fundamental de defensa del afectado (art. 24.2 CE). Se plantea al Tribunal de Luxemburgo si tal precepto

es compatible con la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Finalmente, la tercera cuestión prejudicial planteada en ese mismo auto es si, en el caso de que la normativa comunitaria examinada fuera compatible con la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, podría ampararse en el artículo 53 de la misma que un Estado limitara el alcance de la euroorden para hacerlo compatible con el respeto de los derechos constitucionales del afectado.

El conflicto planteado no solamente se refiere a la regularidad del Derecho comunitario derivado (en sentido lato) respecto del originario (en particular, de la citada Carta, que tiene la misma fuerza que los Tratados), sino también a la influencia vinculante que ese precepto, aprobado por el Consejo de la Unión, puede tener sobre los derechos fundamentales, que son producto del poder constituyente español.

Desde esta estricta perspectiva, que resume el nudo gordiano del ATC, puede ser esta resolución sometida a crítica por diversas razones de distinta índole.

Comenzando por lo más evidente. Aún en el supuesto de que se admitiera, a título de inventario, que la Constitución estatal puede ser parcialmente desplazada por un Tratado internacional (más aún, aceptando que ese desplazamiento pudiera ser realizado por el Derecho comunitario derivado, pese a que los Tratados internacionales están lógicamente sometidos al control de constitucionalidad) resulta claro que dicho efecto nunca podría producirse sobre los derechos fundamentales. Lo es porque el sentido de la de la Constitución (como forma más acabada del constitucionalismo) es garantizar la libertad. Resultaría por ello inadmisibles aceptar que el Derecho comunitario (originario o derivado) consienta la vulneración (o, si se prefiere, el desplazamiento) de los derechos fundamentales. Este es, precisamente, el mensaje recogido en las difundidas Sentencias de los principales Tribunales Constitucionales europeos en la materia (también del español, en la STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4.a). Por esta razón, y por el hecho de que se pueda discrepar de aquellos autores que defienden la conveniencia de que el Tribunal Constitucional plantee cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Alonso), dado que, en puridad, ni son jueces comunitarios ni aplican el Derecho comunitario derivado. Si este argumento no está desprovisto de sentido, no deberían plantearse cuestiones prejudiciales cuando están en juego los derechos fundamentales.

Si la máxima jurisdicción comunitaria entendiera, como máximo intérprete de la legalidad comunitaria, que el precepto cuestionado respeta la Carta de Niza, trasladaría una delicada cuestión al Tribunal Constitucional. No parece fácil que en un sistema como es el de la euroorden, basado en la igualdad y en la buena fe estatal, puedan consentirse regímenes especiales. Y eso obligaría al Tribunal Constitucional o a abandonar una línea jurisprudencial establecida en diversas resoluciones previas (SSTC 91/2000, 134/2000, 162/2000, 156/2002 y 183/2004) que interpreta un derecho constitucio-

nal, asumiendo una decisión intergubernamental adoptada en el seno de la Unión Europea, lo que resultaría simplemente sorprendente, o a rebelarse (en el caso de que el Tribunal de Luxemburgo tampoco admitiera reservas estatales derivadas de los derechos fundamentales) contra la jurisdicción comunitaria. Cualquiera de las posibilidades apuntadas es preocupante, lo que permite pensar que la cuestión prejudicial es, además de desafortunada en el plano puramente dogmático, arriesgada desde una perspectiva estrictamente estratégica. Y si el Tribunal quiere ser coherente con su jurisprudencia anterior, estaría más cerca de la rebelión que de la comprensión, porque en la citada Declaración de 2004 señaló, expresamente, que «claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno». Y si optara por olvidar este aserto y someterse a los dictados de la jurisdicción comunitaria, no sería imposible que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos enmendara la plana a nuestro Tribunal Constitucional, lo que tampoco le dejaría en un buen lugar.

Si se comparten las consideraciones realizadas hasta el momento, es probable que también se asuma la idea de que acaso el Tribunal Constitucional debiera haber explorado otras vías. Una de ellas, sugerida por el Magistrado Pérez Tremps, es plantearse seriamente si puede producirse una indefensión constitucionalmente relevante por un juicio celebrado en rebeldía cuando hay constancia de que el acusado fue debidamente emplazamiento y decidió, libremente, no personarse en su causa, constando además la posibilidad de que asistiera su abogado para la defensa de sus intereses (apartado 6 del VP que acompaña al Auto). Esta línea argumental (vinculada en el propio Voto Particular, por cierto, a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, y no a la Carta de la Unión) hace innecesario, a juicio del Magistrado discrepante, que se recurra a la cuestión prejudicial en este caso. Más aún, podría haberse preguntado el Tribunal si la aparición de un nuevo catálogo europeo de derechos humanos, sin duda alguna relevante para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales, exige (o consiente) realizar lecturas novedosas de los derechos fundamentales que han sido también consagrados en el Convenio.

Volviendo al objeto del presente trabajo, quiere dejarse claro, y en conclusión, que la primacía del Derecho comunitario admite pocas comparaciones con la cláusula constitucional de la prevalencia. Mientras que los subordinamientos del Estado Central y de las Comunidades Autónomas se encuentran vinculados a una Constitución normativa que goza de supralegalidad, los Tratados comunitarios instauran un organismo internacional del que siguen siendo sus señores los Estados miembros, soberanos, y, y esto es lo relevante en este estudio, cuya norma fundacional debe adoptarse de conformidad, procedimental y material, con las distintas Constituciones nacionales.

4. ALGUNAS REFLEXIONES CONCLUSIVAS

En líneas anteriores se ha puesto de manifiesto que los principios de prevalencia del Derecho estatal sobre el autonómico y de primacía del Derecho de la Unión Europea sobre los ordenamientos estatales mantienen entre sí importantes diferencias que aconsejan un estudio pormenorizado y separado de uno y de otro. Igualmente se ha subrayado la importancia que sigue teniendo la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico, como producto del poder constituyente y como norma suprallegal que se garantiza, en lo que ahora interesa, a través del control nomofilático de las normas aprobadas por cualquier poder constituido.

No sería justo cerrar estas breves reflexiones sin indicar que ambos procesos (el de la integración europea y el autonómico) comparten una característica más que las señaladas hasta el momento. Tanto el modelo autonómico como el proceso de integración europea son procesos abiertos y, por ello mismos, inestables.

En el plano estatal, esa inestabilidad ha sido recientemente evidenciada con la desautorización (desactivación, si se prefiere) del reformado Estatuto de Autonomía de Cataluña en la STC 31/2010, y con las reacciones políticas y doctrinales que ha suscitado. Tampoco ha sido ajena la Unión Europea a las tensiones provocadas por la indefinición del modelo internacional elegido (que, justo es decirlo, ha permitido durante años alcanzar una profunda integración social y una interdependencia política y estratégica). Buena muestra de las mismas las encontramos en algunas resoluciones dictadas por Tribunales Constitucionales estatales (la más reciente, la alemana referida al Tratado de Lisboa), que, lejos de establecer un debate con el Tribunal de Luxemburgo, establecen los límites constitucionales que condicionan el desarrollo de la Unión Europea.

Es evidente que el futuro de ambos procesos de integración territorial del poder dependerá de las decisiones políticas que se adopten. Y es igualmente claro que la opción que se asuma en relación con uno proceso de integración incide, manifiestamente, en el otro. Así, por ejemplo, si los Estados europeos siguieran hoy la senda marcada en su día por los de Estados Unidos de Norteamérica, el papel de las CCAA en nuestro país, o de los *länder* en Alemania quedaría lógicamente devaluado.

Sería aventurado pronunciarse sobre el futuro de la Unión Europea. No lo es tanto hacerlo sobre la eventual evolución de nuestro modelo actual, basándose para ello en su forma de gestación, que ha sido muy distinta al surgimiento del Estado federal en otros países. Es sabido, por ejemplo, que el federalismo norteamericano se ha visto, tradicionalmente, como una separación de poderes de segundo grado o territorial, que se superpone a la horizontal o funcional (Ballbé y Martínez, p. 26). Pues bien, así como es habitual entender que el sistema político debe girar, en esta última, en torno al Parlamento porque integra a la minoría (cuya existencia y respeto es esencia misma de la democracia, *cfr.* Kelsen), suele contarse con que el Estado central debe tener cierta supremacía política.

Este dato, que no cuestiona que los ordenamientos central y autonómicos mantengan entre sí una relación de independencia e idénticos escalones jerárquicos, se encuentra también presente en nuestro sistema constitucional. Se evidencia, por ejemplo, en los principios de (indisoluble) unidad y solidaridad (art. 2 CE) (siendo esta última ontológicamente ponderada y exigida por el Estado central), y en la subordinación de toda la riqueza del país al interés general (art. 128.1 CE), en los Estados de emergencia constitucional (art. 116 CE) y, especialmente, en el contexto del presente estudio, en el poder de sustitución del poder autonómico (art. 155 CE).

Podría pensarse que tal supremacía no se encuentra reconocida en el plano normativo, incidiendo en la idea de la impulsión de los Estatutos de Autonomía responden a un pacto entre el Estado central y los territorios, tesis que alcanza nuevos bríos a partir del momento en que los Estatutos contemplan la posibilidad de que la Asamblea Legislativa pueda retirar la propuesta de reforma presentada antes las Cortes Generales en cualquier momento de su tramitación. En efecto, las futuras reformas precisarán así del consenso entre el Estado central y la Comunidad Autónoma. Puede hablarse, al menos desde un planteamiento fáctico, en que estaremos en presencia de un pacto entre territorios.

Siendo esto cierto, resulta oportuno recordar que la revisión constitucional, que puede (y debe) cerrar el modelo autonómico, no precisa, sin embargo, del concurso de la Comunidad Autónoma (Groppi, p. 10). A través de la revisión constitucional podría adoptar cualquier decisión en esta materia (desde optar por un modelo centralizado de Estado hasta diseñar un Estado federal). Podría argumentarse, claro, que las CCAA actuarían también en este proceso a través del Senado, por ser ésta una Cámara de representación territorial (art. 69.1 CE), pero esto no pasa de ser un (cierto) eufemismo en el momento de escribir estas líneas.

La supremacía del Estado central no solamente es un presupuesto de un modelo teórico, sino que surge de nuestra forma de acceder, desde un Estado unitario, a una descentralización territorial. Aunque es indudable que el experimento acometido por el constituyente ha sido muy positivo, es un buen momento para replantearse el modelo, en el sentido que sea, y cerrarlo, dotándolo de una estabilidad tan conveniente como necesaria.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el derecho comunitario: jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.

ALONSO MÁZ, M.J., «La prevalencia del Derecho del Estado y la inaplicación judicial de las leyes autonómicas: el caso de las cesiones de aprovechamiento en suelo urbano», en *Revista de Administración Pública*, n.º 161, 2003.

- ARROYO GIL, A., «Los principios de competencia y prevalencia en la resolución de los conflictos competenciales: una relación imposible», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 80, 2007.
- BALLBÉ, M. y MARTÍNEZ, R., *Soberanía dual y Constitución integradora*. Ariel, Barcelona, 2003.
- BORRAJO INIESTA, I., «El orden constitucional de competencias y ordenamientos (art. 149.3 CE)», en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española (XXX aniversario)*, La Ley-Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- CRUZ VILLALÓN, P., «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa» (1981), incluido en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, 2.º ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo I*. 5.º ed. Civitas, Madrid, 1989.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», en *Revista de Administración Pública*, 113, 1987.
- GROPPI, T., «La reforma constitucional en los Estados federales: entre pluralismo territorial y no territorial», en *Ponencia presentada en el VII Congreso iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 12-15 de febrero de 2002, Consultado el 23 de julio de 2011, en http://www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/COMPARATO/pub.html
- LASAGABASTER HERRARTE, I., *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Civitas, Madrid, 1991.
- MATIA PORTILLA, F.J., «Dos constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 74, 2005.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General II*, Iustel, Madrid, 2006.
- OTTO Y PARDO, I., «La prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho regional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 2, 1981.
- OTTO Y PARDO, I., *Derecho constitucional, Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.
- PAREJO, L., La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
- RUBIO LLORENTE, F., «El bloque de la constitucionalidad», incluido ahora en *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho administrativo general I*. 2.º ed. Iustel. Madrid, 2009.

La cláusula de prevalencia en la Constitución española: aportaciones al debate

Josu de Miguel Bárcena
Profesor
Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El ordenamiento territorial español: competencia y prevalencia. 3. Ámbitos de aplicación de la cláusula de prevalencia en el ordenamiento jurídico español: 3.1. Colisiones producidas por el ejercicio estatal y autonómico de competencias materiales distintas en un mismo ámbito territorial. 3.2. Las competencias compartidas y el principio de prevalencia. 3.3. La cláusula de prevalencia y las competencias horizontales del Estado. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución española cuenta en su art. 149.3 con una cláusula de prevalencia del derecho estatal sobre el derecho regional. Tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), han discutido durante 30 años la validez de dicha cláusula, fundamentalmente porque su funcionamiento se adecua mejor al ordenamiento jurídico del Estado federal por agregación, que al del Estado regional descentralizado, como es el caso español.

El profesor Ignacio de Otto fue el primero que captó el valor problemático de la cláusula de prevalencia en el ordenamiento constitucional español¹. En el ámbito auténticamente federal, esto es, donde el Estado surge de la agregación de las partes, el campo competencial general de la Federación se encuentra limitado a determinadas materias, con la consecuencia de que las normas dictadas fuera de él son nulas. La técnica para permitir que el ordenamiento general coexista con los ordenamientos particulares es la limitación material de aquél a lo establecido en el sistema competencial. La Federación tiene un po-

¹ OTTO Y PARDO, I., «La prevalencia del derecho estatal sobre el regional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 2, 1981.

der legislativo materialmente limitado, lo que permite que las materias excluidas sean objeto de regulación por parte de los ordenamientos particulares de los Estados.

Sin embargo, la formación de un ordenamiento desde los particular a lo general, como es el caso por ejemplo de Estados Unidos, Alemania o la Unión Europea, incluye competencias concurrentes o paralelas, que se caracterizan por haber sido atribuidas a los dos niveles territoriales sobre un mismo objeto. En este contexto, la cláusula de prevalencia alcanza todo su sentido, pues ante un conflicto entre normas la Constitución (por ejemplo, el art. 72 de la Ley Fundamental de Bonn) opta por atribuir mayor valor al derecho elaborado por la Federación.

El caso español es diferente. No sólo porque formalmente existan escasas competencias concurrentes², sino porque como Estado regional (autonómico), la superposición de los ordenamientos se lleva a cabo mediante una técnica distinta. La competencia legislativa del Estado no tiene inicialmente límites, es una competencia general. Los únicos límites se producen en la aplicación de esas normas: allí donde tenga competencia la Comunidad Autónoma, la norma estatal que es válida tendrá una vigencia de grado. Ello es así porque el propio art. 149.3 CE establece que el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas. La regla de supletoriedad significa, por tanto, que cuando el derecho del Estado se ocupe de materias de la competencia de la Comunidad Autónoma no por ello será nulo, como ocurriría en el derecho federal, sino que será de aplicación supletoria: es decir, válido pero de vigencia disminuida allí donde exista un derecho válido de las Comunidades Autónomas. A pesar de que estemos ante un supuesto de concurrencia inversa³, la cláusula de prevalencia resulta difícil de aplicar, porque el Estado no tiene que colonizar espacios jurídicos que le son propios y porque estamos ante un sistema donde predominan las competencias compartidas.

Pero el Estado autonómico español ha avanzado progresivamente hacia su federalización, gracias al trabajo realizado por el TC. Éste ha construido el ordenamiento descentralizado utilizando casi exclusivamente el principio de competencia⁴. A partir de la década de 1990, el TC cambió progresivamente las

² FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*, Iustel, Madrid, 2005, p. 433.

³ Ignacio de Otto señala que «es obvio que, en rigor, todas las competencias son concurrentes o, lo que es lo mismo, que cuando se atribuye una competencia a la Comunidad Autónoma se le atribuye en concurrencia con la competencia subsistente del Estado, hecho éste por el que las reglas de colisión no son en nuestro ordenamiento normas a aplicar en supuestos excepcionales, sino reglas de aplicación general, ya que toda norma de la Comunidad Autónoma, incluso la dictada dentro de su competencia más estricta, entra en colisión con una norma del Estado», OTTO Y PARDO, I., «La prevalencia del derecho estatal sobre el regional...», *op. cit.*, p. 80.

⁴ BIGLINO CAMPOS, P., *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, CEPC, Madrid, 2007.

relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, al dejar sin valor la cláusula de supletoriedad establecida en la Constitución. Para algunos autores, esto significó que las Regiones se situaban ante la responsabilidad de optar por regular la materia que la Constitución les había atribuido, o no hacerlo, según el criterio político y la naturaleza compartida o exclusiva de las competencias en juego⁵. Para otros, al desaparecer el carácter general del ordenamiento estatal, se producía una apertura de espacios normativos (lagunas) que propiciaba una intervención mínima del Estado y ponía en una situación muy precaria a las competencias compartidas donde las Comunidades tenían que completar obligatoriamente las bases del Estado⁶.

El debate sobre la cláusula de prevalencia se cerró con las Sentencias del TC 76/1983 y 77/1984. Hasta ese momento, la doctrina había entendido la prevalencia como una cláusula de atribución de competencias⁷. El efecto de la nueva interpretación de la cláusula de supletoriedad y el uso cada vez más pleno del principio de autonomía política por parte de las Regiones, ha hecho sin embargo que vuelva a plantearse la posibilidad de encontrar mecanismos para evitar la fragmentación del ordenamiento jurídico. Fragmentación que no ha hecho sino aumentar con las sucesivas reformas de los Estatutos de Autonomía durante la década de 2000⁸. Por ello, ha reaparecido el debate sobre la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE.

2. EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL ESPAÑOL: COMPETENCIA Y PREVALENCIA

En España, tanto la doctrina como la jurisprudencia del TC, han señalado que las relaciones entre el ordenamiento jurídico estatal y el regional se basan fundamentalmente en el principio de competencia. Por ello, no es posible que la prevalencia del derecho estatal prevista en el art. 149.3 CE pueda llegar a actuar. A este respecto, la tesis más radical es la de Arroyo Gil, que en diversos trabajos ha señalado que la lógica de la Constitución federal (en la que incluye la Constitución española), indica que todas las competencias, por definición, son de naturaleza exclusiva: las competencias concurrentes o compartidas lo son en virtud de la consideración de la materia que se pretende regular, pero el alcance de las facultades legislativas o ejecutivas será siempre de carácter ex-

⁵ BALAGUER CALLEJÓN, F., «Las relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos. Una reflexión a la luz de la regla de supletoriedad», en *Revista de Derecho Político*, n.º 44, 1998, p. 305.

⁶ TAJADURA TEJADA, J., *La cláusula de supletoriedad del derecho estatal respecto del derecho autonómico*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.

⁷ PAREJO ALFONSO, L.: *La prevalencia del Derecho del Estado*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 113 y ss.

⁸ SOSA WAGNER, F. y FUERTES, M., *El Estado sin territorio. Cuatro relatos de la España autonómica*, Civitas, Madrid, 2011.

clusivo. En este contexto de reparto competencial perfecto, la cláusula de prevalencia resulta inútil, pues siempre que el Estado quiera imponer su derecho, tendría que acudir al mayor valor de su derecho, definido por el interés general que representa⁹. Como ya señaló Kelsen, la cláusula de prevalencia rompería por completo con la idea de Constitución federal que garantiza el principio de autonomía política, y por lo tanto debería ser rechazada como instrumento de integración del ordenamiento jurídico descentralizado¹⁰.

En esencia compartimos la teoría de Arroyo Gil. Sin embargo, como él mismo reconoce, los criterios de distribución competencial son necesariamente heterogéneos, de modo que se entrecruzan entre sí. Resulta evidente que cuando en el marco del art. 149.1 CE se produce concurrencia normativa como consecuencia de las nuevas bases dictadas por el Estado, prevalece el derecho estatal sin necesidad de anular las normas de desarrollo regionales. Otra cosa es la colisión de normas que se pueda producir en el marco de la aplicación concreta de las bases estatales. La regla de prevalencia del derecho estatal puede además funcionar en caso de que éste tenga que dirigir una operación para armonizar el ordenamiento a partir del marco establecido por principios realizados por el Estado (art. 150.1 CE)¹¹. Por último, resulta comúnmente aceptado que la competencia de cultura reconocida explícitamente en el art. 149.2 CE, o la derivada de la garantía del uso de la lengua castellana en todo el territorio español, son materias que responden a la tipología de competencias concurrentes, por lo tanto en ellas cabría aplicar el principio de prevalencia del derecho estatal¹².

¿Es posible encontrar más situaciones en las que el principio de competencia no pueda ofrecer una solución a los conflictos normativos, y deba utilizarse la cláusula de prevalencia? En la Constitución española no se encuentran títulos competenciales explícitos que atribuyan la regulación de una materia por igual al Estado y las Regiones (competencias concurrentes). Solo si considerásemos a la Constitución como una Norma integrada en la Constitución multinivel europea y en el reparto de poder que ésta realiza¹³, podríamos llegar a tal conclusión: en este sentido, el art. 2.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Eu-

⁹ ARROYO GIL, A., «Competencia versus prevalencia en los Estados territorialmente descentralizados, con especial referencia al Estado autonómico español», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 20, 2009; y ARROYO GIL, A., «Los principios de competencia y prevalencia en la resolución de los conflictos competenciales. Una relación imposible», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 80, 2007.

¹⁰ Recordado por OTTO Y PARDO, I., «La prevalencia del derecho estatal sobre el regional...», *op. cit.*, p. 60.

¹¹ CANTERO RODRÍGUEZ, J., «Nuevas reflexiones sobre la cláusula de prevalencia», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 269, 1996, pp. 132 y ss.

¹² LÓPEZ CASTILLO, A. y TAJADURA TEJADA, J., «El Estado Autonómico en la encrucijada», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 151, 2011, pp. 9-24.

¹³ PERNICE, I., «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: european constitution-making revisited?», en *Common Market Law Review*, vol. 36, n.º 4, 1999.

ropea señala que «Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. *Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya*». Por lo tanto, es necesario analizar las distintas interacciones que surgen entre el derecho estatal y regional en el ámbito interno, a partir de las tipologías competenciales que pueden identificarse en la propia Constitución española.

3. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Como acabamos de señalar, la regla de la exclusividad no evita que se produzcan situaciones en las que se produzca la concurrencia de normas provenientes de diversos niveles territoriales.

3.1. Colisiones producidas por el ejercicio estatal y autonómico de competencias materiales distintas en un mismo ámbito territorial

La Constitución española ha previsto la coexistencia de títulos competenciales con incidencia en un mismo espacio físico. Es precisamente la posibilidad de concurrencia de títulos competenciales sobre el mismo espacio lo que obliga a buscar las fórmulas de cooperación que en cada caso permitan su concreta articulación¹⁴. Estas fórmulas permiten en principio la optimización del ejercicio de las competencias estatales y regionales, pero sin perder de vista que en último extremo los conflictos que puedan surgir y que no puedan ser solucionados mediante la colaboración deberán ser solucionados a través del principio de prevalencia¹⁵. Como no existe una extralimitación competencial por parte de ninguno de los poderes territoriales, la colisión se convierte en una cuestión de intereses, en la que hay que establecer cuál es el más importante, el general o el de mayor amplitud, a la hora de otorgarle un carácter prevalente o preferente. Sin duda, en el Estado de las autonomías, el principio de unidad actúa como una potencia que se actualiza en favor de la prevalencia del interés general (cuyo garante es el Estado), cada vez que el interés territorial resulta desbordado en sus límites por razón de la materia y la función.

¹⁴ Sobre la cooperación en el Estado autonómico, véase Tajadura Tejada, J.: *El principio de cooperación en el Estado autonómico*, Comares, Granada, 2000.

¹⁵ Es el caso de la Ley de Protección de Espacios Naturales, la Ley de Carreteras, así como la Ley de Aguas o de Costas; al respecto, véase PEÑARRUBIA IZA, J.M., «Preferencia, coordinación y prevalencia en el ejercicio de competencias concurrentes», en *Revista de Administración Pública*, n.º 149, 1999.

La doctrina ha señalado que por muy compleja que sea la realidad, desde un punto de vista estrictamente jurídico no puede haber dos entidades territoriales que tengan la misma competencia sobre la misma materia. Se reclama entonces una delimitación competencial por parte del TC sin tener que acudir a la regla de prevalencia, ello porque no se estaría produciendo una colisión entre normas, sino un exceso de la propia competencia de uno de los niveles territoriales¹⁶.

Sin embargo, el TC ha señalado que el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma. Ello porque subyace un interés general sobre los intereses fragmentados que puedan tener otras entidades territoriales afectadas (STC 40/1998, FJ n.º 3). De este modo, la cláusula de prevalencia puede servir para establecer qué norma es aplicable cuando los diversos niveles políticos han ejercido válidamente sus competencias, establecimiento de la norma aplicable que en nuestra opinión puede realizar cualquier juez o tribunal, aunque el TC haya señalado que la actuación del Estado tiene que ejercerse de manera legítima (STC 65/1998). Tal solución supone asumir que el ejercicio de las competencias de las Regiones se pueda ver afectado por el ejercicio de las competencias materiales del Estado¹⁷. Ello aunque en la práctica, el TC acuda normalmente al principio de competencia a la hora de resolver los conflictos normativos determinando así siempre que pueda la extralimitación competencial de uno de los niveles.

3.2. Las competencias compartidas y el principio de prevalencia

Como ya se ha señalado, la prevalencia del art. 149.3 CE solo entra en juego en los supuestos de colisión de normas válidas. Sin embargo, cuando el Estado, en virtud del art. 149.1 CE, modifica la legislación básica, convierte de manera sobrevenida a las normas regionales en inválidas, porque encuentran su canon de validez en la legislación básica estatal. Ahora bien, ello plantea desde el punto de vista práctico un problema fundamental para los actores institucionales que tienen que aplicar el derecho: esperar a que las Comunidades Autónomas promulguen nuevas normas de desarrollo de la legislación básica, o en la medida de lo posible, preguntar al TC sobre las normas (o competencias) en conflicto.

Para evitar esto, un importante sector doctrinal ha propuesto aplicar la cláusula de prevalencia del derecho estatal para resolver los conflictos que se pue-

¹⁶ FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Colisiones normativas y primacía del derecho estatal», en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, vol. I, Civitas, Madrid, p. 545; y BIGLINO, P., «El poder de la Unión y el poder de los Estados miembros en el Proyecto de Constitución: una forma distinta de entender la competencia», en VV.AA., *Coloquio Ibérico: Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Coimbra editora, Coimbra, 2005, pp. 194 y 195.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 351 y ss.

dan producir entre las normas estatales básicas y las normas autonómicas de desarrollo¹⁸. Asimismo, los magistrados Jiménez de Parga, Delgado Barrio y Rodríguez-Zapata, en un voto particular a la STC 1/2003, defienden que «las colisiones entre leyes autonómicas y leyes básicas estatales modificadas después de la aprobación de aquellas, pueden y deben ser resueltas directamente [...] dando aplicación a la normativa básica estatal». Es preciso entender que la legislación básica del Estado no es estática sino dinámica, y sufre modificaciones en función de las distintas políticas que legítimamente puede seguir el legislador estatal en distintos momentos¹⁹. Por ello es posible sostener que las modificaciones sobrevenidas en la legislación básica estatal desplazan las normas autonómicas incompatibles con ellas, sin declararlas inconstitucionales ni nulas, lo que permitiría una aplicación racional y sin dilaciones de un sistema jurídico cada vez más complejo.

De este modo, si la determinación del alcance de cada competencia regional corresponde, en buena medida, a la legislación ordinaria estatal²⁰, nada impediría que todos los jueces y tribunales ordinarios tengan la facultad de resolver directamente las colisiones que se producen entre las normas autonómicas, aprobadas válidamente en su momento, y las posteriores leyes del Estado que modifican las bases de una materia. Sin embargo, esta perspectiva tiene serios problemas.

El más importante, recordado por el propio TC en la propia Sentencia 1/2003, es que el principio de prevalencia solo entra en juego en los supuestos de colisión de normas válidas; sin embargo, cuando el Estado modifica lo básico lo que se produce es una invalidez de la norma autonómica como consecuencia de la delimitación competencial que produce la nueva normativa básica. Estamos por tanto ante un conflicto de competencias, no de normativa aplicable, que obligatoriamente remite a una resolución del conflicto por parte del TC, que es quien tiene que verificar si el Estado se ha extralimitado a la hora de ejercer su competencia, o si el derecho regional se ha vuelto inconstitucional como consecuencia de la actualización de las bases por parte del Estado²¹.

¹⁸ SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J.L., *Bases constitucionales del Estado autonómico*, McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 167; JIMÉNEZ CAMPO, J., «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 27, 1989; y BORRAJO INIESTA, I. «Artículo 149.3 CE. El orden constitucional de competencias i ordenamientos», en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 2498 y ss.

¹⁹ GARCÍA MORILLO, J., «La versatilidad de lo básico», en *Revista de Administración Pública*, n.º 139, 1996.

²⁰ QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la, «La reforma de los Estatutos de Autonomía y sus límites constitucionales. La imposibilidad de “blindar” las competencias autonómicas a través de una mera reforma estatutaria», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 24, 2006.

²¹ STC 163/1995. ALBERTÍ ROVIRA, E., «La noción de “bases” y el derecho estatutario», en VV.AA., *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, vol. II, IVAP, Oñate, 1991, pp. 311-344.

Ello independientemente de que se busquen fórmulas provisionales para aplicar correctamente el derecho en juego y la propia Constitución²².

3.3. La cláusula de prevalencia y las competencias horizontales del Estado

La última aportación al debate sobre la cláusula de prevalencia en el sistema constitucional español la ha realizado de la Quadra-Salcedo Janini²³. Señala este autor que la Constitución española de 1978, al igual que otros sistemas constitucionales federales, contiene títulos competenciales que se basan en objetivos y no tanto en materias²⁴. Por ejemplo, el art. 149.1.1 CE, que reserva al Estado la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos, y el art. 149.1.13 CE, que también reserva al Estado las bases y coordinación general de la actividad económica. Ello se traduce en la adopción de medidas estatales, que pueden condicionar los diversos campos o materias que hayan podido ser regulados por las Regiones en ejercicio de competencias materialmente propias.

Estamos así ante una especie del género «competencias concurrentes», pues en este último modelo pueden existir colisiones entre normas adoptadas en virtud de competencias distintas derivadas en un caso de objetivos (Estado), y en otro de materias (Comunidades Autónomas). Por lo tanto, el conflicto entre dos normas adoptadas en el ejercicio de competencias distintas, no materiales, no puede solucionarse exclusivamente a través del principio de atribución, pues la Comunidad Autónoma puede, en ejercicio de su competencia, adoptar una norma, mientras que el Estado puede, en ejercicio de la suya, adoptar otra norma susceptible de chocar con la norma autonómica. Como el conflicto normativo se da entre normas legítimas, competencialmente hablando, puede resolverse a través de la misma regla de resolución de conflictos que se utiliza para el caso de las competencias concurrentes: la cláusula de prevalencia del derecho estatal sobre el derecho regional²⁵.

²² TORNOS MAS, J., «Ley de bases y legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la ley de bases. la cláusula de prevalencia», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 33, 1991, que reclama una aplicación de la cláusula de prevalencia del derecho estatal con carácter provisional, hasta que el TC decida que derecho hay que aplicarse en virtud del principio de competencia.

²³ QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la, «Los principios de competencia y prevalencia como reglas de resolución de conflictos en el Estado autonómico», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 20, 2009.

²⁴ Y pone como ejemplo de competencias horizontales a la cláusula de comercio de Estados Unidos o la facultad de la UE para conseguir el establecimiento de un mercado interior reconocida en el art. 114 TFUE.

²⁵ QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la, «Los principios de competencia y prevalencia como reglas...», *op. cit.*, p. 232.

Sin embargo, hasta el momento la práctica constitucional no se corresponde con esta interpretación. Para el TC (SSTC 54/2002 y 135/2006), las colisiones que se puedan ocasionar como consecuencia del ejercicio por el Estado de las competencias horizontales de los arts. 149.1.1 y 149.1.13 CE, son un problema de determinación competencial que se resuelve, al igual que en el caso de las competencias compartidas, con la declaración de nulidad de la norma autonómica, sin que los jueces y tribunales ordinarios puedan aplicar el principio de prevalencia, declarando el desplazamiento de la ley autonómica. Coincidimos con de la Quadra-Salcedo Janini, en que sería más correcto por parte del TC haber situado los términos del problema en el plano de la concurrencia de normas que se resuelve mediante la aplicación del art. 149.3 CE. Ello porque como bien señala el autor citado²⁶, cuando el Estado regula las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos o la coordinación general de la actividad económica, en realidad no se delimita el alcance de las competencias materiales regionales. Por el contrario, se produce un solapamiento entre regulaciones derivadas de competencias que le son propias y en cierta manera exclusivas a cada nivel²⁷.

Por todo lo dicho, jueces y tribunales ordinarios, encargados de verificar cuál es el derecho aplicable al caso, podrían aplicar el principio de prevalencia para resolver los conflictos entre normas estatales y regionales. Sin embargo, en nuestra opinión, esta posibilidad tiene limitaciones: el art. 149.3 CE establece claramente que el derecho estatal prevalecerá en todo lo que no esté atribuido a la *exclusiva* competencia de las Regiones²⁸. Para estos supuestos, caben dos interpretaciones diferentes: por un lado, aplicar literalmente la dicción del art. 149.3 CE, y cuando la norma autonómica se haya dictado en virtud de una competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, aplicar la prevalencia de ésta última. Esta interpretación tiene el inconveniente de que el Estado ha podido dictar la ley en apoyo a un título legítimo. Además, en una realidad tan compleja como en la que vivimos, resulta difícil tener una definición clara de lo que es «competencia exclusiva», más cuando existen títulos horizontales en juego. La segunda interpretación es permitir que los jueces y tribunales ordinarios puedan plantear la duda al TC, para lo que probablemente habría que crear, al amparo del art. 161.1.d) CE, un nuevo proceso constitucional. Ello porque la jurisdicción constitucional se encarga fundamentalmente de verificar la validez de las normas, y en este caso, al hablar de prevalencia,

²⁶ QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la, «Los principios de competencia y prevalencia como reglas...», *op. cit.*, p. 232.

²⁷ De este modo, el ámbito de decisión autónomo de las Regiones, solo se verá afectado en caso de que el Estado ejerza efectivamente las competencias horizontales (concurrentia práctica), en QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la, «Los principios de competencia y prevalencia como reglas...», *op. cit.*, p. 232.

²⁸ Tal y como ha señalado ALONSO MAS, M.J., «La prevalencia del derecho del Estado y la inaplicación judicial de las leyes autonómicas: el caso de las cesiones de aprovechamiento en suelo urbano», en *Revista de Administración Pública*, n.º 161, 2003, p. 344.

lo que se enjuicia es la aplicabilidad de las mismas, lo que incumbe a la jurisdicción ordinaria, tal y como ocurre con el derecho comunitario.

4. CONCLUSIONES

La pretensión de este trabajo ha sido explorar brevemente el debate teórico sobre la cláusula de prevalencia en el derecho constitucional español, realizando algunas aportaciones sobre la cuestión. El resultado del análisis es que no se constata un consenso doctrinal y jurisprudencial sobre los supuestos competenciales en los que es posible aplicar el principio de prevalencia del derecho estatal sobre el regional. Sin embargo, es necesario realizar un esfuerzo por identificar tales supuestos, sobre todo después de que el TC dejase sin valor constitucional la supletoriedad del derecho estatal sobre el derecho de las Comunidades Autónomas. El ordenamiento jurídico territorial español se ha hecho especialmente complejo, debido al crecimiento del peso normativo del derecho regional y a la frecuente utilización por parte del Estado de títulos competenciales horizontales para superar problemas relativos a la recepción del derecho comunitario y a lo que se ha venido a denominar como «derecho de la crisis»²⁹. Desde este punto de vista, el presente trabajo reivindica un mayor uso de la cláusula de prevalencia en favor de los actores jurídicos ordinarios que tienen que aplicar el derecho.

²⁹ EMBID IRUJO, A., *El Derecho de la crisis económica*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2009.

Especulación teórica sobre la consideración de la asimetría como un elemento del federalismo

Esther Seijas Villadangos
Profesora titular de Derecho Constitucional
Universidad de León

SUMARIO: Introducción. 1. ¿Puede un sistema federal ser asimétrico? Una breve teoría sobre la asimetría en un contexto federal: 1.1. Justificación: ¿por qué la asimetría? 1.2. Definición: ¿qué es la asimetría? 1.3. Descripción: ¿cómo es la asimetría? la importancia de matizar «diferencias versus asimetrías». 1.4. Tipología: ¿cuántas asimetrías? 2. La federalización asimétrica de España: principales retos: 2.1. Autonomismo versus federalismo: el federalismo virtual de España. 2.2. Federalismo nacionalista versus federalismo funcional. 2.3. Asimetría versus igualdad. 2.4. Asimetrías para todos versus asimetrías tasadas. 3. Propuesta y reflexión final. 4. Bibliografía.

«Este breve ensayo es principalmente especulativo. Trata de aportar un poco de luz sobre la principal debilidad en el tratamiento teórico del federalismo y ofrecer modificaciones en el concepto federal. En ningún caso estamos ante un tratado completo sobre federalismo. Ni su aspiración es la revisión de los estudios clásicos federales, simplemente se basa en estos mismos para formular una nueva propuesta: el federalismo asimétrico.» (Tarlton, 1965: 861)

Aproximadamente cincuenta años después de la publicación del ensayo de Tarlton sobre simetría y asimetría, este artículo plantea la formulación de una profunda reflexión sobre la asimetría, que desde una perspectiva española se muestra como una categoría de un interés relevante, tal y como glosaremos en las siguientes páginas.

INTRODUCCIÓN

La asimetría está presente en la teoría federal desde el comienzo de su existencia, pero en puridad debemos referirnos a la publicación por Charles Dudley

Tarlton en 1965 de un artículo en el que reformula la esencia federal a partir de un tándem conceptual que es el de simetría y asimetría. Una implementación práctica del federalismo ha requerido la creación de diferentes formas de adaptar los flexibles principios federales a la compleja realidad de diversos países.

Este trabajo tiene dos objetivos: primero, desarrollar una teoría acerca del significado de introducir elementos asimétricos en un sistema federal. Segundo, resolver los principales problemas que ello podría generar, especialmente referidos a la aceptación de la fórmula por el conjunto del Estado, prestando una singular atención en este particular a la situación de España.

La estructuración del contenido se ciñe a dos apartados esenciales. El primero de ellos es una formulación de asertos generales a través de los cuales se aspira a depurar la categoría de asimetría. La segunda parte es un breve excursus sobre los aspectos más sensibles de la descentralización española, usando el concepto de asimetría y la útil técnica metodológica y expositiva de las formulaciones dialécticas. Una reflexión final será el colofón de este breve ensayo.

1. ¿PUEDE UN SISTEMA FEDERAL SER ASIMÉTRICO? UNA BREVE TEORÍA SOBRE LA ASIMETRÍA EN UN CONTEXTO FEDERAL

La primera referencia expresa a la utilización de la asimetría en la explicación de la forma de Estado federal se remonta al año 1965, siendo su autor Charles Dudley Tarlton. La simetría se refiere a todo aquello que es compartido por las unidades componentes de un Estado compuesto, particularmente federal. La asimetría, por el contrario, enfatiza todos aquellos elementos no compartidos por las mismas. La «debilidad» está en la esencia de ese concepto, es la referencia clave para analizar la asimetría, de conformidad con la especulación de Tarlton. Así, esta patología puede ser eliminada, tratada o integrada en el conjunto del Estado. Conocer un poco más sobre el significado de la asimetría nos ayudará a comprender cómo abordarla. Especulemos.

1.1. Justificación: ¿por qué la asimetría?

La coyuntura jurídica, política y doctrinal en la que se gestó la primera referencia doctrinal a la asimetría se reconduce a los siguientes parámetros. Normativamente, la aprobación en Estados Unidos de la *Voting Rights Act* en 1965, vino a sancionar lo dispuesto judicialmente con anterioridad (*Evans vs. Newton*¹, *Bailey vs. Patterson*², *Heart of Atlanta vs. United States*³, etc.) en aras

¹ 15 L ed. 2d 373. *United States Supreme Court Reports*.

² 325 F ed. 2d 201. *United States Supreme Court Reports*.

³ *Heart of Atlanta Motel, Inc. V. United States* 379 U.S. 241. <<http://www.fedworld.gov/cgi-bin/waisdocid=209475903+0+0&waisaction=retrieve.>>

de intentar cerrar de forma definitiva uno de los focos permanentes de la fragmentación en el seno de la Unión, la discriminación racial. Se trataba de dar un paso más hacia la homogeneización que preconizaban los tradicionales cánones federales. Paralelamente, la Ciencia Política de ese momento se hallaba imbuida en los paradigmas del funcionalismo y del behaviorismo, que influirán decisivamente en esa primera presentación pública de la asimetría y de la simetría. Éstos se conciben como instrumentos doctrinales que persiguen, por un lado, aproximar la realidad a los dogmas con los que tradicionalmente se la ha contemplado y, por otro, ordenar tal realidad de conformidad a aquellos dogmas que satisfacen a los individuos y los grupos cuyas necesidades individuales y colectivas aspiran a cubrir. De esta guisa, la asimetría y la simetría serán presentadas por Tarlton como indicadores del grado de conflicto o de armonía presente en un Estado federal. En sus propios términos, «el grado de armonía o de conflicto dentro de un Estado federal puede ser considerado como una función del diseño simétrico o asimétrico que prevalece en el sistema» (TARLTON, 1965: 871). La funcionalidad del sistema se demuestra así como su principal obsesión.

Doctrinalmente, las corrientes del pensamiento federal en que se formó TARLTON y que condicionan su concepción de la asimetría y simetría federal son las siguientes: la Escuela formalista, de Corwin (CORWIN, E.S., *The Constitution and what it means today*, 1948), o Wheare (WHEARE, K.C., *Federal government*, 1946); la Escuela jeffersoniana, de contenido localista o estatalista (FRIED, A., *The essential Jefferson*, 1963) y la Escuela del federalismo social, liderada por Livingston (LIVINGSTON, «A note on the nature of federalism», 1952).

A partir de esos cimientos normativos, políticos y doctrinales, el edificio construido por Tarlton, el del federalismo simétrico y asimétrico, cabe ser presentado a efectos expositivos y como consecuencia de un análisis sincrético de las diversas obras en las que aborda esta materia, como el resultado integral de dos perspectivas de análisis: la *estática*, correspondiente a los modelos de Estado federal simétrico y, *sensu contrario*, de Estado federal asimétrico y la *dinámica*, centrada en las fluctuaciones que experimentan los Estados con carácter previo a la consecución de un equilibrio, más o menos estable, fruto de la integración de los factores de simetría y asimetría presentes en su ordenamiento.

Desde estos presupuestos se plantea la necesidad de combinar las perspectivas estática y dinámica del juego simetría-asimetría, si queremos presentar de una forma compacta el significado de los elementos simétricos y asimétricos del federalismo. Los modelos de Estado federal simétrico y asimétrico constituyen los márgenes teóricos de las relaciones entre las unidades territoriales de un Estado compuesto, sin embargo, las fronteras reales de su efectiva fluctuación serán los principios que la Constitución establezca para la implementación de su forma de Estado en sentido estricto. Del solapamiento de ambas acotaciones resultará la calificación, más o menos simétrica-asimétrica, de una determinada forma estatal, en el discurso de Tarlton, del Estado federal.

1.2. Definición: ¿qué es la asimetría?

La consideración de la asimetría como una categoría jurídico-constitucional nos insta, amparados sobre todo en el carácter instrumental que justifica su existencia, a catalogarla no como un principio, ni como un valor que se incorpore al texto constitucional, expresa o tácitamente, sino como un resultado de la existencia y constitucionalización previa de tales principios y valores, particularmente lo referido a la organización territorial del Estado.

Una de las pautas metodológicas más relevantes de la tesis defendida es la necesidad de diferenciar entre unos pre-requisitos o pre-condiciones de la asimetría y las asimetrías propiamente dichas. Los primeros (territorialidad, estructura económica, factores culturales, estructura social o factores demográficos) son el caldo de cultivo, el germen que facilita la aparición de asimetrías, pero sin alcanzar *per se* la condición de factores o elementos asimétricos. Desde esta perspectiva su operatividad redundaría en garantizar la aplicación de tales principios y valores, previamente positivados, siendo resultado y consecuencia de su proyección práctica.

La asimetría para el Derecho Constitucional, concretamente en su apartado dedicado al estudio de las formas territoriales de Estado, supone una modalidad de estructuración estatal que presentan determinados Estados en los que los entes territoriales dotados de autonomía política que lo componen disfrutan de un trato constitucional diferenciado, legitimado por el reconocimiento positivo de disponer de singularidades de diversa índole (lingüísticas, culturales, jurídicas o financieras) con relación a los restantes componentes del Estado. En otros términos, se trataría de la interpretación de las consecuencias que derivan del reconocimiento constitucional de ciertas particularidades específicas o propias de determinados territorios. Estos factores de heterogeneidad se designarán en el contexto español, virtualmente federal, como «hechos diferenciales».

La principal consecuencia que deviene de la asimetría es la intensificación competencial, en términos cualitativos, de los sujetos territoriales legitimados constitucionalmente como titulares de asimetrías, especiales diferencias no discriminatorias. Su función es esencialmente integradora, persiguiendo dotar de estabilidad a la organización estatal en la que se incardina.

1.3. Descripción: ¿cómo es la asimetría? la importancia de matizar «diferencias versus asimetrías»

El espacio habilitado por la evolución de los estados federales y de aquellas otras organizaciones territoriales compuestas cuyo estudio se asimila a los mismos, v. gr. el sistema español de Comunidades Autónomas, a la diferencia no puede, sin embargo, conducirnos a asimilar genéricas «diferencias» en relación con las «singulares asimetrías». La nota diferencial de las primeras puede

ser superada y, consecuentemente, eliminada, circunscribiéndose en esencia a meras disparidades competenciales.

Por el contrario, las segundas diferencias, las asimétricas, responden a un presupuesto legitimador no universalizable ni exportable a las restantes unidades territoriales, en el caso español, Comunidades Autónomas, y que hemos dado en llamar «hecho diferencial». Las características del mismo se conectan a su faceta estructural y permanente, lo «permanente diferencial». Las consecuencias jurídicas de dichas asimetrías han sido, por así decirlo «blindadas» mediante su incorporación al bloque de constitucionalidad, con la consiguiente dosis de seguridad jurídica que ello comporta.

En resumen, son cuatro los rasgos que podemos vincular a las asimetrías: primero, la *singularidad*. La raíz de cualquier asimetría ha de ser un hecho diferencial que no es compartido por el resto de las unidades territoriales. Segundo, la *identidad*, una diferencia no es suficiente para que podamos sustentar un planteamiento asimétrico. Se considera que ese elemento asimétrico ha de ser el canal de expresión de las demandas de los ciudadanos y de los vínculos que les unen. Tercero, *implementación gradual y flexibilidad*. Nosotros podemos recurrir a implementar la asimetría en aras de resolver diferentes situaciones conflictivas que hay que afrontar, para ello se dispone de un margen de flexibilidad impulsado por la coyuntura política pero con unos límites claros y tasados constitucionalmente. Finalmente, *naturaleza instrumental de fundamento constitucional*. La esencia de la asimetría es su naturaleza instrumental, subordinada a facilitar la realización de otros valores y principios regulados en la Constitución, siendo la razón fundamental de su existencia facilitar los objetivos estatales de unidad y estabilidad.

La implementación de los acuerdos asimétricos afecta a diversos ámbitos: formalmente, competencias legislativas, distintos *status* administrativos y materialmente, en legislación civil, fiscal, configuración de órganos legislativos, ejecutivos, sistema de partidos, lengua, educación, religión y simbolismo (KEATING: 196).

1.4. Tipología: ¿cuántas asimetrías?

«Entre los diferentes Estados de una unión federal, factores culturales, económicos, sociales y políticos se combinan para producir variaciones en la conexión simbiótica entre esos Estados y el sistema» (TARLTON, 1965: 861). Esta tipología de factores puede ser descrita como precondiciones de la asimetría. En aras de la simplificación esas precondiciones pueden sintetizarse en socio-económicas y cultural-ideológicas. Si únicamente prestamos atención a las mismas, estaremos ante un test de las diferencias existentes en una organización política plural. Es preciso agregar las características definitorias de las asimetrías (*singularidad, identidad, implementación gradual, flexibilidad y naturaleza instrumental con fundamento constitucional*) para elevarlas a la categoría de asimetrías.

Centrándonos en dichas asimetrías procedemos a diferenciar los siguientes tipos, desde una perspectiva conceptual que también resultará útil para el análisis práctico:

De iure y de facto. La primera alude a aquellas asimetrías formalmente articuladas a nivel constitucional y en otro tipo de leyes de rango superior en el ordenamiento jurídico, como en el caso español los Estatutos de Autonomía. Las asimetrías *de facto* se refieren fundamentalmente a la práctica política y a las relaciones intergubernamentales en las que las precondiciones asimétricas se reflejan. Una de las asimetrías *de facto* más importantes es la distinta representación cuantitativa de las diferentes unidades territoriales en los diferentes órganos estatales como consecuencia del diferente número de habitantes de los mismos.

Muy próxima a la anterior categoría podemos diferenciar, siguiendo a Watts las denominadas asimetrías políticas y las constitucionales. La simetría política, que está presente en la mayoría de federaciones, se vincula a la influencia relativa de las diversas unidades constituyentes de una federación que deriva de las circunstancias culturales, económicas, sociales y políticas de cada una de ellas. La asimetría constitucional implica la atribución constitucional de diferentes competencias a diferentes territorios en base a elementos singularizantes de estos (WATTS: 63).

Las asimetrías estructurales y relacionales son el resultado de considerar el ámbito en el que éstas se proyectan. Las asimetrías estructurales son el resultado de un análisis estático de un Estado plural y se refieren a la posición diferenciada de las unidades territoriales debida a diferentes factores como población, raza, cultura, religión... Desde esas condiciones se determina una singular posición de dichas unidades territoriales en el Estado que afecta de modo decisivo a la política general, por ej. Elecciones. Las asimetrías relacionales son las consecuencias de proyectar esas asimetrías estructurales *ad extra*. Determinan el estatus especial de una unidad territorial, por ej. El bilateralismo en las relaciones entre el Estado y los territorios.

El diferente grado de resultados asimétricos ha generado la acuñación de tipos cuantitativos de asimetrías. Por ejemplo, la Constitución puede disponer la atribución asimétrica de competencias a diversas unidades territoriales a los efectos de incrementar o reducir su autonomía. En otro orden de cosas, la Constitución, o una norma infraconstitucional o una decisión política podría establecer un incremento en las competencias federales o nacionales sobre específicas unidades territoriales en ámbitos materiales muy concretos, por ej. competencias de elevado coste como sanidad o educación. Esta ha sido una demanda formulada en España por varias Comunidades Autónomas, especialmente acuciadas por el contexto de recesión económica (Valencia, Madrid, Murcia). Un juicio subyacente en estos planteamientos es el de considerar a las Comunidades Autónomas responsables de la crisis, no sus víctimas. No obstante, este planteamiento no es nuevo y ya en 2009, Canarias propuso devolver al Estado la competencia sobre el tratamiento y asistencia de los menores

inmigrantes. Los tiempos de crisis y de dificultades económicas parecen ser momentos propicios para la recentralización estatal.

Finalmente, la existencia de asimetrías que pueden ser descritas como transitorias o permanentes se explica de acuerdo con las circunstancias de aceptación o rechazo que genera la integración de elementos diferenciados en el Estado. El factor tiempo es el elemento clave en este tipo de asimetrías. Las diferentes vías de acceso a la Autonomía en España es un ejemplo que ilustra esta clasificación.

Las asimetrías permanentes se plasman en la Constitución o en normas infraconstitucionales y su consecuencia es definir el sistema cualitativamente.

2. LA FEDERALIZACIÓN ASIMÉTRICA DE ESPAÑA: PRINCIPALES RETOS

De conformidad con los breves asertos teóricos sobre asimetría que se han formulado en el epígrafe precedente desde una perspectiva esencialmente escolástica, ahora se procede a cambiar ese enfoque, prestando una atención particular a la situación de España. Para ejecutar ese objeto se ha optado por una metodología dinámica expresando las principales cuestiones a abordar desde una serie de dilemas, de acuerdo a un pensamiento dialéctico. El resultado de esta propuesta se sintetiza en el último capítulo.

2.1. Autonomismo *versus* federalismo: el federalismo virtual de España

El primer dilema que se propone refleja la tensión entre el *status quo* y el futuro: preservar el «éxito» del vigente sistema de Comunidades Autónomas (más o menos defendible) *versus* la voluntad de adoptar una fórmula federal.

La larga sombra del federalismo se ha proyectado sobre nuestro Estado con diferentes grados de intensidad desde el mismo momento de creación del sistema de Comunidades Autónomas. Con todo, se ha de reconocer que la única referencia sustantiva a la federación en la Constitución española es meridianamente negativa (art. 145.1): «En ningún caso se admitirá la federación de Comunidades Autónomas». No obstante, es muy común que España, especialmente para la doctrina extranjera, se considere como un Estado federal (Elazar, Watts, Gagnon...). De acuerdo con la definición de federalismo de Elazar «autogobierno y gobierno compartido», España podría considerarse una federación o una federación «en ciernes» (PALERMO, 2010: 12) o ser protagonista de un «federalismo incompleto» (Beramendi, Maíz).

Diferentes aspectos sustantivos de nuestro sistema territorial apoyan esta tesis: 1.º El sistema de reparto competencial (arts. 148-149). 2.º El proceso de preparación de los Estatutos de Autonomía conforme a un modelo pactista, especialmente en lo regulado en el art. 151.2. 3.º Esta naturaleza federal se ahonda si nos referimos a la LORAFANA. 4.º La cláusula de cierre del sis-

tema de reparto competencial se aproxima a la denominada cláusula federal (art. 149.3 CE), «las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos». 5.º La cláusula de prevalencia (art. 149.3 CE), «el Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas». 6.º El sistema de control de las Comunidades Autónomas establecido en la Constitución se basa en los principios normativos de la jurisdicción (art. 153 CE). 7.º Finalmente, la participación de las Comunidades Autónomas en las decisiones del Estado a través del Senado (art. 69 CE), en el proceso legislativo (arts. 87.2 y 109 CE) o en la planificación general de la economía (art. 131.2 CE).

Retomando la esencia de estas características podemos sostener que España es «un Estado virtualmente federal», virtual en el sentido de «casi como se describe, pero no completamente de acuerdo con la definición estricta». Esta visión esencialmente retrospectiva de la descentralización española nos remite a los pasos a dar, al futuro. Así, trataremos de esbozar los pasos a dar para completar esa federalización, para afrontar la transición federal del Estado español.

Desde un punto de vista formal, se plantean dos opciones: una reforma constitucional o una implementación constitucional en un sentido federal, reforma federal *versus* mutación federal. La primera opción nos remite necesariamente al procedimiento de reforma diseñado en el Título X de la Constitución española, algo «muy fácil» si nos centramos en la reforma del art. 135 CE, frente a lo que la doctrina ha sostenido durante décadas. Una reforma constitucional federalizante debería incluir, más allá de la reforma de la fórmula política de la Constitución y del respectivo título relativo a la organización territorial, la participación de las Comunidades Autónomas en los futuros procesos de reforma constitucional. La segunda vía consiste en interpretar la Constitución y los Estatutos de Autonomía en un sentido federal («desconstitucionalización»). Esta opción se ha fortalecido en las Legislaturas VIII y IX (2004-2008/2008-2011) con las reformas de siete Estatutos de Autonomía (Valencia, Aragón, Illes Balears, Cataluña, Andalucía, Castilla y León y, finalmente, Extremadura) y ha venido marcada por la ausencia de consenso entre las principales fuerzas políticas en España.

Desde una perspectiva material, la primera propuesta radica en alcanzar un consenso global, con el mismo grado de apoyo que sustentó el proceso constituyente de 1978. Ese cambio sustancial debería incluir, al menos, las siguientes cuestiones: identificar los Estados federados; reformar el Senado en un sentido simétrico, siguiendo el modelo USA, o en una línea asimétrica, pero nunca «disimétricamente». Con ello se aboga por otorgar una proyección cualitativa de los hechos diferenciales, pero no en un sentido cuantitativo. La esencia de la democracia es trasladar ítems cuantitativos, número de votos, en unas decisiones cualitativas, en unas políticas. Un sistema transparente y estable de relaciones intergubernamentales y la inclusión de símbolos plurales en el Estado (plurinacionalismo) serán elementos decisivos en el éxito de esta reforma.

Esta transición federal ha de afrontar tres estadios básicos:

- Primero, *crear una cultura federal*. El principal objetivo es preparar a la sociedad para asumir los valores del federalismo conectados a estabilidad y unidad. Las fuerzas políticas deben comunicar estas ideas a los ciudadanos en aras de construir una cultura líder vinculada a las ideas federales. Sería importante que esta propuesta federal, cultura federal, fuese capaz de alcanzar el mismo grado de apoyo que, actualmente, las fórmulas nacionalistas ostentan.
- Segundo, *especificar las principales características y los principales escenarios de la evolución federal en España*. Si hubiésemos de avanzar un eventual mapa de la España federal se procedería a erigirlo sobre la asimetría, resultado de la cohabitación entre un federalismo funcional y un federalismo nacionalista, en una redefinición del actual sistema autonómico donde las diferencias se reduzcan y se mantengan fundamentalmente los hechos diferenciales. Con la recuperación del slogan «rolling back the states», tratamos de subrayar las ventajas de las características comunes de las Comunidades Autónomas del centro y compatibilizarlas con las singularidades de las nacionalistas. Estamos en un período en el que debe prevalecer el bienestar de los ciudadanos. Esta propuesta ha de lidiar con los fuertes deseos de autodeterminación de comunidades como Cataluña o País Vasco y con la desconfianza que suscita el término federal en las Comunidades Autónomas no periféricas. El principal reto es hacer la asimetría funcional, operativa y justa, algo que requiere establecer claramente unos límites infranqueables a cualquier implementación asimétrica.
- Tercero, *traducir esa propuesta en una «hoja de ruta» normativa que culmine en la reforma de la Constitución*. El último estadio de esta senda federal por la que podría transitar España implica su consolidación a nivel constitucional, que desde el punto de vista de su legitimidad, ha de disfrutar del mismo grado de apoyo que la Constitución de 1978. Federalizar España no significa debilitarla, ni abrir la puerta a la desintegración y a la secesión. Federalismo significa fortalecer la unión de una manera no centralizada. El recurso de la asimetría es un instrumento para alcanzar la armonización, para gestionar el conflicto, la asimetría no es el fin en sí misma.

Los dilemas que siguen tratan de ilustrar con más detalle la propuesta formulada. Primero, la implementación de ese futuro mapa federal como fusión de dos tipos de federalismo (federalismo funcional y federalismo nacionalista), cuyo resultado sería un federalismo asimétrico. Segundo, el principal problema de la descentralización española: la combinación entre igualdad y asimetría y, finalmente, una cautela sobre el principal riesgo del proceso: la proliferación de elementos de divergencia y disidencia.

2.2. Federalismo nacionalista *versus* federalismo funcional

En un intento de esbozar el mapa de una futura España federal, cuyo único propósito es estimular el debate sobre esta cuestión, no procederemos a abogar por un modelo detallado y preciso, sino por una serie de directrices que pudieran guiar ese diseño cartográfico. Nuestra línea de razonamiento es formular una idea global que refleje nuestra voluntad de alcanzar una propuesta operativa. El límite es no perpetuar ni exacerbar viejos problemas y, al mismo tiempo, no crear nuevos conflictos.

La clave redonda en conjuntar aquellas parte de España con un fuerte sentimiento nacionalista con el resto de España (ROS: *Rest of Spain*) que carece de tal voluntad, pero que paralelamente no está dispuesta a renunciar a las ventajas de vivir en un sistema descentralizado, en términos de democracia y derechos sociales.

Con el objetivo de acomodar las singularidades lingüísticas, de derecho civil y fiscales de las periferias que han impulsado el movimiento descentralizador en España, sostenemos la aplicación de un federalismo tildado como nacionalista, por el motor político que lo impulsa.

El resto de España podría disfrutar de un federalismo funcional cuya piedra angular sea un sistema eficiente y eficaz de políticas públicas. Su prioridad es un *status* de igualdad para sus ciudadanos. Aquí se introduce la clave de la fórmula federal, resolver la ecuación que une asimetría e igualdad. Hasta que no se consiga, cualquier fórmula que se proponga quedará lastrada. Este federalismo funcional, especialmente en tiempos de crisis, significa reducción de burocratas e instituciones. Al mismo tiempo, la cooperación entre territorios debe incrementarse a los efectos de evitar duplicaciones superfluas. Sin duda, los niveles administrativos intermedios entre los ciudadanos y los Estados federados deben desaparecer o reducirse ostensiblemente.

2.3. Asimetría *versus* igualdad

La diversidad es inherente a todo proceso de descentralización y no es necesariamente negativa, pero puede derivar en el riesgo de tratamientos desiguales entre ciudadanos. Ese temor a la desigualdad puede ser fácilmente comprendido si lo testamos desde la aplicación de políticas sociales concretas, como sanidad o servicios sociales.

Una de las cuestiones más importantes en un Estado federal es clarificar que significa la igualdad. ¿Podemos hablar de la misma igualdad en un Estado unitario que en un Estado federal? ¿Qué lugar ocupa la igualdad en los estados federales asimétricos?

Hay dos referencias para comparar, las unidades constituyentes y los ciudadanos, y dos conceptualizaciones de igualdad, igualdad aritmética e igualdad geométrica.

La igualdad aritmética postula absolutamente un trato igual bajo los parámetros legales. De otra parte, la igualdad geométrica requiere un trato diferenciado acorde con diferencias reales de base. Esta era esencialmente la teoría platónica sobre la igualdad. Si aplicamos esta teoría a las unidades territoriales de un Estado federal, desde el parámetro de una igualdad aritmética deben ser consideradas legalmente absolutamente iguales. Empero, si diferenciamos el *status* legal entre ellas siguiendo diferencias reales, tales como tamaño, población, tradición, lengua, religión... deberíamos aplicar un concepto geométrico de igualdad. La justicia de esta aplicación recae en la realidad de estas diferencias y en las consecuencias de la asignación de tal singular estatus.

En el supuesto de los individuos tenemos que recuperar la categoría jurisprudencial de «posiciones jurídicas fundamentales» (STC 37/1987, FJ 10). Esta expresión críptica alude al corazón de la igualdad, a su esencia. Es la principal fórmula para hacerla compatible con la asimetría. Así, se habilita un espacio para las diferencias, pero no para las discriminaciones.

Vinculado al estudio de la igualdad, es preciso prestar atención a la interesante cuestión de su percepción. Primero, la asimetría puede causar y fomentar agravios entre los ciudadanos. Una apelación a la simetría sería necesaria para contrarrestar tal sensación. Es muy común que en este contexto se prodigue un fenómeno de contagio de las asimetrías, así una política determinada realizada en un territorio se reproduce miméticamente en otros, probablemente sin responder a demandas sociales ni reivindicaciones en pro de la misma. El surrealismo podría haber alcanzado su cénit cuando lo que se plagia es la disponibilidad de lenguas propias.

Otra cuestión de gran importancia vinculada a la igualdad y la asimetría se refiere al dilema referido a la financiación de los entes territoriales. Los territorios más ricos perciben que ellos son los que financian la descentralización. Este ejemplo se ilustra con meridiana claridad con Cataluña tal y como se puede constatar en las enmiendas presentadas a la reforma del artículo 135 de la Constitución.

Cataluña, Western Australia y la larga lista de aquellos Estados federados que se sienten explotados en su rol de pagadores de la descentralización. La respuesta más común es la de proponer su segregación de la federación, teniendo por argumento la pesada carga que supone financiar a los territorios más pobres. En España tenemos sobre la mesa «el pacto fiscal catalán». Esta propuesta, que no es nueva, ha recibido un reconocimiento y una identificación en palabras de Watts «fend-for-yourself» federalismo (Watts: 45), lo que yo misma traduje como federalismo autárquico o, más coloquialmente, un modelo federal en el que cada uno ha de buscarse los garbanzos. Estamos ante una clara patología del federalismo, una de las raíces de su fracaso. En consecuencia no resulta redundante recuperar los límites infranqueables del federalismo asimétrico: unidad y solidaridad.

2.4. Asimetrías para todos versus asimetrías tasadas

La fórmula «café para todos» ha sido uno de los elementos más democráticos de la descentralización española, también uno de los más criticados. La preocupación actual redundaría en la adaptación de este famoso slogan a un contexto asimétrico, «asimetrías para todos».

Si procedemos a verificar el contenido de alguno de los recientemente reformados Estatutos de Autonomía, por ejemplo el de Castilla y León (LO 14/2007, de 30 de noviembre), esta dialéctica se torna meridianamente evidente al hallar auténticas trazas asimétricas. Así, se encuentran razones de singularidad histórica para fundar la Comunidad Autónoma; lenguas propias diferenciadas, como el «leonés» o el «gallego», art. 5; una carta de derechos para los ciudadanos de Castilla y León; nuevas organizaciones territoriales internas en la Comunidad Autónoma, sustentadas por sus propios hechos diferenciales (El Bierzo, art. 46.3) y el reconocimiento de la pluralidad interior que determina la necesidad de armonizar desequilibrios económicos y poblacionales entre las provincias y territorios de la Comunidad Autónoma (DA 2.ª).

A simple vista ésta no parece la mejor senda para acceder al federalismo, sino el camino más errado. Una federación no es una máquina generadora de asimetrías, esto solo podría conducir al desastre, a la desintegración.

Pero, ¿qué cabe esperar cuando todos están tensando la cuerda, la periferia y el ROS en un intento aparentemente desesperado de no quedar fuera de cualquier avance descentralizador (ej. Cláusula Camps)? La potenciación de la función integradora del Estado y de la cooperación horizontal parecen las alternativas más pausibles.

Hasta aquí la relación de reflexiones que hemos postulado de un modo dialéctico sin que con ellas hayamos aspirado a agotar la relación. *Verbigratia*, la tensión entre un federalismo ejecutivo y un federalismo participativo. Los recientes procesos de reformas estatutarias y constitucional han evidenciado el aislamiento con que muchas de esos movimientos descentralizadores se están acometiendo, parece que así caminaríamos hacia un *sui generis* modelo federal, el del federalismo autista.

3. PROPUESTA Y REFLEXIÓN FINAL

Como consecuencia de la línea argumental sostenida en este ensayo podemos vislumbrar unas sintéticas conclusiones:

Primera, postulamos avanzar en la teoría del federalismo asimétrico, innovando la terminología de la mano de lo que hemos designado como *disimetrías*. La disimetría se aplica a aquellas situaciones donde el equilibrio o la simetría se rompe de una manera anómala. Así, el hecho de ostentar un rasgo asimétrico legitima la atribución de un sistema competencial cuantitativamente superior a otros territorios. Aquí, estaríamos en el lado de las patologías federales.

Segunda, se ha sugerido una sucesión de etapas en lo que hemos dado en llamar la transición hacia el federalismo. Así, la creación de una cultura federal. El reto de preparar a la sociedad para asumir los valores federales, desprendiéndose de los falsos mitos que asocian federalismo a separatismo y ahondando en la dimensión de unidad que conlleva la propuesta federal. De inmediato cabe proceder a especificar las principales características y los principales escenarios de la evolución federal de España. La unión de un federalismo funcional junto a un federalismo nacionalista es nuestra principal apuesta. El punto final ha de recalar en la traslación constitucional de esa reforma federal.

Tercera, la apuesta por la aplicabilidad de un federalismo asimétrico en el Estado español que sea capaz de conciliar las singularidades nacionalistas con la voluntad del resto del Estado de afianzar los logros obtenidos de la mano de la descentralización en términos democráticos y en derechos sociales.

«El concepto de federalismo ha sido la mayor panacea del pensamiento político occidental para una serie increíble de conflictos... Cuando nos topamos con acontecimientos que han demandado cooperación y coordinación, mientras otros intereses y posiciones han pugnado por la preservación de la diferencia y de la diversidad, la respuesta ha recaído inexcusablemente de la mano de una solución federal» (TARLTON, 1965: 874). En el futuro, es posible que las transformaciones del Estado conviertan, de este modo, a España en un Estado federal y que este federalismo pudiera ser un federalismo asimétrico.

4. BIBLIOGRAFÍA

- AGRANOFF, R. (Ed.), *Accommodating diversity. Asymmetry in Federal States*, Nomos, Baden-Baden, 1999.
- BERAMENDI, P.; MÁIZ, R., «Spain. Unfulfilled federalism (1978-1996)», en AMORETTI, U.; BERMEJO, N. (eds.), *Federalism and territorial cleavages*, John Hopkins University Press, Baltimore y London, 2004.
- BURGESS, M., *Comparative federalism. Theory and Practice*. Routledge, Londres, 2006.
- KEATING, M., «What's wrong with asymmetrical government?», en *Regional & Federal Studies*, n.º 8, 1998, pp. 195-218.
- PALERMO, F.; ZWILLING, C.; KÖSSLER, K., *Asymmetries in Constitutional Law, Recent developments in Federal and Regional Systems*, Eurac, Bolzano, 2010.
- SEIJAS VILLADANGOS, E., *Configuración asimétrica del sistema de Comunidades Autónomas*, Universidad de León, León, 2003.
- TARLTON, Ch.D., «Symmetry and asymmetry as elements of federalism: a theoretical speculation», en *The Journal of Politics*, vol. 27, n.º 4, 1965, pp. 861-874.
- TARLTON, Ch.D., «Federalism, political energy and entropy: implications of an analogy», en *W.P.Q.*, vol. XX, n.º 4, 1967, pp. 866-874.
- TARLTON, Ch.D., «The study of federalism: a skeptical note», en *RIEDEL, A. (ed.)*, *New Perspectives in State and local government*, Xerox College Publishing, Waltham, 1971, pp. 97-100.
- WATTS, R., *Comparing Federal Systems*, McGill-Queen's University Press, 1999.

El principio de lealtad y confianza federal en el Estado las Autonomías

S.D. Baglioni
Universidad de Toronto

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La indisoluble unidad de España y la Constitución de 1978. 3. Lealtad Federal y el Tribunal Constitucional español. 4. De las sentencias del TCE a las relaciones políticas. 5. Conclusión. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo examina la evolución del *Estado de las Autonomías* desde su establecimiento en 1978, enfatizando la progresiva adopción de instituciones y prácticas federales, y la forma en que estas se han ido incorporando al normal funcionamiento del sistema. Asimismo, el análisis se concentra en las relaciones intergubernamentales y en la inclusión y participación de los gobiernos regionales en las instituciones del Estado español. El objetivo es demostrar hasta qué punto existe lealtad y confianza federal como un factor que refuerza el carácter legítimo y democrático de un sistema político federal en un contexto de multinacionalidad como es el caso de España.

La primera parte presenta brevemente los factores que influyeron al momento de adoptar un determinado orden político en España, enfatizando la tensión entre la unidad del sistema político por un lado, y los procesos de descentralización y autonomía política por el otro. La segunda parte discute el principio de lealtad federal y la interpretación constitucional que del mismo ha hecho el Tribunal Constitucional español (TCE). La tercera parte subraya el potencial conflicto entre el rol del TCE como el garante del principio de lealtad federal, y las formas generales de relacionamiento entre los diferentes niveles de autoridad política que existen en España. Finalmente, la conclusión enfatiza las posibilidades y límites que un sistema político federal en general y el principio de lealtad federal en particular, presentan para la acomodación de demandas multinacionales.

2. LA INDISOLUBLE UNIDAD DE ESPAÑA Y LA CONSTITUCIÓN DE 1978

En 1978 España adoptó una nueva Constitución, inaugurando un periodo democrático luego de décadas de dominio dictatorial bajo Francisco Franco. Sin embargo, los que participaron en la elaboración del texto constitucional enfrentaban profundos problemas históricos, provenientes de la evolución histórica y política del país. Estos problemas, en forma sintética, reflejaban múltiples formas de pertenencia e identificación política. Esto, a su vez, alentaba una diversidad de concepciones y proyectos nacionales que ponían en tela de juicio la unidad del sistema político. Este último elemento significaba o un abierto desafío a la unidad de España, o al menos demandaba la redefinición de los términos en que se concebía esa unidad.

Como es bien sabido, los redactores del texto constitucional prefirieron un curso intermedio entre dos opciones opuestas: por un lado, la posibilidad de dejar incólumes las características centralistas del régimen de Franco; por el otro, la alternativa de adoptar abiertamente un sistema federal en toda su expresión. La solución que encontraron fue combinar la «indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles» con «el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran» (Constitución española, artículo 2). Esta opción significó que el principio de soberanía fuera establecido como un derecho exclusivo del pueblo español; no obstante, se reconoció al principio de autonomía y auto-gobierno como un derecho de las unidades componentes del sistema político.

Es por ello que la Constitución intentó establecer un delicado equilibrio entre la unidad y la diversidad; entre la idea abarcadora de España como un sistema político inclusivo, y las identidades y sentido de pertenencia a determinadas unidades regionales (en especial, aunque no de manera exclusiva, las referentes a las tres comunidades históricas: Galicia, el País Vasco y Cataluña). Muchos analistas han coincidido en que la redacción que se prefirió para la Constitución y su grado de ambigüedad y generalidad fueron tanto el producto de las circunstancias históricas, como un consciente acto de equilibrio ante demandas mutuamente excluyentes (Blanco Valdés, 2005; Moreno, 2008; Solozábal, 1998).

El mecanismo general adoptado fue el establecimiento de un sistema de regiones autonómicas, conocido como el *Estado de las Autonomías*. El sistema dividió al país en diecisiete regiones, con diferentes niveles de competencias y poderes. Entre todas las regiones, Galicia, el País Vasco y Cataluña sobresalían, dadas sus respectivas identidades, características culturales (incluyendo idiomas propios) e instituciones políticas propias. Incluso en el caso de estas dos últimas, ya habían contado con un nivel considerable de autonomía política durante la primera parte del siglo veinte; y luego se constituyeron en foco de resistencia contra la dictadura de Franco. Como consecuencia de estos factores, se acordó en que estas regiones en particular tenían buenas razones para reclamar autonomía política. De todas maneras, tanto el derecho de auto-

determinación como la idea de soberanía compartida fueron explícitamente rechazadas.

El Estado de las Autonomías ha evolucionado de forma dramática durante las últimas tres décadas, convirtiendo a España en uno de los países europeos más descentralizados. Este hecho ha sido significativo dada la historia política del país, y las siempre presentes demandas provenientes de regiones con fuertes sentimientos nacionalistas. Del mismo modo, las relaciones entre las elites políticas y las autoridades de Gobierno en España has atravesado un largo y complejo proceso de adaptación y redefinición a lo largo de estos años. A periodos de intensos conflictos le han sucedido otros de mayor cooperación. Esta ha sido una consecuencia lógica de la creación de un nivel de gobierno completamente nuevo, acompañado asimismo por la progresiva adopción de poderes y competencias por parte de esos gobiernos. Lo cual conllevó al reconocimiento de la necesidad de interactuar con otros actores políticos. En este contexto, algunas decisiones particulares como los Pactos Autonómicos de 1981 y de 1992 han creado nuevas fuentes de conflicto y han actualizado antiguas controversias. No obstante, también es cierto que un nivel mínimo de cooperación ha sido una característica general en la evolución del Estado de las Autonomías. Las relaciones intergubernamentales y el grado de participación y representación de los gobiernos regionales en las instituciones del Gobierno central continúan siendo relativamente débiles y podrían ser mejoradas en varios sentidos (García Morales, 2006). Por otra parte, el número de reuniones e iniciativas de colaboración entre los diferentes niveles de gobierno ha ido creciendo en años recientes, lo cual parece indicar que el sistema político español se mueve en una dirección más claramente definida como federalismo de cooperación.

3. LEALTAD FEDERAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

El concepto de lealtad federal (*Bundestreue*) fue desarrollado por la Corte Constitucional de Alemania como un principio no escrito que se desprende directamente del texto constitucional. Lealtad y confianza federal significa básicamente que los diferentes niveles de gobierno tienen el deber constitucional de cooperar con el objeto de afianzar el orden constitucional y desarrollar los legítimos intereses del sistema político. En particular, la Corte ha afirmado que «tanto la federación como los *lander* están obligados a cooperar debido a la naturaleza del «pacto» constitucional existente entre ellos y deben contribuir a su consolidación así como el mantenimiento de los intereses de la federación y de los Estados constituyentes» (citado en Gamper, 2010: 160).

El TCE ha adoptado un principio similar, inspirado en la doctrina de su par alemán. Esto significa que todos los niveles de gobierno en España tienen el deber de obedecer y respetar el principio de solidaridad tal como se expresa en el artículo 2 de la Constitución española (TCE Sentencia 25/1981

y 64/1990); el deber recíproco de ayudarse el uno al otro (TCE Sentencia 18/1982 y 96/1986); y el principio de lealtad a la Constitución (TCE Sentencia 11/1986).

Más específicamente, la doctrina del TCE determina que tanto el Gobierno central como los regionales deben colaborar de manera positiva y negativa. En el primer caso, el Estado español y las Comunidades Autónomas deben respetar (esto es, no invadir) tanto sus respectivas prerrogativas como los intereses compartidos del sistema político en su conjunto. En el segundo caso, ambos niveles de gobierno deben ayudarse y sostenerse mutuamente con el objeto de ejercer efectivamente sus respectivos poderes (Aja, 1999: 143; Alberti, 1996).

Resulta claro que el principio de lealtad y confianza federal no puede ser dictado por el TCE sino que, por el contrario, debería ser el resultado lógico de una estructura de relaciones establecidas entre las diferentes autoridades políticas, asegurando al mismo tiempo un mínimo de colaboración y respeto mutuo, más allá de la obligación de obedecer la ley.

Los valores y prácticas que la idea de lealtad federal implica son ciertamente cualidades elusivas. La lealtad federal presupone que los actores relevantes confíen el uno en el otro y establezcan relaciones de buena fe entre ellos. Este escenario puede ser no factible en sistemas políticos multinacionales. Si los procesos políticos y acuerdos generales acerca de la naturaleza del sistema político no son lo suficientemente sólidos como para asegurar el futuro del mismo, entonces el peso de ciertas demandas y reclamos de derechos pueden convertirse en un factor muy divisivo. Este tipo de escenarios conflictivos puede referirse a la distribución de competencias entre los diferentes niveles de gobierno o al reconocimiento político de símbolos e identidades. Del mismo modo, también puede referirse a la distribución territorial del poder (o a la división territorial del país) o a la propia definición de qué es democrático.

El caso español ilustra tanto las posibilidades como las limitaciones que presenta el federalismo como entramado institucional y político. Asimismo, brinda razones para confiar en la capacidad de acuerdos federales conducentes a la acomodación de la multinacionalidad. Sin embargo, el caso español también exhibe las tensiones y eventuales conflictos que dicho esquema puede presentar. La lealtad federal se encuentra en el centro de estas cuestiones. De manera positiva, la lealtad federal puede constituirse en el elemento principal para una progresiva institucionalización que posibilite constructivas prácticas y formas de relacionamiento entre las respectivas autoridades políticas de un sistema caracterizado por la multinacionalidad.

4. DE LAS SENTENCIAS DEL TCE A LAS RELACIONES POLÍTICAS

La Constitución española de 1978 y la subsiguiente evolución política del país constituyen un serio intento por dar una respuesta a la cuestión de las demandas nacionalistas presentadas por Cataluña, el País Vasco y Galicia. No

resulta sorprendente que esta cuestión haya sido tan controversial, y que la evaluación del sistema político español como una democracia multinacional con adecuados niveles de reconocimiento político resulte una mezcla de éxitos y fracasos. El principio de reconocimiento político implica una serie de características específicas que se supone son reflejadas en el sistema político. En primer lugar, estas características se manifiestan a nivel constitucional; en este caso, se espera que exista una serie de derechos y garantías básicas explícitamente incorporadas en la Constitución, y conducentes a la expresión y protección de reclamos nacionalistas. En segundo lugar, se encuentra el orden institucional, en donde se deben dar múltiples mecanismos de reglas y decisión que posibiliten una adecuada inclusión y participación de todas las unidades constituyentes del sistema político en decisiones colectivamente obligatorias. En tercer lugar, en el nivel político, deben producirse modos de relacionamiento generales entre los actores políticos relevantes caracterizados por la interacción y cooperación conducente a prácticas democráticas públicas (esto es, deliberación y negociación).

A nivel constitucional, en 1978 España reconoció por primera vez en su historia que está compuesta por «regiones y nacionalidades», y que estas deben contar con el derecho a la autonomía política o auto-gobierno (Constitución española, artículo 2). Esta decisión negó una larga tradición en la historia española que se sustenta en la idea de unidad del sistema político. Del mismo modo, quebró el legado de centralización y asimilación cultural que habían marcado los años de la dictadura de Franco (1939-1975). Sin embargo, el texto constitucional no estableció la forma concreta en que dicho derecho de auto-gobierno debería ser ejercido; incluso los contenidos y límites exactos referentes a la autonomía política fueron dejados sin definición. Este es el fenómeno que la doctrina del TCE ha dado en llamar el *principio dispositivo*: la Constitución solo estableció los principios generales referentes a la unidad y soberanía de España, así como a la autonomía política de las nacionalidades y regiones. Como resultado, el Estado de las Autonomías podría haber evolucionado en diferentes direcciones, dependiendo de interpretaciones y concepciones particulares. La redacción de la Constitución, su ambigüedad e indeterminación, y el *principio dispositivo* han hecho de las disputas constitucionales (y políticas) en España luchas para definir el sistema político en su totalidad, de acuerdo a directrices simétricas o asimétricas. En el primer caso, se busca asegurar cierta homogeneidad entre todas las unidades constitutivas del sistema; esto a su vez niega una distinción clara entre nacionalidades y regiones. En el segundo caso, las nacionalidades son favorecidas por entenderse que las mismas constituyen minorías nacionales con el derecho a ejercer determinados poderes y competencias que le son propias, y que no son compartidas por las regiones.

El TCE ha sido el actor fundamental para definir los términos de estas disputas, configurando su propia jurisprudencia conducente a la clarificación y realización de los principios contenidos en el texto constitucional. Este desarrollo ha permitido el reconocimiento y la acomodación de ciertos derechos reclama-

dos por Cataluña, el País Vasco y Galicia. Sin embargo, España ha rechazado cualquier arreglo confederal en el cual las nacionalidades poseerían derechos de soberanía. La lealtad y confianza federal, tal como es entendida y aplicada por el TCE, puede jugar un rol importante con el fin de garantizar un nivel mínimo de cooperación entre las diferentes autoridades y actores políticos. De todos modos, el TCE no tiene la capacidad para imponer estas condiciones. Las mismas deberían ser el resultado natural de un lento y progresivo proceso de aprendizaje en el cual todas las partes involucradas adoptan valores y prácticas tendientes a la aceptación de un sistema federal estable y legítimo, aún cuando el sistema político se encuentra caracterizado por demandas y reclamos multinacionales.

A nivel institucional, España ha adoptado un proceso de descentralización general y profundo, paralelo al ya mencionado proceso de devolución política. Todas las unidades constituyentes crearon sus propias instituciones y burocracia con el objeto de ejercer los poderes y competencias a nivel regional recientemente adquiridos. Esto representó un avance en términos de subsidiariedad y mejor representación de los intereses regionales. Sin embargo, la inclusión formal y genuina de las regiones y nacionalidades en los mecanismos de decisión y en las instituciones del gobierno central ha resultado ser más problemática. Por ejemplo, es ampliamente aceptado que el Senado no ha asumido el rol que se suponía, de Cámara de representación territorial; asimismo, otros mecanismos tendientes al involucramiento y participación directa de las regiones y nacionalidades en las decisiones colectivas del sistema político han resultado ser menos que satisfactorias. Existe una serie de instrumentos y reuniones en donde los diferentes niveles de gobierno comparten información y coordinan sus esfuerzos en relación a múltiples áreas de políticas públicas. No obstante, esto no sucede al grado de integrar la maquinaria normal del gobierno central y mejoras más significativas deberían lograrse en términos de mejor representación y articulación de intereses de las regiones y nacionalidades a la hora de adoptar decisiones y objetivos de políticas desde el gobierno central (García Morales, 2006). En contraste, Colino (2008) y Arbós *et al.* (2009) enfatizan el hecho de que en años recientes se han producido desarrollos promisorios en el área de relaciones intergubernamentales. Tanto la naturaleza de los instrumentos como el número de relaciones se han incrementado significativamente en los últimos años. Esto parecería indicar una tendencia hacia un tipo de relaciones institucionales más propia de un sistema federal cooperativo.

A nivel político, las interacciones entre las diferentes elites políticas también se han caracterizado por una combinación de conflicto y cooperación. Durante los primeros años de evolución del Estado de las Autonomías las relaciones entre las tres comunidades históricas y el Estado español se caracterizaron por un nivel muy marcado de conflicto. En cierto sentido, era de esperarse que así fuera, debido al hecho concreto de que el texto constitucional solo proveyera principios e ideas directrices para el sistema, sin especificar en detalle cuestiones fundamentales como la distribución de poderes y la organización

territorial del país. En ese contexto, el TCE se ha convertido en el actor central de este tipo de conflictos, dada su capacidad de árbitro de disputas entre los diferentes niveles de gobierno e intérprete final de la Constitución. La actividad del TCE ha sido crucial para afirmar una dirección concreta en la evolución de sistema político en su conjunto, y afirmar cualidades específicas del mismo dentro de un número de posibilidades mayor. En este sentido, se pueden mencionar, entre otras, significativas sentencias del TCE con respecto al contenido de las leyes básicas del Estado, el bloque de constitucionalidad, y el principio de lealtad institucional y cooperación. No obstante, el TCE no puede reemplazar o suplir la necesaria interacción y mutua cooperación entre las elites catalanas, vascas y gallegas por un lado, y las elites españolas por el otro. Ha habido periodos en los que ni los socialistas (PSOE) ni los conservadores (PP) consiguieron mayoría para formar gobierno, por lo cual fueron ambos forzados en diferentes momentos a aceptar el apoyo político-electoral de partidos nacionalistas (vascos y catalanes). Como resultado, las relaciones entre elites en esos momentos exhibieron un modo de cooperación relativamente estable, basado en beneficios mutuos: los vascos y catalanes demandaron y consiguieron específicos poderes y competencias para sus respectivos gobiernos regionales, a cambio de su apoyo y participación en la coalición gobernante a nivel central. No obstante, este tipo de cooperación no es necesariamente buena, en la medida en que está basada en una necesidad política o negociación, y no en los méritos intrínsecos o en la legitimidad propia de los derechos o demandas que así se reclaman (Fossas, 1999). Es importante notar aquí la cooperación limitada entre partidos y líderes políticos nacionalistas y españoles también puede darse de acuerdo tanto a una posición intransigente y dogmática defendida por los primeros, como a una actitud principista y no-negociable sostenida por los segundos.

5. CONCLUSIÓN

Tomando en cuenta los tres niveles de análisis (constitucional, institucional y político), la presencia y desarrollo de la lealtad y confianza federal entre las elites del sistema político español ha adoptado diferentes formas, dependiendo de las características específicas de cada una de las tres comunidades históricas.

En el caso vasco, la violencia política y la presencia de la organización terrorista ETA ciertamente ha influido en el nivel de conflicto con el resto de España. Este factor, junto a un programa y discurso políticos agresivamente nacionalistas adoptado por los sucesivos gobiernos regionales bajo el liderazgo del PNV, han hecho que las relaciones entre el País Vasco y el resto de España fueran altamente conflictivas y dominadas por disputas ideológicas donde la negociación y el compromiso raramente son contemplados como una posibilidad cierta, y mucho menos deseada. La forma en que la propuesta de reforma del

Estatuto Vasco (el popularmente llamado «Plan Ibarretxe») fue presentada y discutida ilustra cabalmente este punto. Posiciones dogmáticas y demandas maximalistas chocaron contra acusaciones de manipulación y deslealtad. No es sorprendente entonces, que el resultado final fuera una propuesta de reforma enviada desde el Parlamento Vasco a las Cortes, cuyo contenido era abiertamente inconstitucional. Del mismo modo, la reacción era de esperarse: el rechazo liso y llano de siquiera tratar la propuesta por parte de estas últimas (Muro, 2009; Fernández Farreres, 2009). En sentido contrario, el reciente Gobierno vasco liderado por los socialistas parecería estar abriendo nuevas posibilidades de cooperación, aunque aún resulta muy reciente saber las posibilidades reales de esto. En términos de lealtad federal, el País Vasco ha permanecido, desde el establecimiento mismo del Estado de las Autonomías, desconfiado de la adecuación e incluso legitimidad del sistema político en su conjunto. Sin embargo, esta postura varía de acuerdo a la posición ideológica de las distintas organizaciones políticas vascas. Además, a periodos de alto nivel de conflicto le han sucedido otros periodos caracterizados por la posibilidad de cooperar, y la participación regular del País Vasco en reuniones de coordinación de políticas públicas y coordinación con otras regiones y el Estado español no es significativamente menor que el promedio nacional (Arbós *et al.*, 2009).

En el caso catalán, las relaciones con el resto de España han estado dominadas por el «catalanismo» representado y definido por el partido político centralista de *Convergència i Unió* (CiU), en control del gobierno regional desde 1980 hasta 2000. Como resultado, la característica central de los reclamos y demandas provenientes de esta región ha sido una combinación de posiciones principistas y un agudo sentido pragmático. Así, compromisos ideológicos coexisten con posiciones agresivas, por lo que la naturaleza y el contenido de las relaciones con el Gobierno español reflejan ese delicado equilibrio (Muro, 200). De este modo, las elites políticas catalanas han sido capaces de defender y avanzar sus intereses sin recurrir, normalmente, a situaciones de suma cero y bloqueos políticos, tal como ha sido lo habitual en el caso vasco. En años recientes, esta tendencia ha sido reforzada por los gobiernos regionales de coalición liderados por los socialistas catalanes, lo cual garantiza un nivel mínimo de mutuo entendimiento e intereses con el Gobierno español, en manos de los socialistas y bajo el liderazgo de Rodríguez Zapatero (2004-2011). Sin embargo, el propuesto y ratificado nuevo Estatuto de Cataluña (2006) ha resultado ser una cuestión divisiva y una fuente importante de conflicto. La dura reacción de los conservadores, unido a la sentencia del TCE que recortó algunas disposiciones del Estatuto, parecen indicar un límite preciso a las demandas que son tomadas como aceptables. En términos más amplios, esta cuestión podría reducir el nivel de entendimiento y cooperación que las elites políticas catalanas han exhibido tradicionalmente con respecto a sus pares españoles.

En el caso gallego, las demandas y las relaciones políticas en conjunto con el resto de España se han caracterizado por un nivel bajo de conflicto. Esto se debe a una serie de factores: en primer lugar, la ausencia de un fuerte partido

político de corte nacionalista en control del gobierno regional, tal como ha sido el caso tanto del País Vasco como de Cataluña. En segundo lugar, la habilidad de los conservadores gallegos (PPG) para apropiarse de las demandas y reclamos en la región, y convertirlas en un programa político moderado que defiende la idea de «autonomismo», pero no de nacionalismo. En tercer lugar, y relacionado con los puntos anteriores, la marcada falta de capacidad por parte de las fuerzas nacionalistas gallegas para articular un programa político atractivo con el cual conseguir el apoyo electoral y formar gobierno (Maíz, 2001). Ciertamente, en Galicia existen determinadas demandas y reclamos (especialmente en torno a la protección y promoción del gallego como lenguaje co-oficial de esa Comunidad Autónoma), sin embargo la intensidad de las mismas y el nivel de conflicto con el Estado español en general ha sido mucho menos pronunciado si se lo compara con el País Vasco y Cataluña. El caso de la iniciativa de propuesta para modificar el Estatuto de la Comunidad Autónoma de Galicia y su ulterior fracaso parece indicar el limitado alcance de los sentimientos nacionalistas en esa región o, al menos, la incapacidad de trasladar esos sentimientos a acciones políticas concretas. No obstante, Galicia como región ha estado históricamente bien integrada al Estado de las Autonomías, tanto a nivel institucional como político; y ha exhibido un grado razonable de cooperación y colaboración con las autoridades del Estado español.

El sistema político español ha recorrido un largo camino desde los años de la dictadura de Franco y el modelo tradicional de Estado centralista. Sin embargo, esto no significa que el Estado de las Autonomías ha resuelto para siempre las demandas planteadas por el País Vasco, Cataluña y Galicia. De hecho, esperar una solución final para este tipo de conflictos es malinterpretar la naturaleza política de un sistema multinacional. Conflictos y desacuerdos a cerca de la manera adecuada de reconocer los reclamos presentados por minorías nacionales es parte de la dinámica propia de un sistema político con rasgos multinacionales. No se trata tanto de encontrar la forma de evitar estos conflictos, sino de explorar las posibles alternativas para acomodar reclamos que parecen mutuamente excluyentes. El sistema político español enfrenta regularmente desafíos provenientes desde estas tres comunidades históricas, con la intención de establecer un orden político más atento a sus identidades e intereses. De manera más precisa, se puede afirmar que este fenómeno presenta una triple relación: en primer lugar, las comunidades históricas y sus demandas; en segundo, la reacción o respuesta del Gobierno español a esas demandas; en tercero, el previsible sentimiento de agravio comparativo que las otras comunidades puedan expresar.

La evaluación general de la evolución política del Estado de las Autonomías y la manera en que este ha respondido al hecho multinacional debería ser entendida como una lucha continua. Dicha lucha presenta a diferentes actores políticos que proponen una serie de reclamos determinados y participan en debates y confrontaciones públicas donde se decide hasta qué punto dichos reclamos son legítimos, y cómo podrían ser acomodados en el orden político

existente. El nivel de lealtad y confianza federal exhibido por las distintas elites políticas en momentos diferentes es un factor fundamental para evaluar el éxito o el fracaso del sistema político en relación a las posibilidades de acomodamiento del carácter multinacional del país.

Relacionado a este último punto, es conveniente diferenciar entre descentralización y devolución política (Requejo, 2005). El sistema político español exhibe un alto nivel de descentralización por el cual las unidades que componen el sistema cuentan con una gran variedad de competencias y poderes. Esto en sí mismo puede ser interpretado como un hecho positivo, en la medida en que posibilita un nivel de gobierno (regional) más cercano a la ciudadanía y más a tono con sus necesidades e intereses. No obstante, la devolución política (autogobierno) y la manera en que los reclamos nacionalistas son reconocidos no necesariamente van de la mano con la descentralización. En este contexto, el reconocimiento de determinados reclamos del País Vasco, Cataluña y Galicia en el propio texto constitucional y las protecciones allí establecidas se han convertido en una cuestión política central de los debates públicos en España. Asimismo, el reconocimiento simbólico e institucional de la identidad e intereses de las comunidades históricas también se establecen como un factor de vital importancia para comprender el actual sistema político español.

La lealtad y confianza federal constituye un valor básico para que el sistema federal funcione como es debido, aún si existen disputas y conflictos no resueltos entre las unidades que conforman el sistema político. Aprendiendo a cooperar y aceptar intereses comunes, los diferentes niveles de gobierno de dicho sistema afianzan su pertenencia común al conjunto. Esto, obviamente, no niega sus diferencias y fuentes de conflicto. Sin embargo, sí indica un camino a seguir en el cual esas diferencias puedan ser reconocidas y acomodadas de manera democrática. España claramente no ha encontrado «la» solución a estas cuestiones (asumiendo que ello fuera una condición posible y/o deseable), aunque sí ha avanzado significativamente en términos de la incorporación de valores y actitudes básicos que generen respeto mutuo y el reconocimiento de las identidades de unos y otros.

REFERENCIAS

- AJA, E., *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 357.
- ALBERTÍ ROVIRA, E., «El federalismo actual como federalismo cooperativo», en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 58, n.º 4, 1996, pp. 51-68.
- ÁLVAREZ, L., «La función de la lealtad en el Estado Autonómico», en *Eikasia, Revista de Filosofía*, año IV, n.º 5, 2009, pp. 135-168.
- ARBÓS, X.; COLINO, C.; GARCÍA MORALES, M. y PARRADO, S., *Las relaciones intergubernamentales en el Estado Autonómico. La posición de los actores*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2009, p. 312.

- BLANCO VALDÉS, R., *Nacionalidades históricas y regiones sin historia*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 231.
- CÁMARA, G., *El principio de colaboración entre el Estado y los Comunidades Autónomas*, 2011. Disponible en: www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/COMPARATO/camara.doc
- COLINO, C., «The Spanish model of devolution and regional governance: evolution, motivations and effects on policy making», en *Policy and Politics*, vol. 36, n.º 4, 2008, pp. 573-586.
- CONGRESO ESPAÑOL. *Constitución española*, 1978. Disponible en: http://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Tribunal Constitucional ante las reformas estatutarias*, Fundación Manuel Giménez Abad, Pamplona, 2009, p. 24.
- FOSSAS, E., «Asymmetry and Plurinationality in Spain», en *Working Paper 167*, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 1999, p. 20.
- GAMPER, A., «On loyalty and the (federal) constitution», en *International Constitutional Law Journal*, vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 157-170.
- GARCÍA MORALES, M., *Las relaciones intergubernamentales en el Estado Autonomico: estado de la cuestión y problemas pendientes*. Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2006, p. 32.
- MÁIZ, R., «El nacionalismo gallego en el siglo XXI», en MORALES, M. (coord.), *Ideologías y movimientos políticos*, España Nuevo Milenio Editores, Madrid, 2001, p. 368.
- MORENO, L., *La federalización de España: poder político y territorio*, Siglo XXI España Editores, Madrid, 2008, p. 224.
- MURO, D., «Territorial accommodation, party politics, and Statute Reform in Spain», en *South European Society & Politics*, vol. 14, n.º 4: 2009, pp. 453-468.
- REQUEJO, F., *Multinational Federalism and Value Pluralism*, Routledge, Londres, 2005, p. 168.
- SOLOZÁBAL, J., *Las bases constitucionales del Estado Autonomico*, McGraw-Hill Publisher, Madrid, 1998, pp. 367.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, *Sentencias del Tribunal Constitucional*, 2011. Disponible en: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/jurisprudencia_constitucional.php

Breves consideraciones en torno a la estructura del Senado español y los límites entre Pacto Federal y Estado autonómico

Elena García-Cuevas Roque

Profesora Asociada (Doctora), Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema. 2. Evolución de la estructura territorial en el Estado español. 3. Confrontación Estado autonómico y Estado federal. 4. La esperada reforma del senado y otras revisiones pendientes. 5. ¿Hacia un Estado federal?: 5.1. El nacionalismo catalán: modelo confederal. 6. Observaciones finales. 7. Referencias.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Es innegable la importancia y actualidad del proceso autonómico, el cual lleva tiempo atravesando, y tendrá que pasar, por diversas etapas. El hecho de irse consiguiendo progresivamente logros y conquistas en este terreno, lleva a la necesidad de ir adaptando, en la medida de lo posible, la configuración o regulación del título VIII de nuestro texto a las nuevas circunstancias en que se desenvuelven hoy las nacionalidades, o mejor, Comunidades Autónomas (en lo sucesivo CCAA) para no entrar ahora en disquisiciones. Aunque dicho título establece un modelo político de Estado descentralizado, sin embargo se han observado en él algunas imprecisiones.

2. EVOLUCIÓN DE LA ESTRUCTURA TERRITORIAL EN EL ESTADO ESPAÑOL

Nuestra Ley Fundamental no fija el número de CCAA, ni establece plazos para la constitución de las mismas, no imponiendo tampoco una estructura autonómica a todo el territorio (art. 137 CE); existen, además, distintos procedimientos para acceder a la Autonomía, con referéndum de iniciativa autonómica (Cataluña, Euskadi, Galicia y Andalucía —art. 151.1 CE—) o sin él (art. 143 CE). Finalmente, la Constitución no crea o reconoce las autonomías; en reali-

dad será el correspondiente Estatuto, como norma básica de organización de la región o Comunidad Autónoma, donde se contendrá el acto de creación. A este respecto, y lo más importante, es que se previeron requisitos variables para la elaboración y aprobación de dichos Estatutos en los que se determina su contenido autonómico concreto, sin olvidar que los Estatutos llamados del artículo 151 prevén dos procedimientos distintos para su reforma. En la Sentencia del Tribunal Constitucional (en lo sucesivo, STC) 247/2007, de 12 de diciembre, el Tribunal insiste en que «la Constitución vincula el principio de autonomía con el principio dispositivo de acceso a la autonomía política (...)».

En consecuencia, cabe destacar la falta de homogeneidad existente entre las CCAA —diferencias que en ningún caso podrán implicar privilegios económicos o sociales (art. 138.2 CE)— las cuales presentan contenidos muy variados, siempre dentro del marco constitucional de los arts. 148 y 149 CE. Tras una primera etapa en las que las diferencias fueron muy acusadas entre las Comunidades llamadas históricas (Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía), las que más adelante se asimilaron a ellas (Valencia y Canarias) y el resto (véase STC 1/1982, de 28 de enero), se llega a una igualación competencial a raíz de los Acuerdos o Pactos autonómicos de 1992, que tuvieron su principal plasmación normativa en la LO 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencias de competencias a CCAA que accedieron a la Autonomía por la vía del art. 143 CE, así como en las sucesivas Leyes orgánicas de modificación de los Estatutos; dichos Acuerdos persiguieron dos claros objetivos: ampliar las competencias de las CCAA del art. 143 CE con la finalidad de posicionarlas a un nivel similar al de las Comunidades del art. 151.1 CE y, en segundo lugar, reforzar las relaciones entre el Estado y las CCAA, atendiendo al principio de cooperación.

Las reformas estatutarias acaecidas entre 1996 y 2004 permitieron, en lo que al ámbito competencial se refiere, alcanzar la práctica equiparación entre todas las CCAA, con algunas excepciones, tales como seguridad ciudadana, que tampoco las ostentan todas las Comunidades del art. 151. Finalmente, en la legislatura 2004-2008, salen adelante las reformas estatutarias impulsadas por la Comunidad Valenciana y Cataluña en 2006 e Islas Baleares, Andalucía, Aragón y Castilla y León en 2007, creándose, asimismo, nuevos mecanismos de cooperación institucional, que no de subordinación, para dar una perspectiva más amplia al concepto de solidaridad (véanse STC 237/1992, de 15 de diciembre, 109/2004, de 30 de junio, y 247/2007, de 12 de diciembre, relativas al principio de solidaridad y equilibrio territorial). Se rechaza, sin embargo, la propuesta del Parlamento Vasco (Plan Ibarretxe o Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi) en 2005, por ser expresivo de un modelo que no encaja fácilmente en la Constitución; (sobre el nacionalismo vasco y sus orígenes, sugerimos dos estudios muy interesantes: Beltza, 1980; Castells y Cajal, 2009). Por último, el nuevo Estatuto catalán de 2006 dio mucho que hablar, como se detallará en el último epígrafe. El modelo catalán ha sido recibido por el nuevo Estatuto andaluz, si bien, en este último se han separado los principios incompatibles con el Estado autonómico.

3. CONFRONTACIÓN ESTADO AUTONÓMICO Y ESTADO FEDERAL

El mismo enunciado «límites entre Pacto Federal y Estado autonómico» ofrece una idea del sentido de la presente comunicación. Cuestión polémica es la fijación de los límites entre Estado autonómico y Estado federal. De inmediato surge que éstos se encuentran en la tenencia o no de «soberanía». Es cierto que, en principio, las CCAA carecen de soberanía, como así declaró el Tribunal Constitucional en varias sentencias, al considerar la autonomía como un poder limitado que no es soberanía. Carecen, pues, de poder originario y, por tanto, de competencia o poder constituyente, propios de los Estados miembros de un Estado federal. En el Estado autonómico se parte de un todo, una unidad que se ha disgregado, no existiendo un pacto de entidades preexistentes soberanas; ha habido una polarización o dispersión. Por el contrario, los Estados de una Federación tienen, o al menos han tenido, «soberanía», porque se unieron a través del «pacto federal»; se ha producido una concentración.

Pero ¿qué supone, entonces, el principio de autonomía?. Ante todo es el principio general de organización del Estado o principio estructural (STC 32/1981, de 28 de julio, y STC 4/1981, de 2 de febrero) que supone una distribución del poder público entre distintas entidades, cuales son, el Estado, titular de la soberanía, las CCAA, como autonomía política, y las provincias y municipios —corporaciones locales— como autonomía administrativa (art. 137 CE). En la elaboración de la Constitución y en los debates estuvo latente la configuración de un Estado nacional, único —no hubo pacto federal—, soberano, por cuanto ese Estado «se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación» (art. 2 CE), en la cual reside una sola soberanía nacional y que, como tal, es titular de un poder constituyente, común a todas las regiones y pueblos de España, por lo que, en principio, no cabría en la Constitución un «Estado catalán» y un «Estado vasco» en sentido propio, aunque sí Gobiernos regionales.

En el debate político general de julio de 1978 se propuso por algunos —PSOE— definir al nuevo Estado como federal o que respondiera a un principio federativo; otros —UCD—, en cambio, señalaron la incompatibilidad entre el concepto de Estado federal y Estado organizado en base a Estatutos de Autonomía. «Sólo en el momento en que el óptimo competencial accesible a todas las entidades territoriales hubiere sido asumido por todas ellas, estaríamos ante un Estado federal»; estas fueron las consideraciones vertidas por Felipe González, a la sazón dirigente del Partido Socialista. De este modo, la propuesta de los socialistas a lo largo del período constituyente respondió a un «modelo subyacente de Estado tendencialmente federal» (Fajardo, 2009, pp. 52-53).

Ahora bien; parece bastante improbable un «pacto federal» entre las 17 CCAA (y las dos ciudades autónomas, Ceuta y Melilla) actualmente existentes, similar, por ejemplo, a Alemania, ante la falta de homogeneidad de las mismas, puesta de relieve con anterioridad, y sin «rediseñar» la composición actual del Senado. Esta falta de homogeneidad ha llevado a utilizar constan-

temente el término «asimetría» («modelo asimétrico», «federalismo asimétrico» —véase Requejo and Nagel (2011)—, «catalanismo asimétrico»...) para referirse a los conocidos como «hechos diferenciales». Incluso, se ha llegado a afirmar (Elorriaga, 2011, p. 16) que este modelo asimétrico fue consagrado por la Constitución ya desde su aprobación, al diferenciar los cauces para el acceso a la autonomía y al renunciar a establecer una lista cerrada de competencias atribuibles a las CCAA. No obstante, no está de más aclarar algunos conceptos, tales como nacionalidad, nacionalismo y federalismo. Nacionalidad es la condición y carácter peculiar de los integrantes de una nación, que deberían formar un Estado políticamente independiente. Quizá el sentido que se le quiere atribuir en ocasiones es otro distinto: la unidad de lengua, un derecho y arte propios crean las nacionalidades; sería, entonces, una unidad de cultura o de civilización: el arte, la ciencia, las costumbres, el derecho..., tienen sus raíces en la nacionalidad (Prat, 1919, pp. 52, 71).

Pero interesa el término «nacionalismo», el cual apunta de alguna manera a una estructura federal; (en relación a la teoría del nacionalismo, se recomienda la lectura de Smith (2004) por tratarse de una obra muy ilustrativa). Este nacionalismo supone un apego a las tradiciones nacionales y a los caracteres distintivos de la nación a la que pertenece; es, pues, la doctrina que se basa en este sentimiento de pertenencia y cuyo fin es exaltar, en todos los órdenes, la personalidad nacional completa y, sobre todo, la salvaguardia de la soberanía. Cataluña es la primera en proponer el término «nacionalidad», quizá como término algo ambiguo, pues desea ser soberana; del mismo modo, el País Vasco. No olvidemos que las regiones o comunidades con conciencia política en 1930 y de mayor sentimiento separatista o autonómico tenían fueron Galicia, País Vasco y Cataluña. Esta última alcanza su propio Estatuto en el período de nuestra segunda República de forma temprana. Tras la entrada en vigor de nuestro texto constitucional de 1978, el de Euskadi fue el primer proyecto estatutario que llegó a las Cortes generales para su tramitación, unas horas antes que el catalán, y también el primero en aprobarse. Tras la aprobación de la Constitución, las expectativas de los dos nacionalismos más arraigados (Cataluña y el País Vasco) se vieron en gran parte frustradas, pues consideraban que la dinámica generada suponía una reducción de competencias.

En definitiva, se habla, entonces, de un «nacionalismo periférico» para diferenciarlo del «nacionalismo español», o lo que es lo mismo, el nacionalismo desde la perspectiva de las naciones sin Estado y desde la nación española (Béjar, 2008, p. 13). Pero, deseamos realizar una lectura optimista de esto último, coincidiendo con algunos autores (Sevilla *et al.*, 2009, p. 11): «a través de ese sentimiento de pertenencia dual, autonómica y estatal, nuestro sistema goza de unos elevados niveles de legitimidad política y social», pues es obra de todos, lo que nos ha permitido, entre otras cosas, sumarnos al proceso de construcción europea.

Y, por último, para completar el cuadro de definiciones, el «federalismo» es el sistema de varios Estados que, rigiéndose cada uno de ellos por leyes pro-

pías (conservan, por tanto, su propia autonomía), están sujetos en ciertos casos y circunstancias a las decisiones de un Gobierno o poder central; nace siempre de un «pacto» de carácter interno, diferenciándose así de la «Confederación», la cual surge de una unión o hecho internacional, pudiéndose incluso imponer, en ocasiones, por la fuerza. De este modo, los Estados miembros de una Federación se reparten el poder con un Gobierno central, llamado federal, establecido en la capital federal. Esos Estados miembros, «sin perder su autonomía en lo que les es peculiar y propio, se asocian y subordinan al conjunto de los de su especie para todos los fines que les son comunes»; como afirma Pi y Margall (2002, p. 115), «establece la unidad sin destruir la variedad, sin que se altere el carácter de naciones» (sobre el federalismo como forma de gobierno, como integración política, véase Boogman y Van der Plaaf, 1980).

4. LA ESPERADA REFORMA DEL SENADO Y OTRAS REVISIONES PENDIENTES

Nuestra Constitución, al margen de la polémica apuntada en líneas anteriores, no es una Constitución federal, sin ir más lejos porque el propio texto establece que «en ningún caso se admitirá la «federación» de CCAA» (art. 145.1 CE); bastaría con comparar la composición del Bundesrat en Alemania (arts. 50 a 53 Grundgesetz) con la de nuestro Senado.

La regulación constitucional resulta insuficiente para hacer frente a esta compleja realidad. La necesidad de una reforma del Senado lleva ya tiempo siendo «perentoria y urgente», como ha sido calificada en alguna ocasión, al objeto de subsanar las carencias que se han ido poniendo de manifiesto en torno al art. 69 CE, observándose un gran déficit en cuanto a la función constitucional del Senado como Cámara de representación territorial. La reforma debe permitir que sean las CCAA (y no sólo las provincias) las que se encuentren representadas.

Ya a mediados de los años noventa, y coincidiendo con los acuerdos PSOE-PP que llegaron a modificar los Estatutos del art. 143, se pusieron en marcha grupos de estudio y comisiones específicas para la reforma del Senado, pues hasta entonces, y aunque el Estado de las autonomías era ya una realidad, éste seguía siendo el mismo que cuando se aprobó la Constitución, a pesar de hablarse mucho de ello, expresión, se decía, del necesario «avance federalizante» (cfr. Fajardo, 2009, pp. 154-155) del modelo del Estado de las Autonomías. Se pusieron en marcha acciones políticas por parte del PSOE para alcanzar un acuerdo en este sentido, pero este movimiento quedó paralizado en la legislatura del PP de 1996 a 2000, volviendo a despertar en 2001 ya en la legislatura del PSOE, todavía, como sabemos, sin resultados.

No en vano, la reforma del Senado ha sido uno de los cuatro aspectos abordados en el «Informe sobre modificaciones de la Constitución española» del Consejo de Estado de 2006, ante las consultas y propuestas que éste reci-

bió del Gobierno. El Consejo de Estado propone algunas modificaciones relacionadas con las funciones del Senado como Cámara de representación territorial y con la composición del mismo, entre otras cuestiones. Respecto al primer punto, funciones del Senado, aconseja un fortalecimiento de la posición del Senado en relación a las «leyes de desarrollo autonómico» (ámbito legislativo), así como potenciar la labor del Senado como espacio de concertación y cooperación de las CCAA entre sí y con el Estado, ejerciendo su función de armonización. En lo que atañe a la composición del Senado, propone un nuevo art. 69, con redacciones alternativas para algunos de sus apartados: será la «Comunidad Autónoma» quién elegirá, cada una, seis senadores, frente a los cuatro que se elegían en cada «provincia», por lo que el Consejo defiende un número más reducido en su composición (véase Rubio y Álvarez, 2006).

Como se ha reflejado con anterioridad, en los debates se dejó sentir tanto una mentalidad nacionalista e independentista como unitaria, según la ideología política de que se tratase. Esta situación dio lugar a la redacción del art. 2 CE, a tenor del cual, se establece por un lado, la unidad de la nación y, por otro, se reconoce la pluralidad de las nacionalidades, de las cuales, por cierto, no se vuelve a hablar en el mencionado título VIII; fueron los Estatutos los que otorgaron dicha denominación. Esta carencia potenció la actividad del Tribunal Constitucional, lo que nunca es beneficioso para una sociedad democrática. Pero esto no es una novedad; sabemos que el Estado de las autonomías se ha ido configurando y conformando, junto con otros factores —y siempre sobre la base de la Constitución—, fundamentalmente por las aportaciones de la jurisprudencia del Alto Tribunal.

Por todas estas razones, la inclusión en la Constitución de la denominación de las Comunidades y Ciudades Autónomas ha sido igualmente abordada, ante una nueva consulta del Gobierno, en el ya mencionado Informe del Consejo de Estado en su punto IV, proponiendo un cambio sustancial de dicho título que pasa por mencionar expresamente a las CCAA en los arts. 2, 137 y 143 CE y enumerarlas; dicho cambio se fundamenta, en gran parte, en la conveniencia de la desaparición del principio dispositivo, al considerar que la eficacia del mismo ha sido más bien escasa, y en un intento de dar por definitivo el modelo de descentralización política y «superar la apertura inicial», sin, por ello, cerrar del todo la puerta a la posibilidad de crear nuevas Comunidades o realizar reformas en los Estatutos de las Comunidades ya existentes.

Se hace necesario, asimismo, un nuevo régimen jurídico de las Administraciones locales, lo que, obviamente, requiere establecer los cauces formales para llevarlo a efecto. La «autonomía» conlleva en sí misma la exigencia de que las actuaciones de la Administración autonómica no sean controladas por la Administración estatal, esto es, se excluye cualquier tipo de dependencia jerárquica, propia de una organización centralizada, respecto de la Administración del Estado. Y, aunque en el momento actual se han realizado ya transferencias en materia de Sanidad (RD 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del fondo de Cohesión Sanitaria), quedan pendientes otras

como la Administración de Justicia o las Administraciones Penitenciarias. Esta medida redundará en la mejora de la eficiencia en la prestación de servicios públicos de bienestar. Tras la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del Gobierno local, en 2005 se intentó poner en marcha el «Proyecto Sevilla» y el «Libro Blanco para la reforma del Gobierno local en España»; pero el cese del, entonces, ministro de Administraciones Públicas, J. Sevilla, en 2007, supuso el abandono de tal Proyecto.

En consecuencia, se ha ido avanzando progresivamente en la descentralización política, recordando al modelo canadiense. No es menos cierto que se trató de establecer un modelo de financiación generalizable a todas las Comunidades para evitar desequilibrios inter-regionales (Ley 50/1985, de 27 de diciembre, y Ley 22/2001, de 27 de diciembre). Y, por último, se procuró que las CCAA pudieran gestionar cada vez con mayor autonomía los recursos financieros. No obstante estas intenciones, se observan multitud de fallos en la aplicación del modelo financiero, provocados, entre otros factores, por la distinta estructura de ingresos de las CCAA.

Con rigor debemos afirmar que sólo a través de una reforma constitucional podría ejecutarse, por ejemplo, la propuesta formulada en ocasiones de reducir el contenido competencial de todos los Estatutos de Autonomía a una sencilla norma: aquélla en virtud de la cual, se atribuya a la Comunidad todas las competencias no reservadas en exclusiva al Estado por la Constitución, a tenor del art. 149.1, apartado 3, o modificar éste. Existen ya opiniones a favor de plantearse abiertamente la reforma constitucional para dar paso a un modelo confederal o cuasi-confederal, en lugar de operar transformaciones en la estructura territorial del Estado sin un diseño general, a través de las reformas; quizá no se dé el paso por la falta de apoyo mayoritario de ciudadanos en las CCAA en las cuales se proponen tales reformas.

Esto plantea serias dificultades; no hay que olvidar que el Capítulo III del título VIII CE, el «Estado autonómico», es rígido; piénsese, además, que al figurar en el Título Preliminar (art. 2 CE) goza de una protección especial por la Constitución. Requiere, pues, proceder con especial cuidado. Se ha hablado por ello de «no abrir el melón de la reforma constitucional», expresión utilizada por el PSOE, a pesar de observarse la necesidad y poner en marcha acciones políticas descritas en los párrafos anteriores para alcanzar un acuerdo.

No cabe duda que, ante la evolución que ha seguido y está adoptando el proceso autonómico, es más que necesario una mutación, una transformación en tal sentido, salvo que se proceda a la devolución de competencias; esto último, que el Gobierno de España recupere competencias cedidas a las CCAA, cuenta con algunos detractores: aunque la revisión del ámbito competencial se pueda hacer en contadas ocasiones en los estados federales (y así ha hecho Alemania hace poco tiempo), no lo creen posible ni operativo hoy en España, ya que el problema radica en que cada parte del Estado —Gobierno de España y los Consejos de gobierno Autonómicos— «cumpla con sus competencias constitucionales» (Sevilla, 2009, p. 18).

5. ¿HACIA UN ESTADO FEDERAL?

Aunque se esté invocando al modelo federal en nuestro país, sin embargo debemos ser realistas y concluir, con Fajardo (2009, pp. 143, 145), que éste, al estar basado en la imprescindible integración, difícilmente permitiría un proceso de modificaciones de la textura autonómica como el que estamos presenciando en nuestro país (...); en efecto, en el sistema federal, pensando en el caso alemán, los *länder*, aunque arrojen muestras de egoísmo, son conscientes de una máxima: «las partes creen en el todo y se acomodan a él» (...), máxime tras la reforma federal alemana de 2006; lamentablemente, éste no es el caso de España. Pero también debemos añadir que no todos los estados federales son iguales; de hecho, en algunos aspectos, España ha sobrepasado los niveles de otros países así denominados.

Bien es verdad que se desprende de las previsiones de reforma estatutaria un intento de considerar al territorio español como un país integrado y armónico, en el que las partes que lo conforman creen en el todo, en la unidad; sin embargo, parece que la operativa está siendo otra bien distinta, ya que los territorios españoles tienen una clara vocación separatista. El hecho de que la organización territorial en España lleve varios años en proceso de cambio es una clara muestra de «una sociedad dividida en sus sentimientos de pertenencia» (Béjar, 2008, p. 23), lo que ha llevado a afirmar que estamos ante un Estado incompleto con una estructura inacaba. Pero la gravedad radica en que estas disfunciones entre los distintos agentes que configuran el Estado español no se presentan en cuestiones nimias; antes bien, al contrario, se dejan sentir en cuestiones fundamentales como la educación, la sanidad o la investigación.

En este contexto, debemos recordar que las reformas estatutarias de mayor penetración se han llevado a cabo a través de la aprobación de una ley de transferencias del art. 150,2 CE y su incorporación a los Estatutos de las distintas CCAA (véase STC 56/1990, de 29 de marzo). De nuevo se modificaron algunos contenidos estatutarios entre 1997 y 1999 para culminar con la ya aludida reforma del sistema de financiación en 1997 y 2001. Y aunque en algunas Comunidades se haya dibujado, para algunos supuestos, la existencia de una Comisión mixta paritaria entre los poderes legislativo del Estado y de la Comunidad Autónoma, si en cada una (o alguna) de ellas se acometieran las modificaciones de su Estatuto que sus órganos de gobierno desearan, sin existir un acuerdo previo de conjunto acerca de cuestiones fundamentales como las competencias la misma financiación, el resultado no se aproxima al modelo federal sino al confederal (Cfr. Sosa, 2007, pp. 142 y ss).

5.1. El nacionalismo catalán: modelo confederal

Cataluña lleva más de un siglo intentado construir un Estado federal «basado en la efectiva soberanía popular y en la autonomía política de sus pue-

blos. Presenta tras de sí una larga historia, una lengua propia y distintiva, unos caracteres peculiares, una legislación civil propia; en definitiva, se puede hablar de un verdadero «nacionalismo catalán», «hecho nacional» o «movimiento de afirmación nacional», del cual se pensó, podía nacer el derecho a la constitución de su Estado propio, un Estado catalán. Una lectura interesante sobre el nacionalismo catalán puede encontrarse en Torres (2008).

Es éste el motivo por el que nos hemos detenido en la situación actual por la que atraviesa Cataluña como Comunidad Autónoma, con tendencias federalistas o, a raíz del Pacto de Tinell de 14 de diciembre de 2003, como Confederación (frente al modelo de «Estado asociado» presentado por Ibarretxe en el País Vasco), siguiendo la teoría de Pascual Maragall. No olvidemos que el propósito de Maragall en 1999 fue el de que «Cataluña encabezara la transformación de España», además de utilizar el término «España plural» dos años después, haciéndolo suyo el Pacto de Tinell. A partir de la reunión de Santillana (Cantabria), Cataluña rechazará la fórmula federal para abrir paso a la Confederación. El Pacto de Tinell supuso el compromiso de incluir en el nuevo Estatuto catalán de 2006, iniciativas de gran calado. Sin embargo, el paréntesis abierto por Maragall quedará cerrado en 2006 en la Comisión Mixta Cortes Generales y Parlamento de Cataluña, al sufrir una modificación esta propuesta de Estatuto.

En este contexto de la reforma de los Estatutos de autonomía en España (art. 147.3 CE), ha causado un gran revuelo la elaboración de este polémico nuevo Estatuto de Cataluña de 2006, que se ha llegado a considerar como un disparate jurídico-político que puede amenazar con la desaparición del Estado tal y como se concibió durante la transición democrática (Leguina, Prólogo en Sosa, 2007, p. 11). Sin llegar a estos extremos, no cabe duda que la propuesta de este Estatuto, de no haber sido modificado en las Cortes Generales, hubiera incorporado a nuestra Constitución un modelo distinto; además, esta versión renovada del Estatuto catalán ha recrudecido las tensiones autonómicas, sobre todo, a raíz de la STC 31/2010, de 28 de junio, pues estamos ante una cuestión inequívocamente política —y también económica—.

6. OBSERVACIONES FINALES

Tristemente, con la interpretación que realiza el Tribunal en esta sentencia, en la que, entre otras cosas, deja claro que «la Constitución no conoce otra nación que la española», no se cierra el debate sobre el modelo de Estado y, en términos muy generales, el panorama es el mismo que antes de la aprobación de dicho Estatuto: será, una vez más, «una decisión política la que permita restaurar la perdida estabilidad jurídico-constitucional» (Vallés, 2001, p. 31). Con las últimas propuestas nacionalistas de 2006 y 2007 algunos consideran que ese «melón» al que hacían referencia los socialistas ha sido ya abierto, pues las propuestas nacionalistas dibujan un nuevo modelo de Estado. No cabe duda

que, ante la evolución que ha seguido y está adoptando el proceso autonómico, es más que necesario una mutación, una transformación en tal sentido, salvo que se proceda a la devolución de competencias al Gobierno de España, lo que, hoy por hoy, parece poco probable.

Pero deseo extraer la visión positiva de esta problemática: si se centran los esfuerzos en «procurar una organización territorial del poder eficiente y racionalizada, que actúe con transparencia, integradora de las diversas voluntades políticas de las partes, de orientación europeísta (...), de consecución de una democracia cada vez más participativa, de respeto mutuo y lealtad institucional y en la que la garantía y ampliación de los derechos individuales constituya el eje alrededor del cual gira la acción de los poderes públicos, pero sin, por ello, perder de vista el respeto y fomento de las peculiaridades culturales como presupuesto básico del que partir», podrá apoyarse ese afán federalizante tan batallado; el conflicto estriba en que, en ocasiones, los nacionalistas (tanto periféricos como central) no casan bien con los federalistas; debe buscarse un equilibrio para que las peculiaridades nacionales de las partes no queden supeditadas a las del todo y que estas singularidades no quiebren la unidad: unas y otras deben convivir enriqueciéndose mutuamente. De otro modo, si un Estado con distintas nacionalidades se organiza en base al principio nacional, se corre el riesgo de acabar otorgando un mayor protagonismo a una(s) de las naciones; así contempla el Estado español Arroyo (2011, pp. 12 y ss).

Obviamente, en este difícil cometido de aproximarse a los mencionados objetivos jugarán un papel muy importante los partidos políticos, pero también los ciudadanos. La crisis económica en la que nos encontramos inmersos, está generando una mayor sensibilidad y preocupación por los posibles excesos de nuestras Administraciones públicas, y ello no facilita el logro de un consenso o compromiso entre las fuerzas políticas. Las opiniones en torno a la estructura territorial del Estado español han estado y siguen estando en extremo divididas; pero, se piense en un Estado autonómico, en un Estado Federal, o en un Estado Confederal, sólo con una actitud generosa, magnánima, dialogante y confiada podremos avanzar hacia un posible acuerdo, razonable y sin ambigüedades, con objetivos comunes.

REFERENCIAS

- ARROYO, A., «El Estado (federal) español. El notario del siglo XXI», en *Revista de Colegio Notarial de Madrid*, n.º 37, mayo-junio de 2011, pp. 11-15.
- BÉJAR, H., *La dejación de España. Nacionalismo, desencanto y pertenencia*, Katz, Buenos Aires, 2008, p. 290.
- BOOGMAN, J.C. y VAN DER PLAAT, G.N. (eds.), *Federalism. History and current significance of a form of Government*, Martinus, Nijhoff, La Haya, 1980, p. 307.
- CASTELLS, L. y CAJAL, A. (eds.), *La autonomía vasca en la España contemporánea (1808-2008)*, Marcial Pons Historia, Madrid, 2009, p. 396.

- ELORRIAGA, G., «La gran reforma pendiente. El notario del siglo XXI», en *Revista de Colegio Notarial de Madrid*, n.º 37, mayo-junio de 2011, pp. 16-21.
- FAJARDO, L., *¿Hacia otro modelo de Estado?: Los socialistas y el Estado autonómico*. Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 236.
- PI Y MARGALL, F., *Las nacionalidades*. Biblioteca Nueva, Madrid, 2002, pp. 364.
- PRAT, E., *La nacionalidad catalana*, Imprenta castellana, Valladolid, 1917, p. 143.
- REQUEJO, F. y NAGEL, K.J. (eds.), *Federalism beyond federations*, Farnham, Surrey, Burlington, VT, 2011, p. 279.
- RUBIO, F. y ÁLVAREZ JUNCO, J., *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional*, CEPC, Madrid, 2006, p. 932.
- SEVILLA, J. et al., *Vertebrando España. El Estado Autonómico*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2009, p. 281.
- SMITH, A.D., *Nacionalismo. Teoría, ideología, historia*, Alianza, Madrid, 2004, p. 208.
- SOSA, F. y SOSA, I., *El Estado fragmentado. Modelo austro-húngaro y brote de naciones en España*, Trotta, Madrid, 2007, p. 220.
- TORRES, X., *Naciones sin nacionalismo: Cataluña en la monarquía hispánica (siglos XVI-XVII)*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Valencia, 2008, p. 392.
- VALLÉS, J.M., «El Estatuto catalán de 2006 y la Sentencia de 2010. El notario del siglo XXI», en *Revista de Colegio Notarial de Madrid*, n.º 37, mayo-junio de 2011, pp. 26-31.

La adhesión del Estado autonómico español al modelo disgregativo federalista: una posible vía

Anna Mastromarino
Centro Studi sul Federalismo
Universidad de Turín

1. Las tensiones multinacionales que han ido en aumento en España durante algún tiempo parecen haber alcanzado una intensidad lo suficientemente fuerte como para amenazar la cohesión social e incluso territorial del país.

España se constituye como un estado multinacional, hecho que fue reconocido por las autoridades constitucionales ya en 1978. Con el tiempo la semilla de la diferenciación ha ido germinando para separar —al menos teóricamente— las diferentes comunidades ya sea por su naturaleza sociológica o institucional. Art. 2 de la Constitución, por ejemplo, y términos como «nacionalidad» o «comunidad histórica» se manifiestan en una voluntad de dar forma jurídica a una diferencia —ya sea real o ficticia— percibida a niveles sociales y políticos.¹

¹ La dinámica de grupo con referencia a sujetos en constante transformación desde una perspectiva cuantitativa y cualitativa puede ser estudiada con referencia al paradigma de HIRSHMAN EXIT, A.O., *Voice and Loyalty. Responses to Decline in Firms Organization, and States*, Harvard University Press, Cambridge, 1967, que desde un punto de partida de un esquema social Parsoniano identifica tres elementos en la base del cambio social. Según Hirschman, todas las comunidades viven en un estado de tensión constante en un esfuerzo por mantener sus fronteras y evitar su deterioro. Los elementos que alimentan esta tensión, en primer lugar, en mecanismos de *fidelidad* —estructuras de mantenimiento que fuerzan a los componentes sociales a mantenerse dentro de unas estructuras determinadas, voz, procesos para garantizar la comunicación entre los distintos componentes sociales y entre uno y otro sistema, también en temas de oposición y no mera adherencia, para asegurar el flujo de información de fuera hacia dentro y viceversa y por último *salida*— referido a las fuentes de cambio, en términos de colapso, transformación y trascendencia del grupo, que representan un acontecimiento crucial que puede determinar cruzar una frontera social consolidada. La dialéctica «*voice/exit*» manifiesta un inexorable proceso de construcción de fronteras que afecta a todos los niveles de la vida humana. En este sentido, ROKKAN, S., *Stato, nazione e democrazia in Europa*, 1999, trad. it., il Mulino, Boloña, 2002, pp. 138 y ss, intenta articular el paradigma «*exit/voice*» para un estudio comparativo de los sistemas sociales territoriales: sistemas con afiliación restringida y códigos de interacción dentro de fronteras limitadas en el espacio. Consultar, también, HIRSCHMAN, A.O., «Exit, Voice and State», en *World Politics*, vol. 31, n.º 1, 1978, pp. 90 y ss.

La definición de tales reivindicaciones «reales o supuestas» se refieren al hecho de que en el momento de redactar la constitución, el momento histórico y social no auguraba certezas de futuro.

La Constitución española de 1978 es, de alguna forma, un texto multifuncional: la resolución de la forma de estado fue, en sí misma, una aceptación de la imposibilidad de predecir acontecimientos futuros particularmente en relación con el rumbo que los sentimientos nacionalistas locales podrían tomar. Podría haberlos consolidado o disuelto progresivamente, la segunda opción sería de lejos la más conveniente pero no la única viable o fomentada.

Tampoco era la única opción en términos absolutos. El derecho comparado ofrece ejemplos claros de los límites que caracterizan a las políticas encaminadas a negar la existencia de grupos minoritarios: aumentan las distancias, los límites se convierten en fronteras inexpugnables, la práctica de la opción de *exit and voice* se vuelve más estricta. Las aspiraciones políticas asumen posturas más radicales y la autodeterminación se convierte en el objetivo final.

Sin embargo, independientemente de los procesos de auto-representación y mitología colectiva espontánea que a menudo caracterizan a los movimientos nacionalistas, persisten preguntas recurrentes que surgen en la teoría legal española sobre la legitimidad de las aspiraciones políticas de algunos movimientos nacionalistas que desde un punto de partida puramente histórico pretenden recabar datos que permitirían objetivamente apoyar o rechazar una política de diferenciación social e institucional.

¿Con qué resultados? Resulta difícil identificar elementos universalmente aceptados en los que basar la definición de «grupo étnico» o «nación». Si a una minoría le fuese negado el estatus de grupo nacional, seguiría siendo, no obstante, un interlocutor activo en el contexto político español, que no podría ser ignorado, un abanderado de reivindicaciones y demandas específicas de reconocimiento. Estas últimas pueden ser satisfechas a través de un enfoque ocasional y sectorial con políticas excepcionales que respondan a las coaliciones y al equilibrio político en un determinado momento o a través de una transformación radical del país en la que la forma de estado resultante fuese verdaderamente representativa de la naturaleza multinacional de España.

Se ha hablado mucho acerca de la transición hacia un Estado federal, llegando incluso a la conclusión que una definición explícita de la naturaleza federal del sistema español es ahora completamente innecesaria, ya que se ha puesto de manifiesto en la práctica.²

² Para una perspectiva del sistema español consultar, entre otros, VILANOVA, P., *Espagne, trente ans de démocratie: notes pour un bilan*; SUBRA DE BIEUSSES, P., *Un Etat unitaire ultra-fédéral, ambos en Pouvoirs*, n.º 124, 2008, pp. 5 y ss y pp. 9 y ss, respectivamente; VIVER PI-SUNYER, C., en un estudio coordinado por ARGULLOL MURGADAS, E., *Federalismo y autonomía*, Barcelona, Ariel, 2004, p. 133; AJA, E., *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza, 2003; BLANCO VALDÉS, R.L., *La Constitución de 1978*, Madrid, Alianza, 2003; *id.*, «Constitución, descentralización, federalismo: qué se puede aprender de la experiencia española», en VIVIANI SCHLEIN, M.P.; BULZI, E.

De hecho, ninguno de los actores institucionales parece estar dispuesto a tomar la ruta del federalismo: algunos por temor a socavar la unidad del país, otros por temor a perder la dimensión de flexibilidad y bilateralidad que el Estado autonómico actual parece garantizar.

También es cierto que el marco constitucional es a menudo forzado a ajustarse a amplios ejercicios de interpretación y no es el más adecuado para realizar una función descriptiva ni prescriptiva con relación a la forma de Estado.³ La decisión del Tribunal Constitucional n.º 31/2010 —que probablemente se convertirá en un hito en el derecho público español— sobre la constitucionalidad del Estatuto catalán parece reconocer esta situación con un fallo controvertido y ambiguo, que promueve una mayor adherencia a la propia Constitución.

España, por lo tanto, parece estar suspendida en un difícil equilibrio entre el miedo al cambio y el esfuerzo para garantizar respuestas y políticas generalmente aceptadas por una sociedad que, por su parte, está cada vez más dividida.

A pesar de todos los temores, parece que ha llegado el momento de hacer una reflexión responsable sobre qué tipo de Estado es más conveniente, una reflexión que permita a España mantener su unidad y, al mismo tiempo, desarrollar un papel protagonista en la gestión de la diversidad y el cambio.

La adhesión de España al modelo federal a través de un proceso disgregador del Estado autonómico parece ofrecer buenas perspectivas para garantizar la estabilidad y la cohesión de un país que atraviesa una grave crisis de identidad. Esta idea se hace patente con mayor claridad en las siguientes consideraciones sobre las características del paradigma del estado federal disociativo.

2. Un análisis del federalismo contemporáneo no puede pasar por alto el hecho de que mientras que el interés hacia el Estado federal agregativo

y PANZERI, L. (a cura di), *L'Europa tra federalismo e regionalismo*, op. cit., pp. 103 y ss, y también, más recientemente, en italiano, por el mismo autor, «La Spagna, il federalismo e Godot», en *Politica del diritto*, 2006, pp. 321 y ss, así como «La seconda decentralizzazione spagnola: tra riforma confederale e Stato possibile», en *Federalismi. it*, n.º 17, 2008; en particular, p. 10. Entre las obras no italianas están AGRANOFF, R., «Federal Evolution in Spain», en *International Political Science Review*, vol. 17, n.º 4, 1996, pp. 386 y ss.

³ Según F. Balaguer Callejón, «Constitucionalización del Estado autonómico», en *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, n.º 9, 1997, 158 et seq., «el Estado autonómico, en cuanto formulación constitucional superadora del estado regional clásico y cercana a la filosofía del estado federal, ha culminado su desarrollo posible dentro del marco constitucional. Esta culminación significa también un agotamiento de su consideración como «proceso» inspirada en el principio dispositivo. La madurez del Estado autonómico implica, por tanto, la imposibilidad de estirar más el marco constitucional aportando soluciones a problemas estructurales que difícilmente se podrán resolver sin una actuación a nivel constitucional que permita consolidar y cerrar el modelo. La consolidación del Estado autonómico exige, ante todo, la superación definitiva del principio dispositivo, pero, no sólo de este principio».

puede estar disminuyendo, esto no es así por el atractivo de su faceta disgregadora.⁴

Esto último resulta especialmente apropiado para responder —tanto en términos políticos como legales— al resurgimiento progresivo de sentimientos étnico-nacionalistas que, contrariamente a los supuestos de la teoría liberal y lejos de desmoronarse, han vuelto a aparecer con fuerza en el debate público y práctica social en varios países, también en Europa.

Las sociedades de hoy están llamadas a hacer frente a un número cada vez mayor de cuestiones relacionadas con las minorías que hacen continuas reivindicaciones de reconocimiento de su identidad y de aceptación de sus diferencias culturales. Dichas demandas a menudo conllevan enfrentamientos violentos entre las diferentes manifestaciones culturales que comparten el mismo ambiente institucional. En este escenario una descripción meramente formal del principio de igualdad parece ser inexorablemente inadecuada. Por lo tanto, mientras que el proyecto liberal todavía funciona como telón de fondo de las democracias contemporáneas de hoy en día, se podría argumentar que este enfoque ya no resulta eficaz, al menos en su forma más pura, para afrontar los retos de las sociedades pluralistas que se caracterizan por una creciente complejidad y que son renuentes a clasificar la diferencia como la sola «representación» o «superestructura» de cualquier individuo. Esta es, en realidad, una postura que las instituciones deberían rechazar y la población dejar atrás, siempre que sea ontológicamente posible, en aras de una mejora a gran escala del nivel de vida y de la consolidación de los sistemas democráticos avanzados.

De ahí la necesidad de investigar las razones que, desde un punto de vista práctico, han propiciado la aparición del modelo federal como forma de satisfacer las necesidades de un Estado multinacional. De aquí, a su vez, la necesidad de investigar las características del Estado Federal en su forma disgregadora, así como la naturaleza de lo que rápidamente se ha definido como *renacimiento étnico*. Este es un ejercicio que sirve para evaluar la adecuación del «tratamiento» al «cuadro clínico», con el fin de superar el antiguo prejuicio que afirma la incompatibilidad del federalismo con el nacionalismo y ver la relación entre los dos como consecuencia de la naturaleza misma del federalismo; un instrumento para organizar a la comunidad preservando la unidad y la diversidad gracias a la autonomía e independencia mutua que propician el gobierno central y los gobiernos de las unidades federadas en sus campos de acción respectivos.

⁴ Para un análisis más profundo, consultar MASTROMARINO, A., *Il federalismo disaggregativo. Un percorso costituzionale negli Stati multinazionali*, Giuffrè, Milán, 2010.

⁵ Sobre este punto, véase KYMLICKA, W., *La cittadinanza multiculturale*, 1995, trad. it., il Mulino, Bologna, 1999, p. 21; HOLZNER, B., «La costruzione di attori sociali. Saggio sulle identità. Sociali», en SCIOLLA, L. (a cura di), *Identità, Percorsi di analisi in sociologia*, Rosenberg & Sellier, Turín, 1983, pp. 119 et seq.

⁶ Véase TRUJILLO, I., *Giustizia globale. Le frontiere dell'eguaglianza*, il Mulino, Bologna, 2007; KYMLICKA, W., *La cittadinanza multiculturale, op. cit.*, p. 313; HOOGHE, L., «Il Bel-

3. Este no es el lugar más adecuado para acometer un examen exhaustivo de los rasgos comunes que los movimientos nacionalistas parecen compartir en las últimas décadas, a través de todas las diferencias entre ellos.

Sin embargo, resulta esencial proporcionar una visión general de la naturaleza de las reivindicaciones e identificar las posiciones que adoptan los diversos grupos para que sean clarificadoras para el legislador cuando tales demandas amenazan con socavar los cimientos del Estado.

La defensa de la naturaleza pluralista del Estado liberal-democrático presupone reconocimiento y aceptación de las diversas formaciones sociales que —de forma natural o asociativa— garantizan la expresión del individuo y su desarrollo.

Mientras que el pluralismo social se vuelve cada vez más evidente, hay que señalar que no todos los grupos sociales asumen posiciones emancipadoras de la comunidad estatal.

El reconocimiento de los derechos de las minorías —sin olvidar la cuestión fundamental de identificar un sentimiento común en el concepto de grupo minoritario— es un problema sólo con respecto a formaciones en las que los individuos no simplemente conviven y mantienen su individualidad pero se identifican con una colectividad. Esto no tiene nada que ver con adhesiones espontáneas a las actividades de la comunidad sino que requiere una determinación de participar en el destino de la comunidad a la que el individuo siente pertenecer y que es un componente fundamental de la identidad del individuo.

En tales casos, los individuos no sólo exigen el compromiso del Estado para proteger sus derechos directamente, sino que también solicitan una intervención mediadora que dé voz al grupo al que pertenecen. No les satisface un enfoque sectorial del problema que se centre en un elemento característico específico como, por ejemplo, la lengua: exigen un reconocimiento global de su diferencia e identidad.

gio: missione per eccellere in Europa. Federalizzazione e integrazione europea», en VV.AA., *Governare con il federalismo*, Fondazione Agnelli, Turín, 1997, pp. 270 ss. Cf., también, DOMENICHELLI, L., «Asimmetria territoriale e cittadinanza differenziata come strumenti di protezione dell'identità», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, p. 12, donde se afirma que «concezione liberale della cittadinanza non tiene però conto del fatto che i fattori di discriminazione che impediscono attualmente la piena partecipazione alla vita della comunità politica da parte di alcuni suoi membri, almeno nelle società occidentali, sono sempre meno legati al riconoscimento dei diritti individuali. Le ragioni dell'esclusione, alla fine del xx e all'inizio e del xi secolo, vanno spesso ricercate nel mancato riconoscimento della differenza culturale, per cui, pur possedendo i comuni diritti di cittadinanza, a molte persone è precluso un pieno godimento di diritti in teoria riconosciuti a tutti, proprio a causa della loro appartenenza a gruppi culturalmente discriminati».

⁷ Esto podría hacerse a través de una re-evaluación de las intuiciones que se pueden encontrar en los tratados clásicos sobre el federalismo, como WHEARE, K. (1963), ELAZAR, D.J. (1987), UJPHART, A. (1984; 2001). Cf., también, en REQUEJO, F., *Multinational Federalism and Value pluralism*, Routledge, Londres & Nueva York, 2005; VENTURA, S., «Federalismo e nazionalismo: il federalismo asimétrico», en la *Rivista italiana di Scienza Politica*,

El énfasis que se pone en las peculiaridades de cada comunidad, que sin duda merecen reconocimiento, debe ir acompañado de la búsqueda de otros factores que mejor representen las peculiaridades de la minoría y que reúnan —en lugar de separar— las experiencias y escenarios de los diversos grupos minoritarios.

Por lo tanto, independientemente de otras formas de diferenciación, las comunidades que integran el cuerpo social se pueden clasificar a partir de la propia naturaleza de sus peculiaridades. Junto a los grupos que presentan reivindicaciones de carácter eminentemente cultural, coexisten otros grupos sociales cuyas reivindicaciones son de carácter político que se reflejan clara e inevitablemente en la vida pública.

El cumplimiento de las demandas presentadas por los grupos del primer tipo requiere una acción del Estado en el plano normativo, pero no implica ningún cambio a nivel institucional. En este caso, se podría argumentar que el reconocimiento del principio de protección del pluralismo cultural a nivel constitucional, propiciado por una adecuada legislación —sancionando la libertad de expresión y las manifestaciones culturales— podría, en y por sí mismo ser considerado por las minorías como un instrumento eficaz para satisfacer sus peticiones.

Sin embargo, si la acción colectiva del grupo no está dirigida a la obtención del mero reconocimiento de la lengua, la religión o identidad étnica en sentido abstracto, sino a la concesión de derechos que garanticen su participación en la vida política del Estado, estas reivindicaciones, inevitablemente, traerán consecuencias institucionales. Para grupos con una «vocación política», el idioma, la religión y la etnia no son el motivo central de sus pretensiones sino que se articulan como instrumentos para obtener acceso a la vida pública del

2004, p. 407; LINZ, J.J., *Democrazia e autoritarismo. Problemi e sfide tra xx e xxi secolo*, Il Mulino, Boloña, 2006, pp. 558 y ss; LANGER, A., «Nazionalismo e federalismo nell'Europa attuale», en ZAGREBELSKY, G. (a cura di), *Il federalismo e la democrazia in Europa, La Nuova Italia Scientifica*, Roma, 1994, pp. 89 y ss; GAGNON, A.-G., *Oltre la «nazione unificatrice» (in difesa del federalismo multinazionale)*, Bologna University Press, Boloña, 2008, p. 18. En este punto, ELAZAR, D.J., *Idee e forme del federalismo* (1987), trad. it., Mondadori, Milán, 1998, p. 7, describe el federalismo como un importante intento de reconciliar el deseo generalizado de los pueblos de conservar y restablecer las ventajas de sociedades más pequeñas y combinarlas con la creciente necesidad de asimilarse en sistemas más grandes, con el fin de utilizar los recursos comunes y de mantener y reforzar las propias peculiaridades culturales en el interior de comunidades más amplias. En busca de razones que expliquen el renacimiento federalista relacionado con el aumento de demandas étnico-nacionales, WATTS, R., escribió en su publicación *The Contemporary Relevance of the Federal Idea*, en 1994, que el federalismo proporciona técnicas para la organización política que prevén la iniciativa de un gobierno central para lograr objetivos comunes, pero también la iniciativa de los gobiernos de los órganos autónomas para objetivos relacionados con la salvaguarda de las peculiaridades regionales. Véase, también, RYKER, W.H., *Federalism*, Little Brown, Boston, 1964; en particular, 2.

Estado para el reconocimiento de una identidad y una diversidad que encuentra en la lengua, religión e identidad étnica sólo sus expresiones más tangibles.

En lugar de un reconocimiento «estático», hoy en día se requieren políticas más dinámicas que garanticen la interacción de los diferentes grupos sociales. Esto se aplica en particular a los modernos estados multinacionales en los que la dimensión territorial es un aglutinante poderoso que incita a las comunidades autóctonas a desarrollar una profunda convicción íntima de tener derecho a la autonomía y alimenta las aspiraciones políticas de ciertas comunidades que desean expresar su identidad en una dimensión no meramente cultural sino también política. Se trata de una aspiración de participar en la vida institucional del país, donde el grupo vive junto con otras entidades sociales consolidando relaciones estables que se definen por el predominio de un componente social sobre otro en función de las relaciones existentes en cada momento.

Este es el punto de partida para un análisis de los actuales sentimientos étnico-nacionales que inevitablemente va a desacreditar el concepto de una minoría que merece reconocimiento tal y como lo conocemos. No siempre se da el caso de que las comunidades que vienen llamando a la puerta del Estado posean las características históricas, étnicas y sociales que le hayan otorgado la categoría de *pueblo* en las últimas décadas.

Esto significa que este planteamiento no daría lugar a problemas de compatibilidad en un sistema mayoritario: negar la existencia de una minoría no estandarizada no protege a la sociedad de un conflicto. Las comunidades minoritarias nacen de un proceso de auto-reflexión y diferenciación que marcan una barrera que los separa del grupo mayoritario, a pesar del pasado y con vistas al futuro.⁸

La experiencia empírica señala una cierta inclinación por parte de las minorías autóctonas en los Estados multinacionales a reconocerse, no por un rasgo histórico tangible, sino en un marco más amplio al que se refiere ese rasgo, una cierta manera de *sentir*, que puede no coincidir con su *ser* en la adopción de un *sensibilidad* que conduce a un posicionamiento en relación con la mayoría. Es la distinción entre «nosotros» y «ellos», una cierta idea del mundo y

⁸ La interpretación de la identidad étnico-cultural como un hecho y no como un proceso resultado de la teoría romántica, crítica con la Ilustración y la sociedad industrial. Con el tiempo, esta visión fue reemplazada por la idea de que los grupos étnicos están enraizados en un sistema de acciones recíprocas, puestas en marcha por los individuos y por los propios grupos. La construcción de una comunidad podría pasar por un proceso de selección, dentro de la propia comunidad, de los factores culturales considerados como esenciales. Emblemático en este sentido resulta la teoría de los grupos y los límites de BARTH, F., «I gruppi etnici e i loro confini» (1969), trad. it., en MAHER, V. (a cura di), *Questioni di etnicità*, Rosenberg & Sellier, Turín, 1994, según la cual un proceso inagotable de transformación de las comunidades identitarias, y representan el instrumento, así como el resultado de un esfuerzo constante para definir y clasificar los límites que exige una redefinición continua de los rasgos distintivos del grupo. Véase, en este punto en particular, SCARDUELLI, P., *La costruzione dell'etnicità*, L'Harmattan Italia, Turín, 2004; en particular, pp. 35 ss.

de uno mismo que resulta de una combinación de rasgos voluntarios e involuntarios, que no tienen por qué coincidir con la lengua o religión como tales, un grupo étnico o una nación. Está más cercano al concepto de identidad, que refleja mejor una plasmación completa de su entidad colectiva y proporciona referencias para los consiguientes ajustes legales necesarios. Al menos tres características hacen esta opción preferible a otras categorías más tradicionales y no necesariamente más precisas. La identidad es, al mismo tiempo, inevitable, ideal y dinámica.

Es *inevitabile*, porque el ser humano está sujeto a una necesidad inevitable de cuestionar su propia naturaleza. De aquí la necesidad y el consiguiente desarrollo de la habilidad «di tracciare dei confini e di «collocarsi», di integrare le esperienze passate, presenti e future in una biografia più o meno coerente, di dare cioè continuità e stabilità al proprio sé», lo cual requiere «una *continuità* di relazioni sociali nella vita di un individuo, una memoria collettiva e un *mondo comune* che l'individuo condivide non solo più con l'altro dei mutevoli rapporti faccia a faccia, ma con tutti gli altri, anche quelli più lontani e anonimi.»⁹

Es *ideal* en cuanto a que solamente puede ser descrito «attraverso un racconto, attraverso un "movimento mimetico", come il «prodotto di una finzione», di una "costruzione mitica"»¹⁰. En este sentido, la identidad no sería nada más que el resultado de un proceso de auto-afirmación basado en el reconocimiento de «nosotros» como distinto de «ellos»¹¹. Es el resultado de un proceso de iden-

⁹ SCIOLLA, L., «Teorie dell'identità», en *id.* (a cura di), *Identità, op. cit.*, p. 23 *et seq.* According to SEN, A.K. (*La ricchezza della ragione* (1999), trad. it., Il Mulino, Bologna, 2000, p. 14, la identidad tiene más fuerza que la razón en cuanto a la representación del individuo «qualcosa di intrinseco più che qualcosa che egli può determinare».

¹⁰ Véase TUCCI, A., «Ripensare l'identità nell'epoca della globalizzazione. Il contributo delle discipline sociali e antropologiche», en *Sociologia del diritto*, n.º 1, 2004, p. 111, y la bibliografía correspondiente SMITH, A.D., menciona procesos mitológicos cuando describe los orígenes de las naciones, mientras que MOSSE, G.L., *La nazionalizzazione delle masse* (1974), trad. it., Il Mulino, Bologna, 1975, pp. 26 y ss, con referencia en particular a la experiencia totalitaria en Alemania e Italia tras la Primera Guerra Mundial, reconoce que el mito fue el motor que transformó masas informes en un sujeto activo, falsamente asimilable al concepto de expresión de la voluntad general. LOMBARDI, G., *Principio di nazionalità e fondamento della legittimità dello Stato*, Giappichelli, Turín, 1979, p. 20, observa que con la afirmación de la idea de nación, «al tempo stesso, si evidenziano, da un lato la vocazione (o per meglio dire l'autoinvestitura) rappresentativa della borghesia; e dall'altro canto la sottile mimesi attraverso la quale sotto il nuovo concetto politico-costituzionale si consuma la sostanziale spogliazione ed estromissione dal potere (a ben vedere più che di una estromissione si tratta di una esclusione preventiva) dei ceti subalterni sotto la forza legittimante (e mistificante) di una ideología, quella nazionale che, se pure li fa sentiré partecipi a livello di identificazione emotiva, li esclude nella forma e nella sostanza dall'esercizio del potere.»

¹¹ En este sentido, las palabras del antropólogo Benedicto Anderson nos podrían servir para definir el concepto de nación como una comunidad política imaginada en la que los miembros individuales nunca conocerán, encontrarán o se escucharán pero las mentes individuales abrigarán la imagen de pertenencia a la comunidad. Cf. ANDERSON, B., *Comunità immaginate* (1991), trad. it., Manifesto libri, Roma, 1996, p. 27. Como apuntó LINZ, J.J. y STEPAN, A., *Transizione e consolidamento democratico* (trad. it.), Il Mulino, Boloña, 2000,

tificación a la vez «*auto*» y «*hetero*»: «non è una proprietà intrinseca al soggetto, ma ha un carattere intersoggettivo e relazionale. Ciò significa che l'identità è il risultato di un processo sociale nel senso che sorge e si sviluppa nell'interazione quotidiana con gli altri». ¹²

Por último, por ser *inevitable* e *ideal*, también es *dinámico*, es decir sujeto a transformaciones que, a medio y largo plazo, alteran su estructura y contenido para que se adecue a responder la pregunta ancestral de todos los seres humanos «¿quién soy yo?» y satisfaga necesidades humanas de relación. Es el resultado de un proceso social y como tal se alimenta de símbolos y significados, y, por esta razón, parece llevar una menor carga *fisiológica* que otros términos como raza, etnia y nación.

No podía ser de otra manera, ya que funciona como un catalizador de las necesidades y temores humanos que cambian con los años, en línea con la tendencia humana de pertenecer los grupos y unidades de parentesco para compartir un cierto simbolismo cultural que asegure la comunicación y el significado. ¹³

La identidad es por lo tanto un concepto poliédrico, versátil, referible a situaciones diversas y por lo tanto difícil de ajustar a políticas basadas en el desarrollo y la protección sectorial. Requiere acciones de mayor envergadura que vayan más allá de la dimensión individual para centrarse en el sujeto colectivo que encarna esa identidad. A pesar de la voluntad estatal de reconocer ciertos grupos minoritarios caracterizados por un fuerte sentimiento identitario, estos últimos probablemente plantearán una demanda traducible en exigencias políticas que pueden encontrar respuesta en los instrumentos constitucionales disponibles para crear instrumentos políticos de integración en consonancia con la naturaleza de un estado multinacional.

El diálogo resultante sobre la integración de las minorías, por tanto, no es sólo útil sino ineludible. El hecho de que las democracias contemporáneas multinacionales no aborden la cuestión en términos institucionales parece ser una opción equivocada.

Las diferencias son percibidas y asumidas por el grupo como un límite ineludible en términos de significado. Dichas diferencias no se pueden eliminar pero

p. 35, una nación requiere un cierto grado de identificación interna, ya que, como tal, no posee rasgos organizativos que se puedan comparar a los de un Estado. Carece de autonomía, representantes y normas, y sólo cuenta con los recursos que se derivan de la identificación psicológica de las personas que la componen.

¹² Véase SCIOLLA, L., *Teorie dell'identità*, op. cit., p. 21.

¹³ SMITH, A.D., *Le origini etniche delle nazioni* (1998), trad. it., Il Mulino, Boloña, 1992, p. 48.

¹⁴ Como proceso de reconocimiento la construcción de una identidad constituye un fenómeno moderno, porque «è solo a partire dalla modernità che il riconoscimento non è più un elemento scontato, agevolmente reperibile all'interno di una società organizzata gerarchicamente, in cui ogni individuo occupa il suo posto per nascita». Cf., LORETONI, A., «Identità e riconoscimento», en CERUTTI, F. (a cura di), *Identità e politica*, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 06). BERLIN, J., en *Due concetti di libertà* (1958).

pueden ser asimiladas en virtud de la dinámica e ideal naturaleza de identidad y modificarse a través de cambios impuestos por el grupo por medio de una convergencia de los rasgos que caracterizan al grupo.

Rompiendo con una visión estática de una cultura basada en la afiliación, el enfoque post-moderno de «resurgimiento étnico»¹⁵, junto con la aspiración de reproducir su patrimonio histórico y cultural, permite dar paso a una discusión sobre las diferencias entre grupos sociales como factores que son el resultado de un constructo (instrumental para la sociedad industrial moderna o referido a las sociedades antiguas y pre-modernas). Esto permite una plena comprensión de la dimensión *mítica* del grupo como depositario del carácter ancestral de la comunidad subyacente detrás de su siempre cambiante naturaleza.

Partiendo del supuesto de que los grupos humanos —también aquellos que se definen étnica o nacionalmente— están en constante evolución, esta perspectiva contribuye a poner de relieve el papel fundamental que el derecho público tiene que desempeñar en el proceso de creación de la identidad de una minoría y en la solución de conflictos y tensiones sociales.

Si los cambios a los que está sujeta la identidad humana son propiciados por el medio ambiente, entonces no cabe duda de que el *hábitat* público influirá también en su definición. Con el tiempo, la participación en la vida pública y en instituciones del Estado puede dar lugar a procesos de *comunió*n que generen mayor consenso y deseo de convivir, alterando así los límites de la identidad descritos anteriormente como «nosotros». La interacción de culturas tan diferentes puede dar lugar a un nuevo modelo basado en el reparto del espacio público.

El impacto de esta visión, en la que la identidad de los personajes está en constante evolución se hace patente en el derecho público. Un enfoque flexible del tema de las minorías impide un atrincheramiento rígido y absoluto sobre el concepto de identidad como una condición inmutable y que hace posible contrastar esfuerzos por falsificar la realidad e influir en las Personas en su búsqueda de una «comunidad» a la que pertenecer para así avivar un permanente conflicto étnico-cultural.

Lo más significativo de este proceso es que permite a las instituciones del Estado intervenir en los procesos que conducen a conformación de una identidad, que como resultado pierde su dimensión autorreferencial en favor de la participación en un proceso de integración social y reconciliación.

Aunque los rasgos de identidad fundamentales son innegociables a corto plazo, a medio y largo plazo, al igual que todos los aspectos de la naturaleza humana, están sujetos a cambios inducidos por la interacción social entre individuos. Por lo tanto, un alejamiento progresivo del modelo de Estado nación —en favor de formas más participativas de organización política— allana el camino

¹⁵ Basándose en la definición de SMITH, A.D., *Il revival etnico* (1981), trad. it, Il Mulino, Boloña, 1984.

para la construcción de plataformas de colectivos de carácter mitológico para llegar al mayor número de población posible. La definición de una cultura ampliamente aceptada por la sociedad se convierte en un logro factible.

En este sentido, el instrumento jurídico en el que basar los proyectos de integración no se haya en la adhesión teórica a los principios de la democracia, sino en un sentimiento común de estar sujetos a una Constitución que regula los procesos de toma de decisiones. Estos proyectos pueden sustituir con éxito al concepto anticuado de nación-estado por el de nación cívica que se deriva de la clásica dicotomía etnos-demos y que se refiere a una interpretación voluntaria de la idea de nación por a la que a la Constitución¹⁶ e instituciones se les confía el establecimiento de normas comunes civiles y democráticas así como la expresión de la pasión íntima del sentimiento étnico-nacional de pertenencia, en la búsqueda de una unidad espiritual. Ninguna sociedad puede existir sin un sentimiento de pertenencia común: dicho sentimiento convierte en propios los intereses y necesidades de los demás y conduce al reconocimiento de la autoridad y al acatamiento de las leyes aun cuando estas no se correspondan con el interés inmediato del individuo y proporciona un criterio para distinguir a los que tienen derecho a los sacrificios que se derivan de esta pertenencia de los forasteros. Si la experiencia se separa del concepto de pertenencia, el contrato social está condenado a disolverse: las obligaciones sociales se convierten en temporales, efímeras, negociables y la idea de que alguien puede ser llamado a sacrificar su vida por un grupo de desconocidos se convierte en completamente absurda.¹⁷

Así, la democracia deja de ser un fin en sí misma, se convierte en un medio para alcanzar el objetivo primario de las complejas sociedades contemporáneas: la cohesión del cuerpo social en oposición al estado fragmentado original con su pluralidad de intereses. No es la democracia en sí misma, pero si sus instrumentos e instituciones los que se convierten en lugares de cohesión y catarsis donde se forma la identidad colectiva y, de lo contrario, fragmentada

¹⁶ In this perspective «gli individui acconsentono alla forma associativa delineata dalla costituzione in virtù del riconoscimento costituzionale della loro sostanziale diversità culturale. In altri termini: la costituzione deve essere la «forma di compromesso» della diversità culturale» (cf. GOZZI, G., *In difesa del relativismo*, en Il Mulino, 2009, p. 193), de aquí la idea por la que la Constitución «non è soltanto un ordinamento giuridico per i giuristi, da interpretarsi da questi in base a regole d'arte vecchie e nuove —essa funge anche da linea— guida per i non giuristi: per i cittadini. La costituzione non è solo un testo giuridico o un armamentario di regole normative, ma anche l'espressione di uno stadio evolutivo culturale, un mezzo di auto rappresentazione culturale del popolo, lo specchio di un patrimonio culturale e fondamento delle sue speranze». Véase HÖBERLE, P., *Costituzione e identità culturale*, Giuffrè, Milán, 2006, p. 11. Véase, también, TULLY, J., *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997; en particular, p. 30; BELVISI, F., *Società multiculturale, diritti, costituzione*, Club, Boloña, 2000; en particular, pp. 112 y ss.

¹⁷ Véase, también, SCRUTON, R., *The Need for Nations*, London, Civitas: Institute for the Study of Civil Society, 2004, p. 9. En este punto, véase, también, REALE, G., *Radici culturali e spirituali dell'Europa*, Cortina, Milán, 2003.

de una sociedad y donde sus componentes individuales pierden sus particularidades más extremas.

Para que esto suceda, la forma tiene que materializarse prestando especial atención no sólo a los procedimientos sino también a los contenidos.

En una sociedad plural, no es suficiente que las decisiones se tomen después de un debate público. Las decisiones tienen que incorporar el resultado mismo de ese debate, el cual debe representar un acto de resumen, la superación de un límite y la subsunción de lo particular en lo general, para dibujar una nueva frontera más amplia e incluyente.

El carácter vinculante de las decisiones adoptadas por las instituciones será legítimo en la medida que reflejen los intereses de todos.

La elección de qué tipo de democracia guiará la mano pública parece ser de importancia capital. Será considerado como un modelo de organización del ejercicio de poder público y colectivo en las instituciones fundamentales de la sociedad. Esto, a su vez, se basará en principios según los cuales las decisiones sobre el bien común de la comunidad sean el resultado de una deliberación libre y razonada de individuos considerados moral y políticamente iguales.¹⁸

Una nación cívica puede constituirse a partir de este modelo participativo y deliberativo, no como la representación de un supuesto o elemento original, sino como un objetivo logrado tras una larga transformación que tiene como protagonista en primer lugar y ante todo al Estado —tanto en términos de organización territorial como de respeto a la organización política central—.

En la práctica, los paradigmas de la democracia exigen la participación en la toma de decisiones con el fin de que éstas verdaderamente incorporen el fundamento normativo de la vida comunitaria. Así, el lugar donde se lleva a cabo el debate público, los sujetos con derecho a participar y el resultado del debate en sí se vuelven esenciales para garantizar que las decisiones se perciban como resultado de un consenso en el que uno se pueda ver reflejado como individuo y como grupo.

4. En contextos plurinacionales, la naturaleza del cuerpo social influye en la prevalencia de adopción de un modelo de organización del Estado sobre

¹⁸ Cf. BENHABIB, S., *La rivendicazione dell'identità culturale* (2002), trad. it, Il Mulino, Boloña, 2005, 145. En el enfoque democrático deliberativo, véase, en términos generales, BENHABIB, S., «Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy», en *id.* (ed.), *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton University Press, Princeton, 1996, pp. 67 y ss; GUTMANIN, A. y THOMSON, D., *Democracy and Disagreement*, Harvard University Press, Cambridge, 1996; HABERMAS, J., *Fatti e norme: contributi a una teoria discursiva del diritto e della democrazia* (1992), trad. it., Guerini, Milán, 1996; FRISHKIN, J.S., *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*, Yale University Press, New Haven, 1991; DRYZEK, J.S., *Discursive Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990; COHEN, J., «Deliberation and Democratic Legitimacy», en HAMLIN, A., PETIT, P., (eds.), *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, Blackwell, Londres, 1989, pp. 17 y ss.

otro. Al margen de cualquier consideración sociológica, histórica o etnográfica sobre el origen y fundamento de los movimientos nacionalistas, es responsabilidad del legislador dar forma a las pluralidades en el plano institucional para conciliar y gestionar conflictos que podrían convertirse en irreversibles.

Los principios federales y su aplicación práctica en un Estado Federal parecen apropiados para servir a este propósito, de acuerdo con una tendencia que rompe con el federalismo tradicional caracterizado por su una fuerza centrífuga.

En consecuencia, al menos desde un punto de vista jurídico, ha llegado el momento de hacer una clara distinción entre una forma «sumativa» de federalismo (atribuible al modelo de los EE.UU.) y otra de patrón «disociativo» (por ejemplo, Bélgica) como resultado de la desarticulación del Estado unitario.

Hasta hace poco, los estudios sobre el federalismo han descuidado en gran parte el estudio de las diferencias entre los diversos procesos conducentes a la creación de un sistema federal, tal vez porque fue sólo recientemente los sistemas disgregativos han ido en aumento y siguen siendo limitados en número.

Sin lugar a dudas, desde el punto de vista ideológico y en términos de teoría del Estado, la federalización de un Estado unitario parece similar a las experiencias de los principales estados federales, como los EE.UU. El término «federalismo» se puede utilizar, no sólo para definir un tipo de Estado —es decir, el Estado Federal¹⁹— sino también una corriente de pensamiento, una ideología, un proyecto político y social deseable para asegurar el buen gobierno y la paz entre los pueblos²⁰. En este sentido, la idea federal, que pasa necesariamente por un análisis estructural, echa raíces en sus aspectos simbólicos, no debe confundirse con otras formas de descentralización derivadas de una forma de regionalismo asimétrico inspirado en los principios federales.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, no es posible llevar a cabo un análisis de las observaciones aplicables a ambas formas de federalismo: el disgregativo se acerca mucho más a otros tipos de organización estatal que el sumativo como el estado regional que representa el mayor nivel de descentralización preservando al mismo tiempo la unidad territorial del Estado.

¹⁹ De aquí la distinción entre «federación» y «federalismo» a menudo encontrada en argumentos teóricos sobre el tema. En particular, KING, P., *Federalism and Federation*, Croom Helm, Londres y Camberra, 1982. Cf. CROISAT, M., *Le fédéralisme dans le démocraties contemporaines*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 15 y ss; ALBERTONI, A. (a cura di), *Il Federalismo nel pensiero politico e nelle istituzioni*, Milano, Eured, 1995, pp. 23 et seq.

²⁰ Como ha señalado ALBERTINI, M., en la «Introducción» a su antología *Il federalismo e lo Stato federale. Antologia e definizione*, Giuffré, Milán, 1963. Véase, también, BOGNETTI, G., *Federalismo*, Utet, Turín, 2005, pp. 82 y ss; MALANDRINO, C., *Federalismo*, Roma, Carrocci, 1998; LUCIANI, M., «A mo' di conclusione: le prospettive del federalismo in Italia», en PACE, A. (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi?*, Cedam, Padua, 1997, pp. 215 y ss; PASQUINO, G., *Lo stato federale*, Saggiatore, Milán, 1996, pp. 13 ss.

Estas son las premisas que han llevado a un *impasse* poco apropiado para ofrecer un análisis exhaustivo de un federalismo que incorpore dimensiones filosóficas, políticas y estructurales.

Las dos opciones —la disgregativa federal *versus* el sistema regional— están inextricablemente conectadas en su misma esencia, como las dos caras de una misma moneda de tal manera que un cambio de perspectiva reduciría las propiedades de ambas versiones. Considerar mínima la distancia «ideológica» entre la experiencia federal —incluso en su forma disgregativa— y la regional, significaría rechazar el federalismo como forma de pensamiento político a favor de una única interpretación de la descentralización en términos legales. Sin embargo, la elección de una aproximación al federalismo como principio y no como la aplicación de un «Estado federal» no tendría en cuenta los aspectos técnicos y organizativos que son de primordial importancia para el legislador.

¿Podría ser que *tertium non datur*? La solución podría encontrarse en la misma naturaleza compleja del federalismo, en la condición de que el federalismo disgregativo es considerado como un tipo de estado híbrido diferente a al federalismo sumativo, pero igualmente distante en términos de dinámica institucional del paradigma regional.

Un análisis cuidadoso del proceso de federalización reciente, si bien pone énfasis en las prioridades del legislador, puede llegar a considerar federalismo disgregativo independiente del federalismo sumativo —con el que comparte marco ideológico— y de otras formas de gobierno descentralizado —de las que es una expresión y con las que comparte alguna de sus características estructurales—.

Conviene no infravalorar las consecuencias inmediatas de estas consideraciones. Si un ejercicio de clasificación sirve para satisfacer una necesidad al mismo tiempo descriptiva y prescriptiva, el federalismo disgregativo como forma de gobierno estatal cumple la función de acercar a la realidad la teoría de las formas de estado. Al mismo tiempo clarifica las premisas y rasgos que caracterizan a los estados regional y estatal que parecen condenados a converger inexorablemente al ganar fuerza la opción de un estado federal asociativo.

También hay que señalar que, desde un punto de vista pragmático, el problema de definir el estado federal frente al regional parece haber conducido a la definición de la categoría de estado compuesto (o descentralizado) mientras que desde un punto de vista jurídico y especulativo convendría mantener cierta distinción que resaltase la distancia entre las posibles formas de descentralización.

El elemento histórico-ideológico que caracteriza el federalismo como una corriente de pensamiento y como categoría de organización del Estado, representa un elemento esencial para el que no resulta adecuado un enfoque puramente empírico.

Se puede entender que ambas opciones, la regional y la federal —esta última concebida como una desagregación de un conjunto unitario— po-

seen rasgos descentralizadores y complejos y que puede haber similitudes en los dos modelos de experiencias paralelas. Sin embargo, no es posible seguir adelante con este razonamiento, por motivos tanto ontológicos como etiológicos: no sería posible, en particular, remontar estas dos experiencias al mismo tipo de estado sin despojar a ambas sistemas de su propia esencia política.

Por otro lado, el considerar al federalismo disgregativo como un tipo de Estado distinto del federalismo sumativo supondría ventajas también en términos de una reactivación de las funciones descriptivas y prescriptivas del federalismo. Esto se debe a que contribuiría a una clasificación sistemática del modelo de Estado federal al que las experiencias recientes parecen haber hecho inclasificable, ya que los estados federales más recientes no parecen reflejar los caracteres que identifican un tipo de Estado federal de acuerdo con el enfoque teórico tradicional.

La diferenciación sistemática entre las formas de agregativas y disgregativas de federalismo y la identificación de los factores conducentes a la creación un Estado federal —y por lo tanto la naturaleza del proceso federal en marcha— pueden contribuir a restaurar una visión de conjunto más precisa.

Es evidente que los dos procesos se desencadenan por diferentes necesidades y razones, y sus resultados estructurales, institucionales y organizacionales también difieren.

En el escenario político actual, la formación de los principales estados de agregación federal parece estar perdiendo fuerza, al menos en su forma clásica. El federalismo de los siglos XVIII y XIX se basaba en la necesidad, por parte del Estado de consolidar sus fronteras y su poder ofensivo. Su objetivo era garantizar una defensa adecuada contra amenazas externas y llevaba a los Estados individuales a renunciar a parte de sus prerrogativas soberanas en favor de una asociación institucional más amplia.²¹

El federalismo de disgregación, por otra parte, es más reciente y responde a necesidades completamente diferentes.

Parece más idóneo para Estados compuestos sometidos a fuertes tensiones separatistas. En estos casos, el proceso de desarticulación federal de las instituciones del Estado comienza a nivel constitucional, con el fin de satisfacer las necesidades internas del sistema²², de responder a demandas de autogobierno que provienen del cuerpo social y que podrían conducir a la disolución del es-

²¹ En este sentido, consultar WHEARE, K.C., *Del governo federale* (1963), trad. it., IL Mulino, Boloña, 1997, 91 y s. En los mismos años, RIKER, W.H., *Federalism: Origin, Operation, Significance*, Little Brown and company, Boston, 1964, e *id.*, «Federalism», en GREENSTEIN, F.I. y POLSBY, N.W., (eds.), *Handbook of Political Science*, Reading, Addison-Wesley, vol. 5, 1975, pp. 93 y ss.

²² Sobre este punto, RUSSELL, P.H., *Canada's Mega Constitutional politics in Comparative Perspective*, ensayo presentado en la Conferencia de la Asociación Internacional de Ciencia Política, 21-25 de agosto de 1994.

tado en caso de no recibir respuesta²³. En este sentido el federalismo disociativo establece un equilibrio entre la conservación de la unidad territorial del Estado y el cumplimiento de los intereses del cuerpo social.²⁴

Los dos sistemas también difieren sustancialmente. En particular, la diferencia ontológica se refleja, en primer lugar, en la residencia de la soberanía, aspecto que ha estado en el centro del debate federalista durante siglos.

El federalismo de agregación plantea la cuestión de la distribución del poder soberano entre el Estado federal y los Estados miembros, que la poseen de manera original y que, en ejercicio de su soberanía, se adhieren a un proceso supra-nacional, mientras que en el federalismo disgregativo la cuestión se plantea desde una perspectiva diferente.

Se puede argumentar que el Estado crea, en un proceso de federalización de un territorio nacional, las entidades federadas. Estas, antes de ser sancionados por una Constitución, simplemente no existen desde un punto de vista estrictamente jurídico e institucional.²⁵ En consecuencia, la cuestión de la atribución del poder a las entidades federadas antes que al poder central se hace irrelevante en virtud de la naturaleza de los miembros de este tipo de federación.

La disociación de un Estado en entidades federales derivadas no pone en peligro la soberanía de la federación central, que seguirá beneficiándose de todas las prerrogativas de la entidad original. Las entidades federativas derivadas de la disgregación de un estado unitario son autónomas pero no soberanas, ya que son el resultado de una decisión del Estado central en busca de

²³ Según el estudio de VENTURA, S. (a cura di), *Da stato unitario a stato federale*, op. cit., p. 195, «i processi di riorganizzazione del governo del territorio mostrano chiaramente ... che la mobilitazione delle periferie contro il centro, promotore del processo di costruzione della nazione, è da ricollegare a processi di *nation-building* "incompleti"».

²⁴ En este sentido el politólogo norteamericano STEPAN, A., «Toward a New Comparative Politics of Federalism, (Multi) Nationalism, and Democracy: Beyond Riker Federalism», en STEPAN, A., *Arguing Comparative Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 181 y ss, insiste en la *distinction* entre procesos federativos de tipo «*coming together*» (asociativos) y de los del tipo «*holding together*» donde la solución federal es la única posible para prevenir la disolución del estado. En este sentido, «una forte mobilitazione etnica non sfocia nella disintegrazione dello stato ma in effetti lo sostiene»: HOOGHE, L., *Il Belgio: una missione per eccellere in Europa*, op. cit., p. 273. Véase también, LINZ, J.J., *Democrazia e autoritarismo*, op. cit., pp. 549 y ss; PADDISON, R., «Il federalismo: diversità regionale nell'unione nazionale», en BROSIO, G. (a cura di), *Governo decentralizzato e federalismo. Problemi ed esperienze internazionali*, Il Mulino, Boloña, 1995, p. 27, that identifies the essence of federalism in «nel facilitare l'espressione di interessi regionali distinti all'interno di un'unione politica complessiva.» Specifically, federalism would be «potenzialmente utile a risolvere i problemi della diversità etnica, laddove i vari gruppi etnici sono territorialmente segregati: laddove, in altre parole, essi possono avere un'autonomia regionale» (ivi, 28); DIKSHIT, R., *The political geography of Federalism*, Macmillan, Londres, 1975.

²⁵ La misma expresión usada en el pasado por AMBROSINI, A., para describir regiones se podría aplicar, *mutatis mutandis*, también a estas entidades: son descritas como «frammenti di Stato» («Un tipo intermedio di Stato fra l'unitario e il federale caratterizzato dall'autonomia regionale», en *Rivista di Diritto pubblico*, 1932, pp. 95 y ss), with an explicit reference to the theory of JELLINEK, G., sobre la naturaleza de las entidades regionales.

nuevas vías de integración política a través de la desarticulación del poder y del territorio.²⁶

Una serie de consecuencias contribuyen aún más distinguir entre el modelo federal sumativo y el disgregativo.

En términos de la teoría del Estado, las diferencias que caracterizan a las experiencias sumativa y disgregativa se reflejan también en el plano institucional, de manera que, como se señaló anteriormente, la mayoría de los Estados basados en un modelo federal disgregativo no poseen los rasgos tradicionalmente considerados distintivos de un Estado federal al compararlos con los de un estado unitario o regional.

La naturaleza autónoma y no soberana de los miembros de la federación, desde un punto de vista estrictamente jurídico, hace imposible atribuirles las mismas facultades que se reconocen a los estados que participan en procesos federalistas sumativos y también aparece reflejada en el marco constitucional.

Las consecuencias son dobles: por una parte, las entidades federadas en los procesos disgregativos no tienen la prerrogativa de otorgarse una constitución local. Poseen, sin embargo, un poder estatutario, como expresión de sus facultades autonómicas que refleja su naturaleza derivada y no original.

Además, dado que no participaron en el establecimiento de la organización del estado, no siempre tienen derecho a la participación directa en procesos de revisión constitucional.²⁷ Mientras que, por otra parte, su participación no está excluida en un sentido absoluto; participan activamente en la construcción y la protección de su propio autogobierno, sancionado por la Constitución, no como protagonistas o co-protagonistas junto con el Estado procesos de revisión constitucional (esto coloca a las entidades federadas en una posición subordinada del poder central) sino como fuerzas activas en «política constitucional», en la aplicación de la constitución, el contenido de la cual «*non coincide con i principi politici fondamentali di cui sono (e sono state nel momento costituente) portatrici le forze politiche dominanti, ma è quello che consegue all'insieme delle attività diffuse*». Constitutional policy-making «*non è dunque affatto sinonimo di attuazione della Costituzione, ma è invece, innanzi tutto, causa della sua validità (in una prospettiva istituzionalistica), o sintomo essenziale della sua validità (in una prospettiva normativistica)*».²⁸

²⁶ Tampoco parecería suficiente refutar lo anteriormente expuesto a través del uso extensivo de los términos «autonomía» y «soberanía» que hacen algunas constituciones como la austriaca. Cf. PERINTHALER, P., *Lo Stato federale differenziato* (1992), trad. it., Il Mulino, Bologna, 1998, pp. 30 y ss.

²⁷ El proceso de disgregación del Estado unitario se desarrolla a través de una transformación constitucional que emana de las reivindicaciones de las fuerzas sociales, que pueden no haber formado parte del pacto constitucional en su origen pero que operan a través de los instrumentos del poder establecido.

²⁸ Cf. DOGLIANI, M., «La lotta per la Costituzione», en *Diritto Pubblico*, 1996, pp. 293 y ss; en particular, p. 295.

En cuanto a las fuerzas que impulsan el proceso disgregativo federal de un Estado, sin perjuicio de la forma ni del grado de participación en la reforma constitucional por parte de las entidades locales, entran en juego otras consideraciones sobre la validez de la Constitución, en que «è valida non perché voluta (o riconosciuta come punto di equilibrio) dalle forze politiche dominanti, ma perché riconosciuta come punto di riferimento pratico, e cioè come oggetto di interpretazione (e simultaneamente come parametro per le questioni successive), dai diversi soggetti cui essa stessa affida la propria applicazione. Fondazione della validità e determinazione del contenuto (del significato complessivo, unitario) della Costituzione, in questa prospettiva, dunque, si fondono».²⁹ Por consiguiente, también en los sistemas federales disgregativos, con independencia de los procedimientos establecidos, las fuerzas locales participan en la definición de un nuevo equilibrio constitucional, con el fin de asegurar su permanencia.

Además, el origen disgregativo del sistema federal, a diferencia del sumativo, también se refleja en la organización jurídica y fiscal del nuevo marco: los sujetos federados no tienen facultades jurisdiccionales ni impositivas. La entidad «soberana» y no aquella que es solamente autónoma detenta la potestad de administrar justicia así como de recaudar impuestos.

El proceso diferente que conduce a la formación de ambos modelos tiene también consecuencias palpables no solamente en los aspectos político e institucional de los sistemas federales disgregativos sino también en el vínculo pre —*preter*— constitucional entre el estado federal y las entidades federadas.

Tradicionalmente, el estado federal —resultante de la unión de varias entidades soberanas— representa un territorio virgen y a tomar forma, que emana de una voluntad común expresada por los sujetos originales. Por el contrario, en los sistemas federales disgregativos, las entidades federadas operan en un sistema caracterizado por unas relaciones de poder consolidadas, contraposiciones o alianzas sólidas entre diferentes partes del cuerpo social y el territorio nacional que, a menudo a título no oficial, son anteriores a la federación e inevitablemente ejercen influencia en su desarrollo constitucional.³⁰ En los estados federales que resultan de un proceso disgregativo, los elementos factuales y prejurídicos se convierten en centrales y son la base de las nuevas relaciones federales destinadas a reemplazar la estructura unitaria centralizada y a menudo adquieren relevancia también en relación con otros aspectos estructurales de la organización del estado federal.

Bajo esta perspectiva el papel de un sistema basado en los partidos se convierte en crucial para determinar las direcciones institucionales. Sin embargo, mientras que los partidos políticos representan un tema específico en el estudio

²⁹ *Ibidem*, p. 295.

³⁰ Cf. BAUBÖCK, R., *United in Misunderstanding? Asymmetry in Multinational Federations*, Vienna, Academia austriaca de las ciencias. Unidad de Investigación para el cambio institucional y la integración en Europa, Documento de trabajo n.º 26, 2001, pp. 6 y ss.

de los sistemas federales³¹, en el caso de los procesos disgregativos la presencia de fuerzas regionales con fuerte arraigo territorial conduce a una reflexión sobre las diferencias que aparecen al compararlos con procesos sumativos. Estas consisten en el hecho de que los partidos localistas son anteriores al federalismo y que sus reivindicaciones y actividad política a nivel local les convierten en inspiradores y promotores del federalismo ya que podría argüirse que son ellos los sujetos que «negocian» su creación con el poder central. En los procesos sumativos, por otra parte, los partidos provienen de una estructura unitaria y tienden a regionalizarse solamente para sacar provecho de las oportunidades que ofrecen los diversos escenarios políticos. En un estado federal disgregativo la negociación se identificaría como el elemento esencial tanto a nivel político como institucional. Al contrario que el pacto entre iguales anterior a la creación de un estado federal sumativo, donde la relación entre las diferentes entidades federadas y el estado central se fundamentaría en lazos federativos mucho más complejos en su estipulación al ser el resultado de negociaciones bilaterales entre el estado y cada una de las entidades federadas.³²

Como resultado, las experiencias de federalismo disgregativo están marcadas vertical y horizontalmente por una asimetría innata.

Al contrario que en experiencias federales más tradicionales, los procesos disgregativos nunca arrojan un estado de perfecta igualdad en los diferentes niveles de gobierno ya que la autoridad central mantiene una cierta supremacía sobre las demás gracias a leyes persistentes que otorgan cierta preeminencia a la organización federal que, por consiguiente, conduce a una asimetría vertical atípica en las categorías federalistas tradicionales.

El estado federal basado en un proceso de disgregación política y territorial es, por su propia naturaleza, un sistema horizontalmente diferenciado lo cual puede traducirse en una federación parcial del territorio.³³ La disociación será

³¹ Comenzando por TRUMAN, D., «Federalism and Party System», en MACMAHON, A.W. (ed.), *Mature and Emergent, Russel and Russel*, Nueva York, 1955, pp. 115 y ss, y, también, ELAZAR, D.J., *Idee e forme del federalismo*, cit. Véase, también, WEAVER, R.K., «Electoral Rules and Party System in Federations», en AMORETTI, U.M. y BERMEJO, N. (eds.), *Federalism and Territorial Cleavages*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore & Londres, 2004, p. 228; CHANDLER, W.M., «Federalism and Political Parties», en BAKVIS, H. y CHANDLER, W.M. (eds.), *Federalism and the Role of the State*, University of Toronto Press, Toronto, 1987, pp. 149 y ss.

³² En una forma disociativa del federalismo, nuevo significado unido a la advertencia formulada en el pasado por RIKER, W. (*Federalism: Origin, Operation, Significance*, op. cit., p. 16), como invitación a no caer en lo que el definió como *falacia reduccionista*.

³³ Según LINZ, J.J., *Democrazia e autoritarismo*, op. cit., p. 544,, existen algunas formas institucionales, que pensadores federalistas como ELAZAR, D.J., llaman «federación», en las que unidades menores —generalmente una o más islas— reciben un estatuto constitucional especial, al tiempo que permanecen siendo parte de un estado gobernado unitariamente. Cf. ELAZAR, D.J., «Federalism», en LIPSET, S.M. (ed.), *The Encyclopedia of Democracy*, vol. II, Congressional Quarterly, Washington, 1995, pp. 474 y ss, e *id.*, *Federal Systems of the World. A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements*, Longman, Harlow, 1991.

promovida por uno o más grupos del cuerpo social pertenecientes al país pero que adoptan posturas disidentes en relación con el modelo socio-cultural de la nación. Han desarrollado claramente una visión pluralista del espacio físico-político en que se desenvuelven como resultado de una realidad plural; aceptan mantener vivo al estado al que se adhieren con la condición que evolucione desde un estado unitario y posiblemente descentralizado hasta otro federal dispuesto a garantizar espacio político para una autonomía que refleje las características de cada comunidad federada respondiendo así a la demanda de autogobierno.

5. También a la luz de las consideraciones precedentes, ¿Qué futuro se puede esperar del Estado autonómico español? ¿Es el federalismo una opción viable como organización estatal española?

Ciertamente, puede argumentarse que la «forma líquida» de la organización del Estado Español representa una opción ganadora también para el futuro, ya que puede adaptarse una y otra vez a las necesidades y las demandas de los diversos componentes de la sociedad. No obstante, a largo plazo el sistema social está llamado a pagar un precio en términos de cohesión.

El «sistema líquido» requiere que la estructura no permanezca cristalizada y, por consiguiente, en este caso particular puede dar lugar a nuevas reivindicaciones y exigencias adicionales. Ello presupone la adopción de cada vez más fronteras virtuales —en tanto que están basadas en argumentos menos tangibles— lo cual provoca la persistencia de un estado de conflicto más o menos latente. La distancia entre «nosotros» y «los otros» se hace menos objetiva y se centra en un «yo» subjetivo y, por lo tanto, más difícil de erradicar en un estado percibido como deslegitimado por parte del cuerpo social.³⁵

¿Podría darse el caso de que ha llegado el momento de que España constitucionalice su organización estatal? La definición constitucional de una organización federal basada en el modelo disgregativo descrito anteriormente, al menos a corto plazo, conllevaría una redefinición —muy probablemente asimétrica— de la autonomía de las comunidades individuales y por tanto una reducción en la naturaleza líquida de las relaciones entre el centro y la periferia.

No obstante, basándose en consideraciones sobre plurinacionalidad y federalismo disociativo, es posible que la adopción explícita a nivel constitucional de un modelo de estado federal —no simplemente una adhesión abstracta a los principios de la teoría del federalismo— sin duda reportaría beneficios en términos de armonía social y construcción de un espacio público. Esto, a su vez, contribuiría a la creación de un consenso en torno al proyecto de estado

³⁴ En este sentido, cf. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Estudios sobre la Constitución*, Madrid, La Ley, 2002, p. 111.

³⁵ Considerar el concepto de «*hecho diferencial*», que está continuamente perdiendo rasgos jurídicos para adoptar una naturaleza política y sociológica cada vez más fuerte y un carácter más «extremista» del que carecía casi completamente en su origen.

reforzando el sentido cívico de nación, completando el proceso inacabado de construcción nacional y fomentando un sentimiento de unidad como se ha señalado anteriormente.

Esta es la opción que aguarda a España si quiere pasar página en su historia institucional: un completo replanteamiento de la forma de gobierno a elegir. La aceptación de la naturaleza multinacional del país (¿de qué sirve el examen de conciencia sobre la existencia de una tradición nacional de comunidades que no aspiran, sino que en realidad exigen tener un futuro?), un planteamiento activo en relación con las diferencias con vistas a la construcción de una identidad cívica a nivel estatal que mire más allá de las diferencias étnicas o lingüísticas y que tenga como fin el reconocimiento de la Constitución como un patrimonio común; una ventana abierta al modelo federal disgregativo como opción que preserve la unidad del estado proporcionando reconocimiento al papel político e institucional de los distintos componentes sociales: a partir de estas premisas el viaje puede finalmente comenzar.

Identidades nacionales y ciudadanía en la ordenación autonómica del Estado: democracia formal, autodeterminación y cláusula de secesión

José A. Sanz Moreno
Profesor Contratado Doctor, Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. Identidades nacionales, federalismo y orden territorial español. 2. Democracia procedimental e interpretación constitucional. 3. Autodeterminación y cláusula de secesión. 4. Bibliografía.

1. IDENTIDADES NACIONALES, FEDERALISMO Y ORDEN TERRITORIAL ESPAÑOL

La relación entre soberanía nacional y salvaguarda individual de derechos determina la consolidación del Estado moderno y la mutación de su legitimidad. El humanismo universal y la igualdad del ser humano son derrotados por la construcción de la nación y su identidad excluyente. Así, la voluntad política, la creación jurídica y el orden unificado de la coacción serán definidos por la nueva configuración estatal de naciones victoriosas y soberanas.

La doctrina nacionalista dividió el mundo entre pueblos diferenciados por su conciencia nacional. En este sentido, la nación ontológica y su presuposición de una igualdad sustancial entre ciudadanos fueron suficientes para diluir al individuo e incluso el valor de la democracia: la idea de libertad como forma de autodeterminación ciudadana en la reproducción del ordenamiento jurídico. La metamorfosis de la legitimidad política —de la teología del poder a la soberanía popular— no supuso que la voluntad divina se transformara en la decisión inmanente de todos los ciudadanos, sino en la aclamación de una volición nacional omnipotente. Sin embargo, los viejos modelos de Estados-naciones, unformes y pétreos, no pueden ser nuestra respuesta al nuevo «concepto de lo político» (Schmitt, 2007).

El sistema wesfaliano de Estados soberanos y sus políticas de *asimilación* y *exclusión*, *segregación*, *expulsión*, o, pero aún, *exterminio*, ya no puede ser impuesto en nombre una nación trascendente, eterna y sagrada. La conocida

ficción de la homogeneidad nacional se fue construyendo por el propio Estado y fortaleciendo con sus políticas públicas. El *Estado imaginado* no podía permitirse una pluralidad de nacionalidades y, de aparecer, eran vistas como desviaciones pasajeras en vías de extinción. Así, en la Europa de entreguerras, el Schmitt de Weimar fue categórico: «un Estado al que esa homogeneidad falta, tiene algo de anormal que pone en peligro la paz» (1982: 228). Sin embargo, de poco sirve pensar en el Estado, la nación y la soberanía desde categorías tan obsoletas como destructivas: la democracia ni se define como identidad sustancial de los iguales frente al resto, ni como concentración de todo el poder desde una voluntad nacional monolítica.

Tal y como nos recordara Tamir, la época del Estado nación homogéneo hace tiempo que ha concluido; y, por ello, cuando ya no es posible mantener la doctrina nacionalista que proclama «*un Estado para cada nación*», de poco sirve su conversión en «*ideal inalcanzable*». Sólo abandonando la quimera del Estado nación, puro y perfecto, podremos reconstruir los conceptos políticos fundamentales (1993: 3, 142-145, 150). Y, sin embargo, esto no debe significar un análisis estatal obviando toda concreción nacional o como forma culturalmente neutra. El Estado debería ser más abierto en su reconocimiento de los derechos de las minorías nacionales y de la nueva inmigración, pero no puede ignorar sus propias culturas mayoritarias y sus proyecciones nacionales. La fuerza ética que supone rechazar una identidad nacional excluyente, como el elemento indisoluble para la formación estatal, no significa olvidar la potencialidad política de toda identidad colectiva. Una cosa es ser menos restrictivos y más inclusivos con formas culturales diversas, y otra bien distinta afirmar que las instituciones públicas deban renunciar a sus medios de identificación socio-política. Por muy desarrollado que sea el Estado en el reconocimiento de su pluralidad nunca podrá presentar todas las lenguas, culturas, o singularidades nacionales, como partes integrantes de sus actuaciones públicas.

Así pues, si el *Estado nación homogéneo* es una *idea anacrónica*, también sabemos que la *neutralidad nacional* —como esfera privada, separada del Estado— no es más que su *reverso utópico*. Compartir principios cívicos es esencial para la consolidación y desarrollo del sistema democrático, pero, en la mayoría de los casos, el deseo voluntario del que nos hablara Renan no es razón suficiente para pertenecer a una nación; y, por contra, tampoco se pierde la nacionalidad por un rechazo expreso a sus elementos distintivos. Por tanto, nuestro dilema no se resuelve con la elección de la nación civil frente a una meramente étnica; pero tampoco sirve de nada seguir inmersos en un reduccionismo doctrinal que postula que cada nación, como titular de la soberanía, tiene que tener su Estado, y, viceversa, cada Estado debería estar formado por una única nación. Ni la nación es un sujeto político, existente y actuante, ni la soberanía el poder total —irresistible en el interior e independiente del exterior— que postulaban los clásicos.

La misma concepción del Estado constitucional reniega, en cuanto al sujeto titular del poder, de toda ontología absoluta. Con la entrada en vigor de la

Constitución, el *pueblo-nación*, como poder constituyente, se transforma en su ejercicio por los poderes constituidos, e incluso la *ciudadanía*, activa políticamente, se convierte en titulares de los derechos políticos que participan en los asuntos públicos, pero con los límites insertos en el propio texto constitucional. De ahí que, desde un punto de vista estrictamente democrático, debamos elegir entre dos respuestas bien diferenciadas:

- a) *Una solución del pasado*, la construcción de una única nación, con la ficción de su homogeneidad y, por consiguiente, la necesidad de concebir lo político desde el antagonismo schmittiano *amigo-enemigo*; *amigos*, los que forman parte de nuestra nación; *enemigos*, tanto los de fuera, porque pertenecen a otro Estado nación, como, también, los que aunque estén dentro, no son de los nuestros y hay que insertar, o sacar, a la fuerza.
- b) *La salida presente con proyección de futuro*, desde el reconocimiento de la pluralidad política en los Estados y la garantía de los derechos colectivos de toda nacionalidad territorialmente asentada, la salvaguarda de los derechos inviolables de toda la población y la búsqueda de una mayor participación en los asuntos públicos de todos los sujetos a un ordenamiento que, incluso en democracia, siempre será coercitivo.

Nuestra elección presenta pocas dudas: la existencia de distintas identidades nacionales dentro del Estado ya no puede verse como una enfermedad pasajera que, más pronto que tarde, debe ser curada, sino como la realidad que va estar ahí por tiempo indefinido y que, por ello, el orden constitucional democrático tiene que asumir como consustancial a su propia naturaleza. La época del Estado nación, entendido desde la inmersión del individuo en una identidad nacional homogénea, ya no puede ser la respuesta a los retos que plantean, de un lado, la inmigración extranjera masiva, y de otro, los anhelos de mayor autogobierno por parte de las nacionalidades minoritarias. Por tanto, cabe rechazar no sólo los rasgos más execrables del nacionalismo, sino también toda sublimación de una voluntad existencial monolítica: la idea de una nación como actor absoluto con voluntad e interés unívocos y con una única identidad para todos sus miembros. La realidad plural de distintas identidades nacionales y la contienda entre sus proyectos políticos está aquí para quedarse y los diferentes órdenes sociales deben ser conscientes de ello.

Ya no vale de nada dividir los Estados entre una construcción nacional legítima (la mayoría dominante) y discursos nacionales espurios (por inferiores o necesitados de asimilación forzosa). La transformación ha sido tan profunda que muchas democracias occidentales han ido aceptando la existencia de minorías nacionales como parte fundamental de su pluralidad identitaria, y no como anomalías a ocultar y superar. Pero la pertenencia individual a una concreta colectividad nacional no es, en la mayoría de los casos, una cuestión de elección, sino el mero certificado del lugar de nacimiento y/o de una determinada ascendencia (combinación modulable entre *ius solis* y *ius sanguinis*).

El nacionalismo, con o sin Estado, los más viejos y los más nuevos, es un híbrido con fundamentos étnicos y cívicos, raíces políticas y culturales, elementos objetivos y subjetivos, acciones loables e irracionalismo manifiesto..., y no puede ser reducido a la confrontación entre *buenos* (cívicos y democráticos) y *malos* (biológicos y xenófobos). Cuando la identidad nacional jugó con el *ethos* demoníaco de la raza, el efecto no pudo ser más devastador, pero esto no significa que debamos aceptar la maniquea oposición entre proyectos loables y perniciosos, y mucho menos la parodia determinista entre *verdaderas* (naturales y con mayoría estatal) y *falsas* naciones (inventadas o sin su «propio» Estado).

La respuesta política siempre tiene que definir el principio de autodeterminación, y, aquí, habrá que comenzar por el individuo y su libertad, para, sólo después, continuar con su anclaje colectivo, en cuanto análisis de los diversos grados de auto-ordenación social que, desde la ficción de un poder absoluto carente de límites, en todo caso compartirán soberanía. Así, en un Estado compuesto por diferentes proyectos nacionales, la teoría sobre la autodeterminación debería incluir, según afirma Buchanan, el derecho de secesión; pero esto no significa que se tenga que asumir la independencia como el objetivo natural o la inevitable culminación de toda aspiración nacionalista (2004: 332).

Una mayor libertad como proyección de la construcción nacional minoritaria no puede confundirse con la repudia del Estado anterior y el anhelo, atemporal y siempre latente, para la conformación de un nuevo Estado. Más aún, la posición de Buchanan, cuando dice que la independencia, en la mayoría de los casos, es el modo menos recomendable para el ejercicio de la autodeterminación, se quedaba, según Norman, corta: en el mundo podemos contabilizar alrededor de cuatro veces más colectividades llamadas naciones que Estados actualmente existentes (2006: 74). Así, en la mayoría de los casos, las minorías nacionales cuentan con formas específicas para ejercitar su derecho al autogobierno, pero dentro de un Estado más amplio; por tanto, desde la observancia tanto del modelo constitucional estatal como de la ordenación internacional sobre protección de derechos, no es mediante la autodeterminación externa, sino en la versión interna de un Estado plurinacional donde se realizarán sus singularidades.

Como nos recordara Tamir, el *nacionalismo liberal* no conjuga necesariamente el derecho de autodeterminación con la independencia política, sino con el más prosaico derecho a preservar la existencia de la nación como una entidad cultural distinta (1993: 57). Sin embargo, no debemos caer en la confusión de una identificación demasiado simplista entre «nación» y «cultura diferencial», con la consiguiente inclusión de todos y cada uno de nosotros dentro de una única identidad nacional, tal y como Will Kymlicka parecía mantener. Peor todavía, su descripción histórica, al igual que la de muchos teóricos del multiculturalismo, resulta un tanto anacrónica, y, en especial, cuando se refieren al caso español. En muchos países occidentales, la unificación estatal fue anterior a la construcción nacional y, por ello, con un modelo de legitimidad diferente

y variadas identidades colectivas. Por eso, Kymlicka no debería trasladar a las minorías nacionales lo que niega a la nación dominante. Diluir a los individuos en una cultura diferenciada dentro de una única nación es tan ingenuo como el exceso tradicional del nacionalismo cuando propugnaba la identificación exclusiva entre nación y Estado. En contra de la idea lineal entre «nosotros» y «ellos», los ciudadanos y las distintas comunidades en las que se insertan son mejor definidos desde identidades múltiples y yuxtapuestas.

De ahí la necesidad de dar respuesta a las demandas de autogobierno de los nacionalismos minoritarios. Y, aquí, simplificando, podemos distinguir dos tipos de federalismo estatal: el *federalismo plurinacional*, que pretende satisfacer los deseos de autodeterminación interna de minorías históricas con identidad nacional diferenciada (Canadá); y el *federalismo territorial o autonómico*, que no pone en cuestión la existencia de una sola comunidad nacional, pero cuyo poder territorial es distribuido verticalmente para buscar una mayor eficacia pública (USA-Alemania). De estos dos modelos, ¿cuál corresponde al caso español? Pues, precisamente, en la confusión reside el error: un movimiento inestable, fluctuante e impreciso, entre ambos sistemas. El *Estado de las Autonomías*, que nació para dar respuesta a los deseos de autogobierno de las minorías nacionales, se ha reproducido en todo el territorio estatal para neutralizar las aspiraciones nacionalistas y, además, como medio para conseguir una mayor eficacia desde la democracia de proximidad. El derecho a la autonomía de las nacionalidades (art. 2 CE) se disuelve en la organización territorial del Estado del Título VIII (art. 137) y, más aún, tras el desarrollo del modelo autonómico, para todas las provincias y regiones, con o sin identidad nacional diferenciada. El federalismo asimétrico de un Estado plurinacional se mezcla, de manera ambigua, con la autonomía territorial desde una homogeneidad sistémica; la distinción explícita entre la nación compartida por todos y los nacionalismos singulares, con la igualación, ya no básica en derechos fundamentales de los ciudadanos, sino entre Comunidades Autónomas tan divergentes.

La cada vez más criticada fórmula del «café para todos» fue el comienzo de muchos problemas mal resueltos. El *apócrifo del constituyente* que, *decidió no decidir* cuál debía ser el modelo territorial definitivo, se fue concretando, en sucesivas etapas, desde la plasmación de un principio dispositivo tan abierto como expansivo, que pudo cerrar el mapa autonómico, pero se demostró incapaz para frenar la derrama soberanista desde parte del nacionalismo minoritario. La carrera hacia mayores cotas de autogobierno y más reclamaciones y agravios, no ya desde los nacionalismos históricos, sino por todas las Comunidades Autónomas, han envenenado no sólo las relaciones con el poder central, sino entre territorios vecinos, y, peor aún, entre identidades yuxtapuestas que parecen combinar proyectos políticos excluyentes. Así, los choques entre la construcción nacional mayoritaria y la de los nacionalismos minoritarios, lejos de ser superados, se perpetúan en un caótico (des)orden territorial, sin tan siquiera definir si se tiende hacia un modelo simétrico o hacia uno más asimétrico. Y, sin embargo, si queremos dar una respuesta a

la realidad de los nacionalismos minoritarios, la cuestión no está en saber si es mejor un modelo simétrico o su contrario, sino, más bien, cuál es el grado de asimetría que debemos manejar o estamos dispuestos a respetar y desarrollar (Keating, 2001: 274).

La excepcional interacción que supone un *federalismo asimétrico* y su especificidad en atribuciones y privilegios puede ser vista como una amenaza a las bases canónicas que definen los Estados: renuncia a la igualdad entre ciudadanos y entre territorios, debilidad de la mayoría nacional frente al fortalecimiento de las minorías nacionales, incapacidad federal y deslealtad con el Estado, etc. No obstante, sin asimetría no es posible acomodar la construcción política de las diferentes nacionalidades.

En este sentido, Requejo nos ilustra los *diferentes tipos de asimetrías: de facto*, o diferencias reales (sociales, económicas, culturales, lingüísticas, etc.); *de jure*, desde el posible reconocimiento de una distinción normativa (variantes constitucionales entre entidades federadas sobre el grado y la naturaleza —cuantitativa o cualitativa— de sus respectivos autogobiernos); y de *dirección variable*, aquellas producidas por el ejercicio diferenciado del propio derecho de autodeterminación (2010: 286).

La acomodación de tanta complejidad y heterogeneidad entre territorios no se resuelve simplemente desde el reconocimiento de los derechos de las minorías nacionales (Norman 2006: 165-168), sino desde la redistribución de la soberanía política entre los distintos territorios, y, tal y como subraya Kymlicka, aminorando la relación jerárquica entre mayoría nacional estatal y minorías sub-estatales (2007: 141-143). Por ello, el antagonismo entre una democracia formal con poder ilimitado y los valores sustantivos del orden constitucional deben hallar una respuesta que, desde un contenido mínimo infranqueable y a través de unas reglas de juego respetadas por todos, impida la tiranía de mayoría y, al mismo tiempo, posibilite caminos a seguir en caso de desafección hacia el Estado de una población territorialmente asentada.

2. DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

El diálogo democrático tiene que presidir toda reivindicación identitaria. Y, aunque, cada proyecto de construcción nacional debería ser visto como legítimo, los derechos al desarrollo de identidades colectivas no pueden ser invocados para vulnerar los «derechos humanos garantizados por el Derecho internacional, ni para limitar su alcance» (artículo 4 de la *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*). En la confrontación entre la protección de los derechos humanos y la de los derechos culturales y/o nacionales, siempre se deben salvaguardar los primeros, y nunca los últimos justifican prácticas que pudieran sacrificarlos; y, por ello, tampoco nos valen para fundamentar una definición absoluta del titular de la soberanía como sujeto existencial no sometido a ningún límite.

Así, desde el punto de vista constitucional, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948) y el resto de los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España no son únicamente el marco de interpretación de los derechos fundamentales insertos en la Constitución (art. 10.2 CE), sino la clave de la inserción del orden jurídico español en una ordenación internacional imposible de soslayar. Desde aquí, «la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes» se convierten en «el fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE), y, por lo tanto, serán el *limite material intangible* más minimalista de una democracia que, desde la forma, no puede renunciar a todo criterio axiológico sin poner en riesgo su propia pervivencia.

Por eso, a pesar de la contundencia de las palabras y la verborrea sobre la soberanía nacional, recogidas constitucionalmente, en el Estado democrático ha desaparecido toda totalización del poder bajo el contenido delimitado por los propios preceptos constitucionales. Con esta constatación, el Tribunal Constitucional español (TC), no puede asumir una premisa material («siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales», STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7), y, al unísono, caer en la más extrema de las concepciones procedimentales («no hay límites materiales a la revisión constitucional», STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4, que declara inconstitucional la Ley del parlamento vasco de consulta popular). Por muchas veces que lo reitere («sólo los ciudadanos, actuando necesariamente al final del proceso de reforma, pueden disponer del poder supremo, esto es, del poder de modificar sin límites la propia Constitución», FJ 2), la conversión del titular de la soberanía (el «pueblo» identificado con la «nación española») en una ciudadanía, activa políticamente, nunca podrá significar un poder tan absoluto como para no estar sometido a ninguna cláusula intangible.

La interrelación entre la salvaguarda de los derechos inviolables y los límites al poder del constitucionalismo democrático nos protegen de toda decisión ilimitada en manos del titular del poder y de su ejercicio a través de la tiranía de la mayoría. Ninguna interpretación constitucional puede olvidar que el Estado y su poder soberano —con la transformación del fundamento de la Constitución (la «nación», art. 2) y del poseedor de la soberanía nacional (el «pueblo español», art. 1.2) en «ciudadanos» con derechos políticos que participan «en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes» (art. 23)— no se encuentran solos en el mundo, ni pueden crear derecho de la nada o de la mera forma de auto-reproducción jurídica. La integración del sistema constitucional en un ordenamiento internacional de protección de derechos no debe obviarse a la hora de definir la soberanía y el poder de reforma y/o revisión constitucional. El pueblo/nación, en cuanto titular originario del poder, ha quedado ya constituido y sólo podrá expresarse a través de los cauces prescritos en su propia decisión constituyente.

Con la Constitución, la misma adjetivación del *Estado de Derecho* como *social y democrático* (art. 1.1), nos confirma no sólo las reglas de un procedi-

miento jurídico (*democracia formal*), sino una fundamentación en valores y fines (*democracia material y teleológica*), que, desde sus distintas perspectivas, dan sentido y proyección dinámica a todo el ordenamiento: de un lado, y como frontera infranqueable, la dignidad de la persona y sus derechos inviolables; y, de otro, y como salvaguarda y desarrollo del propio orden político y de su paz social, la promoción de la libertad e igualdad reales y efectivas, y la educación democrática de su ciudadanía (arts. 10.1, 9.2 y 27.2).

Ya sabíamos que no se puede confundir la definición sustancial de la Constitución con su proceso de cambio. Sin embargo, el positivismo vacío de contenido que destila la jurisprudencia constitucional se nos presenta no ya como defensa, sino como el inesperado enemigo al que habrá que dar respuesta. En el choque entre valores universales e ideología ontológica, el TC parece olvidar los primeros desde la sublimación nacional del titular del poder con una forma de ejercicio meramente procedimental. Pero el valor de la Constitución democrática ni se reduce a la introducción de técnicas normativas para el ejercicio del poder, ni se reconduce como *poder constituyente constituido* no sometido a más límite que los procedimentales de la reforma constitucional. La *superlegalidad formal* se completa con una *superlegalidad material* que presenta tanto al mecanismo de reforma como al propio modelo de justicia constitucional como los complementos necesarios para su defensa. Pero, tal y como afirma la sentencia del TC, si por el procedimiento de reforma se puede transformar toda la Constitución, podrá servir no ya para su defensa, sino para la más radical de sus destrucciones: la ciudadanía democrática, en cuanto no sujeta a ningún límite material, podría emprender el camino hacia su propia aniquilación.

Sin embargo, no podemos caer en el despotismo de un proceso meramente aritmético. El principio democrático del gobierno de la mayoría no puede llevarnos al absurdo del simple cómputo de votos. Es imprescindible elegir entre la Constitución como límite al poder o la omnipotencia de éste, y aquí no caben los juegos de equilibrios que, aún insertos en la Constitución, remacha, de manera suicida, su Supremo Interprete. La democracia o se concibe como sustancial y prescriptiva o caemos en la mera descripción de un procedimiento tan vacío como autómatas. La titularidad de la soberanía y el ejercicio del poder, o bien se definen desde la libertad individual, el pluralismo político, y los derechos de participación ciudadana en los asuntos públicos (autodeterminación desde el individuo y su proyección colectiva en una *democracia sustantiva y finalista*; artículos 1.1, 6, 9.2, 10.1, y 23), o quedan anclados en una *democracia de identidad* con la inmersión de todos los españoles dentro de una supuesta nación como sujeto político, vivo y volitivo (autodeterminación nacional, desde una construcción absoluta no sujeta a ningún límite y que presupone la identidad de voluntad entre representantes/representados; Preámbulo, artículos 2, 8.2, 13.2, 14, y literalidad aislada del artículo 168, sin su propio contexto como mecanismo de defensa constitucional).

Pero la suposición retórica de un fundamento ontológico para la Constitución en la nación española (art. 2) no puede mudarse en una ciudadanía nu-

mérica sin límite alguno a su actuación política. El principio de protección contra la tiranía de la mayoría es tan consustancial a la democracia que, con su desaparición, se pierde toda posibilidad de una definición sustancial de manos del más puro relativismo formal. Así, bien se podría mantener que la democracia es una forma de acceso al poder (Kymlicka, 2007: 111), pero mejor afirmar, de manera tajante, que es mucho más que todo eso. El verdadero valor de la democracia, a pesar de Schumpeter, no lo dan los números, las reglas procedimentales y las luchas por el poder. Más aún, incluso para Kelsen, en democracia, como mera forma, como simple método de creación del orden social, no hay ninguna regla absoluta de la mayoría sobre las minorías (2000: 106; 2007: 287).

De ahí la necesidad de abandonar todo lenguaje nacionalista que conlleve describir el titular de la soberanía como poder total e ilimitado. El «término de "nación"» claro que es «extraordinariamente proteico», pero de su reconocida «polisemia» el TC no puede extraer una concepción tan estrecha y reduccionista que permita, «en sentido jurídico-constitucional», una «única y exclusiva» definición (STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Cataluña, FJ 12). Pocas dudas puede haber sobre la titularidad de la soberanía, tal y como se recoge en la Constitución (art. 1.2 y 2), y, por lo tanto, sólo el pueblo/nación español es soberano, pero de ahí no cabe inferir, incluso en un sentido estrictamente constitucional, que el concepto de nación/nacionalidad tenga que ir, irremediablemente unido, a dicha titularidad, y mucho menos que esa soberanía signifique un poder no compartido e ilimitado. Así, por mucho que del Preámbulo se extraiga esa visión existencial de una nación monolítica con decisión unívoca e inequívoca («La nación española, en el uso de su soberanía, ..., proclama su voluntad»), la Constitución no descansa en una unidad trascendente o ideal, sino que su legitimidad democrática tiene un sustrato temporal, singular y ciudadano: el referéndum afirmativo que tuvo lugar el 6 de diciembre de 1978.

En este sentido, el explícito reconocimiento constitucional de nacionalidades minoritarias siempre podría conllevar una significación distinta para éstas que para el grupo mayoritario. Sin embargo, el orden constitucional ha resuelto las desavenencias: en tiempos de normalidad política, la doctrina del TC sienta la última palabra. Por eso, a pesar de la crítica de Rodríguez-Zapata en su voto particular a la STC 247/2007 (sobre el Estatuto de Valencia), cierto es que, en última instancia, «la Constitución dice lo que el TC dice que dice»; y, lo hace, tanto en su interpretación suprema como legislador no ya sólo negativo, sino también positivo. Con todo, la fuerza normativa de la jurisprudencia constitucional no llega tan lejos como para mutar nuestro sistema en su conversión en voluntad constituyente ante la situación excepcional. De ahí que debemos salvaguardar los valores esenciales del orden constitucional, incluso ante una jurisprudencia que considera nuestro modelo como de «democracia no militante» (STC 126/2009, de 21 de mayo, FJ 9).

La ausencia de una cláusula de intangibilidad expresa puede separarnos, en parte, del modelo alemán, pero esto no significa que la democracia espa-

ñaola sea ciega ante los valores, neutra ante el imperio de la mera forma, e inerme ante los que buscan su desaparición (Vidal, 2009: 260). La existencia de un contenido constitucional indestructible y la defensa del orden democrático contra sus enemigos son las bases de un sistema que una doctrina no demasiado pensada no puede invalidar. Pero ante una interpretación constitucional que pudiera no compartirse, el ordenamiento jurídico cuenta con otro mecanismo para su defensa: la propia reforma de la Constitución.

Así, a vueltas con el Estado plurinacional, parece que sería conveniente tener definidos no sólo los caminos hacia una mejor autodeterminación interna de sus nacionalidades minoritarias, sino incluso también debatir la necesidad de introducir las vías para el ejercicio de una posible autodeterminación externa, como procedimiento para resolver el permanente desafío de grupos pro-independentistas dentro de esas comunidades sub-estatales.

3. AUTODETERMINACIÓN Y CLÁUSULA DE SECESIÓN

En el modelo constitucional español, las minorías nacionales no cuentan con poder constituyente, y, aunque podrían propiciar, desde las correspondientes Comunidades Autónomas, el inicio de una reforma de la Constitución, tampoco se recogen los pasos que serían precisos para ejercer unos derechos colectivos, no ya hacia mayores cotas de autogobierno interno, sino que persigan romper con el Estado. Sin embargo es inútil ocultar que una parte no desdeñable dentro de las nacionalidades históricas, independientemente de lo que diga su pasaporte, pueden sentirse extrañas políticamente a España y a su nación mayoritaria; de ahí que quepa preguntarse cuáles debieran ser las etapas a recorrer ante el rechazo manifiesto hacia el Estado español en una mayoría cualificada dentro de una población territorialmente asentada.

Por tanto, en el federalismo democrático, la cuestión plurinacional se bifurca en dos: por un lado, el grado de *autodeterminación interna* que se puede alcanzar por las distintas nacionalidades y colectividades territoriales (techo máximo de autogobierno); y, por otro, la respuesta constitucional frente a la articulación del derecho de *autodeterminación externa*, es decir, si debemos precisar el camino para iniciar, en caso de que así se decidiera, un proceso de secesión para la disolución de la unidad estatal (creación de un nuevo Estado).

Respecto a la *autodeterminación interna*, los efectos nocivos de la fórmula dispositiva —que no resuelve el reto de los nacionalismos y, tras la crisis económica, la asfixia financiera y presupuestaria, junto a la cada vez más criticada eficacia en la gestión administrativa y el deterioro de los servicios públicos—, nos hacen despertar del sueño en el que nos sumió el «más café para todos». Sin embargo, la proliferación de intereses y elites, burocracias y clientelismos autonómicos —incluso dentro de las Comunidades sin nacionalismos territoriales fuertes—, desactivan cualquier pretensión de refundación del Estado de las autonomías. No obstante, habría que ser consecuentes con el querer de un

constituyente que quiso dar respuesta a la realidad de los nacionalismos, y asumir la necesidad de su anclaje jurídico-político en un modelo asimétrico.

Con todo, tampoco así se podría hablar de un punto final definitivo. De ahí que la articulación de posibles vías para la *autodeterminación externa* salga a nuestro encuentro. El federalismo, incluso en Estados plurinacionales más o menos asimétricos, nunca puede ser visto como la panacea que resuelve, de una vez por todas, los problemas de integración nacionalista. Nos encontramos, pues, ante la conocida *paradoja del federalismo*: de un lado, reconduce las aspiraciones nacionalistas dentro del Estado; de otro, las puede enervar hacia la secesión; es decir, al tiempo que se postula para mitigar o debilitar el independentismo, también podrá fortalecerlo e incluso exacerbalo (Anderson, 2010: 130). Y bien, ¿con qué posición nos quedamos? No es fácil saberlo y de poco sirve ser categóricos: dependerá de los Estados, de la forma de articulación de ese mismo federalismo, de las relaciones entre la mayoría nacional dominante y los nacionalismos minoritarios y, también, de manera esencial, de las propias identidades nacionales —monocolores, duales o múltiples— de sus ciudadanos. Pero, al menos, desde la ordenación internacional, si sabemos algo: el principio de autodeterminación no significa derecho unilateral a la secesión.

La romántica interpretación de la libre determinación como el derecho de todo pueblo —o mejor, su conversión en nación homogénea— a decidir su forma política, por sí mismo y por sí sólo, fue tan ingenua como impracticable y peligrosa. Contra la doctrina de Wilson y su aperturismo desestabilizador, el principio de autodeterminación quedó unido al derecho a la integridad territorial y, con ello, toda la potencialidad de su genérica proclamación constreñida al máximo (art. 1.2 y art. 2.1, *Carta de las Naciones Unidas*, 1945; y art. 1.1 y art. 27, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 1966). Así, la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales* (1960) afirma que todo pueblo tiene derecho de autodeterminación, pero también rechaza cualquier quiebra de la unidad nacional. Y, posteriormente, la *Declaración relativa a las relaciones de amistad y de cooperación entre los Estados* (1970) remacha dicha codificación de principios y su contradictoria respuesta: «la integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables». La soberanía estatal y su consiguiente integridad territorial prohíben la secesión, pero sólo cuando el propio Estado cumpla con el principio de autodeterminación; sin embargo, que esto se satisfaga por el gobierno central representativo de toda la población estatal o, en cambio, precise un reconocimiento de cierto grado de autogobierno para las minorías nacionales, queda abierto. El derecho de secesión sería, cuanto más, el último recurso contra la injusta violación de los derechos individuales, pero en su proyección colectiva y, en especial, de los derechos políticos vinculados a la realización democrática. De ahí la combinación imposible para la plasmación de la autodeterminación entre, por un lado, fundamentos éticos y valores democráticos, y, por otro, derechos individuales y colectivos. Así, pues, tras la Segunda Guerra Mundial, las diferentes escuelas de pensamiento y la práctica internacional

no logran ponerse de acuerdo sobre cómo delimitar el derecho de secesión (Knop, 2002: 76-86, 373). Pero una conclusión es asumida jurídicamente: a pesar de la literalidad de la libre determinación de los pueblos, la ordenación internacional rechaza el reconocimiento del derecho unilateral a la independencia. El voto mayoritario de la ciudadanía de una parte del Estado, incluso en su definición como minoría nacional sub-estatal, no es razón suficiente para quebrar la integridad territorial. La libre determinación significará el derecho a participar en el desarrollo del sistema político dentro del Estado, pero la secesión, desde el punto de vista internacional, sólo se permitiría a partir de la negociación entre el gobierno central y las mayorías territoriales (Norman, 2006: 172).

El *silencio sonoro* del Derecho internacional nos hace volver la vista hacia el orden constitucional interno. La comunidad internacional debería jugar un papel más importante respecto a la protección de las minorías nacionales dentro de un Estado determinado (Buchanan, 2004: 401-424). Sin embargo, la respuesta última sólo corresponde al Estado constitucional y, por eso, la posibilidad de introducir una cláusula de secesión expresa no debe ser menospreciada de antemano. En caso contrario, y según Norman, los movimientos secesionistas, más que debilitarse, podrían fortalecer su apoyo popular (2009: 293).

De ahí que convenga describir, aunque sea brevemente, las diferentes *teorías sobre el derecho unilateral a la secesión*: A) *decisionismo nacional*: cada nación —como población territorialmente concentrada y consciente de su proyección política— tiene derecho a decidir libremente su segregación del Estado, siempre que una mayoría de sus miembros quisiera hacerlo; B) *decisionismo territorial*: toda colectividad —definida geográfica e independientemente de su definición nacionalista— debería poder optar por la secesión en el caso de que la mayoría de los ciudadanos de su territorio decidieran crear un nuevo Estado; C) *violación de derechos o causa justa*: como respuesta extrema ante el quebrantamiento de los derechos humanos, injusta anexión, o grave y persistente conculcación de los derechos de autogobierno (Buchanan, 2004: 369-371). Y, aunque nuestra primera apuesta, como la de tantos, podría ser un derecho unilateral a la secesión sólo en el caso de continuadas y manifiestas violaciones de los derechos humanos —incluyendo la proyección colectiva de los derechos políticos—, sin embargo, es imposible llegar a un acuerdo entre nacionalidades antagónicas sobre cuándo nos encontramos ante una situación tan grave que sólo puede remediarse a través de la amputación de una parte del territorio estatal para conformar otro nuevo. Por todo lo dicho, la «remedial right theory» tiene que ser una posición ética fundamental desde el Derecho internacional y, sin embargo, será dentro de los valores de la democracia en un Estado constitucional dónde podremos vislumbrar una salida para el derecho de autodeterminación externa.

En este orden de cosas, cabe recoger la postura de Kymlicka: cuando una minoría nacional responde con una clara mayoría a favor de la independencia, en un referéndum democrático, libre y justo, la secesión debería producirse, incluso aunque explícitamente el orden constitucional pueda prohibirlo o

proclame la indisoluble unidad de la nación. Para el profesor canadiense, el desarrollo de los sistemas políticos no depende de la ausencia o presencia del derecho a la secesión, sino de la mayor consolidación de los valores de la democracia liberal: libertad individual, paz y respeto mutuo (2005: 115-116). Así, pues, si resulta manifiesta la realidad de un movimiento fuerte que lucha por la independencia, la lógica democrática debería validar una reforma constitucional para clarificar, de manera nítida, cuál tiene que ser el procedimiento para, en su caso, acceder a la secesión. La misma ausencia de dicho método podría ser vista como una laguna del sistema o, incluso, servir a discursos que proclamen su fundamentación ilegítima, e incentivar —o ser la excusa— para la búsqueda de una solución desde fuera del mismo o mediante acciones violentas. En democracia, los derechos de las minorías nacionales sólo son entendidos como un problema de seguridad cuando van unidos a un secesionismo totalitario y/o terrorista. Sin embargo, como subraya Kymlicka, cuando el nacionalismo minoritario es pacífico y acepta los principios democráticos, deja de ser visto como problema de seguridad, aún en el caso de trabajar abiertamente a favor de la independencia (2007: 194).

Por tanto, cuando los anhelos secesionistas pudieran dispararse habría que abrir la posibilidad de plantear la reforma de la Constitución para establecer un procedimiento bien definido que resolviera el choque entre el orden constitucional democrático y los deseos de independencia expresados por minorías nacionales. Desde un punto de vista estrictamente democrático, cuando una gran mayoría, dentro de una minoría territorial con proyección nacional, no desea mantener los vínculos de unión con el Estado, no parece razonable dejar únicamente al conjunto de la ciudadanía estatal toda la decisión.

En este sentido, la resolución al problema del derecho a declarar la secesión de forma unilateral que formulara el Tribunal Supremo de Canadá, con su *Opinion* sobre el caso de Quebec, fue ejemplarizante: claridad de la pregunta, claridad de la respuesta a favor de la secesión y, en todo caso, posterior negociación entre las partes (instituciones centrales y poderes territoriales). Se rechazaba la validez unilateral a la secesión, pero también se reconocía que los propios principios constitucionales y la legitimidad democrática eran suficientes para establecer el procedimiento legal admisible. No obstante, la Corte canadiense dejaba sin definir, ya que no era su misión, qué debiéramos entender por una pregunta y respuesta claras. Pues, precisamente, éste sería el papel explícito que podemos demandar a una cláusula de secesión rigurosa, inserta constitucionalmente: el establecimiento de los pasos a seguir ante el hipotético supuesto de existir, dentro del nacionalismo minoritario, un porcentaje significativo —y, por ello, no desdeñable— de ciudadanos, que quieran emprender el camino hacia la independencia.

Bien sabemos que el propio planteamiento de la cuestión, desde la perspectiva constitucional, se suele presentar como una muestra esquizofrénica, de patología del sistema, que va en contra del objetivo manifiesto de unidad y preservación del Estado y, más aún, cuando la mayoría de los ordenes constitu-

cionales recogen en su articulado el carácter indivisible de su nación y la integridad territorial o, como en el caso español, añaden también la propia fundamentación de la Constitución en la unidad nacional (Corcuera, 2009).

Sin embargo, a pesar del derecho de auto-conservación del Estado y de su legitimación política, no podemos olvidar que su base no tiene que ver estrictamente con los valores democráticos, sino con su concreción como *democracia de identidad nacionalizada*, es decir, con la determinación existencial de una nación que, en cuanto sujeto colectivo con voluntad propia, se identifica con la nación dominante y postula una definición de la soberanía como poder unitario, indivisible y total. Por contra, si entendemos el modelo democrático, no desde la igualdad sustancial de una presupuesta homogeneidad nacional (Schmitt), sino desde su definición axiológica y, con ella, desde la libertad individual y su transformación en la mayor participación de los sometidos a un orden jurídico coercitivo en su conformación (Kelsen), tenemos que admitir que el principio de mayoría no puede convertirse en una tiranía absoluta de la mayoría dominante sobre las minorías, nacionales o no. De ahí la posibilidad de debatir de una iniciativa de reforma constitucional que incluya una precepto que determine, de manera cierta y rigurosa, cuáles son las etapas a seguir para resolver la búsqueda de la autodeterminación externa, con sus procedimientos y, también, sus costes y, en su caso, arbitrajes. Y pudiera ser no descartable, no ya como salida que legitima cualquier proceso hacia la independencia, sino como una respuesta coherente desde la lógica de la ciudadanía democrática. Cuando un porcentaje importante dentro de una comunidad nacional diferenciada comienza a rechazar cualquier desarrollo de la autodeterminación interna y emprende el camino de la secesión, lo mejor sería conocer cuáles son los pasos que han de darse. Y, precisamente, el ejemplo de Quebec nos ilustra de los riesgos que afronta el orden constitucional cuando no se cuenta con una cláusula de secesión expresa (Norman, 2006: 192-203).

Pero, tras el debate de esta propuesta, una última pregunta nos persigue: con una cláusula de secesión rígida inserta en la Constitución ¿se debilita o se fortalece a los movimientos independentistas? Pues, me temo que, de nuevo, la respuesta tendrá que ser parecida a la que dimos respecto a la paradoja del federalismo; dependerá de los Estados, del momento concreto, de las identidades nacionales y de su grado de confluencia y rechazo. Aunque lo que parece claro es que su ausencia, es decir, el no contar con una cláusula de secesión constitucionalizada, tampoco sirve para desactivar los apoyos independentistas, sino que, más bien, parece alentarlos.

Y ya que no queremos hacer de casandras y pronosticar futuros cada vez más inciertos, cabría una reflexión final, incluso al margen de la conveniencia o no de insertar una cláusula de secesión en la Constitución. Sabido es que el federalismo se nos presenta, por definición, como contrario al puro gobierno de la mayoría. Pero si el modelo constitucional español se concibe como democracia meramente procedimental no sólo se pierde la posibilidad de una verdadera plasmación federal para el Estado, sino, lo que es peor aún, se pone

en peligro el desarrollo de una «sociedad democrática» que quiere ser «avanzada» (Preámbulo CE). Y que nuestra transición de la dictadura a la democracia fuera justo el proceso inverso del que derrumbó Weimar, no puede hacernos olvidar que al Estado democrático siempre le acecha un tirano.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, L.M., «Toward a resolution of the paradox of federalismo», en ERK, J. y SVENDEN, W., *New Directions in Federalism Studies*, Routledge, Londres-Nueva York, 2009, pp. 126-140.
- BUCHANAN, A., «Justice, Legitimacy, and Self-Determination», en *Moral Foundations for International Law*, Oxford Univ. Press, Oxford-Nueva York, 2004, pp. 506.
- CORCUERA, J., «Soberanía y autonomía. Los límites del "derecho a decidir" (comentario a la STC 103/2008)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2009, pp. 303-341.
- KEATING, M., *Nations against the State. The New Politics of Nationalism in Quebec, Catalonia and Scotland*, Palgrave, Nueva York, 2001, pp. 320.
- KELSEN, H., «On the essence and value of democracy, 1929», en *Weimar: A jurisprudente of crisis*, Univ. of California Press, Berkeley, 2000, pp. 84-109.
- KELSEN, H., *General Theory of Law & State, 1945-49*, Transaction Publishers, New Brunswick- Londres, 2007, pp. 516.
- KNOP, K., *Diversity and Self-Determination in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge-Nueva York, 2002.
- KYMLICKA, W., «Federalism and secession: East and West», en *Democracy, nationalism and multiculturalism*, Frank Cass, Londres-Nueva York, 2005, pp. 108-206.
- KYMLICKA, W., *Multicultural Odysseys. Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford Univ. Press, Nueva York, 2007, p. 374.
- NORMAN, W., *Negotiating Nationalism. Nation-building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, Oxford Univ. Press, Oxford-Nueva York, 2006, p. 250.
- NORMAN, W., «Teoría federalista de la secesión», en REQUEJO, F. y CAMINAL, M., *Liberalisme polític i democràcies plurinacionals*, Institut d'Estudis Autònomic, Catalunya, 2009, pp. 285-362.
- REQUEJO, F., «Federalism and democracy. The case of minority nations: a federalist deficit», en *Federal Democracies*, Routledge, Nueva York, 2010, pp. 275-298.
- SCHMITT, C., *The Concept of the Political, 1932*, Univ. of Chicago Press, Chicago, 2007, pp. 126.
- SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución, 1928*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pp. 377.
- TAMIR, Y., *Liberal Nationalism*, Princeton Univ. Press, Princeton, New Jersey, 1993, pp. 194.
- VIDAL PRADO, C., «Spain», en THIEL, M., *The «Militant Democracy» Principle in Modern Democracies*, Ashgate, 2009, pp. 243-262.

La descentralización de la función consultiva en el Estado autonómico: la posición del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña después de la STC 31/2010, de 28 de junio

Luis Delgado del Rincón
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Burgos

SUMARIO: 1. La descentralización de la función consultiva en España: Del Consejo Consultivo al Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña. 2. La ampliación de competencias del Consejo de Garantías Estatutarias catalán: la tutela de los derechos estatutarios en relación con los proyectos o proposiciones de ley que los desarrollen o afecten. 3. La STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y su incidencia sobre el Consejo de Garantías Estatutarias. Bibliografía.

1. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN ESPAÑA: DEL CONSEJO CONSULTIVO AL CONSEJO DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS DE CATALUÑA

En España, la implantación de la forma de Estado regional ha conllevado un proceso de descentralización de las diferentes funciones del Estado, no solamente las de carácter político sino también aquellas otras como la clásica función consultiva, que desde los orígenes de nuestra historia constitucional ha venido ejerciéndose por el Consejo de Estado.

La Constitución española de 1978 (CE) no contiene un precepto en el que se reconozca expresamente a las Comunidades Autónomas la potestad de crear órganos consultivos autonómicos. Sin embargo, algunas Comunidades Autónomas como Cataluña, Islas Canarias y Extremadura introducen pronto un artículo en sus Estatutos de Autonomía de 1979, 1982 y 1983, en el que prevén la creación de un Consejo Consultivo autonómico mediante la publicación de la correspondiente ley autonómica. La creación de este órgano se fundamenta en el art. 148.1.1 CE, que atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia

en materia de organización de sus instituciones de autogobierno. Así, Cataluña, que es la Comunidad Autónoma con la que se inicia el proceso de descentralización de la función consultiva en España, disponía, en el art. 41 de su Estatuto de Autonomía (EAC) de 1979, la creación del Consejo Consultivo de la Generalidad, remitiéndose a una ley del Parlamento catalán para su desarrollo: la Ley 1/1981, de 25 de febrero (Juan Cano Bueso, 2009, pp. 58-66).

Los Estatutos de Autonomía catalán y canario atribuían a los Consejos Consultivos la competencia de dictaminar sobre la adecuación al Estatuto y a la Constitución de proyectos y proposiciones de ley. Sin embargo, con el desarrollo legislativo, surge ya una diferencia entre los órganos catalán y canario. Mientras el primero, el Consejo Consultivo catalán, es fundamentalmente una institución destinada a examinar preventivamente la constitucionalidad y la estatutoriedad de las normas que vayan a ser aprobadas por el Parlamento autonómico; el segundo, el Consejo Consultivo canario asume, además, la función consultiva clásica de supervisión de la legalidad de la actividad reglamentaria y administrativa general. Esta diferencia se debe a que en Cataluña la función consultiva clásica había sido encomendada a otro órgano, la Comisión Jurídica Asesora, creada por el Decreto de 17 de octubre de 1978 y regulada actualmente por la Ley 5/2005, de 2 de mayo. Se adopta así en Cataluña un modelo singular de función consultiva que no tiene comparación en la esfera autonómica, al atribuirse la misma a dos órganos diferentes.

En el origen de los primeros Consejos Consultivos autonómicos estuvo también presente la necesidad de llenar una laguna existente en el diseño de la jurisdicción constitucional, que impedía a los Gobiernos de las Comunidades Autónomas o a fracciones de sus Asambleas legislativas acudir al Tribunal Constitucional para recurrir la posible inconstitucionalidad de una ley aprobada en los respectivos Parlamentos autonómicos (Paloma Biglino Campos, 2003, pp. 176-177; y Enoch Albertí Rovira, 2008, pp. 20-21).

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia (STC) 204/1992, de 26 de noviembre, confirma la constitucionalidad de la competencia de las Comunidades Autónomas para crear, en virtud de sus potestades de autoorganización, órganos consultivos propios. A partir de esta resolución del Tribunal Constitucional, la mayoría de las Comunidades Autónomas optan por la creación de órganos consultivos propios, cuya principal competencia será la supervisión de la legalidad de la actividad reglamentaria y administrativa, sin perjuicio de que algunos de ellos asuman también la función de examen de la constitucionalidad y estatutoriedad de propuestas normativas que se hallen en curso de tramitación parlamentaria. Función que implicará una relación entre la Asamblea legislativa y el órgano consultivo autonómico (Pere Jover Presa, 2007, pp. 77-93).

Los Consejos Consultivos autonómicos poseen unos caracteres comunes orgánicos y funcionales, aunque también son numerosas las diferencias que existen entre ellos y que afectan igualmente a sus dimensiones orgánica y funcional, como su definición en los Estatutos y leyes reguladoras, los criterios utilizados para la designación de sus miembros, su organización y régimen de

funcionamiento interno o la atribución de distintas funciones (Luis Delgado del Rincón, 2011, pp. 232-233).

Con la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña por la LO 6/2006, de 19 de julio, los arts. 76 y 77 establecen la creación de un nuevo órgano, el Consejo de Garantías Estatutarias. En dichos preceptos se regulan algunos aspectos relativos a su definición, funciones, composición y funcionamiento, remitiéndose a una ley del Parlamento para su desarrollo. Esta Ley será la 2/2009, de 12 de febrero, del Consejo de Garantías Estatutarias (LCGE). El Estatuto catalán menciona también al Consejo de Garantías Estatutarias en otro precepto, el art. 38.1, dentro de «las garantías de los derechos estatutarios», para atribuirlo la tutela de los derechos reconocidos en los capítulos I, II y III del Título I EAC y de la Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña.

Para un sector de la doctrina, la sustitución en el año 2009 del Consejo Consultivo catalán por el Consejo de Garantías Estatutarias conlleva la aparición de una nueva fase en la evolución de los órganos consultivos autonómicos, al ampliar sustancialmente la institución catalana las funciones que había asumido su órgano predecesor, el Consejo Consultivo (Joan Vintró, 2008, pp. 357-359). Así se reconoce también en el Preámbulo de la Ley 2/2009, de 12 de febrero, reguladora del Consejo de Garantías Estatutarias, cuando dice que se pretende diseñar una nueva institución acorde con los niveles superiores de autogobierno que conlleva la reforma del Estatuto catalán. En este sentido, y de acuerdo con las funciones que adquiere, se configura al Consejo de Garantías como un órgano consultivo y como un órgano de control jurídico que asume las funciones de garantía de la corrección estatutaria y constitucional de determinadas disposiciones normativas y de tutela de la actividad legislativa del Parlamento en el desarrollo de los derechos estatutarios.

En Italia, con el proceso de reforma estatutaria que se lleva a cabo durante la primera década del siglo XXI, tras la modificación en 1999 del art. 123 de la Constitución italiana (que afecta a la naturaleza, elaboración y control del Estatuto como fuente del Derecho), casi la totalidad de las regiones, salvo Las Marcas, han previsto en sus nuevos Estatutos, con distintas denominaciones, la creación de un órgano de garantía estatutaria, remitiéndose a una ley regional que regule su organización, funcionamiento y competencias. La mayoría de estas regiones han procedido a la aprobación de la correspondiente ley regional y a la constitución del Consejo de Garantías Estatutarias (Ana Poggi, 2009, pp. 88-90; Roberto Romboli, 2009, pp. 38-39; Elisabetta Catelani, 2011, p. 356). No obstante, puede advertirse también que recientemente, en la región de Calabria, mediante una nueva reforma estatutaria por la Ley regional n.º 3, de 19 de enero de 2010, se ha derogado el art. 57 del Estatuto de 19 de octubre de 2004, que establecía, como órgano de consulta y de garantía de la región, la Consulta Estatutaria, institución que había sido además desarrollada por la Ley regional n.º 2, de 5 de enero de 2007 (Spadaro, 2010, pp. 8 y 9).

Los Consejos de Garantía italianos son órganos colegiados cuya composición varía entre tres y siete miembros. Su elección corresponde al Consejo Re-

gional mediante una amplia mayoría, lo que obliga a las fuerzas políticas con representación parlamentaria a ponerse de acuerdo para su designación. Los consejeros han de ser magistrados, abogados, profesores universitarios o funcionarios, con varios años en el ejercicio de la profesión. Esta cualificación jurídica de los consejeros se corresponde con la actividad eminentemente técnica que desarrollará el órgano de garantía estatutaria. Los miembros de los Consejos de Garantía estatutarios se nombran, por regla general, para un periodo de seis años, un año más que la duración del mandato parlamentario (Roberto Romboli, 2009, pp. 40-43; y Baldazi, 857-860).

La principal función de los Consejos de Garantía estatutarios italianos consiste en controlar preventivamente la estatutoriedad de los proyectos de ley o reglamentos regionales, es decir, en pronunciar un dictamen sobre la adecuación o no de estos proyectos al Estatuto, lo que conlleva también su interpretación y conformidad con la Constitución. Otras funciones que los Estatutos asignan a los Consejos de Garantía estatutarios son emitir un juicio de admisibilidad sobre las propuestas de referéndum y de iniciativa popular y resolver los conflictos de atribuciones entre los órganos regionales o entre los órganos regionales y las entidades locales (Giovanna Conte, 2009, pp. 12-19; Roberto Romboli, 2009, pp. 44-52; y Baldazi, 860-863).

2. LA AMPLIACIÓN DE COMPETENCIAS DEL CONSEJO DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS CATALÁN: LA TUTELA DE LOS DERECHOS ESTATUTARIOS EN RELACIÓN CON LOS PROYECTOS O PROPOSICIONES DE LEY QUE LOS DESARROLLEN O AFECTEN

El art. 76.1 EAC define al Consejo de Garantías Estatutarias como aquella institución de la Generalidad que tiene por función velar por la adecuación al presente Estatuto y a la Constitución de las disposiciones de la Generalidad en los términos que establece dicho precepto en su apartado 2.º. Definición que se reitera en el art. 2.1 LCGE.

La función que desarrolla el Consejo de Garantías Estatutarias, como órgano de supervisión de la constitucionalidad y estatutoriedad de propuestas normativas con fuerza de ley, responde a una doble finalidad: la de controlar su adecuación a las disposiciones jerárquicamente superiores y la de garantizar la calidad técnica de las normas legales aprobadas finalmente por el Parlamento (Francisco Rubio Llorente, 2004, p. 105).

De lo establecido en el art. 76 EAC y en los arts. 16 y 17 LCGE, la función consultiva del Consejo de Garantías Estatutarias puede concretarse en tres tipos de competencias:

1.º El control previo de la constitucionalidad y estatutoriedad de propuestas normativas con fuerza de ley como los proyectos y proposiciones de reformas estatutarias; los proyectos y proposiciones de leyes; los proyectos de decretos le-

gislativos o los decretos ley sometidos a convalidación del Parlamento (art. 76.1 y 2.a), b), c), d) y e) EAC, así como el art. 16.1.a), b), c), d), e) LCGE).

El dictamen que emite el Consejo de Garantías Estatutarias en el ejercicio de esta competencia es facultativo y no vinculante. Están legitimados para solicitar el dictamen, según los casos, dos grupos parlamentarios, una décima parte de los diputados, el Gobierno y los municipios o veguerías (arts. 26 a 29 LCGE).

2.º Otra competencia que se encomienda al Consejo de Garantías es la de pronunciarse, con carácter previo, sobre la presentación ante el Tribunal Constitucional de un recurso de inconstitucionalidad, de un conflicto de competencias o de un conflicto en defensa de la autonomía local por los órganos legitimados para ello (arts. 76.3 EAC y 16.2 LCGE).

El dictamen que emite el Consejo de Garantías Estatutarias en el ejercicio de esta competencia tiene carácter preceptivo, en cuanto que debe ser solicitado por los órganos legitimados que, según los casos, son dos grupos parlamentarios, una décima parte de los diputados, el Gobierno o determinados entes locales, de acuerdo con lo establecido en el art. 23 LCGE en relación con la LOTC (arts. 30 a 32 LCGE). Asimismo, el dictamen no es vinculante para los órganos solicitantes, de tal manera que no están obligados a seguir las conclusiones contenidas en aquel.

Las competencias que se acaban de mencionar en el art. 76.2 y 3 EAC son competencias ordinarias, propias de todo órgano consultivo y que ya tenía en la práctica el anterior Consejo Consultivo de la Generalidad. En la atribución de la primera competencia al Consejo de Garantías Estatutarias, el Estatuto de Autonomía catalán opta por establecer un control previo de la estatutoriedad y de la constitucionalidad de determinadas propuestas normativas con rango de ley, control que se incluye dentro de las fases del procedimiento legislativo y, en todo caso, antes de su aprobación definitiva por el Parlamento. Se trata también de un control externo que se ejerce por un órgano técnico-jurídico de la Comunidad Autónoma. De ahí que se haya concebido al Consejo de Garantías Estatutarias como «un órgano de colaboración legislativa» (Miguel Aparicio Pérez, 2009; a), p. 4).

El hecho de que el Consejo de Garantías Estatutarias asuma la competencia de control previo de estatutoriedad y de constitucionalidad de los proyectos normativos, no conlleva una colisión con el Tribunal Constitucional en el ejercicio de la función de control de constitucionalidad de las leyes, pues aunque coincida el parámetro de control, la Constitución y el Estatuto, el objeto de control es distinto: es un proyecto o una proposición de ley que se halla en fase de elaboración, en el caso de la supervisión del Consejo de Garantías Estatutarias, o una ley definitivamente aprobada, en el caso del control exclusivo ejercido por el Tribunal Constitucional (Miguel Aparicio Pérez, 2009; a), p. 22).

En Italia, los Consejos de Garantía estatutarios tampoco se conciben como «pequeños tribunales constitucionales», entre otras razones, por el principio de

unidad de jurisdicción constitucional y por la falta de competencia de las regiones para crear órganos con funciones jurisdiccionales. Se trata más bien de órganos regionales de naturaleza administrativa dotados de la competencia de garantizar la supremacía y rigidez estatutaria (Roberto Romboli, 2009, pp. 63-65). No son órganos constitucionalmente necesarios, aunque sí pueden ser necesarios para mantener una forma de gobierno regional equilibrada (Spadaro, 2010, 2 y 4). La Corte Constitucional italiana así los ha considerado también en la Sentencia 200/2008, de 13 de junio, en la que afirma que las instituciones de control estatuario tienen «carácter administrativo» y sus decisiones son «decisiones administrativas», cuyo objeto es «eliminar dudas y controversias sobre la interpretación de las disposiciones estatutarias y de las leyes regionales relativas a las relaciones entre la región y los otros entes que actúan en su ámbito territorial» (FJ 5.1). En esta sentencia, la Corte Constitucional reconoce también que la intervención del Consejo de Garantías estatuario ha de tener «un carácter preventivo, debiendo desarrollarse durante el procedimiento de formación de los actos normativos», sin que pueda recurrirse a dicho órgano «después de la promulgación de las leyes o de la emanación de los reglamentos», ya que «cualquier valoración sobre su legitimidad es competencia exclusiva de la Corte Constitucional y de los jueces, ordinarios y administrativos» (FJ 5.2).

3.º Otra de las competencias que se atribuye al Consejo de Garantías Estatutarias es la tutela de los derechos estatutarios en relación con los proyectos y proposiciones de ley que los desarrollen o afecten (arts. 38.1 y 76.4 EAC y 17.3 LCGE).

El dictamen que emita el Consejo en el ejercicio de esta competencia es potestativo, no preceptivo, por lo que queda a discreción de los órganos legitimados solicitarlo o no al Consejo de Garantías. En el caso de que se solicite, el dictamen emitido es vinculante para el Parlamento si su opinión es negativa o desfavorable. Están legitimados para solicitar el dictamen dos grupos parlamentarios, una décima parte de los diputados, el Gobierno y el *Síndic de Greuges* (art. 23 LCGE). No resulta muy acertada la atribución de dicha legitimación al *Síndic de Greuges*, cuya actividad principal es la defensa de los derechos de los ciudadanos frente a las actuaciones de la Administración, ya que da lugar a que se suspenda la tramitación parlamentaria, incluso en «supuestos en los que el proyecto es apoyado por la totalidad de las fuerzas políticas representadas en el Parlamento catalán» (Pablo Santolaya Machetti, 2009, p. 85).

La vinculación del dictamen del Consejo de Garantías es «unidireccional», ya que solamente opera cuando el juicio es negativo o desfavorable, es decir, cuando declara la antiestatutoriedad o inconstitucionalidad del proyecto o proposición de ley, pero no cuando es positivo o favorable, esto es, cuando el proyecto o proposición de ley es conforme con el Estatuto o la Constitución (Miguel Aparicio Pérez, 2009; a) p. 7). En el primer caso, si en las conclusiones del dictamen del Consejo de Garantías se declara expresamente que uno o va-

rios preceptos, o una parte de estos, son contrarios a la Constitución o al Estatuto, la tramitación parlamentaria del texto no podrá proseguir si no se suprimen o modifican dichos preceptos o partes de ellos (art. 18.2 y 3 LCGE).

Para un sector de la doctrina, esta competencia novedosa del Estatuto catalán, que respondía directamente a la creación de la categoría de los «derechos estatutarios», confería al Consejo de Garantías Estatutarias la naturaleza de órgano de tutela o de garantía institucional de los derechos estatutarios de los catalanes (Joaquín Tornos Mas, 2010, p. 1; y Enoch Albertí Rovira, 2008, p. 19), ya que podía controlar preventivamente la actividad legislativa del Parlamento en defensa de sus derechos (Miguel Aparicio Pérez, 2009; b), p. 177; y Francisco Balaguer Callejón, 2010; p. 69).

En realidad, la competencia prevista en el art. 76.4 EAC es la misma que la que se regula en el art. 76.2.b) EAC, solo que referida a la materia de los derechos estatutarios. Lo que cambia es el efecto del dictamen, que tendrá carácter vinculante cuando en él se declare que existe contradicción entre un determinado precepto del proyecto o proposición de ley consultada y la regulación estatutaria de dicha materia. Ese carácter vinculante del dictamen modifica la naturaleza de la institución transformándola en un órgano de control jurídico y de «garantía objetiva del Estatuto y la Constitución» (Pere Jover Presa, 2007, p. 84; Joan Vintró, 2008, p. 358) o de «garantía de la autonomía política» (Enric Fossas Espadaler, 2011, pp. 222-224).

La atribución al Consejo de Garantías Estatutarias por el art. 76.4 EAC, en relación con el art. 38.1 EAC, de esa competencia novedosa de tutela de los derechos estatutarios respecto de los proyectos y proposiciones de ley que los desarrollen o afecten, emitiendo dictámenes vinculantes para el Parlamento, ha originado un interesante debate en la doctrina en torno a la naturaleza del órgano, al ejercicio por éste de una función de carácter jurisdiccional similar a la del Tribunal Constitucional y a la limitación que sobre la libertad de actuación del Parlamento supone el dictamen vinculante del Consejo. Por otro lado, la asignación de dicha competencia al Consejo de Garantías Estatutarias en los preceptos citados del Estatuto de Autonomía catalán, junto a otros aspectos contenidos en el art. 76.1 y 2, fueron objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad que se interpuso por noventa y nueve diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados.

En Italia, la eficacia de las decisiones de los Consejos de Garantía estatutarios en el ejercicio de la función de control de la estatutoriedad de los proyectos de ley o de reglamentos regionales, si sus decisiones son negativas, de acuerdo con principios proclamados en la Constitución, no pueden tener un carácter vinculante para los órganos políticos competentes (particularmente para el Consejo Regional) cuando vayan a aprobar las normas correspondientes, si bien algunos Estatutos exigen examinar de nuevo el proyecto de norma o aprobarlo por una mayoría cualificada o con una decisión motivada (Roberto Romboli, 2009, pp. 55-59, teniendo en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional en las

Sentencias 378/2004, de 29 de noviembre, y 12/2006, de 11 de enero; Spadaro, 2010, 16 y 17; y Baldazi, pp. 864-871).

3. LA STC 31/2010, DE 28 DE JUNIO, SOBRE EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA Y SU INCIDENCIA SOBRE EL CONSEJO DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS

En la presentación del recurso de inconstitucionalidad mencionado contra determinados preceptos del EAC, por lo que se refiere al art. 76.1, 2 y 4, los recurrentes entienden, por un lado, que las funciones que se atribuyen al Consejo de Garantías Estatutarias en dicho precepto atentan contra la función del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley que el art. 161 CE confía al Tribunal Constitucional. Por otro lado, consideran que la eficacia vinculante que el art. 76.4 EAC otorga a los dictámenes del Consejo puede dar lugar a conflictos de legitimidad con las decisiones del Tribunal Constitucional, añadiéndose los problemas que suscita el régimen de garantías establecido en el art. 38 EAC.

Es el apartado 4.º del art. 76 EAC, que atribuye al Consejo de Garantías Estatutarias la competencia de emitir un dictamen vinculante sobre los proyectos de ley y las proposiciones de ley del Parlamento que desarrollen o afecten a los derechos estatutarios, el que será declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Dos son los argumentos que emplea el Tribunal para declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 76.4 EAC, según el momento en que el Consejo ejerza el control.

- 1.º Si el control del Consejo se ejerce en el momento de presentación de las iniciativas legislativas ante la Cámara o a lo largo de su debate ante la misma, un juicio negativo del Consejo impedirá «la tramitación de la iniciativa o, en su caso, la continuación del debate». Para el Tribunal, esta consecuencia del carácter vinculante del dictamen desfavorable supondría «una inadmisibles limitación de la autoridad y las competencias parlamentarias, con grave quebranto de los derechos de participación política reconocidos por el art. 23 CE, en garantía de la libertad parlamentaria propia de los sistemas democráticos» (STC 31/2010, de 28 de junio, Fundamento Jurídico (FJ) 32.º).
- 2.º Si el control del Consejo se verifica cuando haya concluido el procedimiento legislativo, pero antes de la publicación de la ley, un juicio negativo del Consejo impedirá «la publicación de la ley y su entrada en vigor». Para el Tribunal, esta consecuencia del carácter vinculante del dictamen desfavorable «configuraría el control ejercido por el Consejo en términos demasiado próximos (materialmente equivalentes, desde luego) a un control jurisdiccional sobre normas legales enteramente perfeccionadas en su contenido, perjudicándose entonces

el monopolio de rechazo de las normas con fuerza de ley reservado por el art. 161 CE a este Tribunal» (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 32.º).

Un amplio sector de la doctrina iuspublicista, sobre todo en Cataluña, ha considerado que la STC 31/2010, constituye un paso atrás en la evolución de la institución catalana, al impedir que llegue a convertirse en un órgano autonómico de control preventivo de constitucionalidad y estatutoriedad de determinadas disposiciones autonómicas. Algunos de los argumentos utilizados por dicho sector doctrinal son los siguientes.

- 1.º La función de control sobre la antiestatutoriedad o no de los proyectos normativos relativos a los derechos estatutarios ejercida por el Consejo de Garantías Estatutarias se concibe como una forma de autocontrol interno que tiene su fundamento en la autonomía institucional y en la autonomía política del art. 2 CE (Marc Carrillo, 2010, pp. 35-36).
- 2.º El dictamen vinculante del Consejo de Garantías actúa únicamente en el momento inicial del procedimiento legislativo y opera sobre proyectos o proposiciones de ley, sobre «una mera intención de norma», no sobre normas vigentes de las que deriven ya derechos subjetivos. De ahí que, en el caso de dictamen desfavorable, no se produzca expulsión de norma alguna del ordenamiento, porque la norma aún no existe (Miguel Aparicio Pérez, 2009; b), p. 176).
- 3.º El Consejo de Garantías Estatutarias no es un Tribunal Constitucional autonómico, ni tampoco es un órgano que invada la función que la Constitución reserva de forma exclusiva al Tribunal Constitucional sobre el control de la constitucionalidad de las leyes (Miguel Aparicio Pérez, 2009; a), p. 4).
- 4.º La atribución del efecto vinculante al dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias configura a éste como un órgano de control jurídico de la constitucionalidad y estatutoriedad de proyectos normativos (con carácter preventivo o cautelar), similar al control que ejerce actualmente el Consejo Constitucional francés (Marc Carrillo, 2010, p. 36; y Francisco Balaguer Callejón, 2010, p. 66).

Coincidimos con la tesis adoptada por el Tribunal Constitucional sobre la declaración de inconstitucionalidad del art. 76.4 EAC, relativo al dictamen vinculante del Consejo de Garantías Estatutarias, aunque consideramos que, por la trascendencia del fallo, el Tribunal debiera de haber ampliado la argumentación utilizada para fundamentar su decisión (Luis Delgado del Rincón, 2011, p. 252).

Entendemos que la atribución del carácter vinculante al dictamen del Consejo de Garantías sobre la constitucionalidad o estatutoriedad de proyectos de normas con rango de ley en materia de derechos estatutarios supondría un atentado contra el principio democrático, el principio de separación de poderes y la forma de gobierno parlamentaria autonómica.

Se atentaría contra el principio democrático, porque se estaría interfiriendo en el proceso de formación de la voluntad política de la Cámara y limitando la autonomía plena del Parlamento, como representante del pueblo catalán, para ejercer su potestad legislativa y para manifestarse libremente en relación con el contenido de los proyectos o proposiciones de ley que sobre derechos estatutarios se estuviesen tramitando en la Cámara. Mediante este tipo de dictámenes vinculantes se estarían introduciendo obstáculos al libre desarrollo del debate público entre las diferentes fuerzas políticas catalanas con representación en el Parlamento.

El dictamen vinculante del Consejo de Garantías resultaría también contrario al principio de separación de poderes, ya que la voluntad política del Parlamento catalán quedaría supeditada a la voluntad de un órgano externo de control estatutario, de tal modo que el Parlamento no podría continuar con la tramitación de una propuesta normativa en materia de derechos estatutarios si no se suprimiesen aquellos preceptos declarados antiestatutarios o inconstitucionales por el Consejo de Garantías (art. 18.2 y 3 LCGE) (Pablo Santolaya Marchetti, 2009, p. 81).

También afectaría a la forma de gobierno parlamentaria autonómica, a la que se refiere el art. 152.1 CE, debido a que el Consejo de Garantías Estatutarias, al atribuirle el Estatuto catalán la facultad de emitir dictámenes vinculantes, pasaría a ser un órgano estatutario de control que incidiría en el funcionamiento de una de las instituciones de autonomía política de Cataluña, el Parlamento, insertándose en el procedimiento de elaboración de las normas con rango de ley que desarrollan o afectan a los derechos estatutarios.

En otras palabras, el efecto vinculante que tendría para el Parlamento el dictamen negativo del Consejo de Garantías supondría la introducción en el ámbito originariamente intangible de la Cámara (o en el seno del procedimiento legislativo), de un órgano externo de control jurídico que ejercería (por el efecto de sus decisiones) una función de carácter jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional. Hasta ahora y por estar previsto en la Norma fundamental, el único órgano constitucional que tiene atribuida dicha función y que tiene también la capacidad de limitar la actividad legislativa del Parlamento es el Tribunal Constitucional. La creación de otros órganos autonómicos con ese tipo de funciones precisaría la reforma de la Constitución.

Es más, como el Tribunal Constitucional ha reconocido en numerosas ocasiones, ni tan siquiera la Mesa de la Cámara está habilitada para realizar un juicio de constitucionalidad acerca de si una proposición de ley promovida por un grupo parlamentario puede exceder o no el ámbito de las competencias de las Comunidades Autónomas. De lo contrario, la Mesa «no estaría asumiendo bajo un pretendido juicio técnico una decisión política que sólo al Pleno corresponde, sino que, además, y desde la óptica de la representación democrática, estaría obstaculizando la posibilidad de que se celebre un debate público entre las distintas fuerzas políticas con representación parlamentaria, cuyo efecto representativo ante los electores se cumple con su mera exis-

tencia, al margen, claro está, de que la iniciativa, en su caso, prospere». (...) Es al Pleno de la Cámara al que corresponde rechazar una proposición de ley decidir «su toma en consideración y depurarla de eventuales vicios de inconstitucionalidad a lo largo de las distintas fases que integran el procedimiento legislativo. Más aún: para el caso de que la proposición de Ley eventualmente inconstitucional alcanzase la forma definitiva de Ley y perdurasen esos eventuales vicios de inconstitucionalidad, sólo a este Tribunal Constitucional, cuando los sujetos legalmente legitimados para ello así lo demandasen, correspondería pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de esa futura Ley» (por todas, las SSTC 95/1994, de 18 de julio, FFJJ 2.º y 4.º, y 78/2006, de 13 de marzo, FFJJ 3.º y 4.º).

Por otro lado, como expone acertadamente Pablo Santolaya Machetti (2010, pp. 82-83), la pretensión de reinstaurar el instrumento del control previo de la constitucionalidad o estatutoriedad de proyectos normativos a través de los dictámenes vinculantes del Consejo de Garantías —con el objeto de obtener un mayor grado de autonomía en Cataluña—, podría generar importantes problemas para el sistema de gobierno catalán. Y es que el mecanismo del control previo de la constitucionalidad de las leyes orgánicas y de los Estatutos de Autonomía constituyó una mala experiencia en el ordenamiento jurídico español durante el periodo en que estuvo vigente, ya que, entre otros inconvenientes, daba la oportunidad a la oposición de obstruir y bloquear sistemáticamente los proyectos legislativos de la mayoría parlamentaria.

En definitiva, a partir de la STC 31/2010, de 18 de junio, en que se declara la inconstitucionalidad de la competencia del Consejo de Garantías Estatutarias de emitir dictámenes vinculantes para el Parlamento sobre las propuestas legislativas en materia de derechos estatutarios, el Consejo de Garantías Estatutarias se concibe como un órgano consultivo de la Generalidad (similar al anterior Consejo Consultivo aunque con competencias ampliadas) que ejerce una función de supervisión de la constitucionalidad y de la estatutoriedad de las propuestas normativas a las que se refiere el art. 76.2 EAC, incluso de aquellas que versen sobre derechos estatutarios. En este sentido, el Consejo puede configurarse también como un órgano de garantía y tutela institucional de dichos derechos, aunque los dictámenes que emita sobre los proyectos normativos relativos a esta materia, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 76.4 EAC, no tendrán un carácter vinculante para el Parlamento de la Generalidad.

Finalmente, conviene indicar que después de haberse dictado la STC 31/2010, de 28 de junio, el Parlamento catalán ha modificado la Ley del Consejo de Garantías Estatutarias por la Ley 27/2010, de 3 de agosto, en relación con el procedimiento de tramitación de dictámenes sobre proyectos y proposiciones de ley tramitados en lectura única. Sin embargo, el Parlamento no ha aprovechado la ocasión para suprimir los arts. 17.3 y 18 LCGE, relativos a los dictámenes vinculantes, que desarrollan el art. 76.4 EAC, declarado

inconstitucional por la STC 31/2010. De todos modos, esta situación nos llevaría a otro problema como es el de si es posible o no extender los efectos anulatorios de una sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de uno o más preceptos del Estatuto de Autonomía catalán a preceptos idénticos o similares contenidos en una Ley aprobada por el Parlamento catalán.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTÍ ROVIRA, E., «El nuevo Consejo de Garantías Estatutarias del Estatuto de Autonomía de Cataluña como instrumento de garantía de los derechos», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 82, 2008.
- APARICIO PÉREZ, M., «Protección del autogobierno y control de estatutoriedad. El Consejo de Garantías Estatutarias», en *Revista catalana de dret públic*, n.º 39, 2009^a.
- APARICIO PÉREZ, M., «Órganos de garantía estatutaria y tutela de derechos», en APARICIO PÉREZ, M. y BARCELÓ I SERRAMALERA, M. (coords.), *Los órganos garantes de la autonomía política*, Barcelona, 2009^b.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., «Las cuestiones institucionales en la STC 31/2010, de 28 de junio», en monográfico *El Tribunal Constitucional y el Estatut*. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, lustel, n.º 15, octubre de 2010.
- BALDAZZI, D., «Gli organi di garanzia statutaria: arbitri o vittime della politica regionale?», en *Istituzioni del federalismo: Rivista di studi giuridici e politici*, n.º 5, 2005. Disponible en: (http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/rivista_5_2005/855-873).
- BIGLINO CAMPOS, P., «Algunas reflexiones finales», en BIGLINO CAMPOS, P. (coord.), *Consejos Consultivos y Comunidades Autónomas: la institución en Castilla y León*. Cortes de Castilla y León y Universidad de Valladolid, Valladolid, 2003.
- CANO BUESO, J., «Consolidación de los Consejos Consultivos en España y su papel como garantes de la autonomía», en *Revista catalana de dret públic*, n.º 39, 2009.
- CARRILLO, M., «Después de la sentencia un Estatuto desactivado», en monográfico *El Tribunal Constitucional y el Estatut*. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, lustel, n.º 15, octubre de 2010.
- CATELANI, E., «La reforma de los Estatutos en las regiones italianas», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 151, 2011.
- CONTE, G., «El control de estatutoriedad de las leyes regionales y los órganos de garantía: ¿hacia un pseudomodelo de justicia constitucional?», en *Revista catalana de dret públic*, n.º 39, 2009.
- DELGADO DEL RINCÓN, L., «El Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña: de órgano consultivo de la Generalidad a órgano de control jurídico y de tutela institucional de los derechos estatutarios», en MATIA PORTILLA, F. (dir.), *Pluralidad de ciudadanía, nuevos derechos y participación democrática*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
- FOSSAS ESPADALER, E., «El control jurídico y la posición de los Tribunales Constitucionales y de los Consejos de Garantías Estatutarias», en BIGLINO CAMPOS, P. y MAPPELLI MARCHENA, C. (dirs.), *Garantías del pluralismo territorial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

- JOVER PRESA, P., «La función consultiva y función de control: la posición institucional del Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalitat de Catalunya», en *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 7, enero-junio de 2007.
- POGGI, A., «Órganos de garantía estatutaria y "forma de gobierno" de las regiones», en APARICIO PÉREZ, M. y BARCELÓ I SERRAMALERA, M. (coords.), *Los órganos garantes de la autonomía política*, Barcelona, 2009.
- ROMBOLI, R., «Los Consejos de Garantía Estatutaria en la experiencia italiana», en ROMBOLI, R. y CARRILLO, M. (coords.), *Los Consejos de Garantía Estatutaria*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., «Posición del Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalidad de Cataluña en el sistema institucional», en APARICIO PÉREZ, M. y BARCELÓ I SERRAMALERA, M. (coords.), *Los órganos garantes de la autonomía política*. Barcelona, 2009.
- SPADARO, A., «Ancora sugli organi regionali di garanzia statutaria, fra tante luci e qualche ombra», n.º 3, 2010. Disponible en: http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/. También en *Le Región. Bimestrale di análisis giuridica e istituzionale*.
- TORNOS MAS, J., «El Consell de Garanties Estatutaries», en *Revista catalana de dret Públic*, Especial Sentencia sobre l'Estatut, 2010.
- VINTRÓ, J., «Les institucions de la Generalitat (III): el Consell de Garanties Estatutaries, el Sindic de Greuges, la Sindicatura de Comptes i el Consell de l'Audiovisual de Catalunya», en BARCELÓ, M. y VINTRÓ, J. (coords.), *Dret Públic de Catalunya*, Barcelona, 2008.

El reforzamiento de la posición de los gobiernos locales en los nuevos Estatutos de Autonomía

José María Porras Ramírez
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. La interiorización efectiva de los gobiernos locales en el orden autonómico. 2. El régimen local en los nuevos Estatutos de Autonomía.

1. LA INTERIORIZACIÓN EFECTIVA DE LOS GOBIERNOS LOCALES EN EL ORDEN AUTONÓMICO

Parece cada vez más extendida la convicción de que la mejor manera de garantizar la posición misma de los gobiernos locales consiste en lograr su efectiva inserción en el orden autonómico, de acuerdo con el modelo seguido por algunos federalismos europeos¹. Ello supone conferirle, a ese fin, a los Estatutos de Autonomía, la función de delimitación competencial de sus atribuciones, en relación con las que poseen las Comunidades Autónomas². Asignarle tan cualificada tarea a dichas «normas institucionales básicas» hará de las mismas, dada su integración en el «bloque de la constitucionalidad», incuestionables parámetros de validez de cuantas leyes pudieran afectar a la autonomía local, en cualquiera de sus dimensiones relevantes, vinculadas al ámbito competencial autonómico; y, a su vez, evitará incurrir en la rígida consideración uniforme de que adolece el régimen local español, cuya diversidad y heterogeneidad se hacen cada vez más evidentes, eludiendo los ex-

¹ Con carácter general, cfr., WATTS, R.L., «Comparing Federal Systems» (1999). Trad. esp., Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 182 y ss.

² FONT I LLOVET, T., «Estado autonómico y gobierno local: el inicio de un nuevo ciclo», en *Anuario del Gobierno Local 2005*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Public, Barcelona, 2006, pp. 20 y ss. También, de este mismo autor, «El régimen local en la reforma de los Estatutos de Autonomía», en VV.AA., *El régimen local en la reforma de los Estatutos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 19 y ss.

cesos homogeneizadores que propician, habitualmente, las leyes de bases estatales³.

Aun no siendo ésta la panacea, por lo que deberá simultanearse con la reforma de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, a fin de que ésta contemple, con carácter mínimo, convertida así en una auténtica «legislación de principios», la regulación común y uniforme para todo el Estado, de acuerdo con lo estrictamente dispuesto en el art. 149.1.18.º de la Constitución, se daría, sin duda, un gran paso adelante, al permitirse la elaboración de regulaciones menos abstractas y, por ende, más apegadas a la realidad, o, lo que es igual, al pluralismo político-territorial que la Constitución quiere que informe la estructura descentralizada del Estado. Con ello, se avanzaría un importante trecho, en aras de configurar, a esos efectos, un sistema diversificado, que, al tiempo, se hiciera eco, en consideración al principio de subsidiariedad, de la conveniencia de reasignar las competencias y las responsabilidades, en favor, en este caso, de dichos gobiernos locales⁴. Que los mismos sean la expresión más cualificada de una avanzada «democracia de proximidad», hace que su potenciación redunde, necesariamente, en la construcción de un sistema político de mayor calidad, favorecedor de la participación, la transparencia y el mejor control de la acción de los poderes públicos.

Así, habida cuenta de la insatisfacción generada por las sucesivas reformas legislativas emprendidas, cuya reiterada falta de acierto cabe achacar al distorsionado enfoque que adoptan, ha llegado, por fin, la hora de que, con ocasión de la materialización de las diferentes propuestas de reforma estatutaria, se acometa, por fin, la definitiva inserción de los gobiernos locales en el orden autonómico. En realidad, no otra cosa es lo que se deduce de la recta interpretación de la Constitución, cuyo art. 148.1.2.º parece inducir a ello. Debe, por tanto, desterrarse el empleo, desmesurado y frecuentemente impropio, del art. 149.1.18.º CE, que sólo ha servido, hasta el presente, para que el Estado suplante el papel que han de desempeñar las Comunidades Autónomas, en este sentido, conectando forzosamente la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 141 y 142 CE) con las «bases del régimen jurídico de las administraciones públicas».

³ Acerca de esta problemática, CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., «El abandono de “lo básico”: Estado autonómico y mitos fundacionales», en *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, n.ºs 12-13, 2000-2001, pp. 87-110. También, PORRAS RAMÍREZ, J.M., «El autogobierno local en el Estado autonómico. Premisas para una reforma necesaria», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 75, 2005, pp. 211-237; en especial, pp. 233 y ss; REQUEJO PAGÉS, J.L., «Garantía de la autonomía local y Estatutos de Autonomía», en *Anuario del Gobierno Local 2006: la reforma de los Estatutos y la legislación local*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Public, Barcelona, 2007, pp. 53-58; en especial, p. 57; y ZAFRA VÍCTOR, M., «Garantía estatutaria de la autonomía local», en *Anuario del Gobierno Local 2008, 2009*, Barcelona, pp. 35-66.

⁴ FONT I LLOVET, T., «El gobierno local en la reforma del Estado de las autonomías», en *Anuario del Gobierno Local 2004*, pp. 13-36; en especial, pp. 24 y ss.

Y es que los Estatutos de Autonomía, respetando la regulación mínima y común que corresponde fijar al Estado, pueden desarrollar esta cualificada función, dado el amplio margen con el que cuentan, reforzando el estatus competencial de los gobiernos locales, al tiempo que atienden a las singularidades que éstos presentan en las diferentes Comunidades Autónomas. Por un lado, su posición misma en el sistema de fuentes, derivada de su peculiar naturaleza dual y de la cualificada garantía constitucional que les asiste, explicativa de su rigidez, se manifiesta, tanto en su fuerza pasiva, la cual les permite resistirse, en su caso, al legislador estatal, como en su capacidad para condicionar activamente los desarrollos normativos que, de acuerdo con las competencias asumidas, pueda efectuar el legislador autonómico⁵. Por otro lado, las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas se revelan, además, como el vehículo idóneo para conseguir proyectar adecuadamente la significación misma del principio de subsidiariedad, en lo que al reparto competencial entre las distintas instancias o niveles de territoriales de gobierno, autonómico y local, se refiere⁶.

No en vano, la Recomendación 121, 2002, del Consejo de Europa, sobre la democracia regional y local en España, solicita la inclusión de dicho principio-guía en todos los Estatutos, a fin de favorecer la atribución a las colectividades locales de un cierto número de competencias, aún hoy centralizadas, en el ámbito de aquéllas. Y es que el recurso al mismo permitirá evaluar el impacto del proceso de descentralización, iniciado en los últimos años, sacándolo del ámbito de la mera retórica política. Ese «salto de calidad», como lo llama el Consejo de Europa, exige, por tanto, una abierta territorialización del régimen jurídico y financiero que asiste a los gobiernos locales, o lo que es igual, una nítida interiorización del espacio local en el ámbito que, sin duda, le es propio, el autonómico. Así, la Carta Europea de la Autonomía Local refuerza esta pretensión, por medio de su art. 4.3, que establece, con carácter general, la preferencia funcional de las autoridades más cercanas a los ciudadanos, a la hora de ejercer las competencias públicas. De ahí que éstas deban atribuirse, con la consiguiente prestación de servicios a la comunidad, a quien más eficaz e inmediatamente pueda hacerlo, no siendo llamado el nivel superior, sino cuando los inferiores se muestren incapaces de llevar a cabo su realización. Es, por eso, por lo que la ordenación política debe construirse de abajo arriba, redundando en una intensificación de los procesos de descentralización del poder y, en consecuencia, de redistribución de competencias y responsabilidades.

En este sentido, y teniendo bien presentes los límites que la Constitución impone, el ciclo de reformas estatutarias desarrollado durante el período

⁵ Entre otros, PORRAS RAMÍREZ, J.M., «Las reformas estatutarias y el nuevo sistema autonómico de fuentes del Derecho», Madrid, Civitas, 2007, pp. 14 y ss.

⁶ Así, VELASCO CABALLERO, F., «Autonomía local y subsidiariedad en la reforma de los Estatutos de Autonomía», en *Anuario del Gobierno Local 2004*, pp. 117-159.

2004-2012 ha sido aprovechado, con acierto e intensidad dispar, para reforzar, en positivo, la posición que ocupan las entidades locales, incluyendo, en ocasiones, en las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas, un listado de competencias propias, asignadas a aquéllas, en relación con materias de titularidad autonómica, en las que se hacen presentes sus intereses. Ello ha supuesto, además de acometer una definición precisa de las mismas, prescindiendo del habitual y problemático recurso a cláusulas generales e indeterminadas, la introducción de una cualificada garantía frente al legislador sectorial autonómico, tentado habitualmente de eludirlas o menoscabarlas⁷.

2. EL RÉGIMEN LOCAL EN LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

En esta línea de demandas y propuestas, los nuevos Estatutos valenciano, catalán, andaluz, balear, aragonés, castellano-leonés y extremeño han supuesto la introducción de modificaciones de distinta relevancia. Algunas de ellas, como se tendrá ocasión de apreciar, resultan más bien decepcionantes respecto de las expectativas suscitadas, mientras que otras, sin embargo, han supuesto, por el contrario, un importante cambio de tendencia, al reforzar, de manera notable, la posición de las entidades locales en el marco de sus respectivas Comunidades Autónomas. En todo caso, es común a los nuevos Estatutos el esfuerzo por establecer una regulación más detallada de la organización territorial, lo que implica una mayor diversificación y heterogeneidad en el tratamiento de la cuestión local. De ese modo, el común entendimiento de que el Estatuto ha de operar como garante de la autonomía local constituye el dato más significativo a tener en cuenta.

Así, el *Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, ampliamente reformado en 2006, pese a incorporar un nuevo Título, el VIII, dedicado a la «Administración local», lo cierto es que introduce escasas novedades, que presentan un, más bien, recortado alcance práctico. En primer lugar, en el mismo se insiste en la conveniencia de establecer órganos de cooperación entre las administraciones autonómica y local, sobre aquellas materias en las que existan competencias compartidas (art. 63.3). A su vez, el art. 64 remite al legislador la tarea de impulsar la autonomía local, contemplando la delegación de la ejecución de funciones y competencias en aquellos ayuntamientos y demás entes locales supramunicipales, en atención a su capacidad de gestión y al propio carácter de la instancia representativa de que se trate. Se apela así a los principios de subsidiariedad y de diferenciación, pero acaba dejándose en manos del Parlamento autonómico la decisión acerca de qué competencias descen-

⁷ PORRAS RAMÍREZ, J.M., «Régimen local», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (dir.), «Reformas estatutarias y distribución de competencias», Instituto Andaluz de Administración Pública, 2007, Sevilla, pp. 219-236; en especial, pp. 230-231.

tralizar, acompañadas de los recursos económicos necesarios. Seguidamente, se acuerda la creación de un Fondo de Cooperación Municipal y de una Comisión mixta entre la Generalitat y la Federación Valenciana de Municipios y Provincias, la cual tendrá como cometido informar preceptivamente, en la tramitación por las Cortes valencianas, todas aquellas iniciativas legislativas que afecten a las entidades locales o que hagan referencia a la adopción de planes y normas reglamentarias de tal carácter (art. 64.4). Por su parte, el art. 65 del Estatuto prevé la creación, mediante ley aprobada por mayoría de dos tercios, de la oportuna división comarcal, las áreas metropolitanas y las agrupaciones de comarcas.

Finalmente, el polémico art. 66 se refiere a las Diputaciones Provinciales, transmitiendo una intensa vocación de control de sus actividades, actitud ésta que incita al menoscabo de su ámbito de autonomía constitucionalmente garantizado. Así, inicialmente, se prevé la transferencia o delegación legislativa de competencias cuya titularidad corresponde a la Generalitat, al tiempo que se insiste en el derecho de ésta a coordinar, según fórmulas previstas en una ley autonómica, aprobada por mayoría absoluta, las funciones propias de aquéllas que sean de interés general de la Comunidad Autónoma. Pero, tras resaltar que sus presupuestos habrán de unirse a los de la propia Generalitat, se declara que las Diputaciones Provinciales actuarán como instituciones de la Generalitat, sometiéndose plenamente a la legislación, reglamentación e inspección de ésta, cuando ejecuten competencias delegadas por la misma. De ahí que se prevea que si una Diputación incumple los mandatos contenidos en el propio Estatuto o que le imponen las leyes autonómicas, el Gobierno de la Generalitat esté capacitado para adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de las mismas, contando, en todo caso, tales entes locales con la posibilidad de recurrir su decisión ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Por último, el art. 70, más allá de referencias genéricas, elude el establecimiento o la previsión de garantías efectivas de la suficiencia financiera de las entidades locales.

El resultado es, más bien, como se ha dicho, decepcionante, al no haberse adoptado medidas que aseguren, en el propio Estatuto, un considerable reforzamiento de la posición que ocupan los gobiernos locales en esa Comunidad Autónoma. Tan solo se introducen ciertas cláusulas habilitantes que facultan al legislador autonómico para proceder, con un amplísimo margen o libertad de conformación, según criterios de mera oportunidad o conveniencia política, que pueden redundar, como habitualmente sucede, en una afectación lesiva del ámbito material de autogobierno local ya existente. Así, en la práctica, y valoradas en su conjunto, dichas medidas, lejos de garantizar una mejora estatutaria del gobierno local, no suponen sino una importante frustración de las muy razonables expectativas suscitadas, cuando no un cierto retroceso, en lo que se refiere a la desmedida voluntad de control de las actividades de las diputaciones, respecto de la situación precedente.

Por su parte, el nuevo *Estatuto de Cataluña* dispensa un tratamiento verdaderamente novedoso e intenso a la materia objeto de comentario⁸, destinándose el Capítulo VI del Título II a la regulación de los perfiles básicos del Gobierno Local en esa Comunidad Autónoma. No obstante, la intensa reinterpretación de su alcance, efectuada por la polémica STC 31/2010, de 28 de junio, ha limitado, en buena medida, la significación de sus principales aportaciones. Así, dicha Sentencia insiste, con carácter general, en que semejante ordenación estatutaria se efectuará, en todo caso, «...sin perjuicio de las relaciones que el Estado pueda, a su vez, legítimamente establecer, ex art. 149.1.18.º CE, con todos los entes locales» (FJ 37)⁹.

Inicialmente, en la Sección I de dicho Capítulo se determina la organización territorial local de Cataluña, atendiendo a criterios propios, esto es, a las peculiares características que presenta aquélla en dicha Comunidad Autónoma. De ahí que se estructure a la misma, fundamentalmente, en municipios y veguerías, al tiempo que se determina que el ámbito supramunicipal estará constituido, en todo caso, por las comarcas, según se encargará de precisar una ley del Parlamento autonómico. Dicha mención expresa no supone exclusión alguna, ni de los demás entes supramunicipales que tenga a bien crear la Generalitat, fundados en la voluntad de colaboración y asociación de los municipios (art. 83), ni, lógicamente, de las provincias, dada su, en este caso, indisponibilidad constitucional.

Seguidamente, el art. 84 del Estatuto establece, en su párrafo 2.º, una amplia y muy completa relación de hasta catorce ámbitos materiales, sujetos a la competencia autonómica, sobre los que habrá que reservar, ateniéndose, en todo caso, a la legislación básica del Estado, ex art. 149.1.18.º CE (STC 31/2010, FJ 38), «un núcleo de competencias propias que deben ser ejercidas por dichas entidades con plena autonomía» (párrafo 1.º), «en los términos que determinen las leyes» autonómicas. Éstas habrán de tener presente, a esos efectos, criterios tales como la «capacidad de gestión» de las entidades locales afectadas y los principios de subsidiariedad, diferenciación y suficiencia financiera (art. 84.3). A tal fin, la Generalitat deberá determinar y fijar los mecanismos para la financiación de los nuevos servicios derivados de la ampliación del espacio competencial de los gobiernos locales (art. 84.4).

De manera igualmente notable, el art. 85 del Estatuto dispone la creación, a desarrollar mediante una ley del Parlamento autonómico, de un Consejo de Gobiernos Locales, atribuyéndole, en tanto que órgano de representación de

⁸ Entre otros, véase ARGULLOL MURGADES, E., «El desarrollo estatutario de los gobiernos locales en Cataluña», en *Anuario del Gobierno Local 2008*, pp. 67 y ss; y, también, TORNOS MÁZ, J. y GRACIA RETORTILLO, R., «La organización territorial en los nuevos Estatutos de Autonomía. En especial, el nivel local supramunicipal en Cataluña», en *Anuario del Gobierno Local 2008*, pp. 75 y ss.

⁹ Como primera valoración de la Sentencia, BAYONA, ROCAMORA, A.; FUENTES I GAS, J.R.; GALÁN GALÁN, A. y GRACIA RETORTILLO, R. y MIR BAG, J., en la *Revista Catalana de Dret Públic*, Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, 2010, pp. 213-248.

los municipios y veguerías en las instituciones de la Generalitat, el derecho de audiencia en la tramitación parlamentaria de las iniciativas legislativas que afecten a los gobiernos locales, y en todo cuanto se refiere, en un mismo sentido, a la elaboración de planes y normas reglamentarias¹⁰.

En relación con los municipios, el Estatuto dedica a los mismos la Sección II del referido Capítulo VI del Título II, y subraya, tras reiterar la garantía de su autonomía para el ejercicio de las competencias que tienen encomendadas y la defensa de los intereses propios de la colectividad que representan (art. 86.3), de la que deriva su plena capacidad de autoorganización (art. 87.1) y el ejercicio de la correspondiente potestad normativa (art. 87.3), su derecho a asociarse con otros, y a cooperar entre ellos, y con otros entes públicos, para ejercer sus competencias y las tareas de interés común. A tal fin, reconoce su capacidad para establecer convenios y crear y participar en mancomunidades, consorcios y asociaciones, sin limitación legal alguna, a menos que ésta deba producirse en aras de la preservación de la autonomía de las demás entidades que la tienen reconocida (art. 87.2). En todo caso, y sin que ello vaya en detrimento o limitación de las facultades del Estado, tal y como el FJ 38 de la STC 31/2010 ha venido a recordar, la Generalitat se atribuye «el control de la adecuación al ordenamiento jurídico de los actos y acuerdos adoptados por los municipios y, si procede, la impugnación correspondiente ante la jurisdicción contencioso administrativa...».

A su vez, resulta de gran importancia la consagración estatutaria del principio de diferenciación. Es así que el art. 88 expresa la obligación que contraen las leyes que afectan al régimen jurídico, orgánico, funcional, competencial y financiero de los municipios, de tener en cuenta, necesariamente, las distintas características demográficas, geográficas, funcionales, organizativas, de dimensión y de capacidad de gestión que poseen aquéllos. En este sentido, y muy particularmente, el art. 89 del Estatuto alude al régimen especial que asiste al municipio de Barcelona, según el desarrollo que realice del mismo una ley del Parlamento catalán. Ésta deberá así reconocerle la iniciativa, tanto para proponer la modificación de aquél, como para participar en la elaboración de los proyectos de ley que incidan en el mismo, razón por la cual el municipio en cuestión habrá de ser consultado en la tramitación parlamentaria de cuantas iniciativas legislativas afecten a su régimen especial.

A su vez, de acuerdo, también, con el principio de diferenciación, y en aras de recuperar una forma autóctona de división territorial, estimada consustancial a Cataluña, el Estatuto, en la Sección III del Capítulo VI del Título II, decide configurar a la veguería como ámbito específico para el ejercicio del gobierno intermunicipal de cooperación local. De ahí que, al tiempo que le atribuye personalidad jurídica propia, le reconozca autonomía para la gestión de sus intereses. La veguería será, por tanto, «la división territorial adoptada por la Generalitat para la organización territorial de sus servicios» (art. 90.1). En consecuencia, se dota

¹⁰ Ley 12/2010, de 19 de mayo, del Consejo de Gobiernos Locales.

a la misma de un órgano de gobierno y administración autónomo, el consejo de veguería, cuyo régimen jurídico vendrá determinado por ley del Parlamento autonómico, que puede llegar a sustituir funcionalmente a la diputación, mas sin por ello causar afectación alguna de los límites provinciales, incidencia ésta que, de acuerdo con el art. 141.1 «in fine» CE, requiere, para que se produzca, la aprobación de las Cortes Generales mediante ley orgánica (art. 91).

En todo caso, como ha indicado la STC 31/2010, en su FJ 40, la creación de las veguerías no impide que la provincia continúe siendo el ámbito territorial tomado como referencia por la Administración central del Estado para la realización de los cometidos que le competen (art. 141.2 CE), al tiempo que el ámbito de las circunscripciones electorales que se reservan al Estado para su regulación, ex arts. 68.2 y 69.2 CE. Ni, por supuesto, tampoco excluye la creación de las veguerías la existencia de otras entidades de gobierno supra-municipal. En consecuencia, cabe sostener, frente a lo defendido por los impugnantes de los preceptos estatutarios referidos a la misma, que ninguna de las dos dimensiones definidoras de la veguería, entendida como división del territorio a efectos intraautonómicos y como gobierno local, destinado a la cooperación intermunicipal, que goza de autonomía para la gestión de sus intereses, perjudica la concepción constitucional de la provincia como división territorial del Estado y como entidad local, ni a las funciones constitucionales que le son propias, referidas esencialmente, a su condición de circunscripción electoral. Por tanto, como ha indicado, en este caso, el Tribunal Constitucional, «la previsión estatutaria de la existencia de las veguerías, sean cuales sean sus límites geográficos, no puede suponer la supresión de las provincias en Cataluña, ni la de sus funciones constitucionales» (FJ 40 de la STC 31/2010).

De todas formas, las determinaciones estatutarias referidas a la veguería que han suscitado mayores dudas acerca de su constitucionalidad son aquéllas que afectan a su creación, modificación y supresión, y a su órgano de gobierno, de acuerdo con lo estipulado en el art. 91 del Estatuto, habida cuenta de las limitaciones que impone la Constitución respecto al régimen jurídico de las provincias (art. 141). Así, la convalidación de la validez de los preceptos estatutarios impugnados, habida cuenta de la potencial fricción existente entre la regulación constitucional y la estatutaria, exige, a juicio del Tribunal Constitucional (FJ 41 STC 31/2010), o bien partir de la estimación de que la veguería, al reunir en el Estatuto los caracteres típicos de la provincia, no es sino el nombre que asume ésta en Cataluña, a efectos estrictamente autonómicos; o bien presuponer que se trata de una entidad local diferente, con las consecuencias que de tan distintas premisas se derivan. Así, inicialmente, de concebirse a la veguería como en primer lugar se ha indicado, sería legítimo considerar que los «consejos de veguería», en tanto que «órganos de gobierno y administración autónoma de la veguería» (arts. 91.1 y 91.2), efectivamente «sustituyen a las Diputaciones» (art. 91.3), sin perjuicio de que siguiera correspondiendo a la legislación del Estado regular su composición y el modo de elección de sus miembros. Más, si se sigue la segunda opción, a los efectos de propiciar una interpretación conforme

a la Constitución del Estatuto, habría que entender que los consejos de veguería sólo sustituirán a las Diputaciones en los casos en que los límites geográficos de la veguería coincidan con los de la provincia, y no en los demás¹¹.

Por otra parte, de acuerdo con la mencionada tendencia al desarrollo promocional del principio de diferenciación, el Estatuto, en la Sección IV del Capítulo VI del Título II, trata de contrarrestar la lacerante situación, tanto de infra, como de multimunicipalismo que padece Cataluña¹², perfilando a la comarca, en tanto que agrupación de municipios, como entidad local dotada de personalidad jurídica propia, orientada a la gestión de competencias y servicios locales. Al tiempo, prevé que su creación, modificación y supresión, así como el establecimiento del régimen jurídico que le asiste, se regule mediante una ley del Parlamento autonómico (art. 92).

Por otra parte, en la misma línea apuntada, el Estatuto hace referencia, en su art. 93, a la posibilidad de constituir, alterar y suprimir otras modalidades de entidades locales, de carácter supramunicipal, entre las que menciona a las áreas metropolitanas, mediante una ley del Parlamento ordenadora de su régimen jurídico. Y todo ello, a fin de así facilitar y reconocer la voluntad de colaboración y asociación que muestran los municipios.

En estrecha relación con la organización territorial local así dispuesta, en el marco del muy destacado Título IV del Estatut, referido a las competencias, el art. 160.1 del mismo, en relación a la materia «régimen local», proclama su carácter exclusivo, respetando el principio de autonomía local, a fin de promover la interiorización efectiva del régimen local de Cataluña. No en vano, dicho objetivo encuentra en este precepto, vinculado necesariamente a los ya mencionados, su más cabal expresión. De ahí que en el mismo se determine, efectuando un minucioso desglose en submaterias, la relación de ámbitos sobre los que la Generalitat aspira a desplegar su capacidad de ordenación privativa. Se dice así en él que corresponde únicamente a la Generalitat determinar las relaciones entre las instituciones de la Generalitat y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y colaboración entre los entes locales, y entre éstos y la Administración de la Generalitat, incluyendo las distintas formas asociativas, mancomunadas, convencionales y consorciales. A su vez, se indica que la Generalitat será quien disponga las competencias y las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados por el art. 84 del Estatuto. Igualmente, será aquella quien regule el régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales, y las modalidades de prestación de los servicios públicos. Y la que establezca los órganos de gobierno de los entes locales creados por la Generalitat, esto es, las comarcas y las veguerías, ordenando el funcio-

¹¹ Así, MIR I BAGÓ, J., «La regulación de las veguerías en el nuevo Estatuto de Cataluña», en VV.AA., *Anuario del Gobierno Local 2006*, pp. 79-103; en especial, pp. 97 y ss.

¹² Cfr. PEREIRA I SOLÉ, A., «El régimen local en la reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña», en *Anuario del Gobierno Local 2004*, pp. 199-207; en especial, pp. 201-202.

namiento y régimen de adopción de acuerdos de estos órganos. Asimismo, la Generalitat dispondrá el régimen de los órganos complementarios de la organización de los entes locales.

No obstante, tras el análisis de la impugnación de este apartado del art. 160, efectuada en la demanda de inconstitucionalidad suscitada, el supremo intérprete de la Constitución, por medio de su STC 31/2010, ha venido, muy cuestionablemente, a desvirtuar su alcance, al resolver, en su FJ 100, que la determinación de la exclusividad de las competencias que lleva a cabo dicho artículo del Estatuto «se hace de manera impropia», por lo que «no se impide que sobre dichas competencias autonómicas puedan operar plenamente las bases estatales, específicamente las del art. 149.1.18.º CE...». A su vez, a esta relación se añade, según se indica en el art. 160.3 del Estatuto, la competencia exclusiva de la Generalitat para regular el régimen electoral de los entes locales por ella creados, esto es, las comarcas y las veguerías; competencia ésta que, sin embargo, no se atribuye a la misma en relación con los gobiernos locales constitucionalmente garantizados, al reputarse competencia del Estado. En este sentido, como el Tribunal Constitucional ha reconocido, no se produce conculcación alguna de la competencia del Estado en este precepto, al no ser necesario que el Estatuto confirme la competencia del Estado para el establecimiento del régimen electoral general (art. 149.1.1.º, en relación con el art. 81.1 CE) (STC 31/2010, FJ 100). Para todo lo demás, se estima en el Estatuto que la Generalitat posee competencias compartidas con el Estado (art. 160.2), de acuerdo con el art. 149.1.18.º CE.

En todo caso, a tales competencias exclusivas se conecta aquélla, de igual carácter exclusivo, que se asigna a la Generalitat, ex art. 151 del Estatuto, sobre organización territorial, para determinar la creación, modificación y supresión de entidades locales; para crear, suprimir y alterar términos municipales y de ámbito territorial inferior, denominar su capitalidad y establecer sus símbolos y regímenes especiales; y para fijar los procedimientos de relación entre las entidades locales y la población.

Como corolario, el Estatuto dispone que, en Cataluña, el Consejo de Garantías Estatutarias emitirá dictamen acerca de la adecuación de los proyectos y las proposiciones de ley y de los proyectos de decreto legislativo aprobados por el Gobierno, a la autonomía local (art. 76.2.d) EAC). Y todo ello con independencia de su intervención previa a la interposición de un conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional (art. 76.3 EAC).

En conclusión, en vistas de lo expuesto, cabe comprobar cómo el nuevo Estatuto catalán propiciaba, en su redacción original, un auténtico salto cualitativo en la consideración del régimen local, al acometer una ordenación de la materia que, respetando plenamente el marco constitucional establecido, reforzaba considerablemente la posición de los gobiernos locales, mediante el reconocimiento y la garantía de sus ámbitos reservados de actuación, vinculados a la esfera de influencia de la Comunidad Autónoma, en relación con

los cuales se ordenaba al legislador autonómico determinar sus competencias propias, de acuerdo con los mandatos y límites expresamente establecidos. A su vez, dicho Estatuto rompía abiertamente con la uniformidad, hasta entonces existente, al introducir el principio de diferenciación, en consideración a la propia realidad político-territorial autóctona. En definitiva, venía a marcar un cambio de orientación, tendente a configurar un «modelo de gobierno local propio»¹³. Sin embargo, la STC 31/2010, de 28 de junio, ha venido a recortar notablemente tales objetivos, al restringir, de forma considerable, el alcance de esas pretensiones. Así, dicha Sentencia, reafirmando la doctrina más antigua, regresiva y criticada en la materia del Tribunal, ha insistido en la persistencia del carácter bifronte que ha de presentar su regulación, subrayando, más allá de lo razonable, el papel que el Estado, a través de su normativa básica, dictada ex art. 149.1.18.º CE, no puede, a este respecto, dejar de jugar. De ese modo, la plena interiorización del régimen local en Cataluña, promovida por el Estatut, de acuerdo con una lógica rigurosamente federal, a pesar de los indiscutibles avances experimentados, queda así, en buena medida, neutralizada.

Por su parte, incorporándose a la tendencia iniciada por el Estatuto catalán, el *nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía* ha efectuado, también, una regulación especialmente detallada de la materia de referencia. Inicialmente, el mismo viene a determinar, en el art. 60.1 de su Título II, que, de acuerdo con el reparto competencial que se deduce de la Constitución, la Comunidad Autónoma de Andalucía posee «competencias exclusivas», si bien respetando, además del principio de autonomía local «el art. 149.1.18.º de la Constitución». Y así se indica, a los efectos de disuadir objeciones, a sabiendas de que dicha referencia a la competencia estatal sólo se orienta a la determinación estricta de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas. Por tanto, dichas competencias exclusivas afectan derechamente a la ordenación de las relaciones entre la Junta de Andalucía y los entes locales, a la determinación de las técnicas de organización y de relación para la cooperación y colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración autonómica, incluyendo las distintas formas asociativas mancomunales, convencionales y consorciales; a la determinación de las competencias propias de los municipios y demás entes locales; a la fijación del régimen de los bienes y modalidades de prestación de los servicios públicos; a la determinación de los órganos de gobierno, régimen de funcionamiento y de adopción de acuerdos de los entes locales creados por la propia Junta; al establecimiento del régimen que asiste a los órganos complementarios de los entes locales; y a la indicación del régimen electoral de aquéllos que hayan sido creados por la Junta de Andalucía, no estando, por tanto, constitucionalmente garantizados. A su vez, en el marco de la legislación del

¹³ Así, FONT I LLOVET, T., «Autonomía local y Estatutos: crónica de un compromiso», en W.AA., *Anuario del Gobierno Local 2006*, pp. 13-34; en especial, p. 29.

Estado, corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia compartida en todo lo no señalado anteriormente (art. 60.2); y, en particular, en relación con las haciendas locales y la tutela financiera de los entes locales, sin perjuicio de su autonomía (art. 60.3).

El Título III del Estatuto, dedicado a la «Organización territorial de la Comunidad Autónoma», concreta buena parte de estas previsiones. Así, en su precepto de cabecera se indica, inicialmente, que «Andalucía se organiza territorialmente en municipios, provincias y demás entidades territoriales que puedan crearse por ley» (art. 89). Dicha organización territorial se regirá por los «principios de autonomía, responsabilidad, cooperación, desconcentración, descentralización, subsidiariedad, coordinación, suficiencia financiera y lealtad institucional» (art. 90).

El art. 91 reconoce al Municipio como entidad territorial básica de la Comunidad Autónoma, atribuyéndole los bien conocidos rasgos organizativos que la Constitución le asigna. Con respecto a los mismos se determina que «la alteración de términos municipales y la fusión de municipios limítrofes de la misma provincia se realizarán de acuerdo con la legislación que dicte la Comunidad Autónoma en el marco de la legislación básica del Estado». En cualquier caso, la más relevante aportación que hace el Estatuto al respecto se refiere al establecimiento de un listado de catorce materias, sin exclusión de otras que puedan añadirse a las mismas por indicación del legislador, con relación a las cuales, y de acuerdo con el desarrollo que efectúen las leyes de la Comunidad Autónoma, los Ayuntamientos podrán ejercitar competencias propias, «con plena autonomía» y «sujeción sólo a los controles de constitucionalidad y legalidad» (art. 92). A su vez, el Estatuto prevé la transferencia y delegación de competencias de la Junta en los Ayuntamientos, contando «siempre con la necesaria suficiencia financiera para poder desarrollarla», la cual deberá ser acordada por ley, aprobada por mayoría absoluta, reteniendo, en todo caso, aquélla su planificación y control (art. 93). Del mismo modo, una ley regulará las funciones de las áreas metropolitanas, mancomunidades, consorcios y demás agrupaciones de municipios que se establezcan, en atención a criterios demográficos, geográficos, funcionales, organizativos, de dimensión y capacidad de gestión (art. 94). Y de forma similar a lo establecido en otros Estatutos, se dispone la creación de un órgano mixto, con representación de la Junta y de los Ayuntamientos, el cual actuará como foro permanente de diálogo y colaboración institucional. El mismo habrá de ser consultado en la tramitación parlamentaria de proyectos de ley que afecten a las Corporaciones locales (art. 95).

Por otro lado, el art. 96 del Estatuto reitera las referencias constitucionales a la Provincia, determinando sus competencias más características, con remisión, tanto a la legislación básica del Estado, como a la de desarrollo de la Comunidad Autónoma. La Junta se reserva, en todo caso, la coordinación de la actuación de las Diputaciones en relación con las competencias a ellas atribuidas en el propio Estatuto y con respecto a materias de interés general para Andalucía.

La apreciación del interés general y las fórmulas de coordinación se establecerán por ley aprobada por mayoría absoluta del Parlamento de Andalucía.

A su vez, el art. 97, apelando al principio de diferenciación, prevé la existencia de comarcas, cuya creación y competencias se regularán por ley. Su Constitución requerirá, en todo caso, el acuerdo de los Ayuntamientos afectados y la aprobación del Consejo de Gobierno.

Finalmente, el Estatuto se refiere, en su art. 98, a la ley de régimen local que habrá de aprobar el Parlamento, en el marco de la legislación básica del Estado, a fin de regular las relaciones entre la Junta de Andalucía y los entes locales, las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales, y entre éstos y la Administración autonómica, incluyendo las distintas formas asociativas, mancomunales, convencionales y consorciales. Dicha ley regulará, además, las materias que aparecen señaladas en el art. 60 del Estatuto, las cuales son competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma.

En resumen, estamos en presencia de una regulación, que ya ha merecido una especificación esencial a través de una importante ley de desarrollo básico estatutario¹⁴ y de una no menos destacada ley de carácter financiero, que se inscribe en la nueva tendencia seguida por las más ambiciosas reformas, hasta el presente, promovidas. La misma auspicia un reforzamiento efectivo de la posición que ocupan los gobiernos locales en la organización territorial de la Comunidad Autónoma. No obstante, pese a las cautelas observadas, la doctrina que expresa la STC 31/2010, referida al Estatuto de Autonomía de Cataluña, no deja de afectarle, ya que la misma habilita al Estado para intervenir en la regulación de ámbitos competenciales que la norma andaluza aspira a reservar a la Comunidad Autónoma. Esta circunstancia merma potencialmente el alcance que se ha querido atribuir a la misma.

Por su parte, el reformado *Estatuto de Autonomía de las Illes Balears*, efectúa un cambio normativo notable que mejora significativamente el estatus de los gobiernos locales intermedios en el ámbito autonómico. En particular, profundiza en el reconocimiento del hecho insular, como «hecho diferencial» de la Comunidad Autónoma, merecedor de «especial protección» (art. 3). Así, tras estimar que la Comunidad Autónoma posee competencias de desarrollo legislativo y ejecución sobre la materia «Régimen local», en su art. 31.13.º, el Estatuto dedica su atención principal, en el marco de una organización territorial autonómica articulada en islas y en municipios (art. 8), a la regulación de singular institución de gobierno que representan, particularmente, los Consejos Insulares (Cap. IV del Título IV), detallando su organización, composición, estructura y régimen de funcionamiento, con independencia de que remita su

¹⁴ Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, y Ley 6/2010, de 11 de junio, reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, dictada esta última en desarrollo del art. 192.1 del Estatuto.

oportuno desarrollo a una ley que habrá de ser aprobada por el voto favorable de dos tercios de los diputados del Parlamento balear (arts. 61 a 68). Con todo, lo más relevante lo supone la introducción de una relación exhaustiva de materias sobre las que dichos Consejos Insulares ejercerán sus competencias propias, comprometiéndose la Comunidad Autónoma a transferírselas mediante el correspondiente decreto de traspaso. A ellas se sumarán las que les vengan atribuidas por la legislación estatal (art. 70). A su vez, como ya indicaba el Estatuto predecesor, dichos Consejos Insulares asumirán en su ámbito territorial la función ejecutiva y la gestión con respecto a una amplia relación de materias de competencia autonómica, a las que cabe añadir aquellas otras, no expresamente detalladas, que afectan a sus intereses respectivos, de acuerdo con las transferencias o delegaciones que se establezcan, según el procedimiento que determine una ley del Parlamento balear (art. 71)¹⁵.

En cambio, los municipios se hacen merecedores de una regulación estatutaria menos novedosa, ya que, aunque se les garantiza el ejercicio de competencias propias, no se especifica en un listado las materias sobre las que las mismas habrán de recaer. Más bien se opta por reconocer su iniciativa en cualquier materia que no esté excluida de su competencia o atribuida en exclusiva a otra administración o autoridad (art. 75.4). A lo sumo, se reconoce la aptitud de los mismos para recibir la delegación de competencias del Estado, de la Comunidad Autónoma, de los Consejos Insulares y de otras Administraciones (art. 75.5). En cualquier caso, los municipios baleares podrán asumir competencias ejecutivas y de gestión relacionadas con las competencias propias de los Gobiernos Insulares, o de aquellas que les hayan sido transferidas (art. 75.6). Se reconoce el derecho de asociación y de cooperación intermunicipal, mostrándose así el Estatuto receptivo a la constitución de mancomunidades, consorcios y asociaciones de municipios, si así se solicita (art. 75.7). En consecuencia, la prevista ley de régimen local balear, desarrollando el principio de diferenciación, tratará a los diversos gobiernos locales de manera acorde con su particular idiosincrasia (art. 75.8). Además, el Estatuto garantiza la suficiencia financiera de los municipios y demás entidades locales que se creen, ordenándose la institución de un fondo de cooperación local, de carácter incondicionado, que distribuirá los recursos conforme a las características socio-económicas y territoriales de los municipios (art. 75.9). Finalmente, se determina que una ley dispondrá el régimen especial que asiste a la ciudad de Palma, en tanto que capital de la Comunidad Autónoma, para lo que se requerirá su participación (art. 75.10).

En lo que toca al *nuevo Estatuto de Autonomía de Aragón*, con respecto a la práctica ausencia de referencias en su versión de 1982, introduce alusio-

¹⁵ Cfr., a este respecto, las referencias que introduce el muy interesante «Libro Verde»: «Los Gobiernos Locales en España. Diagnóstico y propuestas para reforzar el valor institucional de las Diputaciones y de los demás Gobiernos locales intermedios en el Estado autonómico», Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2011, pp. 159 y ss.

nes al régimen local más significativas, si bien las mismas se quedan lejos de igualar el alcance y la relevancia que poseen las demás reformas estatutarias ya analizadas. Así, la nueva norma institucional básica aragonesa considera competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, ex art. 71.1.5.º, «en materia de régimen local», la determinación de las atribuciones de los municipios y demás entes locales, en las materias de competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón, el régimen de bienes locales, las modalidades de prestación de los servicios locales, las relaciones para la cooperación y colaboración entre los entes locales, y entre éstos y la Administración de la Comunidad Autónoma, además de la determinación de los órganos de gobierno de los entes locales creados por la Comunidad Autónoma y su régimen electoral. A su vez, el Estatuto dispone como competencia compartida de la misma el desarrollo de las bases del Estado previstas en el art. 148.1.18.º de la Constitución, en lo tocante a la Administración Local (art. 75.11.º).

Más allá de lo indicado, el nuevo Título VI del Estatuto, denominado «Organización territorial y Gobierno local» acomete una regulación sintética y genérica de la materia en cuestión, que sólo se caracteriza por su insistencia en que la misma tendrá como actores a los municipios, comarcas y provincias, remitiendo a la ley autonómica la eventual creación, organización y dotación de competencias de las áreas metropolitanas y de las entidades de ámbito territorial inferior al de municipio (art. 81). Por lo demás, las referencias al municipio (art. 82) y a la provincia (art. 84) carecen de originalidad, al venir a insistir en lo ya dispuesto en la Constitución y en la Ley de Bases de Régimen Local. Más interés presentan las referencias a la comarca (art. 83), lo que demuestra el interés del Estatuto en convertir a esta entidad territorial, constituida por municipios limítrofes, en un elemento vertebrador de la Comunidad Autónoma, destinado a paliar la escasez y dispersión poblacionales características de la misma, o, lo que es igual, la acusada incidencia que presenta en aquélla el fenómeno, constantemente denunciado, del multi e inframunicipalismo.

Por lo demás, el art. 85 del Estatuto acoge los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y diferenciación como inspiradores de las actividades de las entidades territoriales aragonesas; junto a los criterios de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a los ámbitos competenciales respectivos, para regir las relaciones entre la Administración de la Comunidad Autónoma y las entidades locales. Y prevé, si bien de manera inespecífica, que la legislación aprobada por las Cortes aragonesas será quien distribuya las responsabilidades administrativas entre los distintos niveles de organización territorial, disponiendo los medios de financiación suficientes.

A su vez, se dispone, en el art. 86 del Estatuto, que el Consejo Local de Aragón, en tanto que órgano de colaboración y coordinación entre el Gobierno autonómico y los gobiernos locales, deberá dictaminar cuantas iniciativas legislativas, reglamentarias o de planificación se emprendan afectando específicamente a los gobiernos locales.

Finalmente, el art. 114, subraya el principio de suficiencia financiera de las entidades locales aragonesas, realizando un expreso llamamiento a las Cortes autonómicas, a fin de que distribuyan las asignaciones de carácter incondicionado que se consideren necesarias, conforme a los criterios que la ley determine, teniendo en cuenta las necesidades de gasto y la capacidad fiscal de los entes locales.

Es, pues, una regulación a todas luces insuficiente, escasamente ambiciosa, en la que la remisión constante a la ley impide proyectar la rigidez de la norma estatutaria a una regulación más exhaustiva y original del régimen local propio de Aragón, que suponga la efectiva interiorización del mismo en el ámbito autonómico.

En lo que respecta al *nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León*, cabe indicar que, frente a la parquedad de referencias incluidas en su predecesor, la norma institucional básica de esa Comunidad Autónoma, aprobada en 2007, dedica íntegramente su Título III a la organización territorial de la Comunidad Autónoma. No obstante, dicha regulación no destaca precisamente por su carácter innovador, habida cuenta de sus constantes e indeterminadas remisiones al legislador, que cuenta así con un amplísimo margen de libre disposición, a este respecto. Así sucede en lo que a la determinación de las competencias propias de los municipios se refiere, evitándose señalar las materias sobre las que las mismas recaerán (art. 45.2). En todo caso, se reconoce su iniciativa en toda materia de interés local que no esté excluida de su intervención, por ser de la competencia estatal o autonómica (art. 45.3). La organización y el régimen jurídico de las comarcas que se creen también se remite a la ley (art. 46.4). Y nada significativo se dice de la provincia, que no sea reiterativo de lo que ya señala la Constitución y la legislación estatal (art. 47). Se contempla la delegación y transferencia de competencias de la Comunidad Autónoma a las entidades locales, por ley de las Cortes autonómicas aprobada por mayoría absoluta (art. 50); y la creación de un Consejo de Cooperación Local (art. 51), a través, también de ley.

En fin, como cabe observar, se trata de una regulación más bien descriptiva, reacia a tomar decisiones de calado que supongan el fortalecimiento efectivo, garantizado estatutariamente, de la autonomía local.

Y, por último, cumple referirse al *nuevo Estatuto de Autonomía de Extremadura*, que dedica su Título IV a la organización territorial de la Comunidad Autónoma, sin efectuar, tampoco, una regulación original de la materia. Se desaprovecha así la oportunidad que ofrece la redacción de la nueva norma institucional básica, a este respecto. En consecuencia, las referencias sumarias que se efectúan, con un propósito meramente definitorio, a los municipios (art. 54), las provincias (art. 56), en su caso, las comarcas (art. 57) y demás entidades locales menores (art. 58), se limitan a reiterar lo estipulado en la legislación básica del Estado. En todo caso, cualquier desarrollo ulterior se fía a lo que disponga la ley autonómica, sin que el Estatuto incluya determinaciones propias de contenido impuestas a aquélla. Así, destacadamente, será por ley

de la Asamblea extremeña cómo, en su caso, se transferirá o delegará a las entidades locales de Extremadura «facultades sobre materias de competencia de la Comunidad Autónoma», con la correspondiente previsión de medios financieros, personales y materiales (art. 59.3). Y habrá de ser, también, una ley de la Asamblea la que establezca, cuando proceda, un fondo de finalidad incondicionada, dotado a partir de los ingresos tributarios de la Comunidad, el cual se distribuirá entre los municipios, teniendo en cuenta su población, sus necesidades de gasto y su capacidad fiscal (art. 60.2).

* * *

En suma, de resultas de lo expuesto cabe concluir afirmando la muy diferente ambición inspiradora de las diversas reformas estatutarias emprendidas, en lo que se refiere a la ordenación de la materia «régimen local». Sobresalen, sin duda, las regulaciones de Cataluña y Andalucía, dado su carácter decididamente exhaustivo y su voluntad de reforzar la posición de los gobiernos locales, promoviendo una efectiva inserción de los mismos en el orden autonómico. Aún así, es de temer que los efectos jurídicos de la STC 31/2010 supongan una restricción considerable de su alcance. A su vez, han de destacarse las determinaciones, de finalidad más parcial, que introduce el Estatuto de Illes Balears, las cuales muestran un interés específico por realzar la posición asignada a los gobiernos locales intermedios en la ordenación institucional y competencial de la Comunidad Autónoma. Sin embargo, las aportaciones de los Estatutos de la Comunidad Valenciana, Aragón, Castilla y León y Extremadura son, en sí mismas, notablemente menos relevantes, ya que, más allá de la fijación de unos principios generales, sólo implican un llamamiento a la actuación del legislador autonómico, a fin de que se éste quien desarrolle, con gran margen de autodeterminación, lo que en aquéllos se enuncia, de forma meramente programática.

Una República Vasca (y Catalana) en un contexto federal. Reflexiones sobre nuevos escenarios en la crisis del Estado de las Autonomías

Íñigo Bullain

Profesor de Derecho Constitucional y Europeo
Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

SUMARIO: Introducción. 1. El Estado autonómico en crisis. 2. Desautonomización en el marco de la Unión Europea: 2.1. Déficit participativo de las CCAA en materias de la UE al interior del Estado. 2.2. Las Comunidades Autónomas en las Instituciones Europeas. 3. Asimetría vasca y catalana en un horizonte federal.

INTRODUCCIÓN

Este artículo ofrece una reflexión en torno a la crisis del Estado autonómico y especula tras el final de la violencia de ETA¹ con la perspectiva de una alternativa política en clave federalista. Aunque suele ser habitual que la reflexión académica obvie la existencia de diferentes identidades nacionales al encarar el análisis del marco constitucional y la problemática autonómica, sin embargo, resulta evidente la existencia de un dispar comportamiento político en España y en el País Vasco —y en menor medida también en Catalunya— que se expresa en antitéticas y contradictorias mayorías electorales. A lo largo de los años, las mayorías nacionalistas vascas han solido aproximarse al criterio con el que se identifica una clara mayoría cualificada: (60%). Mientras que en España los dos partidos dominantes, PP y PSOE, recogen alrededor del 90% del voto, en el País Vasco estas dos fuerzas habitualmente son minoritarias². En concreto,

¹ Una reflexión en torno a un nuevo escenario político en el País Vasco en BULLAÍN, I., «The Basque Republic», en diario *Deia* de 25/10/2011.

² Salvo en las últimas legislaturas en las que como consecuencia de los efectos de la Ley de Partidos los resultados han sido otro. La composición actual del parlamento autonómico y la mayoría política que sostiene al Gobierno vasco desde 2009 está directamente relacionada con la prohibición de los tribunales a concurrir a las elecciones impuesta sobre el denomi-

en 2011 con ocasión de las pasadas elecciones municipales y forales, apenas han contado con el respaldo de 1/3 del electorado. Por el contrario, las fuerzas soberanistas vascas, PNV y Bildu, han obtenido en la Comunidad Autónoma Vasca mayorías cercanas a los 2/3. Tras treinta años de complicada andadura la fórmula de «café para todos» empleada para diluir y sofocar la voluntad autonómica de Euskadi y Catalunya ha conducido al Estado de las autonomías a una situación crítica. Este artículo tratará de presentar los motivos que han conducido a esa situación de crisis y plantear algunas alternativas; en particular desde la perspectiva del contexto político vasco, aunque también considero que la realidad política catalana demanda una solución particular. El desarrollo de un modelo federal asimétrico para dar cabida a sendas repúblicas vasca y catalana podría constituir una alternativa provisional al creciente deterioro del modelo autonómico y a su pálido futuro. La mayoritaria voluntad soberanista en el País Vasco, que también va aumentando en Catalunya, podría encontrar una solución de compromiso en el marco de una federación asimétrica.

A lo largo de estas décadas en democracia la realidad política española ha venido expresando con bastante nitidez la existencia de al menos dos complejas realidades nacionales: una común a una mayoría de españoles y otra particular a vascos y catalanes. Aunque también otras Comunidades Autónomas se reconocen como nacionalidades, la identidad nacional gallega, andaluza, canaria o aragonesa no está mayoritariamente tan afirmada como en Euskadi y Catalunya, y en todo caso sus nacionalismos se aproximan a un paradigma de doble identidad que comparten con la española.

Mientras que en España puede hablarse de una minoría nacional vasca y catalana, en el País Vasco o en Catalunya puede decirse que existe una minoría nacional española³. La coexistencia simultánea de esas dos mayorías y minorías parece plantear la necesidad de acometer un trabajo de reflexión que asumiendo esa paradoja —quien forma parte de una mayoría en un espacio político resulta también minoritario en otro ámbito— intente también ofrecer soluciones para una convivencia democrática. Desde mi punto de vista, el federalismo de carácter asimétrico ofrece un marco conceptual adecuado al desarrollo

nado Movimiento de Liberación Nacional Vasco (MLNV) dada su conexión con la violencia de ETA. Su ausencia dejó al nacionalismo vasco en minoría por primera vez desde 1980. En 2011 tras su ruptura con la estrategia de la violencia el Estado permitió a la izquierda abertzale concurrir a las elecciones locales integrada en una coalición electoral denominada Bildu. Véase Archivo de resultados electorales del Departamento de Interior del Gobierno vasco en donde pueden consultarse los resultados de todas las elecciones celebradas en la Comunidad Autónoma desde 1977. También pueden consultarse los comicios celebrados durante el periodo de la II República. www.euskadi.net/elecciones.

³ En Catalunya existe un sentimiento de considerar la catalanidad como una manera de ser español, mientras que en el País Vasco el ligamen entre vasquidad y españolidad cuenta con menor arraigo. En Euskadi la perspectiva dominante es más bien una disyuntiva: o vasco o español. La tradición histórica vasco-iberista por el contrario hacía de los vascos representantes de los españoles originarios.

de una ingeniería constitucional imaginativa que ofrezca a los diversos proyectos nacionales un marco, al menos transitorio, de cohabitación pacífica y democrática. De momento, sin embargo, es el horizonte independentista la perspectiva que va ganando terreno dado el grado de descrédito que el modelo autonómico —realmente existente— ha ido acumulando en Euskadi y Catalunya.

Después de décadas de demora reformista durante las que una modificación constitucional fue sistemáticamente rechazada en España por los dos partidos mayoritarios, en el horizonte político se vislumbra la perspectiva de una disyuntiva: o el nacionalismo español se compromete finalmente a garantizar a Euskadi y Catalunya la posibilidad de desarrollar sus voluntades de autogobierno sin el actual corsé constitucional o se enfrentará a la alternativa de gobernar en Euskadi y Catalunya como si se trataran de una suerte de Protectorados españoles. Es decir, someter las mayorías parlamentarias vascas y catalanas que reclaman más autogobierno a lo que disponga una mayoría en las Cortes de Madrid. La frustración asociada a ese escenario alimentará probablemente aún más la perspectiva de la secesión.

Tras el anuncio de ETA del cese definitivo de la actividad armada⁴ y el fin de la estrategia político-militar que ha condicionado durante medio siglo la vida política, la legitimidad de las decisiones del Parlamento Vasco sobre el autogobierno contarán en el futuro con unas credenciales democráticas distintas a las que acompañaron al denominado «Plan Ibarretxe». Entonces la mayoría parlamentaria favorable al Proyecto de Nuevo Estatuto Político de Euskadi se alcanzó con el respaldo de algunos representantes del MLNV (Movimiento de Liberación Nacional Vasco) entonces una organización político-militar⁵. Por el contrario, tras el final de la violencia, las decisiones sobre la reformulación democrática del autogobierno vasco contarán con mayorías parlamentarias probablemente más amplias y legítimas. Difícilmente podrá la minoría nacional española en el País Vasco pretender impedir el debate político, negar a la mayoría nacional vasca su derecho democrático a tomar decisiones sobre el autogobierno o limitarla «sine die» al marco autonómico actual. Una mayoría parlamentaria en Madrid, aunque constitucionalmente necesaria, no equivale a una legitimidad políticamente suficiente «ad aeternum» si está enfrentada a la voluntad autóctona mayoritaria en Euskadi. Por otro lado, tampoco podrá obviar la mayoría soberanista vasca a la minoría vasco-española presente en el Parla-

⁴ Durante los días de celebración del Congreso Internacional «Los caminos del federalismo y los horizontes del Estado autonómico» celebrado en Bilbao entre el 19 y 21 de octubre de 2011, ETA anunció «el cese definitivo de la actividad armada» tras más de 50 años de violencia. Este comunicado largamente esperado por la sociedad vasca y española representa el inicio de un nuevo ciclo político del que es presumible esperar un nuevo estatus político para Euskadi. Véase contenido del comunicado de ETA en diario *Deia* de 20 de octubre de 2011.

⁵ En torno a la violencia política en el País Vasco, véase BULLAIN, I., *Revolucionarismo Patriótico. El Movimiento de Liberación Nacional Vasco. Origen, ideología, estrategia y organización*, Madrid, Tecnos 2011.

mento vasco o ignorar a la mayoría política representada en el Parlamento español, presumiblemente dominada por el PP tras las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011. En consecuencia, el escenario político de los próximos años se presenta bastante complicado.

Salvo para algunos empecinados en hacer de la Constitución de 1978 una barrera infranqueable, el marco actual del Estado autonómico no parece ser ni remotamente el molde más adecuado para acomodar el futuro político del País Vasco (y tampoco el de Catalunya). Sin embargo, la vía de la reforma estatutaria parece más bien cerrada tras la reciente sentencia sobre el Nou Estatut de Catalunya. En una sentencia muy criticada el Tribunal Constitucional ha negado la posibilidad de desarrollo autonómico que planteaba el Parlament catalán, apoyado por un 90% de sus diputados y ratificado posteriormente en referéndum por el pueblo de Catalunya. Si no cabe que desde la reforma del estatuto de autonomía se profundice en el autogobierno autonómico blindando las competencias autonómicas, entonces, ¿qué?

Desde mi punto de vista, resulta un derecho democrático que asiste a una comunidad política el reclamar un acuerdo político que modifique el actual marco constitucional. Si así lo desea una amplia mayoría en una Comunidad Autónoma (una realidad política limitada a Euskadi y Catalunya) el paradigma de hacer posible el desarrollo del autogobierno autonómico (vasco y catalán), sin que esos márgenes queden sujetos a los estrechos límites constitucionales marcados hasta la fecha por las decisiones del Tribunal Constitucional, conduce a un nuevo Acuerdo constitucional para Euskadi y Catalunya. Para amplias mayorías vascas y catalanas los límites constitucionales actuales se interpretan muy angostos. Aunque de momento la mayoría en las Cortes españolas ha preferido evitar dar una respuesta política y jurisdiccionalizar el asunto, las relaciones de esas dos comunidades con el Estado español demandan ser objeto de un particular acuerdo bilateral con el Estado. En lugar de pretender someter la autonomía vasca y catalana a la disciplina de un sistema multilateral de «café para todos», sostenido en un modelo de regionalismo cooperativo homogéneo cuya referencia es Alemania, en mi opinión, se ajusta mejor a la realidad política favorecer una solución asimétrica. Se trataría de impulsar un modelo de doble velocidad más próximo al modelo canadiense sostenido en sendos marcos políticos autónomos reconocidos a Catalunya y Euskadi y un marco general para el resto de autonomías. Un Acuerdo Federal con las repúblicas de Euskadi y de Catalunya podría integrar en su caso, un arreglo de las provincias vascas con Navarra⁶. Asimismo, las relaciones bilaterales entre Euskadi y Catalunya y la proyección exterior de esas repúblicas autónomas serían garantizadas por un acuerdo político con el Estado.

⁶ Con el apoyo de una mayoría de navarros, pudiera articularse un espacio político común en una suerte de Confederación vasco-navarra. Es significativo que las dos únicas Comunidades Autónomas, donde hay un acuerdo político entre PP y PSOE, sean Euskadi y la Comunidad Foral de Navarra.

En torno a este panorama alternativo, con particular atención al marco europeo y en una perspectiva de federalización asimétrica discurrirá este trabajo sobre la crisis y el futuro del Estado autonómico.

1. EL ESTADO AUTONÓMICO EN CRISIS

Los estados federales y los sistemas federativos son casi sin excepción modelos democráticos avanzados y políticamente cooperativos. El Estado autonómico parcialmente constitucionalizado en 1978 y desarrollado durante más de 30 años aunque cuenta con algunos rasgos que lo aproximan, no puede, ni teórica ni prácticamente, equipararse a un modelo federal. Si bien algunas características de las federaciones están presentes en la España de las Comunidades Autónomas, sin embargo, y a pesar de las pretensiones de un sector de la doctrina por asimilar la realidad a una Federación, el Estado de las autonomías es más bien un Estado unitario regionalizado. La escasa participación de las CCAA en la gestión del poder central del Estado así lo demuestra. La combinación entre *self-rule* y *shared rule* característica del federalismo está en España muy débilmente desarrollada. El Estado de las autonomías supone sin duda un indudable avance en relación al Estado centralista de la dictadura franquista y a otras fórmulas anteriores del liberalismo decimonónico. A pesar de las graves imperfecciones que aquejan a su modelo democrático una España autonómica representa también un avance frente a al breve y convulso periodo de la II República española. Pero estos logros no significan que el modelo autonómico actual resulte un éxito sin paliativos. De hecho amplias mayorías políticas lo rechazan en Euskadi y Catalunya. De ahí que no quepa sino especular con otros modelos que puedan adaptarse mejor a las diversas voluntades políticas presentes en la compleja realidad española.

El modelo autonómico desarrollado en Italia y en España tiene su origen en la Constitución austríaca de inspiración kelseniana. Pero mientras que en EE.UU. o en Suiza la pretensión federal fue reconocer poderes al Centro político, en España e Italia el objetivo de la regionalización fue dotar de poder autónomo al ámbito subestatal. En la práctica federal o regional, en especial en el marco de la Unión Europea, no existen apenas espacios estancos de competencia sino que lo habitual es la concurrencia de diferentes niveles de poder sobre los mismos sectores materiales. Los problemas que plantea la imputación múltiple son complejos y la falta de acuerdos políticos ha procurado que el Tribunal Constitucional asuma tareas que no le corresponden tales como la delimitación de las bases, funciones u objetivos competenciales. Dada que tampoco en la composición del Senado hay una participación directamente reconocida a las Comunidades Autónomas, los intereses del Poder Central representados por PP y PSOE se reflejan mayormente en la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional en cuya composición sólo participan representantes del Poder Central. Como resulta evidente no sólo las garantías jurisdiccionales, también

las garantías políticas a través del Senado o las relaciones intergubernamentales entre partidos están deficientemente desarrolladas y se combinan en perjuicio de las CCAA. Una de las consecuencias de esta combinación de factores es que el prestigio del Tribunal Constitucional ha quedado gravemente dañado.

Desde 1986 España es un Estado Miembro de la Unión Europea. La adaptación a un marco supraestatal ha implicado profundos cambios, también en lo que se refiere al Estado autonómico. Sin embargo esas alteraciones se han dado sin recurrir a reformas constitucionales. Como resultado existe una grave disparidad entre lo que el texto de la Constitución de 1978 dice y lo que es la realidad constitucional. Tras el impacto de los tratados europeos y sus reformas puede hablarse de auténticas mutaciones constitucionales. Algo semejante, aunque parcialmente atenuado tras las reformas de algunos estatutos de autonomía, puede decirse en relación a los marcos autonómicos que también han experimentado profundas alteraciones como consecuencia de que con los tratados europeos y sus reformas muchas de las materias autonómicas se hayan convertido en materias de la Unión Europea, sin que esas alteraciones hayan dado lugar a cambios formales en los textos. Al reparto de poder del Estado autonómico entre el Poder central y las Comunidades Autónomas hoy hay que añadir el nivel de poder del centro político europeo. En consecuencia, el diseño del reparto territorial de poder característico de los modelos federales y también del Estado autonómico tiene necesariamente que adaptarse a esa realidad multinivel. Pero el sistema desarrollado en torno a las Conferencias Sectoriales es muy deficiente y se ha producido una desautonomización en favor del Poder Central que a través de su posición dominante en el proceso de toma de decisiones europeo se ha hecho con el control de muchas de las funciones y competencias autonómicas.

Una reforma federal que convirtiera al Senado en una Cámara para la representación de las Comunidades Autónomas, al que además se dotara de unas funciones y competencias que ahora no tiene, podría servir no sólo para mejorar la posición de las CCAA en la gestión del Estado, sino también para favorecer la posición de las CCAA en el marco europeo. El modelo alemán del Bundesrat de federalismo ejecutivo de cooperación sin duda representaría un avance desde la actual situación de marginalidad autonómica en la gestión del Estado y en la participación en asuntos europeos. Sin embargo, esa alternativa debe, a mi juicio, perseguirse sin perjuicio de un cambio paradigmático para el encaje del autogobierno de Catalunya y Euskadi en el Estado y en la UE. El modelo de federalismo multilateral entre el Poder Central y las Comunidades Autónomas en el marco de la Unión Europea no sirve para Catalunya y Euskadi cuyas realidades políticas nacionales son diferentes y no asimilables al resto de CCAA. Una reforma federal sería la consecuencia de un previo reconocimiento de las específicas realidades nacionales de Euskadi y Catalunya y conllevaría a que el Estado mantuviera tres órdenes federativos. Uno común con la mayoría de las CCAA, otro con Catalunya y otro con Euskadi.

No puede obviarse el pensamiento orteguiano de que las circunstancias resultan inseparables del momento analítico. La crisis que golpea a Europa y par-

ticularmente a España es una seria amenaza para el Estado autonómico. La situación presupuestaria y el futuro socio-económico de algunas Comunidades Autónomas es dramática. La responsabilidad partitocrática e institucional en ese deterioro no puede obviarse. La delirante gestión de muchas de las Cajas de Ahorro bajo control autonómico es una prueba del descontrol político en el Estado autonómico. Como también lo es de la falta de responsabilidad de las instituciones de control del Estado que han obviado sus funciones tutelares y permitido que la especulación y el fraude saquearan el patrimonio de generaciones de ahorradores. Sólo desde el paradigma de descontrol sistémico que ha dominado el Estado autonómico en nombre del Mercado y la corrupción pueden hacerse inteligibles los desmanes y la ausencia de crítica político-mediática. Una suerte de delirio narcisista de autocomplacencia ha dominado durante años la vida política al que en buena medida el mundo académico se ha prestado a dar cobertura. Los efectos devastadores de la crisis sobre el poder público tendrán serias consecuencias sobre el Estado autonómico y su reconfiguración en los próximos años vendrá de la mano de las mayorías que el Partido Popular gestiona en la casi totalidad de CCAA y próximamente también, según parece, en el Poder central⁷. Según parece la recentralización de competencias y la privatización de servicios serán algunos de los ejes de la futura política autonómica.

Precisamente el déficit financiero que acompaña a la autonomía regional se traduce en posibilidades que el Poder Central suele utilizar para recortar la autonomía normativa. La pérdida de autonomía en favor de los poderes centrales es una constante en los sistemas descentralizados particularmente desde la II Guerra Mundial. En el marco de la Unión Europea la autonomía regional tiende a proyectarse en tanto que autonomía con funciones de ejecución de normas y programas de niveles de poder superiores, tanto del Estado o de la UE. El proceso de devaluación autonómico no sólo se ha venido desarrollando al hilo del proceso de integración europeo, también en el marco constitucional se ha producido un deterioro muy notable. La Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Nou Estatut de Catalunya constituye una suerte de mojón que marca los límites para el autogobierno autonómico⁸. Los intentos por

⁷ En vísperas de las elecciones generales de 20 de noviembre de 2011 las encuestas dan una mayoría absoluta al PP en el Parlamento español. Véase diario *El País* de 16/10/2011.

⁸ A diferencia de la jurisprudencia recogida en anteriores sentencias como la 247/2007 sobre reforma del estatuto valenciano, el Tribunal Constitucional según lo dispuesto en la Sentencia 31/2010 niega la posibilidad de que los estatutos de autonomía puedan concretar competencias autonómicas y de esa manera también las competencias estatales. Según la sentencia en torno a la supraterritorialidad del Guadalquivir prevista en la reforma del estatuto de Andalucía el Estado. puede disponer de todas las materias, incluso sobre aquellas de titularidad autonómica. Además, las leyes autonómicas tendrán que ajustarse a lo dispuesto por el legislador ordinario. En opinión de una mayoría de juristas catalanes asistimos a una desafortunada decisión que marca al cierre del modelo autonómico a las pretensiones de reformas estatutarias. Véase *Revista catalana de dret públic 2010*. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006.

evitar, a través de una reforma estatutaria, que la asignación competencial continuara discrecionalmente en manos del legislador central, y que a través de la concreción competencial en el texto autonómico pudieran «blindarse» las competencias ha sido rechazada por el TC, quién además se ha proclamado único interprete del reparto competencial⁹. El objetivo de mejorar así la calidad de las competencias, es decir de la autonomía política ha sido nítidamente rechazado. La sentencia sobre el Nou Estatut en consecuencia favorece un modelo simétrico de Estado autonómico al impedir que a través de reformas estatutarias los texto autonómicos puedan mejorar y modular la calidad del autogobierno. Por otra parte la crisis económica y la mayoría política del PP en las Cortes y en la mayoría de parlamentos regionales parece favorecer la recentralización del modelo autonómico.

El Poder central ha sido el gran beneficiario de la intervención del legislador ordinario. La falta de participación de las Comunidades Autónomas en la gestión del Poder Central del Estado ha propiciado que el legislador ordinario representado por PP y PSOE haya ido reduciendo el poder político autonómico. En esa paciente tarea de recentralización el legislador ordinario ha empleado diversos mecanismos. Por un lado ha hecho un uso abusivo de los Reales Decretos para expandir las bases competenciales de las materias y funciones del Poder Central. Además, ha utilizado algunos títulos horizontales como el previsto en el art. 149.1.13 «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» para recentralizar competencias de titularidad autonómica. También se ha aprovechado de la falta de recursos financieros propios de las CCAA para condicionar mediante sus aportaciones económicas las políticas autonómicas. Asimismo ha recurrido al criterio de la supraterritorialidad para expandir sus competencias o a concretar en detalle el marco normativo de las directivas europeas eliminando conforme a esa manera de entender la transposición la función de desarrollo normativo de las CCAA. También ha empleado la reserva en materia de ley orgánica para eliminar las Cartas de derechos autonómicas aduciendo exclusividad sobre la regulación de derechos fundamentales¹⁰.

⁹ La importante labor jurisprudencial en la configuración del Estado autonómico tiene que ver con la falta de precedentes en la breve historia constitucional española. A la existencia de poderes superpuestos, central y autonómicos, se ha sumado la más reciente aparición de un poder europeo. Aunque no se reconozcan varios centros de soberanía, la definición y configuración de las competencias estatales, autonómicas y europeas no le corresponde en exclusiva al legislador ordinario o al Tribunal Constitucional. Sin embargo, en la Sentencia 31/2010 reiteradamente citada el TC realiza afirmaciones tan rotundas como que: «el estatuto de autonomía no puede delimitar competencias» «es una ley más», «el legislador ordinario no está limitado negativamente por los estatutos» o que «el constituyente hizo una labor perfectamente acabada».

¹⁰ Algunas cuestiones como las Declaraciones o Cartas de derechos contenidas en los reformados estatutos de autonomía, han sido interpretadas como anticonstitucionales por el TC para quien no caben en el marco estatutario sino en el del legislador ordinario salvo si se limitan a copiar o plagiar lo ya dispuesto. Las declaraciones de derechos se interpretan como

Aunque en el marco del Estado de las autonomías el gasto público en manos de las CCAA se aproxima a un tercio y junto al que está en manos de las administraciones locales casi representan la mitad del conjunto del gasto público del Estado, el desarrollo de las relaciones intergubernamentales no está a la altura del marco autonómico¹¹. Las Conferencias Sectoriales que han venido surgiendo desde los años ochenta y que han florecido durante las últimas décadas son dependientes de la voluntad del Poder Central tanto en lo que se refiere a su convocatoria como a la agenda¹². Ese papel dominante ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional. En consecuencia el Poder Central ha favorecido este tipo de foros multilaterales cuya función principal es el reparto de dinero entre las CCAA en detrimento del desarrollo de Comisiones Bilaterales, Poder Central/Comunidad Autónoma. Ha sido especialmente, tras las reformas estatutarias de la década de 2000, en particular los Estatutos de Catalunya o de Andalucía, cuando se ha previsto la bilateralidad para las relaciones con la Administración Central¹³. En concreto el Nou Estatut prevé la bi-

afirmaciones de un poder constituyente estatutario que atribuyen. También la cuestión de la ciudadanía autonómica plantea dificultades dado que se exige ser español y vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma. Precisamente las condiciones de dicha vecindad se regulan en una ley estatal (Ley Orgánica del Régimen Local) cuyos plazos se establecen por el Poder Central. Se posibilita así que sea la voluntad ajena a la Comunidad Autónoma la que pueda modificar los criterios de ciudadanía autonómica.

¹¹ Véase ARBÓS, X. (coord.); COLINO, C.; GARCÍA MORALES, M.J.; PARRADO, S., *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico. La posición de los actores*, IEA, Barcelona, 2009.

¹² El sector de la agricultura y pesca en el marco de los asuntos europeos es el que con mayor frecuencia da lugar a la celebración de reuniones. La Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea establecida en 1989 y denominada (CARUE) desde abril de 2010 con sede en el Senado es la más importante. Las CCAA han obtenido algunos derechos de información, participación y representación en materias comunitarias que han dado lugar a la adopción de algunas posiciones comunes, como a la presencia de algunos representantes autonómicos en las delegaciones españolas ante el Consejo de Ministros de la UE. Se viene empleando un sistema rotatorio cada seis meses y una coordinación a través de las Oficinas que las CCAA tienen en Bruselas y la intervención del Consejero para asuntos autonómicos adscrito a la representación Permanente de España ante la UE. Véase TAJADURA TEJADA, J., «Federalismo cooperativo y conferencias sectoriales. Marco normativo y propuestas de reforma», en *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 49, 2010.

¹³ En concreto, el Nou Estatut reconoce la bilateralidad como uno de los principios reguladores de las relaciones Generalitat/Estado e instituyendo en el art. 183 la Comisión Bilateral Generalitat/Estado como «marco general y permanente de relación entre el Gobierno de la Generalitat y el Gobierno del Estado». En el marco de dicha Comisión Bilateral se ha dispuesto una Subcomisión de Asuntos Europeos y Acción Exterior compuesto de dos Grupos de Trabajo: UE y Acción Exterior. Desde el año 2007 la Comisión Bilateral se ha venido reuniendo aproximadamente a un ritmo bimensual. El estatuto de Andalucía regula en el art. 220 la Comisión Bilateral Junta de Andalucía-Estado. En el art. 220.2.g) se establece entre sus funciones: El seguimiento de la política europea para garantizar la efectividad de la participación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en los asuntos de la Unión Europea. Excepcionalmente el Nou Estatut prevé la presentación de una Memoria anual al Parlament de Catalunya sobre la actividad de la Comisión Bilateral.

lateralidad como un marco general y permanente de rango estatutario. Como suele ser habitual la emulación de otras CCAA ante los pasos de Catalunya y previamente del País Vasco y Navarra con motivo de la foralidad ha traído como consecuencia que la bilateralidad se generalice y así deje de serlo.

En cuanto a la cooperación horizontal entre CCAA puede decirse que ha sido muy insuficiente, entre otros motivos por carecer de medios e infraestructuras que pudieran sostenerla, en particular por la carencia de medios en algunas CCAA. Sólo las relaciones intergubernamentales al máximo nivel —Conferencias de Presidentes— han contado desde su configuración en 2004 con el apoyo de tener como sede al Senado. En la medida en que en las relaciones intergubernamentales el papel de los partidos políticos resulta fundamental, en el marco del Estado autonómico el modelo de la multilateralidad a través del control de PP y PSOE domina sobre la bilateralidad institucional Estado/Comunidad Autónoma.

2. DESAUTONOMIZACIÓN EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

A finales de la década de los setenta del siglo pasado, España acometía la transformación de una dictadura nacional-católica; la transición de un régimen de rasgos corporativistas a una democracia parlamentaria. El aislamiento que acompañó al franquismo durante 40 años provocó un alejamiento con respecto al modelo de Estado que se desarrollaba en Europa y en consecuencia también en relación al proceso supraestatal de integración. De hecho, tal y como se refleja en el texto de la Constitución española de 1978 la perspectiva europea brilla por su ausencia. La incorporación de España a la CEE (Comunidad Económica Europea) apenas ocho años más tarde (1986) tampoco vino acompañada de ninguna reforma constitucional; como tampoco las sucesivas reformas de los tratados europeos (Acta Única, Tratado de Unión Europea, Amsterdam o Niza), ni más recientemente acompañando al Tratado de Lisboa, vinieron acompañadas de ninguna reforma constitucional. La adhesión a Europa tampoco se acompañó de reforma estatutaria alguna, a pesar de los notables efectos que el desarrollo del proceso de integración europeo va a tener sobre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Así, la Constitución española de 1978 no contiene ninguna referencia expresa a la Unión Europea salvo la recientísima mención a la UE recogida en la reforma del art. 135¹⁴. A los efectos de la distribución de materias entre la competencia del Estado y de la Unión Europea tan sólo en el art. 93 de la Constitución española se mencionaba «que mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitu-

¹⁴ BOE de 27/09/2011.

ción». En este mismo artículo se hace referencia a que «corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión». De hecho, salvo la ya mencionada reforma del art. 135 CE la mención a «organismos supranacionales» del art. 93 es la única referencia indirecta al proceso de integración europeo recogida en el texto constitucional. Tampoco la mayoría de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas redactados posteriormente, entre 1979 y 1982, contienen referencias a la entonces Comunidad Económica Europea. Puede advertirse tanto en el constituyente, como también en las elites políticas regionales responsables de los procesos estatuyentes, una evidente *ceguera europea*, que salvo alguna excepción como el Nou Estatut de Catalunya, y posteriormente el estatuto de Andalucía, aún se mantiene casi 30 años después.

Sin embargo, la sucesiva y constante atribución de nuevas materias en favor de la competencia de la Comunidad y de la Unión Europea se hace a costa de las competencias atribuidas a los Estados Miembros. En aquellos de estructura regional, como en el caso de España, las competencias del Estado que pasan a ser competencia de la UE están atribuidas en el orden interno tanto al Poder central como a las Comunidades Autónomas. Pero así como el Poder Central compensa la atribución europea de sus competencias mediante su posición en la estructura decisional comunitaria donde comparte con los representantes de otros Estados Miembros las decisiones sobre las materias compartidas a nivel europeo, las Comunidades Autónomas, por el contrario, asisten a un «juego de suma cero», pues, aunque en buena medida las materias europeizadas coinciden con materias de competencia regional, al carecer de instrumentos de participación y representación adecuados en la esfera comunitaria, monopolizados éstos por el Poder Central, la posición regional tiende a un debilitamiento creciente a medida que avanza el proceso de integración. No solo los ejecutivos de las Comunidades Autónomas pierden capacidad de decisión sobre las materias atribuidas a su competencia por la Constitución y sus respectivos Estatutos de Autonomía, sino que la pérdida de poder autonómico es particularmente severa en relación a los Parlamentos Autonómicos que asisten a un auténtico vaciamiento normativo en favor de las Instituciones europeas y de los órganos del Poder Central, quienes aprovechan la transferencia o atribución de materias regionales en favor de las Instituciones comunitarias, para pasar a tomar decisiones sobre las mismas en nombre del Estado en claro perjuicio de la capacidad de decisión que internamente se atribuye a las Comunidades Autónomas.

Evidentemente, este proceso de desautonomización como consecuencia de la integración europea, aunque afecta a todas las Comunidades Autónomas no es vivido con la misma intensidad por todas ellas. Algunas, particularmente el País Vasco y Catalunya padecen especialmente su marginación europea y plantean una problemática singular. No plantea la misma problemática una Comunidad Autónoma donde su ciudadanía se siente mayoritariamente identificada con la que representa el Estado, que aquellas donde existe un conflicto nacio-

nal identitario y cuyos gobiernos y administraciones autónomas suelen estar en manos de fuerzas políticas distintas a las dominantes en el Poder Central. Tampoco la valoración europea se comparte de igual manera cuando por ejemplo una de las lenguas regionales, i.e., catalán o euskara no cuentan con el reconocimiento europeo (como tampoco con el del Estado central). Además, otro elemento de divergencia es que los partidos de gobierno no son ninguno de los dos partidos españoles mayoritarios¹⁵. Asimismo, en el caso vasco además del conflicto político nacional ha venido actuando un movimiento revolucionario cuya ideología socio-comunista está enfrentada al modelo liberal parlamentario característico del proceso integrativo europeo¹⁶.

Además de la antes mencionada ceguera europea deben también advertirse otros motivos que influyen poderosamente sobre la posición de las Comunidades Autónomas en relación al proceso de integración europeo. Así, un factor importante para poder explicar la posición de las Comunidades Autónomas en relación a la Unión Europea deriva del *peso de los partidos políticos sobre la estructura regional*. En Estados regionalizados como Italia o España la lógica de partido se impone sobre la institucional. Los partidos dominantes, en España PP y PSOE, eclipsan la dialéctica Poder Central-Comunidades Autónomas, imponiendo sus criterios sobre los representantes regionales sujetos a la disciplina de partido. Sólo ocasionalmente los representantes regionales se han negado a acatar lo dispuesto por las cúpulas partidistas. En consecuencia el sistema de partidos domina el juego político-institucional. En federaciones como Alemania la lógica institucional coexiste con la de partido. El desarrollo del federalismo cooperativo en Alemania y el grado de institucionalización que ha alcanzado en el marco de la Ley Fundamental de Bonn es muy elevado. Dada la existencia de la CDU en Baviera y el acuerdo CDU/CSU para no competir en Baviera y en Alemania, la posición de Baviera al interior de la federación resulta ser particular. En Bélgica la no existencia de partidos belgas confiere al federalismo belga un rasgo característico. En España las mayorías electorales que alcanzan los partidos de ámbito vasco, catalán y navarro ofrecen a esas comunidades autónomas una posición especial¹⁷.

La posición de las regiones autónomas italianas o de las comunidades españolas en la gestión del Estado no es comparable al que disfrutaban los poderes federados en Alemania o Bélgica, bien a través del Bundesrat o de otros instrumentos de participación. En consecuencia la posición de unos o de otros en

¹⁵ En Catalunya durante más de 20 años gobernó Convergència i Unió. Tras un periodo de 8 años en que gobernó una coalición de tres partidos catalanes liderados por el PSC, un partido autónomo federado al PSOE, CiU recuperó en 2010 la mayoría parlamentaria y el Gobierno de la Generalitat.

¹⁶ Aún es muy pronto para advertir si la renuncia a la estrategia político-militar implicará la revisión de su ideología revolucionaria. Véase BULLAIN, I., *Revolucionarismo Patriótico*, op. cit.

¹⁷ HRBEK, R. (ed.), *Political parties and federalism: an international comparison*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004.

el marco de la Unión Europea es muy diferente. Mientras que los *länder* alemanes y las Regiones o Comunidades culturales belgas cuentan con reconocidos derechos informativos, de participación y de representación que evitan su marginación en el proceso de toma de decisiones, por el contrario esos derechos son mucho más débiles para regiones y comunidades autónomas cuya posición en Europa es claramente periférica. De ahí que la integración europea haya tenido unos efectos debastadores tanto para el *self-rule* como en relación al *shared rule* regional en relación a la UE¹⁸.

No hay duda de que es más fuerte la dinámica política que se sustenta en los partidos que la derivada de las instituciones regionales, y esto es debido a diferentes factores. De un lado, porque las estructuras regionales propias de las Comunidades Autónomas son una novedad —tan sólo Catalunya y el País Vasco contaron con anterioridad con experiencias de autogobierno autonómico hasta que la dictadura franquista terminó con ellas—. De otro lado, porque la estructura autonómica no viene acompañada de una representación y participación de las Comunidades Autónomas en la gestión del Poder Central del Estado. A diferencia de lo que ocurre en otros Estados federalizados como Alemania o Austria, donde los *länder* cuentan con un órgano —Bundesrat— que los representa y mediante el cual participan en la gestión del Estado —así como también en la toma de decisiones a nivel Europeo—, en España la posición de las Comunidades Autónomas es muy diferente, manteniéndose su marginalidad interna. Su participación sigue dependiendo del funcionamiento de diversas Conferencias Sectoriales, características de una relación administrativa entre órganos ejecutivos que funciona —cuando funciona— de una manera azarosa. En dicho funcionamiento la clave es la voluntad de los partidos políticos, por encima del papel institucional correspondiente a las CCAA. Salvo excepciones, las CCAA dominadas por el Partido Popular funcionan en bloque, y lo mismo ocurre con aquellas dirigidas por el Partido Socialista. Dado que ambos partidos son mayoritarios y dominan el gobierno de casi todas las CCAA, la posición que las CCAA manifiestan en relación a la mayoría de asuntos son decididas en sedes extra-comunitarias y se imponen a los representantes autonómicos. Además, el juego de partidos impone su lógica electoral y suele favorecer el trasladar el enfrentamiento inter-partidario a las relaciones inter-regionales.

2.1. Déficit participativo de las CCAA en materias de la UE al interior del Estado

En relación a la marginalización participativa de las CCAA en materias europeas pueden distinguirse dos etapas. Una primera que abarca desde la in-

¹⁸ Un estudio comparado sobre la posición de las entidades subestatales en la UE en BULLAIN, I., «Regioak europear integrazioan», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 71/2005, pp. 11-47.

corporación del Estado a la Comunidad Económica Europea en el año 1986 hasta los acuerdos de 2004, y otra segunda etapa, desde dichos acuerdos en adelante¹⁹.

2.1.1. 1986-2004

Durante mucho tiempo²⁰ las Comunidades Autónomas fueron marginadas casi completamente de los asuntos europeos. Aún hoy, 25 años después de la incorporación europea no cuentan con ningún reconocimiento constitucional relativo a derechos informativos, participativos o de representación. Puede decirse que a través de Europa una mayoría de las competencias autonómicas han caído en manos del Gobierno central, en buena medida, ante la indiferencia de las propias Comunidades Autónomas. El método empleado para vincular a las CCAA con la UE han sido las denominadas Conferencias Sectoriales, más en concreto, la CARCE (Conferencia sobre Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas) rebautizada en 2011 como CARUE (Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea)²¹. Sin embargo, tal y como la propia Administración Central ha reconocido no ha servido para incorporar eficazmente a las CCAA al proceso decisional²². Este carencia ha sido también puesta de manifiesto anualmente por el conocido Informe sobre Comunidades Autónomas²³.

¹⁹ Véase BULLAIN, I., «Role and Prospects of the spanish Self-governing Communities en Constitutions, Autonomies and the EU», en *Report of The Aland Islands Peace Institute*, n.º 3, 2008, pp. 19-41.

²⁰ Conforme a los Acuerdos de diciembre de 2004 suscritos entre el Gobierno central y las Comunidades Autónomas, los representantes de las CCAA podrán participar en algunos Consejos de Ministros de la UE, siempre al interior de la delegación española. Asimismo, dos representantes de las CCAA se incorporarán a la Representación Permanente de España.

²¹ El acuerdo de institucionalización de la CARCE es de 29 de octubre de 1992, BOE 241, de 8/10/93. El reglamento interno está recogido en el BOE 269, de 10/11/1994; actualmente, vigente conforme a BOE 189, de 8/8/1997. Desde su institucionalización se ha reunido en algo más de medio centenar de ocasiones, es decir, a un ritmo aproximado de una vez por semestre.

²² El Ministerio de Administraciones Públicas ha reconocido en varios documentos que el sistema a través de las Conferencias Sectoriales no ha servido para asegurar la participación de las CCAA en asuntos europeos. Véase BULLAIN, I., «Autonomy and the European Union», pp. 343-356, in SUKSI, M. (ed.), *Autonomy: Applications and Implications*, Kluwer Law International, 1998.

²³ Por ejemplo, en el informe publicado en octubre de 2004 correspondiente al año 2000, el relator sobre la CARCE subraya lo inadecuado del funcionamiento de la Conferencia. Véase ROIG, E., p. 508, en «La Conferencia para asuntos relacionados con la UE en el año 2000», en *Informe sobre Autonomías*, pp. 503-519. A finales de la década, el informe correspondiente al año 2009 recoge que por ejemplo en los años 2007 y 2008 ni tan siquiera se celebraron las dos reuniones anuales previstas legalmente por falta de *quorum*. Véase DONAIRE VILLA, F.J., *Informe CCAA 2009*, p. 691.

Durante esta primera etapa las Comunidades Autónomas recibieron información europea de una manera muy asistemática, y apenas pudieron adoptar decisiones conjuntamente²⁴. Por otro lado, la participación de las CCAA en la Unión Europea se limitó a algunos comités de la Comisión Europea²⁵. En dichos comités, la situación de las CCAA careció de formalización alguna en relación a los criterios conforme a los que configurar la posición de las CCAA; además resultaba frecuente que algunos de esos comités quedaran sin actividad o simplemente desaparecieran. Por otra parte, en relación al consejero autonómico en el seno de la Representación Permanente española, difícilmente puede interpretarse que, bien por sus funciones o debido a su nombramiento, pueda rigurosamente calificársele de representante autonómico sino más bien interpretar que se trataba de un consejero diplomático designado por la administración central para labores de intermediación con las administraciones autonómicas.

2.1.2. LOS ACUERDOS DE 9 DE DICIEMBRE DE 2004²⁶

El contenido de los Acuerdos²⁷ permite a las CCAA participar en cuatro de las nueve composiciones diferentes del Consejo de Ministros de la UE: 1) Agricultura y Pesca; 2) Medio Ambiente; 3) Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores; 4) Educación, Juventud y Cultura, que en 2009 se amplió también a otra formación: Competitividad/Consumo. Asimismo, la participación autonómica se trasladó a los grupos de trabajo del Consejo y al COREPER. Por consiguiente, representantes de las CCAA han podido participar en tanto que miembros de la delegación española en reuniones del CMUE conforme a un sistema de turnos semestrales. Además, dos funcionarios en tanto que representantes de las CCAA se han convertido en miembros de la Representación Permanente (REPRE), siendo su misión: de servir de enlace entre las Oficinas de Representación de las CCAA en Bruselas con el resto de miembros de la REPRE con objeto de facilitar información europea a las CCAA; seguir la participación autonómica en las Conferencias Sectoriales e informar de las negociaciones en Bruselas. En cualquier caso,

²⁴ Según este sistema, el Gobierno central exige la unanimidad a las CCAA, en su defecto no tiene por qué responder a las posiciones mayoritarias alcanzadas por aquéllas. Sobre el fracaso del sistema de 1994, véase ALBERTÍ ROVIRA, E., «Las regiones en la nueva unión Europea», en *Autonomías*, n.º 29, 2003, pp. 177-206, especialmente, p. 187.

²⁵ Se trata de entre 50-100 de alrededor de 350 comités de la Comisión Europea con funciones normativas para la aplicación de políticas comunitarias en donde funcionarios de las CCAA participan.

²⁶ Véase ROIG MOLÉS, E., «La Conferencia para asuntos relacionados con la Unión Europea en el año 2004», en *Informe Comunidades Autónomas, 2004*, pp. 602-623.

²⁷ Se trata de los siguientes acuerdos: Acuerdo sobre participación autonómica en las delegaciones españolas y Acuerdo sobre la Consejería para Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea y sobre la participación de las Comunidades Autónomas en los Grupos de trabajo del Consejo de la Unión Europea.

los acuerdos no son incompatibles con aquellas ías bilaterales que el Gobierno central pueda suscribir con algunas CCAA, manteniéndose a salvo los estatus especiales de Canarias, Ceuta y Melilla²⁸. Los acuerdos de 2004 deben situarse en el intento fallido de diseño de un nuevo marco autonómico, es decir, un proyecto ligado al establecimiento de la Conferencia de Presidentes autonómicos²⁹, a la reforma del Senado, y al proceso de reformas de algunos Estatutos de Autonomía³⁰.

Sin embargo, los nuevos estatutos de Autonomía de Andalucía y de Catalunya recogen derechos de información, participación en la formación de la voluntad del Estado y de decisión y representación en la UE, arts. 230-239 Estatuto de Autonomía de Andalucía y arts. 184-192 del Nou Estatut de Catalunya, así como una reserva de competencia para el desarrollo, la aplicación y la ejecución de la normativa de la UE cuando afecta al ámbito de sus competencias. En todo caso, cabe también resaltar que para los Parlamentos autonómicos la desautonomización como consecuencia de la dinámica europea es abrumadora. Apenas desarrollan normas europeas en materias que antes les correspondían competencialmente. Han sido básicamente las Cortes españolas quienes a través de la función normativa del poder ejecutivo se han ocupado de las tareas de desarrollo legislativo. Además hay que tener en cuenta que con frecuencia, tanto los reglamentos como las directivas comunitarias son bastante detalladas con lo que la función de desarrollo normativo de los Estados Miembros queda muy reducida en cuanto a su capacidad legislativa, y que el empleo que el Parlamento español hace del art. 149.1.13 de la Constitución española, que le autoriza a establecer las bases generales de la ordenación económica, le permite también limitar enormemente la función de los parlamentos autonómicos. Además, debe señalarse el escaso interés demostrado por estos parlamentos en relación a los temas europeos aunque hayan visto limitada enormemente su función legislativa³¹.

²⁸ Tal y como se recoge en los acuerdos: «lo establecido en el presente Acuerdo será de aplicación sin perjuicio de las especialidades derivadas del régimen de integración específico de Canarias, así como del régimen comunitario especial de Ceuta y Melilla».

²⁹ Se han celebrado cuatro Conferencias de Presidentes autonómicos: en 2004/05/07 y 2009.

³⁰ En concreto el Nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007 recoge en el Capítulo III del Título IX, arts.230-239, las relaciones con las instituciones de la UE. En su art. 1.4 se recoge expresamente que: La Unión Europea es ámbito de referencia de la Comunidad Autónoma, que asume sus valores y vela por el cumplimiento de sus objetivos y por el respeto de los derechos de los ciudadanos europeos.

³¹ Los parlamentos autonómicos suelen aprobar una media de una docena de leyes al año. Así en el anteriormente citado Informe sobre Comunidades Autónomas del año 2000, se recoge que, mientras Catalunya —primera del ranking— aprobó 23 leyes, Euskadi tan solo aprobó 4, Galicia 5, Andalucía 1 y Navarra 20. Canarias, Cantabria o La Rioja 7 respectivamente. Por su parte en ese mismo año, el Senado español aprobó 14 leyes y 50 Tratados internacionales. Al final de la década, en 2009, salvo las CCAA con nuevos estatutos como Catalunya que aprobó 26, otras como el País Vasco con un estatuto viejo y que había celebrado elecciones autonómicas tan sólo aprobó 3; mientras que Madrid con 10 se aproxima a la media general de elaboración legislativa. El Estado, por su parte, aprobó en 2009 46 normas con rango de ley.

Aún es demasiado temprano para poder valorar los efectos que las disposiciones previstas en el Tratado de Lisboa, en particular el Protocolo n.º 1 sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la UE, pudiera tener sobre los parlamentos regionales³². En concreto, Bélgica ha establecido la precisión de que, en virtud de su Derecho constitucional, tanto la Cámara de Representantes y el Senado del Parlamento Federal como las Asambleas Parlamentarias de las Comunidades y Regiones actúan, en función de las competencias ejercidas por la Unión, como componentes del sistema parlamentario nacional o Cámaras del Parlamento nacional³³. De momento, en España, conforme a una nueva ley el Congreso y el Senado, tan pronto como reciban una iniciativa legislativa de la UE, la remitirán a los parlamentos de las CCAA quienes dispondrán de un plazo de cuatro semanas para emitir un dictamen motivado³⁴. En esa línea y en relación a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, el nuevo Estatuto de Andalucía recoge expresamente en su art. 237 que: «El Parlamento de Andalucía será consultado previamente a la emisión del dictamen de las Cortes Generales sobre las propuestas legislativas europeas en el marco del procedimiento de control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que establezca el Derecho Comunitario». De forma similar a lo dispuesto en el art. 188 del Nou Estatut de Catalunya donde se recoge también la participación del Parlament catalán en los procedimientos de control de subsidiariedad y proporcionalidad. Sin embargo, según parece deducirse de la Red de Seguimiento de la Subsidiariedad (RSS), los dictámenes que conforme a los procedimientos de alerta parlamentaria algunas asambleas legislativas regionales, como el Parlament de Catalunya, dirigen a la Comisión Mixta Congreso-Senado sobre materias de la UE que afectan a competencias autonómicas no está funcionando de manera eficaz³⁵.

³² En dicho Protocolo se reconocen derechos de información y de participación a los parlamentos nacionales en el marco del proceso de decisión comunitario.

³³ Declaración n.º 51, del Reino de Bélgica, relativa a los Parlamentos nacionales.

³⁴ Ley 24/2009, BOE de 23/12/2009, donde se adapta la Ley 8/1994, de 19 de mayo, en la que se regula la Comisión Mixta para la UE adaptada al Tratado de Lisboa. Por su parte, el art. 4 del protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la UE establece un plazo de ocho semanas entre la fecha en que se transmite un proyecto de acto legislativo y la fecha en que se incluya en el orden del día provisional del Consejo de Ministros de la UE.

³⁵ PALOMARES AMAT, M., «La participación del Parlamento de Cataluña en la aplicación y el control del principio de subsidiariedad», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 38, 2011. El autor sugiere una participación activa de la CALRE (Conferencia de Asambleas Legislativas Regionales Europeas) y unas medidas correctoras para evitar el riesgo de banalización del procedimiento.

2.2. Las Comunidades Autónomas en las Instituciones Europeas

Vamos ahora a tratar de ofrecer un breve panorama de cual es la presencia de las CCAA en las instituciones de la Unión Europea. Téngase en cuenta que según lo dispuesto en el Tratado de Lisboa, art. 4.2 TUE: «la Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional». Comenzaremos el análisis por aquel órgano donde cuentan con una representación consolidada —el Comité de las Regiones— y proseguiremos con su presencia en otras instituciones como el Parlamento, Consejo de Ministros o Comisión Europea.

2.2.1. EL COMITÉ DE LAS REGIONES

Se trata de un órgano que no alcanza la categoría de Institución comunitaria y ocupa una posición periférica en el entramado decisional. Tiene la condición de órgano consultivo sobre algunas materias, y fue creado con ocasión del tratado de Maastricht en 1992. A pesar de su denominación, la mayor parte de sus miembros no representan a regiones sino a una variada tipología de entidades locales. El Tratado de Funcionamiento de la UE regula la composición y funciones del Comité de las Regiones en los arts. 305-307. Por su parte el art. 13.4 del Tratado de la Unión Europea reconoce al Comité de las Regiones una función consultiva y de asistencia al Parlamento, la Comisión y al Consejo. Desde su origen en Maastricht se estableció para la composición del CdR un reparto de representantes entre los Estados Miembros coincidente con el establecido para la composición del Comité Económico y Social³⁶. Esta coincidencia en la atribución de representación sin tener en cuenta si en los Estados Miembros existe o no una institucionalización regional, plantea serias dudas sobre el carácter del Comité de las Regiones. Da la impresión que más que un órgano para la institucionalización de una participación regional —pretensión que animaba a los *länder* alemanes promotores de la iniciativa—³⁷, la Comunidad Europea quiso procurar un foro para incorporar a las diferentes entidades subestatales a la gestión del Mercado Interno. De hecho, sólo una minoría de los representantes del CdR representan a regiones, y de ellos sólo algunos son representantes de regiones autónomas: alrededor de 75 de los cerca de

³⁶ Véase antiguo art. 258 del TUE.

³⁷ De hecho, fue la presión de los *länder* alemanes sobre el Gobierno federal, dada la posición que éstos ocupan en el Senado, la que animó a la Comunidad Europea a crear el Comité de las Regiones. El Gobierno alemán contó con el apoyo de Bélgica que acababa de culminar la federalización del Estado en donde regiones y comunidades culturales cuentan con un poder importante.

350 miembros del Comité. Se trata de los representantes de los *länder* alemanes y austríacos; regiones y comunidades culturales belgas. Los tres Estados federales de la UE. También están representadas las regiones autónomas italianas y las Comunidades autónomas españolas, además de los archipiélagos autónomos de Portugal (Azores y Madeira), así como Escocia e Irlanda del Norte o las islas Aland que cuentan con parlamentos autónomos, a diferencia de Gales o de las regiones francesas cuyas asambleas legislativas no tienen capacidad para elaborar normas con rango de ley y tan sólo pueden completar normas estatales.

La heterogeneidad en la composición del Comité plantea importantes dificultades, pues no todos sus miembros disponen de competencia sobre las materias atribuidas a éste: educación, cultura, salud pública, redes transeuropeas, cohesión económica y social, así como otras atribuidas con ocasión de sucesivas reformas del TUE: transporte, empleo, formación profesional, fondo social europeo, medio ambiente y cooperación transfronteriza. Se trata de materias sobre las que en determinados aspectos se prevé la consulta del CdR. Se trata de un listado reducido de materias si lo comparamos con las materias de competencia de las regiones autónomas cuyo ámbito competencial es mucho más extenso. Pero por otro lado, se trata también de materias sobre las que muchos de los representantes del CdR no cuentan con competencia: representantes municipales de distintos Estados Miembros, o las regiones no-autónomas con representación en el CdR, o los representantes de otros tipos de entidades subestatales que al interior del Estado no cuentan con la competencia sobre tales materias. Tal heterogeneidad dificulta la toma de decisiones, como también lo hace el que numerosos miembros del CdR compatibilicen su representación con la de otras instituciones, pues promueve el absentismo o la falta de una atención rigurosa a las labores del CdR³⁸. Además la incorporación de un número importante de nuevos miembros del Comité tras la última ampliación al centro y este de Europa, ha procurado que un número sustancial de miembros provenga de Estados sin regionalizar, dado que las estructuras comunistas de orientación centralizada a través de un partido único eran contrarias a la territorialización del poder. Puede especularse con que el CdR, dada su composición, es un órgano que en el futuro favorecerá la regionalización en aquellos Estados Miembros, la mayoría, que aún no cuentan con estructuras regionales. Pero por el contrario, para las actuales regiones autónomas es un órgano que queda muy por debajo del listón autonómico. Evidentemente su existencia favorece la relación entre representantes regionales y constituye una vía abierta para poder desarrollar nuevas iniciativas.

Por lo que se refiere al funcionamiento del CdR debe advertirse que existe un malestar latente debido a la falta de atención que reciben desde el Consejo

³⁸ Conforme a la reforma de Niza, los representantes en el CdR tienen que ser cargos electos locales o regionales, o responsables políticamente ante una asamblea electa.

de Ministros o la Comisión, instituciones que conforme al tratado deben solicitar la opinión del Comité³⁹ y que con relativa frecuencia en el pasado no lo habían hecho. Finalmente y atendiendo a una antigua demanda del CdR, el Tratado de Lisboa en su art. 263 TFUE ha reconocido al CdR legitimidad para interponer recurso con el fin de salvaguardar sus prerrogativas ante el Tribunal de Luxemburgo⁴⁰ mejorando de esta forma su posición institucional⁴¹. Sin embargo, resulta criticable que a diferencia del reconocimiento consultivo en favor del Comité Económico y Social sobre materias como industria, investigación o desarrollo tecnológico, semejante consulta no esté establecida para el CdR, aunque se trate de materias sobre las que las regiones autónomas cuentan habitualmente con competencia.

En cualquier caso, debe considerarse que las opiniones del Comité no son vinculantes, y que resulta francamente difícil evaluar en qué medida las opiniones del Comité son atendidas por el Consejo de Ministros o por la Comisión. Las reformas del TUE también han posibilitado que el Parlamento Europeo pueda solicitar al CdR su opinión, así como la posibilidad del CdR, por iniciativa propia, de elaborar la suya sobre algún asunto que le parezca relevante⁴². El CdR dispone de ocho comisiones permanentes: cohesión territorial; política económica y social; desarrollo sostenible; cultura, educación e investigación; asuntos constitucionales, gobernanza europea y Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia; relaciones exteriores y cooperación descentralizada; asuntos administrativos y financieros; comisión temporal «ad hoc» sobre revisión del marco financiero de la UE.

Podrían concluirse estas reflexiones sobre el CdR haciendo notar que conforme al art. 300.3 del TFUE sus miembros deben ser representantes de entidades regionales o locales, pero al no existir ninguna categoría de región europea, corresponde a cada Estado Miembro determinar a quién se le reconoce esa categoría. Tampoco se ha establecido en qué proporción debe de establecerse la representación de regiones y entidades locales en el Comité de las Regiones, como tampoco en qué proporción entre ambas categorías deben cubrir su representación los Estados Miembros.

³⁹ Denuncias sobre esta actitud han sido incluso públicamente formuladas desde la presidencia del Comité. Véase PELLISÉ, C., «El Comité de las Regiones», en *Informe anual sobre Comunidades Autónomas*, en AJA, E. (dir.), 1999, pp. 522-533.

⁴⁰ Con ocasión de la Conferencia Intergubernamental de la que resultaría la reforma del Tratado firmada en Niza, el Comité de las Regiones solicitó el reconocimiento de su legitimidad activa ante el Tribunal. Esta iniciativa contó con el apoyo de Bélgica. Véase *DOC Confer. de 12 de mayo de 2000*.

⁴¹ A diferencia de lo dispuesto en favor del Comité Económico y Social, cuya consulta resultaba preceptiva según lo dispuesto en el antiguo art. 262 del TUE, semejante preceptividad de la consulta no se recogía expresamente en favor del CdR.

⁴² La posibilidad de que el Parlamento Europeo solicite su opinión es debida a la reforma de Amsterdam, y está actualmente recogida en el art. 307 TFUE que además dispone que la opinión por propia iniciativa se envíe también al Consejo y a la Comisión junto al acta de las deliberaciones.

2.2.2. PARLAMENTO EUROPEO

Aunque previsto por los Tratados fundacionales, el Parlamento Europeo no ha sido capaz de dotarse de un procedimiento electoral uniforme. Como consecuencia cada Estado Miembro decide sobre el procedimiento para cubrir la representación que el TUE le atribuye en el Parlamento Europeo. Así se posibilita que, mientras algunas regiones cuentan con representantes electos en el Parlamento Europeo, otras, como es el caso de las Comunidades Autónomas españolas, no dispongan de representación dado que todo el Estado español constituye una única circunscripción electoral. A diferencia de las regiones belgas o de las circunscripciones que en el Reino Unido se reconocen para Irlanda del Norte, en Escocia o en Gales cuyos europarlamentarios pueden atribuirse dicha representación. Para las elecciones al PE en Italia y Francia existen circunscripciones super-regionales que agrupan a diferentes regiones. El sistema mixto de Alemania posibilita la elección de parlamentarios en los *länder*.

Como en España el Parlamento central ha impuesto una única circunscripción para las elecciones europeas, una mayoría de fuerzas políticas regionales tienen la necesidad de acudir a esos comicios coaligadas en coaliciones que agrupan a diversas fuerzas de distintas Comunidades Autónomas. Se trata de instrumentos electorales «ad hoc» que se activan como medio para poder sumar votos y lograr alcanzar representación parlamentaria. Habitualmente diversas fuerzas políticas regionales cuentan con representación en el PE. Así, los nacionalistas catalanes de CiU y el Partido Nacionalista Vasco. También han contando intermitentemente con representación: Esquerra Republicana de Catalunya, las vascas Eusko Alkartasuna y Herri Batasuna, O Bloque Nacional Gallego, o el Partido Andalucista. En cualquier caso a representación de partidos regionales en el Parlamento Europeo es escasa, alrededor de una veintena de escaños de un total de 754.

2.2.3. COMISIÓN EUROPEA

La representación de las Comunidades Autónomas en la Comisión Europea se da a través de los comités para la aplicación normativa adscritos a la Comisión Europea. Se trata de unos comités distintos a aquellos que se ocupan de aconsejar a la Comisión para la elaboración de propuestas —comités consultivos— durante la fase ascendente. La representación comitológica se ocupa de materias técnicas con escasa transcendencia política. Las CCAA han establecido para la participación en esos comités un turno compartido entre dos autonomías para periodos de cuatro años⁴³.

⁴³ Véase ASTOLA, J., «La actividad exterior de la CAPV», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 68, 2004, pp. 45-75. Sobre la actividad exterior de Euskadi, CASTRO RUANO, J.I. y ZUBIRI, A., *La acción exterior del País Vasco (1980-2003)*, IVAP, Oñati,

2.2.4. CONSEJO DE MINISTROS

Según el art. 16.2 del Tratado de Unión Europea se permite la representación en el Consejo de Ministros a miembros de otras instituciones distintas a los gobiernos centrales: «un representante de cada Estado miembro, de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno del Estado miembro al que represente y para ejercer el derecho de voto». Antes de Maastricht, por el contrario, solo se admitía la representación de los Gobiernos centrales (antiguo art. 145 TCEE). En todo caso la representación de las CCAA tendrá lugar en nombre del Reino de España, pues no cabe la representación directa de las CCAA. En todo caso, como está previsto en los acuerdos de diciembre de 2004, las CCAA tienen acceso al interior de la representación española a las reuniones de cuatro diferentes composiciones del CMUE a la que se ha añadido posteriormente una quinta formación según un sistema de turnos semestrales. Los ya citados: agricultura y pesca; medio ambiente; empleo, política social, sanidad y consumidores; educación, juventud y cultura y competencia/consumo, si bien dicha participación ha resultado más simbólica que efectiva.

Dichas condiciones de participación chocan con el sistema comunitario de negociación conforme al cual se celebran alrededor de cien reuniones anuales del Consejo de Ministros repartidas formalmente en nueve formaciones distintas del Consejo. En realidad, los Estados Miembros negocian entre sí sobre todas las materias de competencia de la UE sin que la negociación se divida por áreas estancas. De hecho, las decisiones del Consejo de Ministros son en su mayoría formales, ya que en la práctica las decisiones han sido adoptadas al interior de los Grupos de Trabajo o del Comité de Representantes Permanentes (COREPER). La fórmula de negociación implica que los asuntos a tratar están vinculados por anteriores o futuras negociaciones en forma de «package deals», de tal manera que, para la decisión sobre un determinado asunto se suele tener en cuenta las posturas que sobre otros asuntos, pasados y futuros, han mantenido o pudieran mantener el conjunto de delegaciones estatales. De ahí que carece de relevancia negociacional el acudir un par de veces al año a Bruselas para tratar de un específico asunto. El interés de las CCAA por estar presentes en las reuniones del CMUE responde más bien a un interés de carácter publicitario, asociar la imagen de la Comunidad Autónoma a un foro político tan importante como el Consejo. En la práctica, los representantes autonómicos han formado parte de las delegaciones españolas en alrededor de la

2004. Entre 1997 y 2003 a Euskadi le correspondieron 13 y entre 2003 y 2006 en otros 14. Se trata de materias como: aparatos de gas, incineración de materias peligrosas, calidad del aire o etiquetaje ecológico. Por otro lado, la denominada Comisión Bilateral de la Administración central y vasca para asuntos de la Comunidad Europea apenas se ha reunido una docena de veces desde su creación en 1995. Los comités de la Comisión son los previstos en la Decisión 2006/512 CE del Consejo de 17 de julio de 2006.

quinta parte de las reuniones del Consejo, interviniendo oralmente en un 3% de ocasiones⁴⁴.

Puede por tanto concluirse que el Tratado de Lisboa no ha modificado sustancialmente la presencia de las Comunidades Autónomas en las Instituciones Europeas, que continúa siendo testimonial salvo en relación al Comité de las Regiones, si bien la posición del Comité en la estructura decisional comunitaria resulta periférica⁴⁵. Esta marginalidad comunitaria no se percibe por las CCAA como un asunto político de importancia. Las cuestiones europeas figuran, cuando lo hacen, en un lugar muy secundario de la agenda política y la mayoría de los parlamentos regionales apenas dedican tiempo a estos asuntos. La clase política regional, quizás con la excepción catalana reflejada en el importante número de disposiciones del proyecto de *Nou estatut* dedicadas a la UE, muchas de las cuales se han incorporado también al nuevo estatuto de Andalucía, carece de perspectiva europea. Un buen ejemplo de esta miopía es que el proyecto de nuevo estatuto vasco denominado «Plan Ibarretxe» solo se ocupaba en uno de sus artículos de la UE⁴⁶.

3. ASIMETRÍA VASCA Y CATALANA EN UN HORIZONTE FEDERAL

La crisis del modelo autonómico ofrece la oportunidad de repensar un nuevo marco constitucional. También es una oportunidad para reformular las relaciones con Cataluña y el País Vasco integrando realmente el autogobierno regional en el marco europeo. La crisis económica y el fracaso de la reforma estatutaria catalana plantean además retos adicionales. La modulación de realidades identitarias como la vasca y la catalana no tiene el mejor acomodo en un marco homogeneizante que, como el alemán, no pretende dar respuesta a diferentes nacionalidades. Aunque un sistema de federalismo ejecutivo y cooperativo puede servir para articular un marco común, las especificidades nacionales de Catalunya y Euskadi requieren de otra fórmula. La fórmula de «café para todos» no sirve, en especial, cuando se comprueba que no hay café para todos. No debiera obviarse que el sistema autonómico vinculado a un impreciso sistema de atribución competencial cuya consecuencia es la ausencia de ga-

⁴⁴ Véase datos correspondientes a 2009 en DONAIRE VILLA, F.J., «La Conferencia para asuntos relacionados con las comunidades europeas», en *Informe Comunidades Autónomas 2009*, Instituto de Derecho Público, 2010, Barcelona, pp. 691-700, que recoge que las CCAA acudieron a 21 reuniones y tomaron la palabra en 3 ocasiones, p. 697.

⁴⁵ Véase OLESTI RAYO, A., «El Tratado de Lisboa y su incidencia en las Comunidades Autónomas», en *Informe Comunidades Autónomas, 2009*, pp. 68-88.

⁴⁶ En concreto, el art. 65 de un total de 69 artículos. El proyecto fue aprobado por el Parlamento vasco en diciembre de 2004 y rechazado a trámite por el pleno de las Cortes españolas en febrero de 2005. En torno a posibles mejoras en la relación de Euskadi con la UE, véase, BULLAÍN, I., «25 urte Europear batasuna eta Euskal Instituzioak», en *Eleria*, n.º 21, 2011, pp. 57-61.

rantías suficientes para garantizar la voluntad autonómica, no se contempla de igual manera desde la perspectiva autonómica común que desde la voluntad de autogobierno de Euskadi y Catalunya.

Una República vasca y una República catalana federadas al Estado español en el marco de la Unión Europea podrían constituir una alternativa al modelo autonómico e interpretarse como una fórmula más respetuosa con el reconocimiento y respeto a las diversas voluntades políticas existentes en España. También como una solución de compromiso entre el unionismo y el separatismo, entre el soberanismo independentista y el nacionalismo español de insolubilidades y indivisibilidades patrias. En lugar de optar por la minorización y el no reconocimiento de otra mayoría política que la dominante en España y que se expresa a través del binomio PP/PSOE, el reconocimiento de unas repúblicas vasca y catalana federadas al Reino de España podrían constituir un marco más idóneo para el desarrollo del autogobierno vasco y catalán así como también para una gestión más eficaz del Estado. Hasta la fecha, por el contrario, la emulación y el efecto contagio en otras Comunidades Autónomas a las propuestas favorables al autogobierno vasco y catalán han conducido, de un lado, a excesos autonómicos que han afectado a la gestión del Estado pero también a un recorte y limitación de la voluntad autonómica de Catalunya y Euskadi. Mientras que una mayoría de CCAA se han beneficiado de la voluntad de autogobierno de Euskadi y Catalunya, han sido precisamente éstas las más perjudicadas del afán tutelar que ha desplegado el Estado para controlar el marco autonómico.

El derecho de las comunidades políticas a la libre determinación debiera completarse con el derecho de los individuos a su propia determinación en libertad. La historia de España es un ejemplo de lo contrario. La unidad de España, como la de tantas otras unidades políticas, no fue consecuencia de la libre autodeterminación de sus pueblos y ciudadanos sino de las guerras (conquistas de los reinos de Granada y de Navarra) o de los vínculos familiares entre dinastías y sus efectos patrimoniales (Castilla y León; Aragón y Castilla)). En España particularmente la herencia inquisitorial resulta cultural y políticamente muy relevante. La voluntad del poder por imponer una ortodoxia, un molde canónico es un rasgo de primer orden. En ese sentido, puede decirse que la nacionalidad ha sustituido a la religión. La ausencia de respeto a la libre elección de nacionalidad es un eco de la persecución de la disidencia religiosa. La voluntad de asimilación —en beneficio de la castellanidad— parece reflejar la continuidad de la voluntad por mantener una única fe religiosa. En ese sentido el rechazo a fórmulas asimétricas puede interpretarse como un reflejo de la animadversión que el espíritu de la ortodoxia mantiene para convivir con la heterodoxia.

En este sentido, resulta muy relevante la difícil convivencia entre liberalismo y Estado nación. La relación entre los derechos del individuo y el proyecto cultural de una mayoría plantea cuestiones de indudable dificultad teórica y práctica. En particular, las lenguas representan un campo frecuente de batalla. La

apuesta monolingüista de muchos Estados-nación y su persecución o formal ignorancia del bilingüismo o del multilingüismo debiera conducir a una reflexión sobre la historia del liberalismo en el mundo occidental. Dado que en el marco de la Unión Europea la multinacionalidad es un rasgo común, parece que no debiera constituir un obstáculo conceptual insalvable reconocer esa característica al interior de los Estados Miembros de la UE. Sin embargo en un sistema de gobernanza multinivel aún se no ha planteado dar paso a la privatización de la nacionalidad⁴⁷. Tampoco se autoriza a hablar en otra lengua que el castellano en el Congreso de Diputados español⁴⁸.

El modelo de democracia federal, es decir la combinación de federalismo y democracia liberal es el sistema generalizado en las principales unidades políticas del planeta, con las relevantes excepciones de China y Japón. Estados Unidos de Norteamérica y Brasil; Nigeria y Sudafrica; la Unión Europea y Alemania o la India y Malasia son Federaciones y democracias liberales donde se combina simultáneamente el principio de «self-rule y shared rule». Es decir, conjugan unidad y diversidad como expresión del reconocimiento de identidades políticas en una convivencia democrática. En ese sentido debe interpretarse que el federalismo es un instrumento de democratización y que la falta de una cultura democrática suele ser un obstáculo para tales procesos de federalización⁴⁹. En cualquier caso tal y como ya advertiera Elazar, el espíritu federal está más allá de la constitucionalidad del federalismo⁵⁰.

Es preciso advertir sobre la multiplicidad de modelos federales. Además de un modelo de vocación dual en donde se procura un desarrollo autónomo de centros de poder, existen otros modelos de carácter cooperativo. Las diferencias resultan notables y son dependientes de diversos factores. Generalmente los federalismos duales han conducido a un predominio del Poder Central como habitualmente también ha ocurrido en los sistemas cooperativos. Sin embargo, la alternativa que en este texto se plantea tiene que ver con la modulación de un federalismo dual y asimétrico que diferencie entre un marco común y otro específico para algunos territorios y poblaciones. Semejante dualidad se justifica en la existencia de diferentes voluntades políticas que no necesariamente tienen

⁴⁷ En torno a la idea de privatizar la nacionalidad tal y como en Europa se hizo con la religión, véase, BULLAÍN, I., «¿Nantes o Westfalia?», en *El País* 2/11/2005 (Ed. País Vasco).

⁴⁸ En enero de 2011 se ha autorizado el empleo del euskara, catalán, gallego o valenciano en las sesiones plenarios del Senado. Sin embargo, según el líder del PP Mariano Rajoy: «trabajar con traducción simultánea, en un país normal no se produce». «Las lenguas son para entenderse y no para crear problemas». Por su parte según el portavoz parlamentario socialista en el Congreso, José Antonio Alonso, quien ha descartado la iniciativa: «En el Congreso hay que hablar la lengua común que es el castellano», tal y como recoge 5 teletinco. es de 19.01.11, «catalán, euskera y gallego en el Senado, «castellano en los pasillos».

⁴⁹ BURGESS, M., *Comparative federalism: theory and practice*, Routledge, Londres, 2006.

⁵⁰ ELAZAR, D.J. (ed.), *Federal systems of the world a handbook of federal, confederal and autonomy arrangements*, London Longman, 1994.

que limitarse a diferencias nacionales. También opciones sociales según se persigan políticas sociales o favorables a los más ricos favorecen las posibilidades ligadas a las opciones de un federalismo dual. En particular de aquellas Comunidades Autónomas que a través de las privatizaciones quieren desarrollar modelos neoconservadores.

Canadá parte en origen de la dualidad entre una francofonía representada por Quebec y la anglofonía de Ontario y se fue construyendo en torno a dos ejes: la autonomía de las provincias y la existencia de dos naciones. En particular el reconocimiento de Quebec como una «sociedad específica» forma parte de la evolución de la Federación canadiense durante la última mitad de siglo y la reivindicación autonómica ha sido el principio que ha promovido la asimetría del modelo canadiense. Sin embargo, en las últimas décadas Canadá parece cada vez más centrado en otras cuestiones: flujos migratorios; derechos de la población aborigen o papel del «nuevo» Canadá en la Federación canadiense. Esas (nuevas) cuestiones están dejando en un segundo plano la relación de Canadá con Quebec. Además la crisis económica y el triunfo ideológico del neocapitalismo friedmaniano está favoreciendo la centralización y perjudicando a la autonomía provincial. Asimismo, el particular sistema de partidos, con dos niveles rotundamente distintos, provincial y federal, confieren otra característica particular a la federación canadiense⁵¹. En las últimas décadas el crecimiento hacia el Oeste y el Noroeste, las grandes reservas energéticas de Alberta y el papel de aborígenes y de la población emigrante tras la II Guerra Mundial plantean perspectivas diferentes. El multiculturalismo aparece como una alternativa a la binacionalidad originaria. La federación canadiense y el federalismo se debaten entre la fidelidad al modelo originario interpretado a modo de pacto contractual desde Quebec y la acomodación a las nuevas realidades desplegada desde el Canadá anglófono⁵². El fracaso de las reformas constitucionales así como de los dos referenda secesionistas ha dado paso a un modelo garantista en lo que se refiere al diseño de un marco para un proceso de independencia. Así, tras la Opinión del Tribunal Supremo se aprobó la denominada Clarity Act conforme a la cual: «existe una obligación constitucional de negociar si un referéndum de secesión se gana con una clara mayoría en torno a una clara pregunta».

El modelo federal canadiense ha desarrollado fórmulas para tratar de garantizar la autonomía de las provincias al mismo tiempo que ha tratado de asegurar la intervención del Gobierno federal. Las denominadas cláusulas de *opting out* posibilitan que las provincias puedan acogerse a programas federales

⁵¹ Una reflexión general sobre el federalismo canadiense en SIMEON, R., *Political Science and federalism: seven decades of scholarly engagement*, Queen's University, Kingston, 2002.

⁵² Una reflexión sobre Quebec y Canadá en PELLETIER, B., *Une certaine idée du Québec. Parcours d'un fédéraliste. De la réflexion à l'action*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2010.

o desarrollar los suyos propios. Un ejemplo característico es el Plan de Pensiones de Quebec. Se trata de asegurar, especialmente a Quebec, su libertad para poder desarrollar su cultura y su proyecto social. También en la Unión Europea, fórmulas asimétricas se han empleado en relación a cuestiones tan diversas como el euro o el espacio Schengen, posibilitando que junto a una mayoría de Estados en torno a un sistema común conviven otros que desarrollan sus propias opciones.

Por su parte, el sistema estadounidense pone de manifiesto que entre los Estados apenas se han desarrollado instituciones intergubernamentales y que la Federación no ha hecho sino aumentar su poder desde los años treinta. Ni los gobiernos ejecutivos de los Estados ni sus legislativos están organizados para poder competir con asociaciones y *lobbies* que actúan para influenciar sobre la Administración federal. Con el tiempo también el modelo federal de EE.UU. se ha reconvertido en un modelo en el que un número creciente de acciones federales desplazan la autonomía de los Estados hacia tareas de ejecución y aplicación.

Entre las diferentes experiencias federales el federalismo asimétrico puede entenderse como un federalismo de diferentes niveles. En lo que se refiere a España podría proyectarse en un modelo común para el conjunto de CCAA y otro modelo adecuado a garantizar las específicas voluntades políticas de autogobierno mayoritarias en Euskadi y Catalunya. En lo que se refiere a una reforma federal del Estado, ésta podría acometerse desarrollando un reparto preciso de competencias en el texto constitucional que junto a garantías jurisdiccionales acompañe otras de carácter político o procedimental, sistema de alarmas parlamentarias; principios de subsidiariedad y proporcionalidad; institucionalización de comisiones bilaterales Estado-Comunidad Autónoma para la prevención y arreglo de conflictos; cláusulas de especificidad para materias determinadas de competencia autonómica... Además, una reforma federal debiera integrar a las Comunidades Autónomas en el proceso constituyente y elaborar un sistema de dos listas —materias de competencia del Poder Central y materias concurrentes Poder Central-CCAA— con una cláusula residual. En la elaboración de esas listas debiera tenerse en cuenta la experiencia acumulada y el horizonte del siglo XXI diferente al previsto por el constituyente en 1978.

En cuanto a la pregunta acerca de si una federación sería una solución a las cuestiones identitarias que plantean Catalunya y Euskadi, la cuestión debiera ser respondida por un lado, por los ciudadanos catalanes y vascos, y por otro lado, por la ciudadanía española. El pacto, *feudus*, implica un acuerdo para la convivencia según unos principios y procedimientos que se recogen en un texto. Los ciudadanos vascos y catalanes, dado su comportamiento electoral, parecen reconocerse un derecho a poder expresar su voluntad política en relación a su autogobierno de manera diferente a como lo hace una mayoría de españoles. Tendría que concretarse tras un proceso de debate y de negociación cuál es la voluntad de autogobierno que persiguen y cuáles pueden ser los acuerdos con el Estado y con la Unión Europea que podrían alcanzarse.

Un acuerdo con el Estado dependerá también del interés de los ciudadanos españoles representados en sus instituciones en alcanzarlo. Los partidos políticos dominantes, PP y PSOE, tendrían que declarar su intención de respetar la voluntad mayoritaria de la ciudadanía vasca y catalana representada en sus instituciones. Los partidos vascos y catalanes por su parte tendrían que manifestar sus intenciones y elaborar y negociar sus propuestas en el marco autonómico. La superación del actual marco tal vez requiera de una reforma constitucional o tal vez pueda encontrar acomodo a través de la vía de la Disposición Adicional 1.º en el caso del País Vasco⁵³.

La pretensión de aplicar un modelo de federalismo cooperativo inspirado en Alemania para diluir las singularidades vasca y catalana es un empeño que no ha terminado de cuajar⁵⁴. Sin embargo, en ese pulso que desde hace generaciones los nacionalismos vasco y catalán mantienen con el nacionalismo español la «solución» del Estado autonómico parece haber quedado fatalmente desprestigiada. El modelo cooperativo alemán no vale para dar respuesta a las especificidades vasca y catalana y a su voluntad de autogobierno.

Sin embargo, parece difícil que una solución federal homogeneizante resulte aceptable, ni tan siquiera como mal menor, para los nacionalismos vasco y catalán. La experiencia del modelo federal alemán de post-guerra pone de manifiesto que el poder federal (Bund) ha aprovechado sus recursos normativos y financieros para imponerse sobre la autonomía de los *länder*. Las cláusulas favorables al poder federativo, como «la mejora de las condiciones de vida de la población»; las «tareas comunes y de coordinación»; «la autorización a la Federación a adoptar una ley indispensable para mantener la unidad jurídica o económica»; «las condiciones de adecuación federal o las divergencias en favor de la legislación federal» han ido limitando el poder gubernativo de los *länder*. Finalmente incluso se ha optado por limitar el poder de veto del Bundesrat sobre la legislación federal a cambio de reconocer a los *länder* la posibilidad de divergir. El modelo federal alemán, aunque teóricamente posibilita (art. 32.3) a los *länder* poder concluir Tratados Internacionales con autorización de la Federación, constituye una posibilidad que apenas ha sido utilizada dado que los *länder* se reconocen en la unidad de la federación y están sujetos al dominio de la lógica de partidos. Esa asimilación federal también se manifiesta en la práctica que acompaña a las competencias europeas, que aunque reconozcan diferentes grados de intensidad a la participación de los *länder*, no plantea graves problemas políticos dado el sistema de partidos alemán.

⁵³ En España la foralidad representa la existencia de un marco específico, tal y como la Constitución de 1978 reconoce expresamente para el País Vasco y Navarra en la Disposición Adicional 1.º y en la Disposición Transitoria 2.º. A través de esas vías algunos autores especulan con encontrar un arreglo al encaje del País Vasco y Navarra en España.

⁵⁴ RAINER, A., «Los conceptos fundamentales del federalismo alemán. ¿Ejemplo para la reforma española?», en *La España de las autonomías: reflexiones 25 años después*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 781-794.

El federalismo puede entenderse como una suerte de matrimonio de conveniencia adaptable a aquellas realidades políticas en las que más de un grupo se reconoce como nación y reclama un poder de autogobierno. Sin embargo, en España el federalismo ha sido rechazado en sucesivas ocasiones. Las Cortes de Cádiz lo rechazaron en 1812 para la monarquía bihemisférica. Tampoco el proyecto de Constitución federal de la primera república española⁵⁵ ha encontrado hasta la fecha sucesor. Tanto en 1931 con la definición de España como Estado integral como también en 1978 cuando se desarrolla el Estado de las autonomías, la idea de hacer de España una Federación no ha cuajado. Tampoco puede interpretarse con rigor que los pactos PP/PSOE sobre el Estado autonómico de 1992 o las reformas estatutarias de la década de 2000, en particular el Nou Estatut de Catalunya hayan configurado un modelo federal. Más bien se mantiene el dominio de concepciones esencialistas vinculadas al nacionalismo español capaz de constitucionalizar en 1978 y mantener en vigencia el art. 2 de la Constitución española que textualmente asegura que: «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española, patria común indivisible de todos los españoles». Una declaración cuya metafísica remite al nacional-catolicismo de la dictadura franquista y a su reverberación de la España medievalista de los Reyes Católicos. Difícilmente semejante teología nacionalista podrá justificarse recurriendo a un patriotismo constitucional havermasiano tal y como «progresistas» e incluso algunos «populares» retóricamente han pretendido justificar durante años.

Es una incógnita si el federalismo encontrará partidarios suficientes en España. Hasta la fecha Catalunya y en particular el PSC había sido su principal valedor pero las últimas elecciones muestran que precisamente el respaldo electoral al PSC ha disminuido sensiblemente. Aunque durante dos legislaturas consecutivas el PSOE en Madrid y el PSC en Barcelona dirigieron respectivamente los gobiernos español y catalán no se avanzó hacia la federalización. Pero mientras que el PSC incorporó la federalización como parte de su proyecto electoral, el PSOE tan sólo tonteoó con la idea al principio del primer mandato de Zapatero. El oscuro futuro electoral que parece aguardar a ambos partidos probablemente debilitará la perspectiva federal. Tampoco los nacionalismo vascos y catalán representados por PNV y CiU han sido tradicionalmente partidarios de la federalización, al menos en lo que se refiere a un federalismo

⁵⁵ El proyecto de Constitución Federal de la Primera República española se desarrollaba a lo largo de 117 artículos organizados en 17 títulos. En su primer artículo fijaba lo siguiente:

Componen la nación española los Estados de Andalucía Alta, Andalucía Baja, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Castilla la Nueva, Castilla la Vieja, Cataluña, Cuba, Extremadura, Galicia, Murcia, Navarra, Puerto Rico, Valencia, Regiones Vascongadas. Los Estados podrán conservar las actuales provincias o modificarlas, según sus necesidades territoriales. Estos Estados tendrán una «completa autonomía económico-administrativa y toda la autonomía política compatible con la existencia de la nación», así como «la facultad de darse una Constitución política» [artículos 92.º y 93.º].

simétrico que reproduciría el dominio de la lógica de partidos españoles sobre la de las instituciones federadas. La federalización cuanta aún con menos respaldo entre los independentistas vascos de Bildu/Amaiur o entre los catalanes de Esquerra Republicana. Sin embargo y tal vez de manera paradójica, una federalización asimétrica pudiera ser una solución de compromiso entre las fuerzas soberanistas vascas y catalanas y el nacionalismo español.

La Unión Europea representa el marco para el desarrollo del autogobierno, pero también configura un espacio político que complejiza la distribución territorial de poder entre entidades subestatales⁵⁶. Una solución federal asimétrica tendría que integrar la dimensión europea del autogobierno y reconocer un estatus particular para Euskadi y Catalunya en la UE. Semejante marco podría incluir entre otros: acuerdos para integrar representantes vascos y catalanes en la Representación Permanente Española, en el COREPER y en el Consejo. También para hacer de Euskadi y Catalunya circunscripciones electorales en las elecciones al Parlamento Europeo o para adaptar las disposiciones sobre subsidiariedad y proporcionalidad y vincularlas a los parlamentos vasco y catalán en el proceso de decisión europeo.

Sin embargo, quizás la alternativa de unas repúblicas vasca y catalana asociadas a una Federación española en el marco de la UE es una alternativa que no vaya a contar con un apoyo suficiente ni en Euskadi, ni en España. La crisis y paradójicamente también la perspectiva del referéndum soberanista previsto en Escocia⁵⁷ para los próximos años, parecen ser elementos que contradictoriamente gravitarán sobre los procesos soberanistas que ya están en marcha en Euskadi y Catalunya. En esa línea política las próximas elecciones autonómicas en el País Vasco resultarán claves⁵⁸. Si en esos comicios las fuerzas soberanistas obtienen una cualificada mayoría parlamentaria de alrededor de un 60% es muy probable que anuncien su intención de abrir un debate para alcanzar un nuevo estatus político. Aún es pronto para poder intuir como se desarrollará ese proceso de redefinición democrática del autogobierno vasco. Sin duda condicionará la vida política de Euskadi y mantendrá un interrogante sobre el futuro. También es una incógnita la respuesta que a esa demanda de autodeterminación ofrecerá el nacionalismo español, o la actitud que prevalecerá en Catalunya durante los próximos años. El porvenir es largo.

⁵⁶ Véase BULLAÍN, I., «Estatu-nazioa vs Estatu europearra», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 75, 2006, pp. 11-48.

⁵⁷ El primer ministro escocés y líder del SNP Alex Salmond prevé que el referéndum se celebre durante la segunda mitad de la legislatura, es decir entre 2014 y 2016. En cuanto a la pregunta sería próxima a la siguiente cuestión: «**The Scottish Parliament should negotiate a new settlement with the British government, based on the proposals set out in the white paper, so that Scotland becomes a sovereign and independent state**». Las respuestas posibles serían: «**Yes I agree**» or «**No I disagree**».

⁵⁸ Aunque previstas para 2013 es probable que se adelanten a 2012.

Federalismo y democracia en Euskadi. El reto federal español

Jule Goikoetxea
Universidad de Cambridge

SUMARIO: Introducción. 1. Sistema vasco federa: 1.1. El sistema de representación parlamentario. 1.2. Sistema de financiación territorial. 2. Consecuencias del sistema federal vasco para la cohesión social y territorial. 3. Cultura política federal *versus* cultura política unitaria: 3.1. El bloqueo del Estatuto de Autonomía de 1979. 3.2. Demandas de autogobierno: ¿demandas nacionalistas o federales? 4. Conclusión. 5. Referencias.

INTRODUCCIÓN

Tras la muerte de Franco en 1975, España entró en un periodo de transición hacia la democracia que implicó la puesta en marcha de un proceso de descentralización asimétrica mediante el que la Comunidad Autónoma Vasca (CAV) adquirió su Estatuto de Autonomía (Estatuto de Guernica, 1979) y su autogobierno.

En el primer apartado se describirá el autogobierno federal vasco. En el segundo apartado se explicarán las consecuencias sociales y económicas de dicha estructura política para la cohesión social y territorial. En el penúltimo apartado nos preguntaremos acerca del porqué esta estructura política genera no solo interés y demandas políticas muy específicas sino también un tipo de democracia diferenciada. El artículo concluye con una reflexión general sobre el reto al que las democracias liberales como España habrán de enfrentarse en el siglo XXI a la hora de intentar acomodar no solo diferentes nacionalidades, sino divergentes sistemas políticos dentro de un mismo Estado.

Además de la estructura política e institucional, son múltiples los factores que determinan la cohesión social y territorial y las demandas e interés políticos de una población, y múltiples son también los tipos de diversidad y las maneras de gobernarlas. El argumento principal es que la diversidad político-institucional (esté o no basada en la existencia de una diversidad cultural —o de otro tipo—

previa), fomenta diversidad socio-económica, cultural y territorial por medio de la cual se (re)producen demandas políticas divergentes dentro de un mismo Estado.

En línea con esta perspectiva, la única vía por la que el Estado español podría acomodar democráticamente (y por voluntad de la población) sus distintas comunidades o entidades políticas dentro de un mismo sistema que permitiera a cada entidad mantener su integridad sería mediante un acuerdo federal o confederal.

1. SISTEMA VASCO FEDERAL

La estructura foral actualizada de la CAV establece un gobierno de múltiples niveles basado, por un lado, en un sistema de representación territorial, articulado sobre la base de la Ley de Territorios Históricos (LTH) y por otro, en el Concierto Económico, que establece el modelo de relación entre la Hacienda vasca y la española. Se dice que la LTH es como la constitución interna de la CAV porque distribuye las funciones y competencias del sector público entre diferentes niveles de gobierno (Gallastegui *et al.*, 1986). Esta constitución podría considerarse cuasi-confederal y articulada sobre el principio de subsidiariedad política y territorial. Sus características principales son la igualdad y paridad que establece entre sus territorios constituyentes por medio del sistema de representación parlamentario y el sistema de financiación territorial.

1.1. El sistema de representación parlamentario

El sistema está articulado de forma que a la representación territorial se le da más importancia que a la representación individual. Así cada territorio manda el mismo número de representantes al parlamento vasco: Araba con 300.000 habitantes manda 25, Bizkaia con algo más de un millón presenta otros 25 como Gipuzkoa que tiene alrededor de 700.000 habitantes. Así, en Araba un candidato necesita 5.000 votos para obtener un representante mientras que en Bizkaia se requieren 20.000 votos.

1.2. Sistema de financiación territorial

La igualdad económica de los territorios de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa se garantiza mediante el Concierto Económico (1981/2002) que dota a los tres Territorios Históricos de poderes para formular, regular y recaudar alrededor del 92% de los impuestos de la CAV. Tras la liquidación, los gobiernos territoriales deben entregar parte de lo recaudado al Gobierno Vasco, que tiene a su vez la obligación de pagar cierta cantidad al Estado central, cantidad referida

como «cupo vasco» donde el coeficiente impositivo es de 6,24%. Es decir, el Gobierno Vasco paga el 6,24% de lo recaudado por las diputaciones al Estado central por aquellas áreas no transferidas a la CAV como son el ejército o la diplomacia.

Esto, junto con el hecho de que la mayoría de las competencias dentro de la CAV sean concurrentes (Gallastegui *et al.*, 1986) implica que las instituciones públicas vascas han de funcionar mediante consenso o pacto, en un complejo pero altamente distributivo sistema en el que el poder institucional y constitucionalizado está subsidiariamente distribuido por territorios.

Para poder aseverar que existe una relación causal entre esta estructura federal y los niveles de cohesión social y territorial, será necesario mostrar que la autonomía territorial (basada en el sistema de financiación territorial) y la paridad político-territorial (basada en el sistema de representación) tienden o bien a incrementar o bien a disminuir la diversidad/pluralidad territorial y la igualdad socio-económica.

2. CONSECUENCIAS DEL SISTEMA FEDERAL VASCO PARA LA COHESIÓN SOCIAL Y TERRITORIAL

A continuación compararemos algunos de los indicadores más relevantes de bienestar económico y social. En la columna izquierda de la tabla número 1 concerniente al porcentaje de personas activas en el mercado laboral lo más destacable es que la población activa masculina en algunas provincias (de Castilla La Mancha, Andalucía, etc.) alcanza, de media, 31.27 puntos más que su correspondiente tasa femenina; y en comunidades como Aragón, Canarias y Cataluña llega a ser de media 19.2 puntos mayor, mientras que en la CAV la diferencia es de 13 puntos¹.

Respecto a los niveles de educación superior, expuestos en la columna derecha, es interesante observar que son las capitales de cada Comunidad Autónoma (CA) las que muestran invariablemente (con la sola excepción de Toledo) los mayores porcentajes de población con educación superior. En Andalucía por ejemplo la diferencia entre la capital, Sevilla, y Málaga es de 16 puntos. En Aragón hay una diferencia de 18 puntos, en Cataluña de 12, etc. Por el contrario, en la CAV la diferencia es de 7 puntos y el índice superior se encuentra en Gipuzkoa, que no es ni donde está situada la capital ni el territorio más poblado de la CAV. A primera vista por tanto las cifras indican una marcada desigualdad territorial y socio-económica tanto entre las CCAA como dentro de cada una de ellas: entre hombres y mujeres, entre provincias y entre la capital y la periferia.

¹ Véase ESPING-ANDERSEN, G. (1990) y HUBER, E. & STEPHENS, J. (2001), para las consecuencias que la participación activa de las mujeres en el mercado laboral tiene a la hora de determinar el modelo socio-económico y el régimen de bienestar.

Tabla 1

Porcentaje de población activa y de población con estudios de grado superior

The active population. Percentage distribution	2008 Men	2008 Women	Percentage of population btw. 25 and 34 with higher studies	2008
Total	57.86	42.14	Total	38.76
Andalucía	60.51	39.49	Andalucía	32.54
Almería	61.83	38.17	Almería	26.50
Cádiz	61.40	38.59	Cádiz	32.38
Córdoba	61.95	38.04	Córdoba	32.41
Granada	60.34	39.67	Granada	31.95
Huelva	60.75	39.27	Huelva	30.56
* Jaén	63.65	36.34	Jaén	30.78
Málaga	58.45	41.55	Málaga	26.15
Sevilla	59.58	40.43	Sevilla	42.17
Aragón	57.79	42.23	Aragón	42.02
Huesca	58.58	41.44	Huesca	38.39
* Teruel	59.55	40.49	Teruel	26.60
Zaragoza	57.34	42.67	Zaragoza	44.78
Asturias (Principado de)	56.20	43.79	Asturias (Principado de)	42.55
Balears (Illes)	57.02	42.97	Balears (Illes)	23.70
Canarias	58.56	41.44	Canarias	30.49
* Las Palmas	59.10	40.90	Las Palmas	28.72
Santa Cruz de Tenerife	57.96	42.04	Santa Cruz de Tenerife	32.65
Cantabria	57.85	42.16	Cantabria	45.97
Castilla y León	59.87	40.13	Castilla y León	42.72
Ávila	60.95	39.05	Ávila	36.70
Burgos	60.57	39.43	Burgos	42.65
León	58.57	41.42	León	40.07
Palencia	61.23	38.85	Palencia	46.38
Salamanca	60.58	39.40	Salamanca	41.61
Segovia	60.77	39.26	Segovia	36.84
Soria	59.82	40.12	Soria	41.96
Valladolid	58.12	41.88	Valladolid	49.01
* Zamora	63.34	36.70	Zamora	32.23
Castilla-La Mancha	62.15	37.84	Castilla-La Mancha	30.43
Albacete	58.47	41.52	Albacete	31.10
Ciudad Real	64.56	35.44	Ciudad Real	30.77
* Cuenca	65.66	34.37	Cuenca	30.23
Guadalajara	58.96	41.02	Guadalajara	32.08
Toledo	62.78	37.21	Toledo	29.31
Cataluña	56.22	43.79	Cataluña	39.20
Barcelona	55.53	44.47	Barcelona	42.12
Girona	58.20	41.80	Girona	31.09
Lleida	57.36	42.67	Lleida	30.44
* Tarragona	58.40	41.60	Tarragona	32.11
Comunitat Valenciana	58.10	41.90	Comunitat Valenciana	35.92
* Alicante/Alacant	58.35	41.65	Alicante/Alacant	29.46
Castellón/Castelló	57.73	42.26	Castellón/Castelló	34.64
Valencia/València	58.01	41.99	Valencia/València	40.22
Extremadura	62.80	37.19	Extremadura	34.36
* Badajoz	62.92	37.08	Badajoz	34.29
Cáceres	62.60	37.38	Cáceres	34.52
Galicia	56.05	43.94	Galicia	43.51
A Coruña	55.86	44.13	A Coruña	47.95
Lugo	56.48	43.52	Lugo	42.42
Ourense	56.72	43.26	Ourense	37.80
Pontevedra	55.93	44.07	Pontevedra	40.18
Madrid (Comunidad de)	55.04	44.96	Madrid (Comunidad de)	47.79
* Murcia (Región de)	59.65	40.35	Murcia (Región de)	30.13
Navarra (Comunidad Foral)	57.69	42.31	Navarra (Comunidad Foral)	47.98
Pais Vasco	56.57	43.43	Pais Vasco	57.72
Álava	56.81	43.18	Álava	60.29
Guipúzcoa	56.09	43.91	Guipúzcoa	61.96
Vizcaya	56.81	43.19	Vizcaya	54.72
Rioja (La)	59.41	40.59	Rioja (La)	37.86
Ceuta y Melilla	67.55	32.50	Ceuta y Melilla	27.85
* Ceuta	67.05	32.85		
* Melilla	68.14	32.09		

Fuente: INE, 2010.

En esta sección se argumentará que el resultado más equitativo y equilibrado de la CAV está determinado por su estructura federal. La primera consecuencia de este sistema federal y de la lógica sobre la que se asienta es el haber evitado que Bilbao fuera la capital administrativa de la CAV. Los resultados mostrados en la tabla habrían sido diferentes si Bilbao, el territorio más poblado de la CAV hubiera sido la capital administrativa en vez de Vitoria-Gasteiz, situado en Araba; el territorio menos poblado. Si hubiera sido este último el caso, el mecanismo de concentración y centralización urbana hubiera significado que en poco tiempo varios miles de personas hubieran migrado desde Araba y Gipuzkoa con las consecuencias que ello implica, tal y como muestra España: Madrid ha incrementado su población en un 40% y Barcelona en un 20% desde que se instauró la democracia en 1979, y casi la mitad de la población española vive en las 7 provincias más pobladas del país (Inebase, 2009; INE, 2011).

En relación a los estudios realizados sobre los distintos modelos europeos de capitalismo (Kitschelt, *et al.*, 1999; Schmidt, 2002; Hall & Soskice, 2001) y de los análisis sobre la distribución de la población y el PIB en Europa (Eurostat Regional Yearbook, 2009; Growing Regions Growing Europe, 2007) se llega a la conclusión de que las políticas de concentración y centralización urbanas suelen ir acompañadas de políticas económicas específicas por las que el mayor porcentaje de VAB (Valor añadido Bruto) proviene del sector servicios tradicional haciendo que el industrial disminuya (Huber & Stephens, 2001:225; Pierson, 2001). En el caso de España, el mayor ingreso proviene del sector servicios (tradicional), en concreto del turismo, y la industria representa solo el 17%.

Mientras que la industria vasca supone el 1.86% del PIB español con tan solo 270.000 trabajadores/as, el turismo en España representa el 10% del PIB con 3 millones de personas empleadas (2008). Esta disparidad significa que el turismo (junto con la construcción) tiene un valor añadido muy bajo lo que lleva a España a tener una estructura económica de baja productividad (*España en cifras*, INE, 2010). En cambio, tener una estructura económica más productiva y un mayor PIB ayuda pero no implica necesariamente una mayor cohesión social y territorial, dado que por ejemplo Cataluña tiene un PIB y un grado de productividad superior a la media y al mismo tiempo marcadas desigualdades sociales y territoriales².

Aunque las crisis de los años 80 y 90 produjeron una alta tasa de desempleo en España, la reconversión industrial y tecnológica en la CAV estuvo acompañada de una demanda masiva de mano de obra cualificada, lo que requirió que el Gobierno Vasco garantizara un acceso gratuito y generalizado a la educación superior a todos los habitantes de Bizkaia, Araba y Gipuzkoa donde en

² Fuente: BBVA-lvie (2008); *España en cifras* (INE, 2010, disponible en: <http://www.ine.es/>).

los años 70 el 40% de la población era inmigrante proveniente de otras CCAA del Estado. Hoy en día el porcentaje de población con educación superior ronda el 22% el cada uno de los territorios (Eustat, 2011). Esto significa que las reconversiones industriales de la CAV no han llevado a un desplazamiento masivo o a la despoblación de ningún territorio (Gómez *et al.*, 2000), tal y como se puede inferir observando la tabla número 2.

Tabla 2

VAB por CA, municipio y sector (%) 2005-2006³

Communities	Primary	Industry	Construct	Service
Basque Country	1.0	29.8	8.9	60.3
Catalonia (C)	1.3	21.2	9.8	67.5
Valencia (V)	2.1	17.3	12	68.5
Antzuola 2,169 (pop.)	1.2	74.1	2.5	22.2
Favara-V 2,118	3.9	10.8	18.3	64.8
Ayala 2,635	8.4	45.2	3.6	42.8
Hernani 19,000	0.6	51.9	5.4	42.1
Tarrega-C 16,534	1.5	28.7	11.5	58.2
Laudio 18,324	0.4	41.9	8.2	49.5
Cardedeu-C 16,596	0.4	22.8	19.1	57.7
Mungia 15,984	0.7	56.0	7.4	35.9
Carlet-V 15,527	7.1	18.2	22.0	44.2

Fuente: Eustat (2005), Idescat (2006), and IVE (2006).

³ Cataluña, disponible en: <http://www.idescat.cat/en/>) representa la media de las CCAA más industrializadas y Valencia, disponible en: <http://www.ive.es/>) la media española.

De acuerdo a nuestro análisis, este hecho es consecuencia de la estructura político-institucional: no solo cada territorio tiene el mismo número de representantes en el parlamento vasco, sino que cada parlamento territorial está compuesto por representantes elegidos comarcalmente. De esta forma, cada territorio preserva altos niveles de industria e inversión en los pueblos que conforman dichas comarcas y por tanto mantienen la estructura policéntrica del País Vasco, donde el 80% de la población vive en pueblos. Este resultado distributivo más equilibrado se puede explicar por el hecho de que los territorios de Araba y Gipuzkoa no están política y económicamente subordinados al territorio de Bizkaia. Y tampoco aquellas personas que viven en dichos territorios están en una posición subordinada o de desventaja con respecto a niveles educativos, cantidad y calidad de servicios sociales, etc. con respecto a aquellos que viven en los territorios más poblados o con una mayor actividad económica, tal como ocurre en España y en países como Francia y Reino Unido (Eurostat, 2009).

Las tablas y los datos expuestos sugieren además que a pesar de que la estructura socio-económica dependa del sistema financiero, de la organización y tejido empresarial (Kitschelt *et al.*, 1999:148), de los sistemas de formación así como del conjunto de las políticas públicas (Katzenstein, 1985), la cohesión territorial y social es íntimamente dependiente de quién, qué nivel de gobierno, tiene el poder de proponer e implementar dichas políticas y dichos sistemas (Hall, 1986 & 2004; Huber & Stephens, 2001; 126, 316). En la CAV el poder decisorio lo tienen tanto el Gobierno Vasco como los gobiernos y parlamentos de Bizkaia, Araba y Gipuzkoa, por lo que se puede concluir que la cohesión territorial y social no sólo se preserva sino que aumenta mediante la estructura federal o cuasi-confederal basada en una representación paritaria de los territorios y en un sistema de financiación territorial. Dicha estructura ha aumentado la pluralidad y diversidad territorial, es decir, la autonomía, la autoridad y la capacidad de los territorios, lo que ha llevado a la dispersión de la producción (y por tanto de la riqueza), del conocimiento (educación) y del bienestar a lo largo y ancho de la CAV alcanzado así una mayor igualdad socio-económica entre todos sus habitantes.

¿Por qué es el desarrollo de dicha estructura política tan polémica, a pesar de haber resultado tan beneficiosa para la CAV y sus habitantes?

3. CULTURA POLÍTICA FEDERAL VERSUS CULTURA POLÍTICA UNITARIA

3.1. El bloqueo del Estatuto de Autonomía de 1979

La confrontación entre partidos españoles y vascos ha sido denominada por los medios y la judicatura españolas como un enfrentamiento entre «nacionalistas y constitucionalistas» (Müller, 2007; Habermas, 2000). Esta etiqueta refleja la tradicional incompatibilidad entre los sistemas constitucionales modernos

(basados en la homogeneización y centralización de poderes) y los sistemas forales fundamentados en derechos históricos (y basados en la diferenciación y la descentralización), cuyo mejor ejemplo es el sistema vasco (Herrero de Miñón, 1998; 112). Afín a esta oposición es la incompatibilidad que surge entre los diversos modelos de relación (lateral o jerárquica) que la CAV establece, o debería establecer, con el Estado central.

Para ver cómo se da esta incompatibilidad consideremos las negociaciones de 2009 sobre el cumplimiento del Estatuto de 1979. Después de que el Partido Nacionalista Vasco (PNV) hubiera rechazado durante más de 20 años la transferencia de las políticas activas de empleo, salvo que estas fueran transferidas de acuerdo al sistema foral-federal vasco del Concierto Económico, el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), presionado ante la posibilidad de que los presupuestos de 2010 no fueran aprobados, negoció con el PNV para que las políticas activas de empleo fueran finalmente transferidas de acuerdo al sistema foral del Concierto Económico: el dinero que el Estado debía pagar a la CAV por dicha transferencia debería ser calculado no en base a la población, tasa de desempleo, etc. de cada territorio, sino calculando el 6,24% del PIB invertido por el Ministerio de Trabajo en los ámbitos a ser transferidos (472 millones de euros) y descontando esa cantidad del «cupo vasco» (Sección 1). Recordemos también que en 2010, con el PSE aún gobernando en la CAV, fue de nuevo el PNV quien negoció con el Gobierno central de España la transferencia de otras 20 competencias del Estatuto. Como podrá inferirse, el sistema bipartidista español obliga al partido mayoritario del Estado a buscar apoyos de partidos nacionalistas como PNV o Convergencia i Unió (CIU) para poder gobernar en minoría.

El sistema multipartidista vasco encaja así en un modelo de democracia consensual donde los partidos están más acostumbrados a trabajar mediante consenso, amplias coaliciones y acuerdos contractuales, mientras que en el modelo español, considerado un modelo mayoritario sobre todo en lo que refiere al eje ejecutivos-partidos (Lipjhart, 1999), la cooperación e implementación de acuerdos dependen de las necesidades e intereses del partido mayoritario. Por tanto, es plausible que los partidos llamados constitucionalistas puedan encontrar difícil el cumplimiento del Estatuto de Autonomía de 1979, debido a que su cumplimiento requeriría del establecimiento de un modelo de relación lateral o simétrica entre la CAV y Estado o Gobierno central (ver la LTH, el Estatuto de 1979 y el Concierto Económico), basado en lo que Elazar, Burgess y Gagnon llaman principios federales (autonomía, compromiso, acuerdos contractuales, reciprocidad y autodeterminación).

De la misma forma que el sistema federal vasco no subordina los intereses de Araba y Gipuzkoa a los de Bizkaia, tampoco los intereses de la CAV son considerados por los partidos nacionalistas vascos como subordinados a los intereses del Estado central (Herrero de Miñón, 1998, 183). Tal y como demuestra el hecho de que el Estatuto de Autonomía siga sin cumplirse después de 30 años, los partidos estatales conceptualizan la comunidad vasca como

una región de España, y por tanto, consideran los intereses de la comunidad vasca como supeditados al interés nacional español, dado que por definición el interés nacional está por encima del regional (Lecours and Nootens, 2009; 116-119).

En consecuencia se podría argumentar que bajo esta confrontación subyace no solo un desarrollo divergente (por CCAA) del modelo democrático establecido en 1980, sino también una conceptualización incompatible de lo que «autogobierno y gobierno compartido» (*self- and shared-rule*) significa o refiere para unos y para otros. Esto significa que se está dando un incómodo encuentro o un permanente choque entre lo que podríamos llamar una cultura política federal vasca y una cultural política unitaria española.

3.2. Demandas de autogobierno: ¿demandas nacionalistas o federales?

En una comunidad donde solo el 47% de la población tiene padres/madres nacidas en la CAV mientras que alrededor del 25% son inmigrantes de primera generación (Alvite *et al.*, 2000; Aranda, 2004) la pregunta es: ¿debería la aprobación por el parlamento vasco del Nuevo Estatuto de Libre Asociación (Proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía, 2004) explicarse en términos de identidad cultural o más bien en términos de práctica política?

Cuadro 1

Resumen del Proyecto de Reforma del Estatuto de Autonomía (2004)

- Derecho del Pueblo Vasco a la autodeterminación (Título Preliminar, art. 1).
- Una relación con el Estado español basada en la libre asociación (Título I).
- Sistema Judicial Vasco (Título II).
- Representación directa en Europa (Título VI).
- Competencias exclusivas de las Instituciones Vascas (Título IV, arts. 46-51, 53, 54, 60): Educación, Cultura, Política Lingüística, Política Social, Sistema de Sanidad, Política Económica, Industria, Comercio, Agricultura, Turismo, Política de Empleo, Sistema Fiscal, Política Financiera, Vivienda, Medioambiente, Recursos Naturales, Infraestructuras, Transporte y Obras Públicas, Policía y Seguridad Pública, Seguridad Social.
- Competencias exclusivas del Estado español (Título IV, Art. 45): Nacionalidad española y leyes de inmigración, Fuerzas de Seguridad y Ejército, Producción, comercio, uso y posesión de armas de fuego y explosivos, el Sistema Monetario y de Aduanas (fuera de la Unión Europea), la Marina Mercante y control del Espacio Aéreo, Política Exterior (p.e Servicios Diplomáticos).

Tras la negativa del Congreso español al Nuevo Estatuto aprobado por el parlamento vasco, se ha argumentado, desde ciertos ámbitos de la academia

y la política, que el Estatuto de Libre Asociación alcanzaba el techo del autonomismo porque demandaba prácticamente los mismos niveles de autonomía/soberanía que los Estados europeos actuales tienen (Corcuera, 2006; Tamayo 2008, 113-17). España en cambio es un ejemplo magnífico de cómo la divisibilidad de soberanía no tiene, por ahora, límites ni techos preestablecidos; lo que sí tiene dicha divisibilidad es consecuencias de largo alcance para el nivel de éxito con que el Estado reclama el monopolio sobre la autoridad legislativa, sobre todo si la cesión de soberanía incluye autogobierno (*self-rule*) pero no gobierno compartido (*shared-rule*) (Moreno, 2008, p. 142, pp. 159-163), como muestra actualmente el tira y afloja entre las instituciones intergubernamentales y supranacionales de la Unión Europea.

Tal y como dice Tilly (2007), el grado de democratización de un país depende del grado en el que el Estado sea capaz de trasladar las demandas expresadas de la ciudadanía a transformaciones de la vida social. En cambio, la cesión de soberanía o la co-soberanía implica ceder, a instancias supra o sub-estatales, recursos que los Estados emplean no solo para coaccionar sino también para satisfacer las demandas y necesidades de la población sobre la que su autoridad depende (Dunn, 2000, pp. 78-79); demandas que en las sociedades democráticas incluyen bienestar y por tanto cohesión social y territorial.

La construcción de democracia (*democracy-building*) «implica un consenso negociado en el ejercicio del poder» (Tilly, 2007, p. 58). En el Estado autonómico español este proceso, como hemos visto, está determinado por funcionamientos institucionales y políticos particulares a cada comunidad política y son estos funcionamientos los que concretan el significado de las categorías («distribución», «representación», «igualdad», «autonomía», etc.) que articulan no solo las prácticas y discursos nacionalistas sino democráticos y federales y, por tanto, la práctica gubernamental y las demandas políticas. En línea con esta argumentación, la demanda por un Estatuto de Libre Asociación fue satisfactoriamente articulada y aprobada no porque la comunidad vasca es una nacionalidad distinta (en el sentido apolítico de unidad cultural dada), sino porque es una entidad política federal (constituida por territorios libremente asociados) que debido a su funcionamiento político e institucional (incluyendo los polémicos grados de autogobierno y gobierno compartido) ha determinado y satisfecho las necesidades de su población con un éxito mayor que el Estado español lo que le ha llevado a tener un éxito mayor a la hora de reclamar el monopolio sobre la autoridad legislativa (ver cuadro 2).

Hemos visto que el sistema federal vasco ha configurado una nueva forma de distribuir el poder y la autonomía política, es decir, una nueva democracia federal que ha llevado a la articulación por parte de la sociedad y los partidos de un conjunto de demandas nacionalistas que no son en cambio distinguibles de demandas democráticas y federales dado que las demandas relacionadas con un mayor autogobierno (ver cuadro 1) refieren siempre a la distribución del poder y la autonomía política.

Cuadro 2

Encuesta a la población vasca sobre los gobiernos español y vasco

- 4% incrementaría el poder del Gobierno central español (Elzo, 2001).
- Entre el 60% y 64% reclama que el poder del Gobierno vasco sea incrementado:
 - entre el 29% y 36% para el desarrollo de un Estado independiente;
 - entre el 26% y 29% para la creación de un Estado federal (Euskobarometro, 1999, 2011; CIS, 2005, 2011).
- Entre el 4% y 11% piensa que es el Gobierno español quien más ha contribuido a mejorar la CAV (*ibid.*; Bourne, 2008).
- Entre el 80% y 90% piensa que es el Gobierno vasco el que más ha contribuido (Euskobarometro, 2008; CIS, 2005).

4. CONCLUSIÓN

Nuestro análisis ha ilustrado que lo que está en juego en esta confrontación no es solo cuánto sino de qué manera debe distribuirse el poder político, entre qué comunidades políticas y cómo, dentro de cada comunidad, se repartirá y compartirá este poder. En consecuencia, el enfrentamiento arriba mencionado se da tanto entre dos identidades nacionales como entre dos proyectos democráticos que son no solo diferentes sino contrapuestos.

La estructura federal vasca, al haber facilitado, por un lado, la incorporación de la segunda generación de inmigrantes a la clase media vasca, y por otro, un resultado distributivo más justo para todos los habitantes de la CAV (Sección 2), ha llevado a que los habitantes desarrollaran intereses e identidades territoriales sólidas, consolidando así una cultura política federal entre los agentes políticos, económicos y sociales. Las políticas sociales y de bienestar han sido esenciales no solo para profundizar en el proceso de democratización sino también para construir un *demos* federal.

El caso vasco muestra así que las instituciones políticas y las políticas sociales son aspectos relevantes de las identidades nacionales y por tanto de los procesos de construcción nacional, y que éstos al mismo tiempo están íntimamente conectados a diferentes tipos de democracia. Las concepciones que relacionan sistemáticamente demandas nacionales con cultura e identidad (Miller, 1995; Taylor, 1992, 1997) en vez de con demandas políticas y socio-económicas escinden la identidad cultural de su dimensión territorial y por tanto de las instituciones políticas y las estructuras socio-económicas. Como resultado, las luchas nacionalistas se suelen deslindan de lo que no son otra cosa que luchas democráticas.

Se puede concluir que el reto del Estado español es un reto democrático tanto como federal, y que por tanto no se trata solo de cómo acomodar distintas naciones mediante el reconocimiento de diversas identidades, sino más

bien de cómo construye, o de si es capaz de construir estructuras políticas y socio-económicas que faciliten la cohesión social y territorial y al mismo tiempo la autonomía política y la diversidad/pluralidad territorial. El caso vasco no solo valida las características integradoras y democráticas del principio de subsidiariedad territorial y política, sino que demuestra que la federalización no debe ser confundida con la descentralización.

5. REFERENCIAS

- ALVITE, P., «La inmigración extranjera en el País Vasco», en *II Congreso sobre la Inmigración en España*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Leioa, 2000.
- ARANDA, J., «La mezcla del pueblo vasco. Historia», en *Papeles de Ermua*, n.º 6, 2004, pp. 145-80.
- BOURNE, A.K., *The European Union and the accommodation of Basque difference in Spain*, Manchester University Press, Manchester, 2008, p. 269.
- CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS (2005, 2011): <http://www.cis.es/cis/opencms/EN/index.html>
- CORCUERA, J., «The Autonomy of the Basque Country: Singularities», en *Fundación para la Libertad*, 2006, p. 12.
- ELZO, J., *Gipuzkoa 2020-Reto 1: Sociedad Civil, La dimensión socio-cultural*, 2001. Disponible en: www.gipuzkoa.net/g2020/docum/G2020-Sociedad-Elzo.es
- ESPING-ANDERSEN, G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton University Press, New Jersey, 1990, pp. 248. EUROSTAT 2010: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home/>
- EUROSTAT REGIONAL YEARBOOK, *Statistical Book, European Communities*, Luxemburgo, 2009. Disponible en: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home/>
- EUSKAL ERKIDEGOKO ADMINISTRAZIO PUBLIKOA 2011. Disponible en: <http://www.euskadi.net/>
- EUSKOBARÓMETRO 1999, 2008, 2011. Disponible en: <http://www.ehu.es/euskobarometro/>
- EUSTAT, EUSKAL ESTATISTIKA ERAKUNDEA 2011. Disponible en: http://en.eustat.es/idioma_c/indice.html#axzz11Yz5dbzq
- FUNDACIÓN BBVA-IVIE. *Competitividad de las regiones españolas*, Ivie, Madrid, 2008.
- GALLASTEGUI, C. y GALLASTEGUI, I., *Un análisis económico de la Ley de Territorios Históricos*, Eusko Ikaskuntza, Donostia-San Sebastián, 1986, p. 79.
- GARAIKOETXEA, C., *Euskadi: la transición inacabada*. Planeta, Barcelona, 2002, p. 360.
- GÓMEZ, M. y ETXEBARRIA, G., «Panorama of the Basque Country and its Competence for Self Government», en *European Planning Studies*, vol. 8, n.º 4, 2000, pp. 521-35.
- GROWING REGIONS, GROWING EUROPE. *European Communities*, Luxemburgo, 2007. http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/cohesion4/pdf/4cr_en.pdf

- HALL, P.A. y SOSKICE, D. (eds.), *Varieties of capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*. Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 540.
- HERRERO DE MIÑÓN, M., *Derechos históricos y Constitución*, Taurus Pensamiento, Madrid, 1998, p. 343.
- HUBER, E. y STEPHENS, J., *Development and crisis of the welfare state*, University of Chicago Press, Chicago, 2001, p. 368.
- IDESCAT, INSTITUT D'ESTADÍSTICA DE CATALUNYA 2011. Disponible en: <http://www.idescat.cat/en/>
- INE, INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA 2011. Disponible en: <http://www.ine.es/>
- IVE, INSTITUT VALENCIÀ D'ESTADÍSTICA 2011. Disponible en: <http://www.ive.es/>
- KATZENSTEIN, P.J., *Small states in world markets: industrial policy in Europe*, Cornell University Press, Ithaca, 1985, p. 268.
- KITSCHOLT, H.; LANGE, P.; MARKS, G. y STEPHENS, J.D., *Continuity and change in contemporary capitalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 527.
- LECOURS, A. y NOOTENS, G. (eds.), *Dominant Nationalism, Dominant Ethnicity, Identity, Federalism and Democracy*. Peter Lang, Bruselas, 2009, p. 336.
- LIPJHART, A., *Patterns of Democracy: Governments Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, Yale University Press, Londres, 1999, p. 351.
- MORENO, L., *La federalización de España, Siglo XXI*, Madrid, 2008, p. 203.
- ORDOZGOITI, K., *El futuro nos pertenece*, Alberdania, Irún, 2010, p. 300.
- PIERSON, P., *The new politics of the welfare state*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 519.
- SCHMIDT, V.A., *The futures of European capitalism*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 357.
- TAMAYO, V., *Vasconia: la reivindicación política pendiente*, Erein, Donostia- San Sebastián, 2008, p. 314.
- TILLY, C., *Democracy*. Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 234.

Diversidad y efecto frontera: el blindaje del Concierto Económico vasco

Amelia Pascual Medrano
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de La Rioja

SUMARIO: 1. La Disposición Adicional primera de la Constitución española como elemento de diferenciación territorial. 2. El significado del llamado blindaje del Concierto Económico vasco. 3. La probable inconstitucionalidad del blindaje. 4. La intensificación de la diferenciación territorial y el «efecto frontera». 5. Algunas conclusiones.

1. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO ELEMENTO DE DIFERENCIACIÓN TERRITORIAL

La Constitución española (en adelante, CE) de 1978 en su Disposición Adicional (en adelante, DA) primera estableció que «La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales», añadiendo, no obstante, a continuación que «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).

Con ello se sentó la base para la posterior concreción de un complejo elemento de diferenciación territorial. La Constitución habla así de «derechos históricos» de los «territorios forales», lo que en la práctica suponía el reconocimiento de un ámbito propio, aunque difuso e indefinido, a determinados territorios (Navarra y las provincias vascongadas de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia) que, también históricamente, habían mantenido, pese a las unificaciones operadas en el Estado en siglos anteriores, ciertas instituciones o formas de organización propias, los llamados «fueros». Resulta, además, muy relevante a fin de comprender su significación actual tener en cuenta que la idea de *pacto* con la Corona presente en su origen histórico entre los siglos XV y XVI, se ha mantenido siempre asociada a los mismos.

El reconocimiento constitucional de estos ciertamente vagos y confusos «derechos históricos» generaron desde un principio un intenso debate político y jurídico en España. Sirvan en este sentido las atinadas palabras —ya clásicas en esta temática— del que fuera luego primer Presidente del Tribunal Constitucional

(en adelante, TC) español, Manuel García Pelayo: «Esta ambigüedad básica es el comienzo de muchas más, abre baso a interpretaciones teóricas y prácticas de gravedad incalculable y, sobre todo, proporciona un arsenal de argumentos jurídicos que pueden ser esgrimidos, sea articulados en estrategias políticas audaces y de largo alcance, sea para finalidades más modestas —por ejemplo, destinadas a crear un ámbito privilegiado en materia fiscal o en otro campo— pero no por eso menos perturbadoras del sistema político y la vigencia del orden constitucional»¹

Y es que, en efecto, la inclusión de esta especialidad en nuestro Estado autonómico constituía de partida una especie de caja de Pandora que, aunque teóricamente estaba llamada a arreglar determinados males, podía a su vez ser el origen de otros asimismo muy nocivos para el desarrollo armónico de la nueva organización territorial española. Era previsible así que la aceptación por parte del resto de Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA) de un régimen peculiar o diverso, que a ellas en principio les está vedado, no resultase nada sencillo y que más bien al contrario con frecuencia ello se viese como un auténtico privilegio o como una desigualdad que razones de tipo histórico no pueden justificar o legitimar. Además, no cabe negar, que la lógica jurídica de una Constitución racional-normativa no casa bien con la apelación a eventuales legitimidades históricas, de suerte incluso que se ha llegado a defender (Tajadura Tejada) que la DA primera constituiría un ejemplo de «norma constitucional inconstitucional» (Bachof), por oponerse al principio democrático².

Con todo, no sería tampoco justo obviar el hecho de que, por otro lado, el contexto sociopolítico parecía aconsejar vivamente el reconocimiento del factor foral en la organización territorial que debía diseñar la CE de 1978 a fin de al menos tratar de paliar o mitigar el grave problema de integración del País Vasco. Es más, algunos autores (Herrero de Miñón) ven incluso, a día de hoy, en la interpretación abierta y expansiva de la DA primera —a nuestro juicio, sin embargo, incompatible con el vigente marco constitucional— una vía de salida para el llamado problema vasco.

En cualquier caso, no obstante, el hecho es que, si bien la inclusión del contenido de la DA primera en el texto constitucional de 1978 no logró que éste fuese finalmente apoyado por la principal fuerza política del País Vasco (el Partido Nacionalista Vasco), sin duda ha sido un elemento que ha contribuido a la citada integración. Y ciertamente, quizás, el problema en la práctica radicaría no tanto en el reconocimiento constitucional del mismo, cuando en su funcionamiento y desarrollo concreto, que, como bien parece querer advertir la propia DA primera, debe realizarse dentro de los estrictos límites constitucionales (en este sentido, es muy significativo que, en el caso de la CA Navarra, el régimen foral no haya generado conflictos de entidad. Bien al contrario, en dicha Comunidad, dicho régimen ha sido, tal y como aludíamos, factor esencial para su integración y estabilidad).

¹ GARCÍA PELAYO, M., *Obras completas*, CEC, Madrid, 1991, vol. III, p. 3174.

² Véase, en este sentido, TAJADURA TEJADA, J., «La inconstitucionalidad de los derechos históricos», en *Diario La Ley*, n.º 6747, 2 de julio de 2007.

El objeto propio de esta comunicación no es, empero, el examen general de esta previsión constitucional, por lo demás ya efectuado en la doctrina española desde diversos puntos de vista³.

Nuestra finalidad es más modesta y en esencia se centra en el hecho de observar, que aun cuando jurídica y políticamente aceptamos la diferenciación establecida en la DA primera, parece absolutamente necesario, exigible y, sobre todo, prudente que el ordenamiento jurídico establezca las garantías e instrumentos necesarios que eviten, resarzan o, al menos, permitan reaccionar frente a eventuales perjuicios que el ejercicio de dicha peculiaridad constitucional pueda tener o proyectar en otras CCAA, especialmente en las CCAA limítrofes, por el conocido «efecto frontera». Ya que recordemos, una vez más, que éstas no parten, ni pueden partir en determinados ámbitos de las mismas condiciones que las dos CCAA forales, de manera que ello nada tiene que ver con las desigualdades consustanciales al ejercicio ordinario de la autonomía por parte de los diversos entes territoriales.

Pues bien, desde esa perspectiva, un ejemplo de todo lo contrario ha sido, sin embargo, el proceso que se ha dado en llamar el «blindaje del concierto económico vasco», el cual, al margen de su dudosa constitucionalidad, básicamente ha venido a reforzar, en el plano de las relaciones territoriales, la sensación de perjuicio y agravio que provoca en otras CCAA el peculiar régimen fiscal de los territorios forales vascos, derivado a su vez de los referidos derechos históricos de la DA primera.

2. EL SIGNIFICADO DEL LLAMADO BLINDAJE DEL CONCIERTO ECONÓMICO VASCO

La CA del País Vasco, sobre la base de la aludida DA primera de la Constitución, posee una singular organización institucional y, por ende, competencial. Así, en la misma, convive la estructura institucional normal de toda CA con la creada en cada uno de los Territorios Históricos que la integran (Araba, Gipuzkoa y Bizkaia). Al respecto, centrados en la cuestión que ahora nos interesa, el Estatuto de Autonomía del País Vasco reconoce en su artículo 25.1 que «el Parlamento Vasco ejerce la *potestad legislativa* [...], sin perjuicio de las competencias de las instituciones a que se refiere el artículo 37 del presente Estatuto», esto es, los «órganos forales de los Territorios Históricos» (las Juntas Generales y las Diputaciones Forales). Y, por su parte, de forma específica, el art. 41.1 —también del Estatuto vasco— establece que «las relaciones de orden tributario entre el Estado y el País Vasco vendrán reguladas mediante el sistema

³ Cfr. así, entre otros, CORCUERA ATIENZA, J. y GARCÍA HERRERA, M.A., *La constitucionalización de los Derechos Históricos*, CEPC, Madrid, 2002, p. 127; CASTELLS ARTECHE, J.M., *El hecho diferencial de Vasconia. Evidencias e incertidumbres*, FEDHAV, Donostia-San Sebastián, 2007, p. 208; o, HERRERO DE MIÑÓN, M. y LLUCH, E. (dirs.), *Derechos históricos y constitucionalismo útil*, Fundación BBVA, Madrid, 2000, p. 331.

foral tradicional de concierto económico o convenios», añadiéndose, en el apartado segundo, que dicho Concierto se ajustará entre otros al siguiente principio: «a) Las instituciones competentes de los Territorios Históricos podrán mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, el régimen tributario...».

En definitiva pues, a partir del reconocimiento constitucional de los «derechos históricos» de estos territorios, son las Juntas Generales de cada uno de los mismos quienes tienen, entre otras, la competencia exclusiva —dejando ahora de lado sus límites— en orden al establecimiento y regulación allí de los distintos tributos. A lo largo de estos años, han sido así las Juntas Generales de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia, las que en el marco del Concierto Económico con el Estado (actualmente *Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco*), han venido determinando los elementos esenciales de los tributos en el País Vasco mediante la aprobación de diversas normas forales. Ello, no olvidemos, se halla fuera del alcance del resto de CCAA (excepción hecha de Navarra), que deben atenerse a la amplia competencia que, en materia fiscal, se halla reservada al Estado central, lo cual supone un espacio más bien reducido de decisión propia.

Así las cosas, en esencia, con el llamado blindaje del concierto económico vasco en realidad se quiere aludir a la aprobación de una reforma legislativa estatal que circunscribe en exclusiva al ámbito de la jurisdicción constitucional —excluyendo el recurso directo o indirecto ante la jurisdicción contencioso-administrativa— la posibilidad de impugnar las normas forales fiscales —y no otras— de los Territorios Históricos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia (*Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial*).

Dicho de otra forma, normas que, en el ordenamiento español, pese a sus peculiaridades son normas reglamentarias y que, como tales, hasta la citada Ley han podido ser objeto de recurso ante la jurisdicción ordinaria contencioso-administrativa, tanto por los particulares como por las CCAA afectadas (art. 19 de la *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*), dejan de poder serlo, quedando su control en manos exclusivamente del Tribunal Constitucional, lo que evidentemente restringe sobremanera la legitimación procesal y el parámetro de control.

Junto a ello, esta reforma legal ha supuesto también la incorporación a la jurisdicción constitucional de un nuevo proceso: el «conflicto en defensa de la autonomía foral de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco», si bien su específica problemática se aleja más del objeto de nuestra comunicación.

3. LA PROBABLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL BLINDAJE

La reforma realizada por la LO 1/2010 ha provocado inmediatamente, en al menos una parte importante de la doctrina española, serias dudas de inconstitucionalidad que comparto y que, a la vista de los recursos de inconstitucionalidad

lidad presentados por las CCAA de La Rioja y Castilla y León, ya admitidos, al TC compete despejar de manera definitiva⁴.

Muy someramente:

i) La reforma efectuada supone, en primer lugar, abrir la vía del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad a normas que, a día de hoy, tienen carácter o naturaleza reglamentaria, a pesar de que nuestra Constitución circunscribe dichos procesos a las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley [arts. 161.1.a) o 163 de la CE].

Hay que reconocer que las normas fiscales forales vascas presentan, en efecto, evidentes peculiaridades. Estamos ante normas que ocupan ámbitos materiales reservados constitucionalmente a la ley que, sin embargo, se entienden cumplidos. Es patente la diferencia resultante con el régimen fiscal de la Comunidad Foral de Navarra que, pese a sus similitudes, queda articulado por leyes ordinarias. En sede doctrinal, se ha puesto también de manifiesto la naturaleza ciertamente especial de los órganos que dictan estas normas. Así, aun cuando se trate de órganos locales con frecuencia se les ha venido reconociendo su carácter peculiar y dual, llegando algunos incluso a atribuirles carácter parlamentario. Es más, en conexión con ello se ha debatido en torno a la calificación de sus normas como singulares reglamentos o, en extremo, como normas con valor material de Ley⁵.

Sin embargo, dejando al margen lo anterior, en el marco jurídico de nuestro vigente ordenamiento constitucional, las normas forales vascas, no son leyes, ni normas con rango legal. Con las peculiaridades que se quiera, las mismas tienen naturaleza reglamentaria y, como tales, han venido estando sujetas todo este tiempo al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Clave, a estos efectos, ha sido por lo demás el hecho que la propia *Ley vaca de Territorios Históricos de 25 de noviembre de 1983*, en su controvertido artículo 6.2, zanjara esta cuestión reservando de forma expresa al Parlamento Vasco en exclusiva la facultad de dictar normas con rango de ley.

De esta modo, a nuestro juicio, tratándose de normas que carecen de rango legal, el tan traído y llevado blindaje de las mismas tiene un difícil encaje con el vigente texto constitucional. Y ello, por más que los términos formales concretos de la reforma parezcan querer tratar de evitar un eventual juicio de inconstitucionalidad a este respecto, articulando una especie procedimiento *ad hoc*, según el cual correspondería al TC el conocimiento de los recursos y las cuestiones que se susciten con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales en relación con las Normas Forales fiscales vascas, para, seguidamente, prever la aplicación de lo dispuesto en el Título II de la Ley para los

⁴ Un examen detallado sobre este particular puede verse en el colectivo, CRIADO GÓMEZ, J.M. (dir.), *El blindaje de las normas forales vascas*, Gobierno de La Rioja-Iustel, Madrid, 2011, p. 270.

⁵ Al respecto, puede verse CASTELLS ARTECHE, J.M., *El hecho diferencial...*, *op. cit.*, pp. 108 y ss, y pp. 129 y ss.

recursos y cuestiones de inconstitucionalidad respectivamente (cfr. así el tenor literal de la nueva DA quinta de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*).

ii) En segundo lugar, la exclusión efectuada por parte de la LO 1/2010 de toda posibilidad de impugnar ante los tribunales ordinarios, las normas forales vascas de carácter tributario (recordemos que no del resto), difícilmente parece poder compatibilizarse con la previsión del artículo 106.1 de la CE, que dispone que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». Ello es además, como es sabido, un principio básico del Estado de Derecho, que supone la erradicación de ámbitos administrativos exentos de control judicial y el sometimiento sin distinción a la ley de cualquier órgano administrativo, como son las Juntas Generales vascas. Cabe también, en fin, sostener la vulneración del art. 38. 3 del propio Estatuto de Autonomía del País Vasco (que, recordemos, es también parámetro de constitucionalidad), en cuanto establece que «los actos y acuerdos y las normas reglamentarias emanadas de los órganos ejecutivos y administrativos del País Vasco serán recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

iii) Y, en tercer lugar, el llamado blindaje se ha criticado con razón desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE, dada la evidente restricción que supone en el acceso a los tribunales de las personas privadas y públicas eventualmente afectadas por las normas fiscales vascas, así como en la extensión del ámbito de control de estas, que queda así reducido al examen de constitucionalidad, desapareciendo el de legalidad propio de las normas reglamentarias.

4. LA INTENSIFICACIÓN DE LA DIFERENCIACIÓN TERRITORIAL Y EL «EFECTO FRONTERA»

La compleja problemática jurídica que ha desatado esta reforma no se comprendería en toda su dimensión si no se advierte inmediatamente que ha sido justamente el concreto ejercicio de la competencia fiscal especial de los territorios históricos la que ha ocasionado estos años continuos enfrentamientos con las CCAA limítrofes, en lo que ha venido conociéndose como el «efecto frontera».

Desde la década de los años noventa, la potestad tributaria de las Haciendas Forales vacas ha provocado así un largo y complejo conflicto político y judicial con las Comunidades Autónomas limítrofes y dentro de ellas, de forma muy sobresaliente, con la Comunidad Autónoma de La Rioja (en adelante, CAR). De hecho, en ésta, su propio Estatuto de Autonomía se hace eco de los posibles perjuicios que le puede acarrear su situación fronteriza y expresamente prevé, en su artículo 46, que, a los efectos de concretar los ingresos de la Comunidad Autónoma, deberá de atenderse, entre otros criterios, «a la corrección de los desequilibrios producidos en La Rioja por los efectos derivados de la situación limítrofe con otros territorios». Y,

desde esa óptica, la CAR viene reclamado repetidamente al Estado, y en alguna ocasión obteniendo (años 2002 y 2003), compensaciones económicas.

Ahora bien, al margen de ello, durante estos años, las CCAA limítrofes al País Vasco y sobre todo, como ya hemos apuntado, la CAR han recurrido además —y debe reconocerse que no sin éxito— un buen número de normas tributarias emanadas de las Juntas Generales vascas en la jurisdicción nacional y europea. Baste recordar, en este sentido, lo que se conoció como las «vacaciones fiscales vascas» de 1993-1994 (exención del Impuesto de Sociedades durante 10 años a empresas de nueva creación); las «minivacaciones fiscales» de 1996 (reducción progresiva de la base imponible del Impuesto de Sociedades); los incentivos fiscales vigentes hasta 1999 (deducciones de hasta el 45% de las inversiones que superasen los 15 millones de euros) o las diversas rebajas aprobadas por las Juntas Generales de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia del tipo impositivo estatal del Impuesto de Sociedades, cuestión ésta que, en los últimos tiempos, ha venido protagonizando el conflicto en sede jurisdiccional.

De manera en consecuencia que, al margen del debate y argumentación doctrinal al respecto, resulta comprensible que la restricción realizada ahora de las posibilidades de impugnación judicial de esta normas, dejando su control en manos exclusivamente del TC, haya sido percibido social e institucionalmente en las CCAA limítrofes como un intento de burla y escape del mecanismo más eficaz que tenían de paliar o evitar los efectos negativos y perjuicios que para la mismas se derivan o pueden derivarse del peculiar régimen tributario del País Vasco. Efectos éstos que, por más que puedan ser discutibles en cuanto a su entidad o gravedad, en la práctica son a su vez mayoritariamente percibidos como claramente lesivos, lo cual también explica que para las referidas CCAA y especialmente de nuevo para la CAR todo este proceso haya provocado una alta dosis de tensión y frustración, así como la crítica prácticamente unánime de instituciones, partidos y sectores sociales⁶.

En suma, el llamado blindaje no ha hecho sino acrecentar el sentimiento de agravio territorial y de perjuicio que de por sí ya ocasionaba el régimen foral vasco. Como bien acierta a expresar Solozábal Echavarría, «el episodio del blindaje foral supone un reforzamiento del encaje constitucional del sistema foral subrayando innecesariamente su especialidad jurídica»⁷.

Y es que si la propia existencia de ciertos estatus o regímenes territoriales especiales puede resultar cuestionable o, precisamente, por la propia existencia de los mismos, parece ciertamente un despropósito privar o reducir los mecanismos o garantías disponibles en el ordenamiento en orden a posibilitar la corrección de los eventuales excesos derivados de los mismos.

⁶ PASCUAL MEDRANO. A., «La Comunidad Autónoma de La Rioja y el llamado blindaje del Concierto Económico vasco», en *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 9, 2010, pp. 1 a 17.

⁷ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., «El blindaje foral en su hora. Comentario a la Ley Orgánica n.º 1, 2010», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 90, 2010, p. 16.

Y, en fin, por si ello fuese poco, hay que sumar además el hecho de que difícilmente cabe convencerse a los afectados de la racionalidad o justificación de una reforma legal como la producida, cuando lo cierto es que para la práctica totalidad de los ciudadanos ésta ha sido, lisa y llanamente, el precio político del apoyo del Partido Nacionalista Vasco a los Presupuestos Generales de 2010.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

Sobre la base de lo expuesto podemos plantear cuatro conclusiones significativas:

- En primer lugar, existen variadas y fundadas razones que avalan la tesis de que la reforma introducida por la LO 1/2010 no resulta conforme a la Constitución española, tal y como ha reiterado, cuando menos, una parte importante de la doctrina especializada. De suerte que la reforma operada no debiera superar el examen de constitucionalidad que en su día efectúe el TC.
- En segundo lugar, parece una reforma claramente inoportuna. La reforma ha venido ligada de forma muy evidente a una necesidad política coyuntural del Gobierno central de recabar apoyos, alejándose demasiado del ideal teórico de convencimiento racional de la mayoría parlamentaria de su necesidad o de sus efectos de mejora en nuestro ordenamiento.
- En tercer lugar, aun cuando la reforma viene a reforzar la trascendencia y peso del sistema foral y se alinea así con posiciones que, por diversas causas, defienden su expansión, lo cierto es que todo lleva a pensar que la razón más inmediata, más prosaica y sin duda, menos confesable, se situaría en el hecho de que las CCAA limítrofes y en especial la CAR viene recurriendo casi de modo sistemático ciertas normas fiscales forales aprobadas por los tres Territorios Históricos.
- Y en cuarto lugar, el resultado es que todo este proceso del llamado blindaje, lejos de engrasar, no ha hecho sino reforzar sobremanera e innecesariamente la tensión inherente a la diferenciación o desigualdad territorial resultante de la vigencia de la DA primera.

La complicada justificación jurídica y el natural recelo que provocan este tipo de elementos peculiares o propios sólo de una parte de los entes territoriales que conforma un Estado federal o cuasifederal, parece evidente que requieren en su desarrollo la máxima prudencia. Si no se quiere tensionar el modelo, no cabe sino compensar eventuales perjuicios que de forma especial pudieran derivarse para otros territorios y, lejos de limitar, una elemental lógica aconsejaría extender los instrumentos de control y reacción frente sus posibles excesos o desviaciones. Esto es, seguir una dirección completamente opuesta a la tomada en España con el llamado blindaje derivado de la LO 1/2010.

Hacia una determinación de las atribuciones locales en la legislación sectorial

Cristina Zoco Zabala

Profesora Contratada doctora de Derecho constitucional
Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La regulación estatutaria de las atribuciones locales. 3. La autonomía local: una competencia concurrente de atribución estatal. 4. La autonomía local: una garantía institucional de contenido mínimo. 5. Una apuesta por la inserción de las atribuciones locales en las leyes sectoriales. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente, el Gobierno ha aprobado un anteproyecto de ley para la racionalización y sostenibilidad de la administración local. Dicha ley supone una reforma de la legislación estatal básica, pues pretende delimitar las competencias locales, en mayor medida, precisando las que deben ser desarrolladas por los municipios, y distinguiéndolas, así, de las competencias estatales y autonómicas. El objetivo no es otro que evitar que los municipios gasten más de lo que ingresen¹. La progresiva determinación estatal de las competencias locales, así como la supresión de las denominadas «impropias» (salud, educación) supone una restricción del *quantum* la autonomía local que puede afectar, tanto a las leyes sectoriales que han delimitado las atribuciones locales en materias susceptibles de intervención local, como al Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, que por primera vez regula las funciones locales en competencias autonómicas (artículo 84.2). La razón estriba en que la autonomía local es una competencia concurrente de titularidad estatal, por lo que la decisión sobre el

¹ En dicho informe de 13 de julio de 2012 también se potencia la función de las Diputaciones Provinciales, Consejos Insulares o Cabildos y comarcas para la realización de servicios mínimos obligatorios en municipios de 20.000 habitantes (http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2012/refc20120713.htm).

margen de autonomía que otorga a las entidades locales corresponde al legislador estatal.

La definición estatutaria de la autonomía local, en lo que a las atribuciones locales de las competencias autonómicas se refiere, ha supuesto una novedad no sólo porque un Estatuto de Autonomía —la norma institucional básica de una Comunidad Autónoma vinculada a especiales procedimientos de aprobación y reforma— ha asumido por primera vez la regulación de esta faceta competencial. También porque el reconocimiento de la constitucionalidad de la enumeración de las facultades locales en competencias autonómicas en la STC 31/2010 ha supuesto la determinación del alcance de lo básico en relación con la autonomía local, a la designación de las competencias de intervención local sin hacer referencia a las funciones de los entes locales en competencias autonómicas. En tal sentido, el Tribunal Constitucional no sólo ha determinado que la regulación estatutaria de las atribuciones locales en competencias autonómicas era posible, siempre que se respetase el marco establecido por la legislación estatal básica ex artículo 149.1.18 CE; también ha expresado que, en materia de autonomía local, los órganos estatales deben regular los principios esenciales sobre esta competencia y las competencias locales, sin mencionar expresamente las funciones atribuidas a las competencias susceptibles de intervención local.

La delimitación jurisprudencial de lo básico a las competencias locales, precedida por el reprimido intento del legislador estatal de definir como materia básica las facultades que son atribuibles a las competencias susceptibles de intervención local (anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración Local, de 3 de mayo de 2006) contrasta, ahora, con una ley estatal dirigida a clarificar las competencias locales, como se deduce del citado informe².

La extensión de lo básico a las atribuciones locales, o la restricción estatal de competencias susceptibles de intervención local que se deriva del nuevo anteproyecto de ley, podría suponer la necesidad de reformar la legislación autonómica sectorial o el Estatuto de Autonomía, por varias razones.

En primer lugar, porque no es posible soslayar que, en lo que concierne a las competencias concurrentes, la decisión última acerca del *quantum* de la intervención autonómica en competencias concurrentes corresponde a los órganos estatales. La delimitación de lo básico es de atribución estatal, por lo que la decisión acerca de si las facultades locales en competencias autonómicas se asimila al desarrollo de lo básico pertenece a los órganos estatales. En la medida en que la articulación concreta de las competencias concurrentes es de

² El informe determina que los municipios tendrán que realizar servicios obligatorios y podrán llevar a cabo servicios facultativos. En este sentido, tendrán la garantía de una cobertura financiera suficiente para sus servicios obligatorios y, por encima de un nivel estándar de prestación de servicios, su financiación no podrá ser reclamada a otra administración. Asimismo, el informe determina que sólo cuando estén garantizados financieramente los servicios obligatorios se podrán prestar servicios facultativos.

atribución estatal, la voluntad de los órganos estatales de restringir, siquiera, algunas de las facultades locales en competencias autonómicas o de definir las de modo contrapuesto previstas a nivel sectorial, determinaría la prevalencia de la legislación básica estatal frente a la autonómica.

Es cierto, que la delimitación de la regulación autonómica al contenido no básico en materia de autonomía local impide una regulación estatal de lo básico sin control. Sin embargo, el problema se agrava si se tiene en cuenta que la autonomía local es, además de competencia concurrente, una garantía institucional de contenidos mínimos reconocida pero no definida como derecho en la Constitución, lo que permite que el legislador estatal pueda restringir, en mayor medida, el margen de intervención autonómico delimitado ya no a lo esencial, sino a lo mínimo.

El problema se agrava en relación con las normas estatutarias. Y es que la regulación de las atribuciones locales en las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas supone vincular el rígido procedimiento de aprobación y reforma a las modificaciones que establezca dicha ley básica. Asimismo, el artículo 147.2.d) CE regula como contenido del Estatuto de Autonomía las competencias asumidas dentro del marco constitucional, sin referirse a la articulación concreta de las mismas.

En este sentido, se propone que las atribuciones locales en competencias autonómicas no sean determinadas en los Estatutos de Autonomía, sino en las leyes sectoriales reguladoras de las competencias susceptibles de intervención local.

2. LA REGULACIÓN ESTATUTARIA DE LAS ATRIBUCIONES LOCALES

En líneas generales, las reformas de los Estatutos de Autonomía no han desarrollado las atribuciones locales previstas en la norma básica nacional, a excepción del estatuto catalán. Este ha sido pionero al regular, por primera vez, las funciones en relación con las competencias autonómicas que los municipios pueden poner en marcha³, si se compara con otras reformas estatutarias que han remitido a las competencias de los municipios e incluso de las provincias que se establecen en la legislación básica del Estado y en la ley de régimen local de la Comunidad Autónoma presente o futura⁴.

³ Artículo 84.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica, 6/2006, de 19 de julio).

⁴ Artículos 45.1 y 47.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla-León (Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre); artículo 64.1, *in fine*, del Estatuto de Autonomía de Valencia (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril); y artículo 75.8 del Estatuto de Autonomía de Illes Balears (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero); artículo 46.1.b) de la LORAFNA (Ley Orgánica 7/2010, de 27 de octubre).

La progresiva asunción de competencias de las Comunidades Autónomas ha planteado no sólo la necesidad de que las reformas estatutarias otorguen mayores garantías al ejercicio de la autonomía local; también, cuál debe ser el modo en que deben articularse las competencias entre las Comunidades Autónomas y las entidades locales para garantizar el margen de autonomía local, que mejor sirva a la eficacia de las políticas públicas de proximidad.

Previamente a las reformas estatutarias, la doctrina había señalado que los Estatutos de Autonomía debían asumir la garantía de la autonomía local desplazando paulatinamente a la Ley Básica de Régimen Local, en relación con la determinación de los ámbitos locales de competencias (Font y Llovet, 2006). Así pues, se había entendido que la norma institucional básica de las Comunidades Autónomas debía contener una declaración general de que los municipios tienen plena capacidad para poner en marcha su iniciativa, y servir al interés general, sin otro límite que el respeto a la ley y a las competencias de otras administraciones (Carro, 1999/2000).

Las reformas estatutarias han otorgado mayores garantías a la autonomía local. Así pues, el Estatuto de Autonomía de Aragón ha aludido a los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y diferenciación, en cuanto criterios que fundamentan la actividad de las entidades locales⁵. Y la norma estatutaria de Cataluña se ha referido expresamente a la aplicación del criterio de diferenciación en lo relativo a las leyes que afectan al régimen jurídico, orgánico, funcional, competencial y financiero de los municipios, entendiendo por tal principio la necesidad de que normas tengan en cuenta las diferentes características demográficas, geográficas, funcionales, organizativas, de dimensión y de capacidad de gestión que tienen⁶.

En líneas generales, las reformas de los Estatutos de Autonomía no han desarrollado las atribuciones locales previstas en la norma básica nacional, a excepción del estatuto catalán. Este ha sido pionero al regular, por primera vez, las funciones en relación con las competencias autonómicas que los municipios pueden poner en marcha⁷, si se compara con otras reformas estatutarias que han remitido a las competencias de los municipios e incluso de las provincias que se establecen en la legislación básica del Estado y en la ley de régimen local de la Comunidad Autónoma presente o futura⁸.

⁵ Artículo 85.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril).

⁶ Artículo 88.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica, 6/2006, de 19 de julio).

⁷ Artículo 84.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica, 6/2006, de 19 de julio).

⁸ Artículos 45.1 y 47.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla-León (Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre); artículo 64.1, *in fine*, del Estatuto de Autonomía de Valencia (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril); y artículo 75.8 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero); artículo 46.1.b) de la LORAFNA (Ley Orgánica 7/2010, de 27 de octubre).

En éste se determinan expresamente las funciones que corresponden a los municipios en cada una de las competencias susceptibles de intervención local, al tiempo que se reconoce que la competencia de la Generalitat en relación con el régimen local, debe ser determinante de la restricción de la competencia del Estado. Las entidades locales se integran, por tanto, en el marco institucional de la Generalitat (Franch, 2009).

En puridad, las reformas estatutarias han otorgado un mayor protagonismo al municipio como entidad local básica e instrumento fundamental para la participación de la comunidad local en los asuntos públicos⁹. Varios Estatutos de Autonomía han recabado la cláusula general de competencia municipal al establecer que estas entidades locales tienen en el ámbito del Estatuto y de las leyes, libertad plena para el ejercicio de su iniciativa en cualquier materia que no esté excluida de su competencia o atribuida en exclusiva a otra administración o autoridad¹⁰; en el mismo sentido se ha señalado que el Estatuto garantiza a los municipios un núcleo competencial propio que debe ser ejercido con plena autonomía, en el respeto a la Constitución y a la Ley¹¹.

Sólo algunos Estatutos de Autonomía han mencionado a las provincias o a sus funciones, como recordatorio de lo establecido en la Constitución y en la Ley de Bases de Régimen Local para estos entes locales, y de acuerdo con la autonomía que les reserva la Constitución¹². Y en alguna reforma estatutaria se ha reconocido expresamente que las competencias locales corresponden únicamente a los municipios¹³. La omisión de las provincias por parte de otros Estatutos de Autonomía, ignora las funciones que la Constitución establece para ellas en los artículos 137 y 141 CE (Salvador Crespo, 2007).

⁹ Artículo 82.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril); artículo 75.1 del Estatuto de Autonomía des Illes Balears (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero).

¹⁰ Artículo 75.5 del Estatuto de Autonomía des Illes Balears (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero).

¹¹ Artículo 92.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo).

¹² El artículo 84 del Estatuto de Autonomía de Aragón ha apelado a las funciones de la provincia en materia de cooperación, asistencia y prestación de servicios a los municipios y comarcas que se menciona en el artículo 36 de la Ley de Bases de Régimen Local. También el artículo 66 del Estatuto de Autonomía de Valencia. Sin embargo, la provincia no ha sido mencionada como ente local en el Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio), aunque el artículo 84.2 alude, en sentido general, a las competencias propias de los «gobiernos locales», para expresar muchas de las materias de competencia municipal reguladas en el artículo 25.2 de la Ley de Bases de Régimen Local.

¹³ Artículo 45.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla-León (Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre).

3. LA AUTONOMÍA LOCAL: UNA COMPETENCIA CONCURRENTE DE ATRIBUCIÓN ESTATAL

La enumeración de las atribuciones locales en las competencias asumidas por el Estatuto de Autonomía de Cataluña es expresión del desarrollo de lo básico en materia de autonomía local. Sin embargo, no se puede ignorar que esta asimilación de las atribuciones locales al desarrollo de lo básico se vincula de modo continuo y necesario al margen de intervención permitido por la ley estatal básica, en virtud del título competencial que la Constitución atribuye a los órganos estatales para determinar el contenido básico de la autonomía local (artículo 149.1.18 CE).

La determinación de las competencias estatales y autonómicas se realiza inicialmente en la Constitución, y en los Estatutos de Autonomía, de tal manera, que al Estado le corresponde regular el contenido básico en relación con la autonomía local, y a las Comunidades autónomas su correlativo desarrollo. Sin embargo, la articulación concreta de unas competencias y otras sólo se consigue a través de la definición, por los órganos estatales, del ámbito de aplicación de sus normas.

Es cierto, que las competencias son de atribución estatutaria y no legislativa, por lo que las que son atribuibles al Estado no deben ser entendidas como las «competencias de las competencias» llamadas a deslindar los ámbitos de intervención normativa sectorial, de modo irrestricto. Sin embargo, todas estas consideraciones no pueden soslayar que «la determinación expresa del carácter básico o supletorio del Derecho estatal manifiesta una delimitación competencial que no es “efecto” sino objeto propio y exigible de la normación del Estado» (Jiménez *et al.*, 2011).

El Tribunal Constitucional ha expresado la necesidad de garantizar un contenido al desarrollo de lo básico, al señalar que la atribución competencial estatal en relación con el contenido básico de una materia no puede aprovecharse para cercenar las competencias autonómicas concurrentes o vaciarlas de contenido, desde una perspectiva constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 69/1988, y 80/1998). De tal manera, que las Comunidades Autónomas tienen que ser competentes para regular lo que no es esencial por no afectar a los intereses generales (Sentencias del Tribunal Constitucional números 32/1981, 1/1982).

En la actualidad, la posibilidad de que la futura ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local pueda restringir el desarrollo de lo básico mediante la supresión de competencias locales o mediante la clarificación de las funciones locales en materias susceptibles de intervención local confirma la idea expresada en la STC 31/2010 cual es que el desarrollo de lo básico, sólo es posible en el marco de lo que establezca la legislación estatal básica. Y si bien es deseable que el contenido básico se reduzca a los principios esenciales y a la enumeración de las competencias de intervención local, ello depende de los órganos estatales, legitimados como están para vincular el

margen de intervención de los órganos autonómicos a las normas básicas que pueden ser adaptables en función de políticas de tendencias centrípetas o centrífugas.

La segunda fase de la descentralización local se inició, a nivel nacional, con el fracasado intento de aprobación del anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y Administración Local de 3 de mayo de 2006. En principio, este anteproyecto iba a sustituir a la todavía vigente Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local. Sin embargo, hasta el momento no ha existido un acuerdo sobre qué debe regular la futura ley básica en relación con las competencias que deben asumir los entes locales (Sánchez, 2008). En dicho anteproyecto enumeraron y definieron, de modo prolijo, las competencias municipales, por cuanto, a diferencia del artículo 25.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, se adjuntaron, de modo expreso, las atribuciones locales correspondientes a cada una de las materias susceptibles de intervención municipal¹⁴. También se regularon las competencias provinciales relativas a la cooperación y asistencia jurídica económica y social (artículo 25.3 del anteproyecto) que establece de modo genérico el artículo 36 de la Ley de Bases de Régimen Local. Habrá que esperar a la nueva ley para verificar una mayor o menor restricción de la autonomía local respecto del anteproyecto de 2006.

4. LA AUTONOMÍA LOCAL: UNA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE CONTENIDO MÍNIMO

El problema se agrava si se precisa que la autonomía local es, además de materia concurrente, garantía institucional reconocida pero no definida como derecho en la Constitución. La preceptiva regulación de un contenido mínimo en que la garantía institucional de la autonomía local consiste, supone que los entes locales no tienen un derecho a demandar ante el Tribunal Constitucional por insuficiencia de la autonomía local regulada legalmente. Supone también que el legislador estatal no está obligado a asimilar, como contenido mínimo, la regulación autonómica de las competencias locales.

¹⁴ Así, por ejemplo, la competencia municipal en materia de patrimonio histórico-artístico que establece el artículo 25.2.e) de la Ley de Bases de Régimen Local, se completa con atribuciones concretas en el artículo 22.1.h) del anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración Local, al establecer que corresponde a los municipios la protección y conservación del patrimonio histórico municipal, y la elaboración y aprobación de planes especiales de protección y catálogos. En cuanto a las provincias, el artículo 25.3 del anteproyecto determina las atribuciones de sus funciones específicas de cooperación y asistencia jurídica económica, social y técnica que enuncia el artículo 36 de la Ley de Bases de Régimen Local. Entre ellos, la defensa jurídica del municipio, la tramitación de expedientes administrativos, el soporte informático y la creación de redes telemáticas, así como la ejecución de obras y la prestación de servicios municipales por cuenta del Ayuntamiento.

Ni siquiera las limitaciones a la autonomía local expresadas en leyes distintas a la ley de bases de régimen local han sido consideradas como vulneraciones a la autonomía local, por no considerar que la ley de bases tenga un rango jerárquico superior al de otras leyes que *a posteriori* limitan el *quantum* de poder reglamentario de los entes locales.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en cuanto garante de la autonomía local amparada por el texto constitucional en defensa de la autonomía local tampoco define la autonomía local, como garantía institucional cuyos contornos han de ser delimitados por el legislador nacional o autonómico en cada una de las competencias susceptibles de intervención local. La sentencia del Tribunal Constitucional que ha resuelto el primer conflicto de competencias español interpuesto por la ciudad de Ceuta no supuso, tampoco, un cambio sustancial en el desarrollo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido manteniendo sobre el significado de la autonomía local constitucionalmente garantizada (Sentencia del Tribunal Constitucional 240/2006). Y ello no podía ser de otra manera, pues la autonomía local no constituye un derecho constitucional a obtener competencias exclusivas (Miguez, 2002)¹⁵, cuanto una garantía institucional cuyo respeto a su contenido mínimo se defiende en todo caso al legislador ordinario. En la medida en que constituye un componente esencial del orden jurídico político para asegurar los principios constitucionales, la autonomía local supone en todo caso, un núcleo o reducto indisponible para el legislador¹⁶, pero no una obligación, siquiera, de extraer el *quantum* de poder reglamentario que va a deferir a los entes locales.

5. UNA APUESTA POR LA INSERCIÓN DE LAS ATRIBUCIONES LOCALES EN LAS LEYES SECTORIALES

La regulación de las atribuciones locales en el Estatuto de Autonomía de Cataluña ha supuesto el reconocimiento de la necesidad de definir la autonomía local para garantizar una mayor eficacia de los servicios públicos. La progresiva asunción de competencias por las Comunidades Autónomas requiere, cada vez más, la intervención de los entes locales con el fin de garantizar una mayor eficacia de los servicios públicos.

La doctrina ha postulado la necesidad de que los Estatutos de Autonomía sean normas interpretativas y con base en ello se puedan establecer determinaciones sobre la articulación de las respectivas competencias (Ortega, 2006). Sin embargo, resulta cuestionable que dicha regulación se contenga en los Estatutos de Autonomía.

¹⁵ Cfr. MIGUEZ MACHO, L., «El sistema de las competencias locales ante el nuevo pacto local», en *Revista de Estudios de la Administración Local*, n.º 289, mayo-agosto, INAP, Madrid, 2002, p. 42.

¹⁶ SSTC 32/1981; 46/1992; 40/1998, entre otras.

En primer lugar, porque sólo las competencias autonómicas y no la articulación concreta de las mismas es de atribución estatutaria. El art. 147.2.d) CE determina como contenido del Estatuto de Autonomía las competencias que asume la Comunidad Autónoma, pero no se refiere a su concreta articulación.

Otra razón que avala la desvinculación estatutaria de la expresión de las atribuciones locales, es la naturaleza de norma institucional básica del Estatuto de Autonomía lo que, desde una perspectiva formal, conlleva un procedimiento especial de reforma (artículo 147.3 CE). La delegación estatutaria de las atribuciones en competencias autonómicas supone vincular el rígido procedimiento de reforma de la norma institucional básica, a la eventualidad de las previsiones que los órganos estatales establezcan sobre el margen de intervención de la legislación autonómica, sólo delimitadas por la inexistencia de un contenido no esencial, que no está definido.

La expresión estatutaria de las facultades locales en competencias autonómicas vincula la modificación estatutaria a las contingencias de la ley básica. Un tipo de ley que integra el bloque de constitucionalidad pero que, a diferencia de otras normas, se caracteriza por su elasticidad, en la medida en que la delimitación del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas se produce de modo indirecto, como consecuencia del desarrollo de su contenido (Rubio Llorente, 2011).

El informe del anteproyecto de ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local la ley determina un mayor desarrollo de las competencias en materias de intervención local al tiempo que una restricción de algunas tradicionalmente asumidas por los entes locales. Ello puede suponer la necesidad de modificar la legislación autonómica y estatutaria para adaptarse a la nueva legislación básica sobre la materia.

Dadas las dificultades que resultan de la modificación de los Estatutos de Autonomía a resultas de lo que establezca la legislación básica, la solución estriba en la regulación de las funciones locales en las leyes sectoriales reguladoras de las competencias autonómicas susceptibles de intervención local. Ello supondría prescindir del rígido procedimiento de reforma estatutaria en caso de inadecuación del desarrollo de lo básico a la normativa estatal encargada de ello.

6. BIBLIOGRAFÍA

- CARRO, J.L., «La cláusula de competencia municipal», en *Anuario del Gobierno Local*, n.º 1, 1999-2000, pp. 37-60.
- SALVADOR, M., *La autonomía provincial en el sistema constitucional español*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, España, 2007, p. 495.
- FONT Y LLOVET, T., «El régimen local en la reforma de los Estatutos de Autonomía», en FONT I LLOVET, T.; ORTEGA, L. y VELASCO, F., *El régimen local en la reforma de*

- los Estatutos de Autonomía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2006, pp. 11-39.
- FRANCH, M., «Existe-t-il des principes de répartition de compétences en Espagne?», en BRISSON, J.F. (ed.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités territoriales*, L'Harmattan, Paris, 2009, pp. 39-44.
- JIMÉNEZ, J. y DUQUE, J.C., «Legislación básica», en ARAGÓN REYES, M. y AGUADO, C. (eds.): *Temas básicos de derecho constitucional. Organización general y territorial del Estado*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 424-429.
- MIGUEZ, L., «El sistema de las competencias locales ante el nuevo pacto local», en *Revista de Estudios de la Administración Local*, n.º 289, 2002, pp. 37-58.
- RUBIO LLORENTE, F., «Bloque de constitucionalidad», en ARAGÓN REYES, M. y AGUADO, C. (eds.), *Temas básicos de derecho constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del derecho*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 60-63.
- SÁNCHEZ, A.J., *Autonomía local y descentralización. Su naturaleza jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 237.

El gobierno de las áreas metropolitanas: problemas y alternativas en el caso español*

Joaquín Martín Cubas y Antonio Montiel Márquez
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. El área metropolitana como comunidad de intereses. 2. La historia del gobierno metropolitano en nuestro país. 3. El marco normativo en España tras las reformas de los estatutos de autonomía de 2006. 4. Los modelos comparados de gobierno metropolitano. 5. Los modelos de gobierno metropolitano realmente existentes en el caso español. 6. Conclusiones sobre el futuro de los gobiernos metropolitanos en España. 7. Bibliografía.

Han sido una constante en el pensamiento federalista las tensiones a la hora de definir los niveles de gobierno óptimos, su ámbito territorial y su haz de competencias. Esa cuestión es especialmente delicada en el ámbito local donde las diferencias entre la amplia diversidad de entes locales es inmensa, no sólo desde el punto de vista de su estatus jurídico —municipios, provincias, entes insulares, comarcas, áreas metropolitanas, mancomunidades, consorcios, entes locales de ámbito inferior al municipal y otros para el caso español—, sino también y especialmente desde el punto de vista de su dimensión socioeconómica —municipios como Madrid o Barcelona con varios millones de habitantes frente a aquellos que ni siquiera alcanzan los cien vecinos—.

Ese debate ha obtenido un cierto protagonismo en nuestro país durante las últimas semanas. La crisis económica ha forzado el recorte de gastos de las administraciones y desde los principales partidos, de una u otra forma, con mayor o menor intensidad, se ha realizado propuestas que inciden en la supresión de algunos de los entes locales citados más arriba. En concreto, las propuestas más notorias inciden en la supresión de los municipios de menos de 500 habi-

* Esta comunicación se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación «Sostenibilidad ambiental y social en espacios metropolitanos: el caso del área metropolitana de Valencia» (referencia CSO2010-20481-subprograma 6E06) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Plan Nacional I+D+i 2008-2011).

tantes y en la supresión en la medida de lo posible de las Diputaciones Provinciales dentro del marco constitucional.

Ninguna de estas propuestas aborda, sin embargo, la posibilidad de establecer gobiernos metropolitanos como alternativa más funcional a los gobiernos municipales actuales. A nuestro entender, resulta paradójico. Precisamente, por sus características, las áreas metropolitanas reúnen las mejores condiciones para obtener un verdadero ahorro en el gasto público y una mayor eficacia en la gestión de determinadas competencias. No se trata, con ello, de suprimir los municipios que integran las potenciales áreas metropolitanas que habrían de constituirse como ente local —algo de difícil encaje constitucional y que tendría fuertes reticencias desde el punto de vista de la identidad— sino de trasladar a éstas la gestión de competencia que hoy, en manos de los municipios, multiplican las burocracias, generan descoordinación y no logran las economías de escala más adecuadas en temas como puede ser el transporte metropolitano, la gestión del agua o la de los residuos.

En esta comunicación pretendemos: primero, fijar la importancia que ha adquirido para la buena gobernanza el gobierno de las áreas metropolitanas; segundo, describir la peripecia que esta figura político-administrativa ha cursado en su devenir histórico en España; tercero, establecer el estado de la cuestión desde una perspectiva jurídica sobre las áreas metropolitanas; cuarto, desentrañar los modelos de gobierno metropolitanos desde una perspectiva comparada; quinto, analizar la situación de las principales áreas metropolitanas españolas a la luz de las consideraciones anteriores; y sexto, proponer líneas de acción en el futuro sobre los gobiernos metropolitanos en el caso español.

1. EL ÁREA METROPOLITANA COMO COMUNIDAD DE INTERESES

El *Libro Blanco de la Gobernanza Europea* entiende la gobernanza como la capacidad de las sociedades para dotarse de sistemas de representación, de instituciones, de procesos y de cuerpos sociales, como instrumento de control democrático, de participación en las decisiones y de responsabilidad colectiva. Es una evidencia empírica que las grandes aglomeraciones urbanas y su cinturón más próximo por mor de las grandes transformaciones económicas, las migraciones, la revolución del transporte y los nuevos hábitos de vida generan unas relaciones de convivencia que exigen respuestas concebidas desde la lógica de un interés común para maximizar su funcionalidad y coherencia, su eficacia y efectividad y, a la postre, el bienestar de los ciudadanos. No hay que olvidar que en España el 65% de la población vive en el 9% del territorio donde se sitúan estas grandes áreas metropolitanas.

Para Joaquín Farinós, desde principios de los años 80 el espacio y el territorio vienen posicionándose como elemento estratégico de primer orden para garantizar el desarrollo y la calidad de vida de los habitantes de tal forma que ha surgido un nuevo enfoque a la hora de enfrentar el desarrollo de los territorios

basado en la *inteligencia gubernamental*, un nuevo instrumento de gestión de la información y el conocimiento al servicio de la buena gobernanza donde las dimensiones, antes diferenciadas, de la *policies* como de la *politics* ahora se dan la mano: el reto actual consiste en que *las políticas públicas se puedan adaptar al territorio y no a la inversa*. Sin embargo, en España siguen predominando los enfoques urbanísticos y económicos de carácter municipal o regional, esca- seando los planteamientos holísticos de gobierno del territorio de carácter supra- municipal. En esa tesitura, donde no se han articulado instituciones de gobierno específicas para nuestras áreas metropolitanas y donde tampoco existe una cultura territorial de ámbito metropolitano, son varios los autores que han insistido en la necesidad de asumir «planteamientos *neoinstitucionalistas*, con mayor presencia de los poderes públicos» (Farinós, 2005, pp. 219-235).

Y es que las viejas y nuevas contradicciones y problemáticas a las que se enfrentan las grandes áreas metropolitanas obliga a pensar en el diseño de estrategias y gobiernos en torno a la definición de un bien común compartido por y para el área. Ello no implica, sin embargo, que necesariamente se deba articular un gobierno institucionalizado de carácter territorial con competencias y potestades de poder público. Bernard Jouve sostiene que durante mucho tiempo, la cuestión de la gobernabilidad de las metrópolis ha sido tratada en un marco de análisis *institucionalista*, buscando la racionalización del mapa administrativo y político de la metrópoli, a pesar de lo cual y sin embargo, las perspectivas de análisis y de acción han evolucionado muy claramente: se pueden identificar distintos tipos de gobierno metropolitano y, al analizar sus efectos, no se han podido establecer vínculos de causalidad entre los modos de gobernanza desarrollados, su competitividad económica y su coherencia interna; más aún, la ausencia de un modo de regulación institucional puede ser el origen de formas de movilización innovadoras (Jouve, 2005, p. 89).

No obstante, si en el caso español siguen predominando los tradicionales enfoques urbanísticos y de planificación económica municipal, en línea coincidente con el estilo y cultura de planificación económica regional española (Farinós, Romero y Sánchez, 2005) mientras que resultan testimoniales los planes estratégicos supramunicipales orientados, como explícito objetivo prioritario, al desarrollo territorial sostenible, con un enfoque más integral o comprehensivo que sectorial (Farinós, Olcina y Altri, 2005), todavía más alarmante se presenta la falta de innovación en nuestro país en materia de gobiernos metropolitanos como analizamos a continuación.

2. LA HISTORIA DEL GOBIERNO METROPOLITANO EN NUESTRO PAÍS

Ni históricamente ni en la actualidad se han podido fijar criterios objetivos indiscutibles a la hora de definir qué áreas metropolitanas existen desde un punto de vista funcional en nuestro país —los dos criterios que normalmente se utilizan son los de la población y la interdependencia entre los núcleos urba-

nos que componen el área—. Ahora bien, desde un punto de vista jurídico, ha sido una constante hasta los años ochenta del pasado siglo la consideración de cuatro grandes áreas metropolitanas, las de Madrid, Barcelona, Valencia y Bilbao. En cualquier caso, la consideración como ente local de estas áreas es muy reciente pues hasta los años setenta nunca tuvieron esa naturaleza, más bien se trataba de órganos estatales de gestión de determinadas competencias o servicios que todo lo más daban cabida a alguna suerte de voz de los municipios afectados. Así, por ejemplo, a los efectos de la planificación urbanística se crearon los organismos estatales del Gran Madrid (1944), el Gran Bilbao (1945) y el Gran Valencia (1946); para la gestión de agua, se creó en 1851 el organismo denominado Canal Isabel II para el área de Madrid y en 1955 un organismo similar para el área de Barcelona; en materia de transportes, se aprobaron planes específicos para Madrid (1956) y Barcelona (1957); y, por último, en 1963 se creó para el área de Madrid un organismo autónomo estatal, la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid (COPLACO) para ejercer esas mismas funciones.

De hecho, la primera área metropolitana que se configura como ente local supramunicipal fue la Entidad Metropolitana de Barcelona, creada por Decreto-ley de 24 de agosto de 1974, anticipo de las denominadas *entidades municipales metropolitanas* previstas en la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, ley que se derogaría sin ponerse en práctica en 1978. Y es que la crisis final del franquismo y la transición a la democracia postergaron el previsible desarrollo de los gobiernos metropolitanos en esos años. La creación del Estado de las autonomías —especialmente la de las regiones y nacionalidades— por la Constitución de 1978 concentró todo el interés de las nuevas instituciones políticas. Las áreas metropolitanas ni siquiera recibieron mención en el nuevo texto constitucional, salvo de forma indirecta al decir del artículo 141.3: «Se podrán crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia».

Habrà que esperar a la aprobación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de Bases de Régimen Local, para asistir a una cierta revitalización de las áreas metropolitanas. La Ley establecía en su artículo 43 que, primero, las Comunidades Autónomas, previa audiencia de la Administración del Estado y de los Ayuntamientos y Diputaciones afectados, podrán crear, modificar y suprimir, mediante Ley, áreas metropolitanas, de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivos Estatutos; segundo, las áreas metropolitanas son entidades locales integradas por los Municipios de grandes aglomeraciones urbanas entre cuyos núcleos de población existan vinculaciones económicas y sociales que hagan necesaria la planificación conjunta y la coordinación de determinados servicios y obras; y tercero, la legislación de la Comunidad Autónoma determinará los órganos de gobierno y administración, en los que estarán representados todos los Municipios integrados en el área; el régimen económico y de funcionamiento, que garantizará la participación de todos los Municipios en la toma de decisiones y una justa distribución de las cargas entre ellos; así como los servicios y obras de prestación o realización metropolitana y el procedimiento para su ejecución.

Precisamente, la autonomía de las Comunidades a la hora de regular, en su caso, las áreas metropolitanas va a ocasionar que el gobierno de estas áreas corra muy distintas suertes. Por ejemplo: el área metropolitana de Madrid o, al menos, su mayor parte pasa a gobernarse como comunidad autónoma contando, pues, con un gobierno con amplios poderes; en el caso de Barcelona, estamos ante una verdadera área metropolitana institucional desde 1974; en el caso de Valencia, se suprimirá el organismo estatal Gran Valencia en 1986, pero se creará al tiempo, por Ley valenciana 12/1986, de 3 de diciembre, el *Consell Metropolità de l'Horta*, órgano de gobierno de la nueva área metropolitana de Valencia; y en el caso de Bilbao y su área, se suprimirá el Gran Bilbao en 1980 sin articular ninguna alternativa si bien, por un lado, se mantuvo el Consorcio de Aguas del Gran Bilbao —ahora con el nombre de Consorcio de Aguas Bilbao-Bizcaia— para el abastecimiento y el saneamiento del agua de todo el territorio de Vizcaya y, por otro lado, se creó *Bilbao Metropoli-30* una asociación privada con representación de las instituciones públicas interesadas en la reflexión estratégica permanente sobre el área.

El diferente camino emprendido, sin embargo, oculta un problema de fondo común a todas las áreas que, poco después, se vería confirmado con la crisis y desaparición a la que se vieron abocadas las dos únicas áreas metropolitanas en sentido estricto que se habían creado en la década de los ochenta. Y es que, como ha establecido con precisión Rodríguez Álvarez, por doquiera existen problemas recurrentes para la institucionalización de las áreas metropolitanas como, por ejemplo: el temor de los municipios de la periferia a encontrarse en una situación de subordinación respecto a la ciudad central o el fenómeno contrario al anterior de temor desde la ciudad central; el temor de otros niveles de gobierno ya sean autonómicos o estatales a crear un contrapoder político; la existencia de mayorías de diferente color político poco propensas al consenso en los municipios que la integran; la posible existencia de un gran desequilibrio respecto al desarrollo del resto del Estado; o una concepción excesivamente tecnocrática con la subsiguiente distancia respecto al ciudadano al que el gobierno metropolitano inspira desconfianza (Rodríguez, 2005).

Precisamente en la década de los noventa, en parte por las razones mencionadas, pero especialmente al haberse constituido en una especie de contrapoder político de los respectivos gobiernos autonómicos las áreas de Barcelona y Valencia son suprimidas por los respectivos gobiernos de Cataluña, primero, y la Comunidad Valenciana, después, y sustituidas por entes de gestión monofuncionales o especializados: En Barcelona (1987), la Entidad Metropolitana del Transporte de Barcelona —que llega a agrupar a 18 municipios— y la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y Tratamiento de Residuos, después denominada Entidad Metropolitana del Medio Ambiente —32 municipios—; en Valencia (2001), la Entidad Metropolitana para el Tratamiento de Residuos —45 municipios— y la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos —51 municipios—.

Hay que decir, no obstante, que en el caso de Barcelona, unos 30 municipios crearían en 1988, a continuación de la supresión del área metropolitana, la Mancomunidad de Municipios del Área Metropolitana de Barcelona —posteriormente reconvertida en consorcio en 2009—, una asociación voluntaria de municipios con menos competencias que el anterior área pues no podía gestionar ni el transporte, ni el agua ni los residuos. Por su lado también, el municipio de Barcelona impulsó el diseño de un Plan estratégico Metropolitano con la implicación de 35 municipios y otros muchos actores políticos y sociales del área.

Las metrópolis españolas encaraban en esta situación el cambio de siglo. Es a partir de 2004, con el cambio de gobierno y el impulso a la reforma de los estatutos de autonomía, cuando se dibuja definitivamente el estatus actual de las formas metropolitanas de gobierno en España.

3. EL MARCO NORMATIVO EN ESPAÑA TRAS LAS REFORMAS DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA DE 2006

Las reformas de los Estatutos de Autonomía que se produjeron en torno al segundo lustro del siglo XXI afrontaron todas ellas con nuevas perspectivas la articulación funcional de las relaciones entre los diferentes niveles de gobierno. Interesa, por tanto, analizar la consideración que recibieron las áreas metropolitanas por parte de estas reformas.

La primera en producirse fue la del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. El Estatuto anterior de 1982, aprobado por Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, regulaba la entonces llamada *administración local* en los artículos 44 a 47 de su Título IV. Quizá, antes que nada, convenga llamar la atención sobre la parquedad con la que quedaba regulado el gobierno local en esta norma, como también así era en el resto de estatutos de autonomía de la época. El objetivo fundamental de los diferentes legisladores estatuyentes era afirmar y garantizar la autonomía de las nacientes comunidades frente a los órganos centrales del Estado. De ahí que el Estatuto de 1982 se limitara básicamente a recordar algunos de los principios que debían regir la vida de los entes locales respecto a la acción de las comunidades autónomas. El artículo 46.3 establecía que «las áreas metropolitanas y agrupaciones de comarcas serán reguladas por ley de las Cortes Valencianas, que deberá ser aprobada en las mismas condiciones que en el apartado primero», esto es, en el marco de la legislación del Estado y oídas las corporaciones locales afectadas.

La reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana en 2006, como no podía ser de otra forma, ha afectado también a la regulación estatutaria de la materia local, si bien con menor intensidad de la que la evolución de los acontecimientos sociales, políticos y jurídicos permitían e indicaban. En cuanto a las novedades cabe señalar los siguientes aspectos novedosos:

- a) Ante todo, el mandato a las Cortes Valencianas, instituido en el artículo 63.4, de fomentar la creación de figuras asociativas para mejorar la gestión de intereses comunes y para garantizar la eficacia en la prestación de servicios.
- b) Pero, además, el nuevo Estatuto, como ya lo hacía el antiguo, contempla en su artículo 65 la posibilidad de existencia de áreas metropolitanas, comarcas y agrupaciones de comarcas, si bien ahora se exige su regulación por una ley de Les Corts aprobada por mayoría de dos tercios, después de ser consultadas las entidades locales afectadas. Al respecto de estas mayorías más exigentes habría que decir que parece una medida consecuente con el sistema de partidos que se ha desarrollado en la Comunidad Valenciana y el objetivo de alcanzar una cierta estabilidad para estas figuras. Pero ello no impide señalar el incremento de la dificultad para constituir tales entes, aspecto que señala en el sentido contrario al de su promoción.

Reflexiones similares se podrían hacer en relación al resto de las reformas estatutarias que se produjeron a continuación pues en las mismas prácticamente no se le dedica atención al fenómeno metropolitano. Así, por ejemplo: En el caso de Cataluña, sólo hay una referencia al área metropolitana en el artículo 93 donde se reitera, como en el resto de los estatutos, que una ley del parlamento catalán regulará su creación, modificación y supresión, así como el establecimiento de su régimen jurídico; en el caso de Aragón, el artículo 81.2 del nuevo Estatuto establece igualmente, como única referencia a las áreas metropolitanas, que una ley de las Cortes de Aragón regulará su creación, organización y competencias; en el caso de Andalucía, es el artículo 94 el que se refiere a la agrupación de municipios estableciendo que una ley regulará las funciones de las áreas metropolitanas; en el caso de Castilla-León, ni siquiera encontramos una referencia a las áreas metropolitanas limitándose el artículo 52.1 a establecer que la comunidad de Castilla y León fomentará las asociaciones de entidades locales de ámbito autonómico para la protección y promoción de sus intereses comunes; el caso de las Islas Baleares, de la misma forma, se limita en su artículo 75.7 a recordar el derecho de los municipios a asociarse con otros y a cooperar entre ellos. Pocas regulaciones, pues, para las áreas metropolitanas y sin ningún espíritu innovador que copian en la mayor parte de los casos la regulación de los estatutos aprobados con el inicio de la etapa constitucional.

Sin embargo, en sentido contrario a las reformas estatutarias parece situarse Barcelona y su área metropolitana pues, la reciente Ley del Parlamento de Cataluña 31/2010, de 3 de agosto, del Área Metropolitana de Barcelona, parece anunciar un cambio significativo de tendencia. Se crea de nuevo un ente que asumirá las competencias que ejercen las actuales entidades metropolitanas del transporte, de servicios hidráulicos y tratamiento de residuos, junto a las de la actual Mancomunidad de Municipios y, además, otras nuevas com-

petencias en materia de urbanismo que establece la legislación urbanística catalana. La adopción del Decreto 175/2010, de 23 de noviembre, por la que se ha creado una Comisión Mixta entre la Administración de la Generalitat y los representantes del Área Metropolitana de Barcelona, cuyo objeto es proponer el establecimiento de mecanismos de cooperación y colaboración para la ejecución de la Ley 31/2010, de 3 de agosto, en todo aquello que pudiese afectar al ámbito de competencias de la Administración de la Generalitat, permite abrigar fundadas esperanzas acerca de una rápida implementación de las previsiones de la nueva Ley, cuya viabilidad actual podría verse ahora influida por los cambios de mayorías autonómicas y municipales producidos en los últimos comicios.

4. LOS MODELOS COMPARADOS DE GOBIERNO METROPOLITANO

Si esto es lo que ocurre en España, ¿qué sucede en Europa y en otras partes del mundo respecto al gobierno de los fenómenos metropolitanos? Jouve y Lefebvre han establecido cinco tipos de configuraciones institucionales en relación al gobierno de las metrópolis:

1. Ciudades-Estado: Son ciudades cuya regulación se debe ampliamente al Estado, ya sea porque la ciudad se confunde geográfica y políticamente con el Estado, caso de Singapur, ya sea porque el Estado conserva un papel central en la regulación política de las ciudades, en general casos de Gran Bretaña y los Países Bajos. Los principales problemas de estas ciudades son, por un lado, su dependencia de la política nacional y, por otro lado, un marco de acción demasiado rígido. En la España democrática lo más cercano a esta situación se habría dado en las ciudades de Ceuta y Melilla.
2. Los nuevos gargantúas: son áreas metropolitanas que se dotan de una nueva institucionalidad común ya sea mediante procesos de fusión, más típicos en los países nórdicos, ya sea mediante la creación de nuevas entidades locales metropolitanas superpuestas a las preexistentes. Londres, con la *Greater London Authority* o Stuttgart en Alemania serían buenos ejemplos de este tipo de configuración. El punto fuerte de este planteamiento estriba en la fuerte valorización de los actores locales, de tal forma que allí donde no se ha contado con ellos como en las ciudades metropolitanas de Italia o en las ciudades-provincia de los Países Bajos, el modelo ha fracasado. En la España democrática lo más cercano a esta situación fue la constitución de las áreas metropolitanas de Barcelona y Valencia como entes territoriales que acabaron en fracaso.
3. Mesonivel de gobierno: Son los casos de las ciudades donde el nivel institucional y político regional es el que asume la función de institución metropolitana. Por ejemplo, son los casos de las ciudades de Madrid

y de Zúrich. Tiene ventajas claras pues reduce la fragmentación institucional, no se generan contrapoderes políticos y simplifica el sistema de toma de decisiones; si bien pueden darse disfunciones si se produce un desacompañamiento entre el territorio funcional y el institucional de la metrópolis y, sobre todo, si se produce un distanciamiento entre las instancias decisorias y la población.

4. Gobernanza en red: Son los casos de las ciudades cuyo modo particular de agregación no pasa por una institución particular, sino por alianzas, acuerdos, conciertos a distintos niveles institucionales y también con la sociedad civil particularizados en función de las necesidades concretas. Ejemplos actuales serían ciudades como Munich o Lyon. En España, de las grandes áreas sólo en parte Barcelona o Bilbao han avanzado por este camino. Y es que su propia constitución, dependiente de la voluntariedad política, define las propias debilidades de este tipo de gobernanza.
5. Defección y conflicto: Son los casos de ciudades que no han podido generar mecanismos de agregación a escala metropolitana, lo que no implica necesariamente ausencia total de dinámicas metropolitanas, producto bien del agotamiento de los intentos de regulación de naturaleza institucional bien de la defección de un actor dominante. Ejemplos europeos podrían ser París o Milán.

Existe, pues, una amplia pluralidad de formas de articular el gobierno —y el no gobierno— de las áreas metropolitanas y la experiencia ha demostrado que las mismas fórmulas no en todos los casos tienen las mismas consecuencias en términos de funcionalidad y eficacia.

5. LOS MODELOS DE GOBIERNO METROPOLITANO REALMENTE EXISTENTES EN EL CASO ESPAÑOL

Desde un punto de vista empírico, mientras el proceso de metropolización real no cesa en su paulatino avance, son diversos los criterios y por tanto los resultados en cuanto a reconocimiento académico y/u oficial de los mismos. El Consejo Económico y Social Europeo en su Dictamen adoptado en 2004, ECO/120, tomando como referencia los umbrales establecidos por METREX (la Red de Regiones y Áreas Metropolitanas Europeas), identificaba para esas fechas un total de 83 áreas metropolitanas europeas, entre las cuales incluía ocho españolas, por orden de población (en miles de habitantes, periodo 1999-2003), Madrid (4,709); Barcelona (3,950); Valencia (1,328); Sevilla (1,074); Málaga (868); Bilbao (735); Zaragoza (629) y Gijón-Oviedo (628).

Desde un plano más académico, sin embargo, combinando los criterios de densidad de población e interdependencia espacial y las interrelaciones funcio-

nales que lleva asociadas (básicamente movilidad residencia/trabajo) descritas más arriba, pueden llegar a identificarse hasta cuarenta y seis áreas metropolitanas en el conjunto de España. Así se ha hecho en el proyecto de investigación en el que se enmarca este trabajo. El algoritmo utilizado sigue fielmente los criterios convencionales utilizados (*Office of the Management and Budget*, 2000), adaptados a las condiciones específicas del sistema urbano español. Conforme a la metodología aplicada en este trabajo, por ejemplo, el área metropolitana de Valencia integraría en estos momentos a setenta y cuatro municipios.

No obstante, a efectos de esta comunicación, por cuestiones de espacio y tiempo, nos limitaremos a analizar la situación del gobierno metropolitano en el caso de las ocho áreas identificadas por el Consejo Económico y Social Europeo a partir de los umbrales establecidos por METREX.

Pues bien, el área metropolitana, como opción de gobierno metropolitano en España, es una realidad territorial y funcional que apenas tiene traslación al plano jurídico —ya hemos analizado la parquedad de las regulaciones estatutarias autonómicas— en tanto que los datos oficiales del Ministerio de Política Territorial demuestran que tan sólo existen en España cuatro entidades metropolitanas legalmente constituidas y todas ellas de carácter sectorial, las mencionadas para Barcelona y Valencia, si bien en 2010 Barcelona la recupera mediante Ley 31/2010 que está pendiente de desarrollo. A estas áreas institucionales habría que añadir el caso particular del área de Madrid, en tanto que la formación de una ciudad-región funcional casi coincidente con los límites de la comunidad autónoma uniprovincial.

Analizando la evolución y situación actual de las restantes áreas, encontramos itinerarios peculiares pero un rasgo común: la solución a tales problemas se ha abordado, recurriendo a entidades o formas de actuación que eluden la constitución de una administración metropolitana integral, habiendo optado por soluciones alternativas de carácter voluntario, básicamente consorcios y mancomunidades, de «geometría» (delimitación territorial, composición y ámbito competencial) variable.

En particular, se constata que la cuestión del transporte metropolitano, uno de los problemas básicos de las áreas metropolitanas, ha sido abordada mayormente mediante la creación de consorcios como fueron el de Bilbao (1976); Barcelona (2007); Valencia (2000); Sevilla (2001); Málaga (2003) y Zaragoza (2007). Otras políticas sectoriales como la de vivienda, han sido abordadas también mediante la creación de sendos consorcios en los casos de Sevilla (2007) y Barcelona (2007); modalidad organizativa que se ha extendido a casos ciertamente singulares como es el del Consorcio para el Desarrollo de la Televisión Digital Terrestre Local Pública —demarcación comarcal de Torrent— TV 35, en Valencia (2006).

Las mancomunidades han constituido también un remedio útil para enfrentar algunos problemas supramunicipales, y metropolitanos. No es infrecuente que servicios tan dispares como promoción del empleo y desarrollo económico

comarcal, servicios sociales u otros relacionados con la cultura o el deporte, sean gestionados desde mancomunidades. Una dinámica que podría verse incrementada en la actual situación de crisis financiera, considerando además la reforma del régimen local operada por la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, que ha mejorado la regulación de las potestades de las mancomunidades. Aún así, no hay que dejar de mencionar sus debilidades como la dispersión, la debilidad de sus gobiernos y los problemas de transparencia democrática que arrastran en muchos casos.

Así pues, tan sólo de las áreas metropolitanas de Barcelona y Valencia puede decirse que han llegado a disfrutar de un gobierno metropolitano, si bien su experiencia parece la prueba fehaciente del fracaso del modelo diseñado por la legislación de régimen local, de integración forzosa para los municipios y fuerte impronta administrativista. El caso de Barcelona, en cualquier caso, abre una incógnita, pues ahí se ha completado todo un ciclo organizativo que ha llevado desde la supresión en 1987 de la Corporación metropolitana creada en 1974, a la reciente aprobación, por unanimidad de todos los grupos políticos presentes en el *Parlament*, de la Ley 31/2010, de 3 de agosto, de la Generalitat, del Área Metropolitana de Barcelona.

6. CONCLUSIONES SOBRE EL FUTURO DE LOS GOBIERNOS METROPOLITANOS EN ESPAÑA

Como hemos visto, las diferentes áreas metropolitanas españolas han afrontado, ya sea de forma voluntaria o involuntaria, de forma distinta su manera de situarse en la nueva sociedad-red. Algunas cuentan con verdaderos gobiernos metropolitanos —ya sea en forma de comunidad autónoma como Madrid o, recientemente, en forma de área metropolitana, como Barcelona—; otras no cuentan propiamente con tal gobierno pero sí con una sociedad civil fuerte que piensa en términos de área metropolitana y, por tanto, condiciona el devenir de los gobierno realmente existentes como es el caso de Bilbao; otras han buscado la solución a través de figuras contractuales ya sea mancomunidades o consorcios, como es el caso de Sevilla, Málaga o Zaragoza, entre otras; pero la gran mayoría, y especialmente grave es el caso de Valencia, no cuentan con ninguna entidad ya sea institucional o social que permita ni siquiera pensar en términos de gobierno metropolitano.

En esta tesitura, donde no se han articulado instituciones de gobierno específicas para la mayor parte de nuestras áreas metropolitanas y donde tampoco existe una cultura política territorial de ámbito metropolitano es donde más riesgos existen de que los intereses particulares hagan valer su poder sobre los más generales del área metropolitana como conjunto. Son varios los autores que, en ese sentido, han insistido en la necesidad de asumir «planteamientos neoinstitucionalistas, con mayor presencia de los poderes públicos» (Farinós, 2005). Esto es, resulta necesario ante la inmensidad de los cambios socioeconómicos que

han vivido nuestras ciudades en nuestro país plantearse de una vez por todas la necesidad de los gobiernos metropolitanos se adopte la forma que se adopte, incluso desde la asunción de la variedad de las mismas.

Frente a la consabida descoordinación y ineficiencia de políticas públicas localistas y sectoriales, agravadas en estos tiempos de profunda crisis económica y cuestionamiento de buena parte de funciones públicas tradicionales, eludir el abordaje real de una planificación estratégica y la institucionalización de una fórmula consensuada y flexible de gobernanza metropolitana puede suponer no sólo una limitación para encarar en mejores condiciones los cambios económicos y sociales que ya se están produciendo, si no también perder una oportunidad histórica para la consolidación de un sistema político local renovado.

7. BIBLIOGRAFÍA

- CALLIZO SONEIRO, J., «Hipótesis para la gestión del espacio metropolitano», en *Territorio & Desarrollo Local* 8, 2005.
- COMITÉ DE LAS REGIONES. *Las dimensiones regional y local en establecimiento de nueva forma de gobernanza en Europa*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2003.
- FARINÓS, J., «Nuevas formas de gobernanza para el desarrollo sostenible del espacio relacional», *Eria*, n.º 67, 2005, pp. 219-235.
- FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL, *Libro verde. Los Gobiernos locales intermedios en España*, Fundación Democracia y Gobierno local, Madrid, 2011.
- JOUVE, B., «Gobernanza metropolitana en Europa: un ensayo de tipologías», en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 24, 2002, pp. 171-176.
- JOUVE, B., *Cuestiones sobre gobernanza urbana*, Fundación Carlos Pi i Sunyer, Barcelona, 2005.
- JOUVE, B. y LEFÈBRE, C. (dir.), *Métropoles ingouvernables*, París, Elsevier, 2002.
- MIGUEL GONZÁLEZ, R. del, «Planificación territorial, gobierno y gobernanza en las grandes ciudades españolas», en *Boletín de la Asociación Española de Geografía*, n.º 48, 2008, pp. 355-374.
- QUINTÁS ALONSO, J., *Más investigación o prueba/error y vuelta a empezar*, Visión Net, Madrid, 2007.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.M., «Las áreas metropolitanas en Europa: un análisis causal y tipológico», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2005, pp. 298-299.
- SERRANO RODRÍGUEZ, A., «La problemática supramunicipal del modelo territorial del siglo XXI: áreas Metropolitanas y Regiones Funcionales Urbanas», en *Territorio & Desarrollo Local*, n.º 8, 2005.
- SORRIBES MONRABAL, J., *Las Áreas Metropolitanas. Análisis teórico y experiencia comparada*, Consell Metropolità de l'Horta, Valencia, 1999.

La conveniente coordinación de la fiscalidad ambiental autonómica como reticencia al desarrollo del federalismo fiscal

Cristóbal J. Borrero Moro

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario, Facultad de Derecho
Universitat de València

SUMARIO: 1. En busca del dorado: la nueva reforma del sistema de financiación autonómico/2009. 2. La necesaria coordinación de la autonomía financiera de las CCAA. 3. La necesaria coordinación del aspecto espacial del hecho imponible de los tributos propios autonómicos ambientales. 4. La respuesta italiana: federalismo fiscal. 5. Propuestas de solución. 6. Bibliografía.

1. EN BUSCA DEL DORADO: LA NUEVA REFORMA DEL SISTEMA DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICO/2009

La aprobación tanto de la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante, LOFCA), como de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias (en adelante, LSFCA), ha supuesto una nueva reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas —en adelante, CCAA—, al modificar tanto el año base —ahora 2007— de fijación de las necesidades globales de financiación de las CCAA, con base en la población real, cualificada en función de su envejecimiento, dispersión, superficie en la que habita, insularidad o su edad escolar, como la regulación del ejercicio de las competencias financieras en materia de recursos, reconocidos a las CCAA en el artículo 157.1 Constitución española —en adelante, CE—.

El germen de dicha modificación normativa es el Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera 6/2009, de 15 de julio, para la reforma del Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades

con Estatuto de Autonomía (en adelante, Acuerdo). En efecto, el Acuerdo define como uno de los rasgos principales, hasta el punto de calificarlo como eje básico, del nuevo sistema de financiación autonómico el aumento de la autonomía y de la corresponsabilidad fiscal; ampliando, para ello, además de la participación (porcentajes de cesión) de las CCAA en los principales tributos cedidos, las competencias normativas de las CCAA en los mismos, aumentando, así, tanto el peso de los recursos tributarios en el total de su financiación, como la autonomía de las CCAA para determinar el nivel de los mismos. Circunstancia que introduce un elemento de flexibilidad del sistema y de capacidad de adaptación a la evolución de los recursos y necesidades, que acentúa la estabilidad del mismo, al reforzar otro de los ejes básicos que articulan la reforma del sistema de financiación autonómico, la mejora de la dinámica y estabilidad del sistema y de su capacidad de ajuste a las necesidades de financiación.

En el marco de la firme voluntad política de incrementar, en el nuevo sistema de financiación autonómico, los espacios fiscales de las CCAA, el Acuerdo se ocupa de los tributos propios con un epígrafe titulado «Clarificación del espacio de los tributos propios de las CCAA»; en el que propone revisar el artículo 6.3 LOFCA, en el sentido de fijar el límite de las CCAA para la creación de tributos propios en el «hecho imponible» de los tributos locales y no en su materia imponible, como hasta ahora ocurría, con base en la interpretación constitucional en dicho sentido del término «materias», contenido en el antiguo artículo 6.3 LOFCA (Sentencia del Tribunal Constitucional 289/2000). Todo ello con el objetivo de establecer «un espacio fiscal autonómico más claro en relación con los tributos locales, con una delimitación similar a la que existe en relación con los tributos estatales», tratando de evitar, al dar mayor seguridad jurídica, «los habituales conflictos constitucionales actuales», ya que hasta ahora, pese a la firmeza de una reiterada jurisprudencia constitucional, existía posiciones contrarias a dicha interpretación, tanto en la propia doctrina constitucional, como en la literatura científica (Borrero, 2004 y 2008).

Propuestas de reforma del sistema de financiación autonómico que se encarnaron en las reformas legales referidas *supra*. De hecho, la Ley Orgánica 3/2009, de modificación de la LOFCA, se propone, como explicita su Preámbulo, «introducir en el marco jurídico general del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía las novedades que incorpora el Acuerdo 6/2009»; esto es, modular, a su luz, la regulación del ejercicio de las competencias financieras de las CCAA.

2. LA NECESARIA COORDINACIÓN DE LA AUTONOMÍA FINANCIERA DE LAS CCAA

Esta nueva ordenación del sistema de financiación autonómico parece más acorde con el verdadero sentido que, a nuestro juicio, tiene la autonomía finan-

ciera, constitucionalmente reconocida a las CCAA; al avanzar por el camino de superación de la imagen de una *Hacienda autonómica parasitaria*, edificada sobre transferencias estatales, que cuestionaba su cabal acomodo al principio de autonomía financiera. La superación de dicha situación exigía, pues, como venía exponiendo la doctrina, hacer realidad el principio de corresponsabilidad fiscal como criterio de ordenación del sistema de financiación autonómica, en el sentido de atribuir a las CCAA más responsabilidad jurídico-política ante sus propios ciudadanos a la hora de determinar el nivel de exacciones tributarias exigidas para financiar sus competencias. En efecto, el contenido cabal del principio de autonomía financiera exige que las CCAA tengan protagonismo en la ordenación de los recursos tributarios que van a posibilitar la financiación de las competencias atribuidas; asumiendo la responsabilidad de coadyuvar a la determinación de la presión fiscal existente en su territorio. La consecución de este objetivo exigía incrementar los recursos tributarios propios de las CCAA, entendidos como aquellos respecto de los cuales éstas ejercen, total o parcialmente, su capacidad normativa.

Ahora bien, la autonomía financiera atribuye a las CCAA un poder limitado. La autonomía financiera «no se configura en la Constitución en términos absolutos sino que se ve sometida a limitaciones derivadas de los principios, que el mismo artículo 156.1 de la Constitución española proclama, de «coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles» —Sentencia del Tribunal Constitucional 179/87/2.º—. Más precisamente, en el ámbito de nuestro trabajo, el poder de las CCAA para establecer y exigir tributos debe ejercerse «de acuerdo con la Constitución y las leyes» —art. 133.2 CE—. Concretamente, la coordinación de las Haciendas estatal y autonómica se ha llevado a cabo por el legislador estatal, con base en la habilitación contemplada en el artículo 157.3 CE para que regule mediante ley orgánica el ejercicio de las competencias financieras de las CCAA: tributos propios, tributos cedidos, participación en los ingresos del Estado, etc. —art. 157.1 CE—, mediante el establecimiento de la LOFCA; en la que se determina la extensión y límites de la autonomía financiera de las CCAA —STC 179/1987/2.º—; esto es, en la que se fija el «marco y los límites en que esa autonomía ha de actuar» —STC 179/87/2.º—. Ciertamente, al legislador estatal le corresponde establecer los parámetros jurídicos con base en los cuales pueda llevarse a cabo la integración de los subsistemas financieros autonómicos en el sistema financiero estatal. Como reconoce el Tribunal Constitucional «la indudable conexión existente entre los arts. 133.1, 149.1.14.º 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» —Sentencia 192/2000/6.º—.

Todo ello, en aras, entendemos, en primer lugar, de coadyuvar a la consecución de un sistema tributario, como medio para hacer realidad la contribución de todos al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la

idea de justicia tributaria —art. 31.1 CE—, lo cual exige una «dosis inevitable de homogeneidad» en la ordenación de los tributos, «como indeclinable exigencia de la igualdad de los españoles» —Sentencias del Tribunal Constitucional 19/1987/4.º y 135/1992/6.º— y del principio de capacidad económica. Este mandato constitucional exige la coordinación del conjunto de tributos, estatales, autonómicos y locales, con la finalidad de garantizar la consecución de fines constitucionales, entre los que se encuentra, además de la contribución al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica de cada uno, otros como el de preservación del medio.

Todo ello, en el marco del respeto a la configuración constitucional de la autonomía financiera, como pilar de la organización territorial del Estado, constitucionalmente reconocida a las CCAA —arts. 2, 137; 156.1 CE—; a las que se les reconocen constitucionalmente determinados recursos tributarios —art. 157.1 CE—. Consecuentemente, el legislador estatal podrá regular mediante ley orgánica el ejercicio de las competencias financieras reconocidas constitucionalmente a las CCAA, pero no podrá suprimirlas, ni expresa, ni tácitamente, a través del establecimiento de unos límites tan exigentes que anulen de hecho la capacidad de las CCAA para determinar, en todo o en parte, sus recursos tributarios propios.

En este marco, las CCAA tienen reconocida constitucionalmente poder tributario para el establecimiento de tributos propios —arts. 156.1; 133.2 y 157.1.b) CE—. Este poder forma parte de modo indefectible del contenido básico de la autonomía tributaria —art. 157.1.b) CE—; constituye una manifestación intrínseca de la misma. Su ejercicio se ha materializado en el establecimiento de tributos propios con finalidad extrafiscal, señaladamente ambiental; encaminados directamente a la ejecución de sus competencias y generando escasos recursos económicos para las CCAA. Por lo que dicho poder tributario para establecer tributos propios ambientales puede y, entendemos, debe ser regulado por el legislador estatal, en orden a su coordinación en el sistema tributario global, en aras de hacer realidad la idea de justicia constitucional, pero no suprimido, ya que la habilitación al legislador estatal —art. 157.3 CE— es para regular su ejercicio, no su existencia.

3. LA NECESARIA COORDINACIÓN DEL ASPECTO ESPACIAL DEL HECHO IMPONIBLE DE LOS TRIBUTOS PROPIOS AUTONÓMICOS AMBIENTALES

La regulación por el legislador estatal, desde 1980, del ejercicio de las competencias financieras autonómicas en la LOFCA, concretamente en su artículo 6.2, determinó, ante la imposibilidad para las CCAA de establecer tributos propios cuyos hechos impositivos recayesen sobre aquellos ya gravados por tributos estatales, una decidida apuesta por tributos con finalidad extrafiscal, señaladamente por tributos ambientales. Circunstancia que explica el número de tributos autonómicos ambientales establecidos en estos años.

El tributo ambiental supone una de las respuestas del legislador a uno de los problemas más relevantes que tiene actualmente planteado la sociedad: el problema ambiental. El tributo ambiental se caracteriza por encaminarse a la preservación de medio, bien modulando comportamientos —incentivando los favorecedores del medio y desincentivando los contrarios al mismo—, bien generando ingresos públicos, mediante la imputación de los costes ambientales a los provocadores de los mismos. Dichos fines justifican el establecimiento del tributo como técnica jurídica de intervención ambiental. La gravedad del problema ambiental y la necesidad actual de actuar sus dos fines más relevantes, exigen la articulación técnica del tributo ambiental con base, fundamentalmente, en el principio «quien contamina, paga». La equidad en materia de tributación ambiental se identifica, hoy día, con el principio «quien contamina, paga». En consecuencia, es éste el principio de justicia tributaria que configura básicamente los tributos ambientales, siempre dentro del respeto al principio de capacidad económica.

Así, los tributos ambientales, con base en su articulación técnica, pretenden la imputación de los costes ambientales a sus provocadores, mediante la técnica de gravar la actividad contaminante, internalizando los costes ambientales por la vía de la exacción tributaria. Esta circunstancia se materializa en la contribución de los contaminadores al sostenimiento de los gastos públicos con base en el principio de provocación de costes.

Ahora bien, la contaminación no tiene fronteras en ningún caso: el planeta físicamente es uno. Sin que las fronteras políticas puedan cambiar este hecho; aunque en algunos casos, esta realidad sea más difícil de percibir; por ejemplo en el supuesto de los residuos, al materializarse en un depósito físico en un territorio concreto.

De ahí que en la configuración del aspecto espacial del elemento objetivo del hecho imponible de los tributos ambientales, las exigencias del principio «quien contamina, paga» tenga serias limitaciones jurídicas. Así, si bien dicho principio impone una determinada configuración del presupuesto de hecho del tributo ambiental, encaminada a sujetar a gravamen todas aquellas actividades contaminantes —emisiones, vertidos, etc.—, que se pretenden gravar con el tributo, por contaminar el territorio, en nuestro caso, autonómico; la misma se ve limitada por el ámbito territorial de ejercicio del poder tributario autonómico; de modo que no puede sujetarse a gravamen aquellas actividades contaminantes que, aun cuando contaminen de dicha forma —emisiones, vertidos, etc.— dicho territorio, no se realicen en el mismo, al no estar establecido en el territorio autonómico el foco de contaminación; esto es, al no ubicarse el mismo en el espacio en el que la ley autonómica, por la que se establece el tributo ambiental, desarrolla su eficacia.

Circunstancia que limita la eficacia ambiental de determinados tributos ambientales autonómicos; señaladamente de aquellos que pretenden incidir en elementos físicos no abarcables totalmente en el espacio de eficacia de la ley autonómica; como acontece con el aire o con el agua. Así, un río que atraviese

diferentes CCAA no puede cabalmente protegerse ambientalmente mediante el establecimiento de un tributo ambiental autonómico que sujete a gravamen los vertidos contaminantes realizados al mismo en dicha Comunidad, ya que si dicha actuación no se realiza en la Comunidad Autónoma que le antecede en el cauce del río, su tramo de río estará menos contaminado, pero seguirá estando contaminado por el mero discurso del agua del río proveniente de la Comunidad que no ha adoptado el tributo ambiental.

Lo mismo se puede decir de las emisiones contaminantes a la atmósfera; incluso con mayor motivo. Siendo éste el caso de las industrias ubicadas en zonas limítrofes con otras CCAA. Ciertamente, estas industrias son fiscalmente ajenas a las Comunidades Autónomas, afectadas por la contaminación, en las que no se encuentra ubicado el foco emisor, pero que padecen sus efectos contaminantes, como consecuencia de no ubicarse dicho foco en el espacio de eficacia de sus normas jurídicas, entre las que se encuentran las tributarias. Por lo que no habría posibilidad de hacer realidad en estos casos el principio de «quien contamina, paga».

Ubicándose la solución, entendemos, en el ámbito de la coordinación por el legislador estatal de las Haciendas estatal y autonómica.

4. LA RESPUESTA ITALIANA: FEDERALISMO FISCAL

La reforma del Título V, de la parte II, de la Constitución italiana (en adelante, CI), realizada por la Ley constitucional de 28 de octubre de 2001, n. 3, configura un Texto constitucional en el que se consagra una distribución territorial del poder financiero, calificado en Italia como federalismo fiscal; esto es, como forma de organización del Ordenamiento jurídico-político caracterizada por la adopción de criterios en orden a realizar la autonomía financiera de los entes subcentrales: regiones y municipios; autonomía financiera que existe siempre que los entes subcentrales disponga de recursos ciertos y suficientes respecto a las competencias atribuidas (Tosi y Giovanardi, 2006), bien mediante tributos propios, bien mediante la participación en los ingresos de los tributos estatales producidos en el territorio de la región (Alfano, 2005).

Gestándose en la actualidad el debate político y doctrinal acerca del alcance del federalismo fiscal italiano. Al respecto, la Constitución italiana reconoce a las Regiones autonomía financiera —art. 119.1—; pudiendo disponer tanto de recursos tributarios autónomos, para lo cual se les atribuye el poder de establecer y recaudar sus propios impuestos e ingresos, conforme a lo dispuesto en la Constitución y a los principios de coordinación de la Hacienda Pública y del sistema tributario, como de una participación en el rendimiento de impuestos estatales generados en respectivo ámbito territorial —art. 119.2 CI—; y todo ello de modo suficiente —art. 119.3 CI—.

Así, la autonomía tributaria de las Regiones está limitada por el principio de coordinación; constituyendo legislación concurrente entre el Estado y las Regiones

la coordinación de la Hacienda Pública y del ordenamiento tributario, correspondiendo, por tanto, a las Regiones la potestad de legislar en el marco de los principios fundamentales en la materia, fijados por el Estado —art. 117.3 CI—; finalmente, corresponde a las Regiones la potestad legislativa en cualquier materia no expresamente reservada a la legislación del Estado —art. 117.4 CI—.

A la luz de lo cual, las Regiones tienen la competencia legislativa para establecer tributos propios, al no estar reservada dicha materia a la competencia del Estado —art. 117.4 CI— (Del Federico 2006), aunque en el marco de la legislación estatal derivada de las exigencias del principio constitucional de coordinación del sistema tributario global —arts. 119.2 y 117.3 CI— (Tosi y Giovanardi, 2006).

La competencia estatal para coordinar el sistema tributario alcanza, por tanto, a los tributos propios regionales; aunque sin especificar, porque tampoco lo hace el artículo 119 CI, el alcance de la misma. Así, la doctrina apuesta por que el legislador huya de una regulación acabada de cada tributo propio, realizando una configuración de los elementos estructurales de los posibles tributos a disposición de las Regiones, correspondiendo a éstas su establecimiento y su regulación de desarrollo, como tributos propios (Del Federico, 2006), en aras de hacer realidad un sistema tributario que exige un mínimo de homogeneidad en la disciplina misma de los tributos (Sorrentino, 2010); mientras que la Corte constitucional italiana sostiene que la coordinación en dicha materia exige tanto la fijación de los principios fundamentales a los que deberá sujetarse los legisladores regionales, como la determinación de la estructura del sistema tributario, indicando con precisión las opciones de las regiones en cuanto al tipo de tributo y a las características de los tributos propios regionales —Sentencia 37/2004—.

Este mandato de coordinación del sistema tributario, contenido en el artículo 119 CI, ha sido materializado en la Ley núm. 42, de 5 de mayo de 2009, por la que se establecen los principios fundamentales de coordinación de la finanza pública y del sistema tributario; aunque la Ley delega en el Gobierno el dictado de Decretos Legislativos en actuación del artículo 119 CI, con la finalidad, mediante la concreción de dichos principios fundamentales de coordinación, de asegurar la autonomía financiera de las Regiones —art. 2.1 Ley 42/2009—; estableciendo como principios y directrices que deberán informar dichos Decretos Legislativos, entre otros, los siguientes, referidos a nuestro tema: autonomía tributaria —art. 2.2.a)—; racionalidad y coherencia de cada tributo y del conjunto del sistema tributario —art. 2.2.c)—; respeto al principio de capacidad económica —art. 2.2.l)—; prohibición de la doble imposición sobre el mismo presupuesto —art. 2.2.o)—; posibilidad de dictar tributos regionales propios en lo no gravado por el Estado —art. 2.2.q)—. Materializándose una opción por el federalismo cooperativo, como había apuntado la doctrina (Alfano, 2005; Del Federico, 2006).

Siendo éste el marco normativo en el que deben analizarse los tributos ambientales, en tanto que se han extendido sobre todo en el ámbito regional y lo-

cal; estableciéndose en leyes estatales y atribuyendo a los entes subcentrales la regulación de su cobro y, eventualmente, de algunos elementos cuantitativos: base y tipo de gravamen (Marchetti, 2006). Tributos que vienen caracterizados por perseguir finalidades extrafiscales; señaladamente la preservación del medio; de ahí que quepa recordar que a las Regiones se les reconoce también la competencia para la tutela del ambiente, pese a su fijación como competencia exclusiva de la legislación del Estado —art. 117.2 CI—, ya que la Corte constitucional ha realizado una interpretación extensiva de dicho precepto, configurando la materia ambiente como una «materia transversal», en orden a la cual se manifiestan competencias diversas, que pueden ser tanto regionales, como estatales, correspondiendo a éste la tarea de fijar estándares de tutela uniformes sobre todo el territorio nacional —Sentencias n. 407/2002 y n. 96/2003— (Marchetti, 2006).

Generalmente, tanto la normativa, como la doctrina, a la hora de plantearse las exigencias de coordinación del sistema tributario, se ocupa de las derivadas del principio de capacidad económica como garantía de techo del sistema (Cipollina, 2009; Del Federico, 2006). Aunque esa especial dedicación no impide que parte de la doctrina remarque las ineficiencias que presentan los tributos ambientales regionales, como consecuencia de la asimetría entre la dimensión del fenómeno de la contaminación y el ámbito aplicativo del tributo, sobre todo en el marco de aquellos tributos ambientales que gravan actividades contaminantes desvinculadas del territorio, como son específicamente las emisiones contaminantes (Cipollina, 2009; Alfano, 2005); apostándose, en este marco, por una modalidad de tributo ambiental estatal, sin descartar otras modalidades tributarias (Alfano, 2005).

Tesis que encuentra, hoy, respaldo normativo entre los principios fundamentales de coordinación, fijados en la Ley 42/2009, al establecerse, como uno de ellos, la necesaria racionalidad y coherencia de cada tributo y del sistema tributario en su conjunto —art. 2.2.c)—.

V. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

La decidida apuesta por la cabal materialización de la autonomía financiera de las CCAA en nuestro sistema político no puede ignorar las exigencias constitucionales de hacer realidad, vía coordinación de las Haciendas estatal y autonómicas, la contribución al sostenimiento de los gastos públicos mediante un sistema tributario justo —art. 31.1 CE—. Justicia que puede materializarse tanto en la contribución de acuerdo con la capacidad económica de cada uno, como en la cabal preservación del medio, para lo que puede ser imprescindible la coordinación de los subsistemas tributarios autonómicos.

Dicha coordinación se lleva a cabo en la actualidad en el artículo 6 LOFCA, aunque referida a las exigencias del principio de capacidad económica. Por ello, ahora nos preguntamos si no sería también conveniente extender

dichas reglas de coordinación a cuestiones como las relativas al aspecto espacial del elemento objetivo del hecho imponible de los tributos ambientales; sobre todo de aquellos que gravan emisiones contaminantes o vertidos a medios físicos que afecten a varias CCAA, en aras de hacer realidad la finalidad del tributo ambiental de que asuman los costes ambientales sus provocadores, sorteando los límites del espacio en el que las normas jurídicas autonómicas proyectan su eficacia.

Dichas medidas podrían consistir en el establecimiento de un tributo estatal ambiental, bien sobre las emisiones, bien sobre los vertidos, de carácter marco, que podría ser cuantitativamente sustituido por lo establecido en aquellas CCAA que opten por su establecimiento; garantizando tanto la autonomía de las CCAA, al permitirles fijar, en unos márgenes razonables, el aspecto cuantitativo del tributo, como la coordinación de los subsistemas tributarios, en aras de preservar cabalmente el medio mediante la fiscalidad ambiental.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALFANO, R., «L'applicazione di tributi ambientali nel nuovo contesto della finanza regionale», en *TributiImpresa*, n.º 3, 2005.
- BORRERO MORO, C.J., *La materia imponible en los tributos extrafiscales. ¿Presupuesto de realización de la autonomía financiera?*, Aranzadi, 2004.
- , *El reparto de la materia imponible entre la Hacienda Autonómica y Local*, Tirant lo Blanch, 2008.
- DEL FEDERICO, L., «L'autonomia tributaria delle regioni ed il principio di coordinamento de la finanza pubblica: con il progetto Giorda bis verso l'attuazioni dell'art. 119», *RDFS*, vol. I, n.º 1, 2006,
- MARCHETTI, F., «Ambiente (Dir. Trib.)», en *Dizionario di Diritto Pubbico*, CASSESE, S. (dir.). Giuffrè, vol. I. Milán, 2006.
- SORRENTINO, F., «Coordinamento e principi costituzionali», en *RT*, n.º 6, 2010.
- TOSI, L. y GIOVANARDI, A., «Federalismo (Dir. Trib.)», en *Dizionario di Diritto Pubbico*, CASSESE, S. (dir.), Giuffrè, vol. III, Milán, 2006.