

## EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Enric Fossas Espadaler \*

### Sumario

Introducción.

I. - La constitucionalidad del control de constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía

a) Los argumentos a favor de la competencia del Tribunal Constitucional

b) Objeciones jurídicas y alternativas a la competencia del Tribunal Constitucional

II.- Algunos ejemplos del Derecho comparado

III.- La legitimidad del control de los Estatutos de Autonomía del art. 151 CE y la denominada "objeción democrática".

---

Enric Fossas Espadaler, catedrático de derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona, Departamento de Ciencia Política y Derecho Público, Campus de la UAB, 08193 Bellaterra (Cerdanyola del Vallès), Barcelona, [enric.fossas@uab.cat](mailto:enric.fossas@uab.cat).

Artículo recibido el 16.05.2011. Evaluación ciega: 4.07.2011. Fecha de aceptación de la versión final: 4.07.2011.

## Introducción

Una de las cuestiones que se ha suscitado durante la larga y controvertida tramitación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los diputados del Grupo Popular contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (EAC 2006), ha sido el referido a la legitimidad del Tribunal Constitucional (TC) para juzgar una norma que fue aprobada por el Parlamento de Cataluña y las Cortes Generales, y votada en referéndum por una mayoría del cuerpo electoral de Cataluña. Ciertamente, la cuestión ha sido polémica en buena medida debido a la crítica situación institucional del Tribunal, provocada por las vicisitudes políticas y jurídicas, internas y externas, ocurridas durante los cuatro años que aquél tardó en dictar una Sentencia que se consideraba el mayor reto de su historia. El objeto de esta polémica fue la legitimidad del "concreto" Tribunal Constitucional que resolvió el recurso contra el nuevo Estatuto catalán, vista su composición, situación y funcionamiento, las cuales habrían desposeído al "intérprete supremo de la Constitución" de *la auctoritas* necesaria para adoptar una resolución de tanta trascendencia jurídica y, sobre todo, política. Quizás por eso sus protagonistas han sido sobre todo las fuerzas políticas catalanas, además de los medios de comunicación, mientras el mundo académico ha mantenido en general un prudente silencio sobre este punto. La cuestión, curiosamente, sólo surgió al final del proceso constitucional, cuando fue planteada sin éxito por la Generalitat ante el propio Tribunal como un incidente que ha quedado registrado en los Antecedentes de la STC 31/2010, de 28 de junio.

Pero la impugnación del Estatuto catalán abrió otra polémica, centrada en la competencia del Tribunal Constitucional, "genéricamente", para resolver un recurso de inconstitucionalidad contra una ley orgánica (Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio) mediante la cual se reformó el Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobado el año 1979 siguiendo la vía del art. 151 CE. Lo que se cuestionó en este punto fue, en último término, la legitimidad constitucional del control de constitucionalidad de un Estatuto de Autonomía, una ley aprobada por dos Parlamentos y refrendada por los ciudadanos, que además de ser la "norma institucional básica" de la Comunidad Autónoma, «*constituye una pieza esencial en la estructura compuesta del Estado*» (STC 247/2007, FJ5).

En esta contribución no entraré en la primera polémica, la cual requeriría una reconstrucción histórica de la tramitación de la STC 31/2010, que muy bien se podría obtener con una atenta lectura de los antecedentes que contiene, además de un paciente repaso en las hemerotecas. Pero en este momento no creo que un análisis de las circunstancias en las cuales se desarrolló el proceso constitucional que culminó en la citada resolución tenga interés, al menos desde el punto de vista jurídico. Es por eso que me centraré sólo en la otra polémica, y trataré de explicar los términos en que se ha planteado, así como las posiciones que se han sostenido. Con este propósito, expondré en primer lugar los argumentos jurídicos que se pueden esgrimir a favor de la competencia del Tribunal Constitucional para resolver un recurso de inconstitucionalidad contra un Estatuto de Autonomía aprobado por la vía del art. 151 CE. O dicho lo contrario, que éste puede ser objeto de un proceso de declaración de inconstitucionalidad de los que conoce en exclusiva la jurisdicción constitucional. Ya avanzo que en este punto la mayoría de los constitucionalistas, y en general de los juristas, admiten tal competencia del Tribunal Constitucional al ordenamiento jurídico español, aunque casi no se ha ejercido durante treinta años. Es cierto, sin embargo, que se han formulado objeciones a la posición mayoritaria, y también se han propuesto alternativas a la regulación actual del ejercicio de este proceso constitucional, a las que también me referiré (I).

En segundo lugar, ofreceré algunos ejemplos del derecho comparado con el fin de comprobar si en otros estados compuestos la jurisdicción constitucional ostenta una competencia equiparable a la del Tribunal Constitucional español, es decir, si existe la posibilidad de un control de constitucionalidad de normas similares a los Estatutos de Autonomía, como son -a pesar de las diferencias- las constituciones de los entes territoriales que integran un Estado federal (II). También avanzo que esta posibilidad se contempla en diversos estados con diferentes formas de descentralización política, y con sistemas también diferentes de justicia constitucional.

En tercer lugar, y a la vista de que jurídicamente no parece cuestionable la competencia del Tribunal Constitucional para controlar la constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía, sólo apuntaré algunos argumentos que se podrían mantener en contra de su existencia desde el punto de vista de la teoría democrática, en particular, acudiendo a la denominada "objeción democrática" al control de la constitucionalidad de las leyes (III).

## I) La constitucionalidad del control de constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía

### a) Los argumentos a favor de la competencia del Tribunal Constitucional

Como se ha avanzado, la opinión mayoritaria de los iuspublicistas es que desde el punto de vista estrictamente jurídico «no se puede negar la legitimidad del TC para enjuiciar la adecuación del Estatuto de Autonomía a la Constitución, pues así lo establece con claridad el art. 27.2 de la ley orgánica del TC». <sup>1</sup> Éste es, ciertamente, el dato innegable del Derecho positivo, pero no el fundamento último del carácter justiciable del Estatuto, que se encuentra en la misma Constitución española de 1978 (CE). La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y así se proclama en el art. 9.1 CE al decir que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». El precepto indica la pertenencia de la Constitución al ordenamiento jurídico, dado que es una norma jurídica; pero al mismo tiempo la sitúa en una posición diferente al resto de normas que lo integran, entre las cuales hay las que aprueban los Estatutos de Autonomía. Como argumentó De Otto, es discutible deducir de la propia Constitución su carácter de norma suprema, pero en todo caso, la existencia de la jurisdicción constitucional sólo es posible porque la Constitución es norma suprema, y no al revés. <sup>2</sup> Se podría afirmar pues que la posibilidad de controlar la constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía no deriva de normas legales, ni tan solo de normas constitucionales que confieren competencias al Tribunal Constitucional, si no que tales normas son el resultado de un presupuesto previo: el carácter de norma suprema de la Constitución.

<sup>1</sup> En estos términos se expresa la "Valoración general" del *Informe Comunidades Autónomas 2009*, publicado por el Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2010, p. 21. En el mismo sentido se pronuncian Bayona, Antoni, y Ferreres, Víctor, en el respectivo comentario «El Tribunal Constitucional delante del Estatuto», *Revista Catalana de Derecho Público*, «Especial Sentencia 31/2010, del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006,» 2010, p. 69-78. También Viver Pi-Sunyer, Carles, afirma: «No tengo ninguna duda que, como norma subordinada a la Constitución, el Estatuto y sus reformas están sometidos de manera permanente al control de constitucionalidad que corresponde con carácter supremo y "en todo tiempo" (FJ 75) al Tribunal Constitucional», si bien el autor denuncia que la STC 31/2010 va mucho más allá al concebir al Tribunal «como intérprete único e indiscutible», y «claro está que para garantizar la supremacía de la Constitución no era necesario ir tan lejos» (El Tribunal Constitucional, ¿"Siempre, sólo... e indiscutible"?). La función constitucional de los Estatutos en el ámbito de la distribución de competencias en la STC 31/2010», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, nº. 12, 2011, p.389).

<sup>2</sup> De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ahora incluido en *Obras completas*, Oviedo, 2010, p. 827.

Así lo entendió bien pronto el mismo Tribunal cuándo reafirmó «el principio de supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, del que los Estatutos de Autonomía forman parte como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma que el Estado reconoce y ampara como parte integrante de su ordenamiento jurídico (art. 147.1 de la Constitución). Ello supone, entre otras posibles consecuencias, que el Estatuto de Autonomía, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución» (SSTC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 1; 56/1990, de 29 de febrero, FJ 5). La subordinación de los Estatutos a la Constitución no se vería desvirtuada por el hecho que éstos formen parte del "bloque de la constitucionalidad",[...] dentro del cual, como es evidente, 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 178/1994, de 16 de junio, FJ 4). El Tribunal también ha declarado que «el [único] parámetro para enjuiciar la validez constitucional de una disposición incluida en un Estatuto de Autonomía es la propia Constitución; esto es, la constitucionalidad de un precepto estatutario [solo] puede enjuiciarse sobre la base de su conformidad con la norma fundamental» (STC 99/1986, de 11 de julio, FJ 4). Dejemos para más adelante la trascendencia de las palabras que hemos puesto entre corchetes, porque lo más destacable de esta declaración es la afirmación por parte de la jurisprudencia constitucional de la justiciabilidad de los preceptos estatutarios, que consiste en la posibilidad de sancionar su contradicción con las normas constitucionales.<sup>3</sup>

Si aceptamos que el control de constitucionalidad de los Estatutos es una consecuencia natural del carácter supremo de la Constitución, entonces se tiene que atribuir una importancia relativa al art. 161.1 CE, que delimita el ámbito de la jurisdicción constitucional, y en su apartado a) confiere al TC la competencia para conocer del «recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley». Se podría argumentar, como se verá, que el precepto constitucional no incluye de forma expresa los Estatutos de Autonomía, al lado de las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. Pero por la razón mencionada, esta omisión no significaría una exclusión de los Estatutos como objeto de un recurso (o de una cuestión de inconstitucionalidad), dado que forman parte del ordenamiento jurídico del cual la Constitución es la norma suprema. En todo caso, tampoco de la elaboración y discusión del art. 161.1.a) CE se podría deducir que los Estatutos no se incluyen entre las "leyes" objeto del recurso de inconstitucionalidad. El seguimiento de la tramitación parlamentaria de este precepto permite constatar que nadie planteó la exclusión del Estatuto del control directo de constitucionalidad, desde el Anteproyecto de Constitución, donde lo que entonces era el art. 152 hablaba de «leyes y normas con fuerza de ley del Estado y de los Territorios Autónomos», hasta el texto definitivo de la Constitución aprobado finalmente, pasando por el Proyecto de Constitución, que se refería a «leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley del Estado y las Comunidades Autónomas» (art. 155)<sup>4</sup>.

Se podría argumentar, en segundo lugar, que la remisión que hace la Constitución a una ley orgánica para que regule el funcionamiento del Tribunal Constitucional y «los procedimientos delante de aquél» (art. 165 CE), así como la singular cláusula de apertura contenida en el art. 161.1.d CE, la

<sup>3</sup> El Tribunal Constitucional declaró en una de sus primeras Sentencias: «Nosotros entendemos por inconstitucionalidad simplemente el juicio de contraste entre las dos normas [Constitución y ley], al que subsigue una consecuencia jurídica» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 2)

<sup>4</sup> Ver los textos y los debates sobre este precepto constitucional en *La Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980.

cual permite al Tribunal Constitucional conocer «de las otras materias que le atribuyen [...] las leyes orgánicas», harían posible que el legislador orgánico excluyera los Estatutos de Autonomía como objeto de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, como también se verá, ésta es una posibilidad de discutible constitucionalidad, y en todo caso, nunca se ha contemplado cómo lo acreditan la elaboración y las posteriores reformas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC). Efectivamente, a pesar del consenso que dominó desde el mismo inicio la elaboración y tramitación del Título IX de la Constitución, dedicado al Tribunal Constitucional, la discusión de la LOTC provocó notables discrepancias entre las fuerzas políticas presentes entonces en el Congreso y en el Senado. Uno de los temas que suscitó más polémica fue precisamente la inclusión en el proyecto de la LOTC (art. 84) de un «*Recurso previo de inconstitucionalidad de los textos que hayan de tramitarse como Leyes Orgánicas*» que, en base al citado art. 161.1.d) CE, introducía un recurso *a priori* de inconstitucionalidad contra Estatutos de Autonomía y leyes orgánicas. Este procedimiento, que se denominaba "recurso", se regulaba fuera del Título II de la LOTC, «*de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad*», el cual también incluía el recurso de inconstitucionalidad *a posteriori* contra los Estatutos de Autonomía. En el transcurso de la tramitación parlamentaria de la ley se presentaron numerosas enmiendas proponiendo la supresión del precepto por considerar que este control previo era inconstitucional, interfería ilegítimamente en el proceso legislativo y comportaba una mayor politización del Tribunal<sup>5</sup>, pero no por el hecho de posibilitar el control de los Estatutos de Autonomía<sup>6</sup>, que desde el Proyecto de la LOTC (art. 30) se declaraban «susceptible del recurso de inconstitucionalidad».

Ninguna de las enmiendas prosperó y finalmente el art. 79 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, estableció que «*son susceptibles de recurso de inconstitucionalidad con carácter previo los proyectos de Estatuto de Autonomía y de Leyes Orgánicas*». En concreto, y con respecto a los Estatutos aprobados por la vía del art. 151 CE, el precepto disponía que «*el recurso tendrá por objeto de impugnación [...] el texto definitivo del proyecto de estatuto que haya de ser sometido a referéndum en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma en el supuesto previsto en el artículo 151.2.3 de la Constitución*». Éste es también un dato importante ya que si bien el debate parlamentario no giró en torno al control de constitucionalidad de los Estatutos, si no al de su carácter "previo", todo el mundo está de acuerdo en que la introducción de este proceso se hizo «*por si acaso resultaba imposible llegar a un acuerdo en la negociación de algunos Estatutos de Autonomía, los que se tramitarán por la vía del artículo 151*», y por eso «*se trataba de un instrumento del que previsiblemente no se iba a hacer uso*»<sup>7</sup>. En aquel momento, cuando se estaban elaborando la mayoría de Estatutos, se pensó «en lo grave que sería que el Tribunal Constitucional -que entonces iba a dar sus primeros pasos se viera en la difícil tesitura de declarar inconstitucional un estatuto de autonomía, especialmente en aquellos supuestos

<sup>5</sup> Ver los textos y los debates sobre este precepto de la LOTC en *Tribunal Constitucional. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980.

<sup>6</sup> La enmienda nº. 181, del Grupo Parlamentario Minoría Catalana proponía la supresión del precepto por entender «*que no existe un solo precepto constitucional que lo justifique; constituye una incongruencia jurídica; origina controles anómalos de la acción legislativa*». La enmienda nº. 222, presentada por el Grupo Vasco también proponía la supresión total justificada en «*El atentado que supone a la soberanía e independencia del legislativo el hecho de que antes de que se agoten todos los trámites del procedimiento legislativo pueda interponerse recurso de inconstitucionalidad con carácter previo que supondría además la suspensión automática de la tramitación y de los plazos*». (*Tribunal Constitucional. Trabajos parlamentarios*, cit., p.84-87)

<sup>7</sup> Pérez Royo, Javier: «Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 17, 1986, p. 149.

en que éstos habían sido refrendados por un referéndum popular»<sup>8</sup>. De tal forma que el motivo fundamental de la instauración del recurso previo serían los Estatutos de Autonomía, y en particular los que tenían que ser sometidos a referéndum: el proceso «no carecía de cierta lógica, al pretender evitarse con el mismo la eventualidad, indeseable para el proceso de construcción del Estado Autónomo y no poco incómoda para el Tribunal Constitucional, de un recurso de inconstitucionalidad contra disposiciones de un Estatuto ratificado ya por la voluntad popular»<sup>9</sup>. Queda claro pues que el recurso previo contra los Estatutos fue concebido inicialmente para evitar que una vez aprobados los primeros, y específicamente, aquéllos que serían refrendados por los ciudadanos por mandato del art. 151.2.3 CE, el Tribunal Constitucional tuviera que pronunciarse sobre su constitucionalidad y, eventualmente, declarar la nulidad de alguno de sus preceptos.

Pero tal como se había pronosticado, y visto el consenso que presidió la aprobación de los primeros Estatutos, el recurso previo no se utilizó para impugnar ningún proyecto de Estatuto, y en cambio sí lo utilizó la oposición con finalidad obstruccionista, es decir, para retrasar o impedir la aprobación de importantes proyectos de ley orgánica presentados por el Gobierno, entre otros la Ley de despenalización del aborto o la Ley de educación (LODE). A la vista de los resultados negativos a los que da lugar esta experiencia político-constitucional, se presentó una proposición de ley orgánica que derogaba el recurso previo de inconstitucionalidad contemplado en el art.79 LOTC, la cual fue objeto ella misma de uno recurso previo, resuelto por la STC 66/1985, de 23 de mayo. Este pronunciamiento permitió aprobar finalmente la Ley orgánica 4/1985, de 7 de junio, que condujo a la desaparición del control previo de la constitucionalidad de los proyectos de Estatuto y de leyes orgánicas. Posteriormente, en la tramitación y el debate de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, el Partido Popular propuso la reintroducción del recurso previo de inconstitucionalidad contra las proposiciones de Estatuto o de sus reformas. La propuesta se hizo cuando los diputados del Grupo Popular del Congreso ya habían interpuesto el recurso de inconstitucionalidad contra el Estatuto de Cataluña de 2006. También el Consejo de Estado sugirió esta posibilidad en su «informe sobre modificaciones de la Constitución española» emitido en febrero de 2006<sup>10</sup>. Ninguna de estas propuestas prosperó.

De lo que se acaba de exponer se concluye que el legislador del Tribunal Constitucional ha sido consciente del carácter "problemático" que presenta el control de constitucionalidad de una ley tan singular como el Estatuto de Autonomía, especialmente cuando éste ha sido aprobado o reformado mediante el pacto entre dos Parlamentos, y después ratificado por los ciudadanos en referéndum. Pero también se desprende que, a pesar de lo anterior, el legislador no ha dudado nunca de la justiciabilidad de los Estatutos: así lo demuestra el hecho que en el Proyecto de LOTC ya figuraran como primeras normas susceptibles del recurso de inconstitucionalidad *a posteriori* los Estatutos de Autonomía [art. 30, (apartado a)], y que esta propuesta no se modificara ni se discutiera hasta llegar al texto definitivo, que es el actual art. 27 LOTC. Éste, en su apartado 1 dispone que

<sup>8</sup> Gómez Montoro, José Ángel: «El control previo de constitucionalidad de proyectos de Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 22, 1988, p. 172.

<sup>9</sup> Pardo Falcón, Javier: «Comentario en el art. 27 LOTC», en Requejo Pagés, J.L., *Comentarios en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, TC-BOE, 2001.

<sup>10</sup> El Consejo de Estado manifestó en relación al recurso de inconstitucionalidad contra Estatutos o reformas estatutarias, que «este control a posteriori tal vez no resulte el más adecuado para fuentes normativas que como los Estatutos, subordinados en la Constitución, ocupan bajo ella el más elevado lugar en la jerarquía ordinamental» (Rubio Llorente, F. - Álvarez Junco, J. (eds.), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Madrid, 2006, p. 175).

«mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad [...] el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes...»; mientras el apartado 2 establece que «son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad: a) Los Estatutos de Autonomía y las demás leyes orgánicas». Las posteriores reformas de la LOTC no han modificado este precepto, que por otra parte no ha suscitado objeciones ni críticas en la literatura jurídica<sup>11</sup>, hasta al punto de afirmar que el control de constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía no ha planteado controversias de naturaleza procesal porque ninguno de los Estatutos de las diecisiete Comunidades Autónomas ha sido objeto de impugnación a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad en consonancia con el consenso que presidió la construcción del Estado autonómico<sup>12</sup>. La afirmación no era exacta cuando se realizó (2001) porque el Tribunal Constitucional ya había resuelto sendos recursos de inconstitucionalidad contra un Estatuto en las SSTC 89/1984, de 28 de septiembre, y 99/1986, de 11 de julio, si bien es cierto que ambos juzgaron aspectos menores del Estatuto de Autonomía de Castilla-León referidos a su territorio<sup>13</sup>. Y tampoco sería exacto hoy pues el Tribunal conoció de una reforma estatutaria en la STC 247/2007, de 12 de diciembre, que resolvió un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (aprobado por la vía del artículo 146 CE), en el cual se impugnaba un único precepto estatutario que consagraba un derecho de los valencianos al agua (art. 17.1)<sup>14</sup>. En ninguno de los recursos presentados las partes que intervinieron en el proceso formularon objeciones sobre la competencia del Tribunal Constitucional para controlar la constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía.

A la vista de lo anterior se podría decir que desde la aprobación de la Constitución y la LOTC de 1979, la legitimidad del Tribunal Constitucional para controlar la constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía no ha sido cuestionada jurídicamente porque no se ha puesto en duda su constitucionalidad. En eso se tendría que añadir el hecho de que en los más de treinta años de Estado autonómico casi no se han impugnado Estatutos de Autonomía ante el Tribunal Constitucional, ni mediante el desaparecido recurso previo ni haciendo uso del recurso de inconstitucionalidad *a posteriori* [art. 161.1.a) CE; arts. 31 a 34 LOTC]. La razón podría muy bien ser la que dio el que fue Presidente de la institución, el profesor Pedro Cruz Villalón: «*En la tradición de nuestra Constitución de 1978, de nuestra cultura constitucional, está arraigada la idea de que "los Estatutos se respetan": es decir, se interpretan, por unos o por otros, pero no se les declara inconstitucionales, en un extremo u otro, mientras materialmente pueda evitarse. En todo caso no hay experiencia de declaración de la*

<sup>11</sup> No se hace ningún comentario particular a la inclusión de los Estatutos en el art. 27.2 a) LOTC en obras de referencia dedicadas a la jurisdicción constitucional como: Caamaño Domínguez, F. - Gómez Montoro, A. J. - Medina Guerrero, M. - Requejo Pagés, J. L., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Madrid, 200, 2ª ed.; AA. VV., *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Madrid, 1995; Rubio Llorente, F. - Jiménez Campo, J., *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998; Pérez Tremps, P., *Sistema de Justicia Constitucional*, Madrid, 2010.

<sup>12</sup> Pardo Falcón, Javier: «Comentario en el art. 27 LOTC», *cit.*, p. 384

<sup>13</sup> Ver Aguado Renedo, C.: «La jurisprudencia constitucional sobre la delimitación del ámbito territorial de Castilla y León» (I y II), *Autonomías*, nº. 11 (1989) i 14 (1992); Díez-Picazo, L.M.: «Sobre la delimitación estatutaria del territorio de las Comunidades Autónomas y la rigidez de los Estatutos (Comentario en la STC 99/1986, en lo caso del Condado de Treviño)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 20, 1987.

<sup>14</sup> Ver la sección «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2007», elaborada por Requejo Pagés, J.L.; Duque Villanueva, J. C.; Torres Muro, I.; Fossas Espadaler, E., *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 82, 2008, p. 277 y ss. Un análisis crítico de la STC 247/2007 se expone en Fernández Farreres, G., *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autonómico?*, Madrid, 2008.

*inconstitucionalidad de un Estatuto de Autonomía. Lo que hemos llamado "bloqueo de la constitucionalidad" ha venido siendo respetado»<sup>15</sup>.*

El recurso de inconstitucionalidad presentado por los Diputados del Grupo Popular del Congreso contra la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, rompe con esta cultura de respeto a los Estatutos ya que, según la misma Sentencia que lo resuelve, es *«el primero con el que se impugna in extenso la reforma de un Estatuto de Autonomía, planteándose cuestiones de la mayor relevancia y trascendencia para la definición del modelo constitucional de distribución territorial del poder público»* (STC 31/2010, FJ 1). Se trata pues de una novedad en el aspecto cuantitativo del recurso, ya que se impugnan más de la mitad de sus preceptos (136 artículos y disposiciones, además del preámbulo); pero también en el aspecto cualitativo, pues es el primer recurso que se dirige contra una reforma estatutaria seguida por la vía del art. 152.2 CE, que en realidad es un "nuevo" estatuto de Cataluña, completamente diferente al de 1979 en su forma y contenido. Un Estatuto aprobado por el Parlamento de Cataluña y por las Cortes Generales, y refrendado por el cuerpo electoral de Cataluña, redactado con ambiciosos objetivos políticos pues a partir de determinados planteamientos jurídicos pretendía incrementar, y sobre todo, garantizar el autogobierno de Cataluña, alcanzar el reconocimiento de su identidad nacional diferenciada, establecer una posición singular de la Comunidad Autónoma dentro del Estado Autonómico, y cambiar el sistema de financiación.

Pues bien, tampoco en esta ocasión se planteó jurídicamente la legitimidad constitucional del control de constitucionalidad de un Estatuto, o más exactamente, de una reforma estatutaria realizada por la vía del art. 152.2 CE, y por lo tanto *«mediante referéndum entre los electores inscritos en los censos correspondientes»*. Ninguna de las partes personadas en el proceso constitucional (Abogado del Estado, Gobierno de la Generalitat, Parlamento de Cataluña) objetó en sus alegaciones (Antecedentes 12, 13 y 14 de la STC 31/2010) la competencia del Tribunal Constitucional, "genéricamente", para resolver un recurso de inconstitucionalidad contra la reforma estatutaria impugnada. Sólo al final de la larga y accidentada tramitación del recurso, el Gobierno de la Generalitat<sup>16</sup> y el Parlamento de Cataluña cuestionaron la competencia del "concreto" tribunal que tenía que dictar Sentencia, e instaron su abstención o la declaración de su incompetencia. El Gobierno alegó que *«la actual composición del Pleno [...] no reúne las condiciones exigidas por la Constitución para ejercer las funciones que tiene encomendadas»*, solicitando que *«acuerde declinar la competencia para la resolución del recurso a favor del pleno cuya composición se ajuste a lo previsto en la Constitución»*; mientras el Parlamento pidió *«que se acuerde su suspensión [del proceso constitucional] hasta que se haya producido la sustitución de los miembros cuyo mandato está caducado y de la vacante existente»*. El Tribunal acordó, en sendas providencias de 27 de mayo de 2010, *«no haber lugar a lo solicitado»* en los escritos presentados (Antecedente 137).

<sup>15</sup> Cruz Villalón, P.: , «La reforma del Estado de las Autonomías», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, nº. 2, 2006, p. 85.

<sup>16</sup> El Gobierno dirigió una consulta a la Comisión Jurídica Asesora sobre la situación jurídica del Tribunal Constitucional, y el órgano consultivo emitió el Dictamen 179/10, de 20 de mayo, en la conclusión del cual se declara que: «La situación jurídica del Tribunal Constitucional por el hecho de que no se han renovado cuatro de sus miembros, el mandato de los cuales ha finalizado, ni se ha cubierto la vacante producida por defunción, después de un plazo desproporcionadamente largo desde que se produjeron estos hechos, desfigura de una manera sustancial el modelo de Tribunal Constitucional establecido por la Constitución.» (Primera). Y que «Los efectos de la anterior situación inciden en la regular constitución del Pleno del Tribunal Constitucional y afectan a su idoneidad para conocer de los recursos interpuestos contra el Estatuto de autonomía de Cataluña» (Segunda) (<http://www20.gencat.cat/portal/site/CJA>).



La posible incompetencia, en "abstracto", del Tribunal Constitucional para conocer del recurso contra el Estatuto catalán de 2006 no fue pues alegada por las partes, pero tampoco mereció ningún comentario de oficio por parte del propio Tribunal, lo cual no hubiera sido sorprendente dado que se trataba precisamente de la primera ocasión en la que se juzgaba *in extenso* un Estatuto reformado siguiendo la vía del art. 152.2 CE, y por lo tanto, dotado de una especial legitimidad democrática. En diversas ocasiones el Tribunal se ha pronunciado sobre el alcance de su control cuando se efectuaba sobre algunas de las normas previstas en el art. 27.2 de la LOTC, como por ejemplo cuándo tuvo que juzgar una reforma de la misma LOTC a la que él mismo está sometido (art. 1 LOTC). El Tribunal declaró entonces que tal circunstancia no excluía la posibilidad de su control, si bien en este caso se habían de «*extremar las cautelas propias de cualquier enjuiciamiento del legislador*», ya que el examen de la LOTC por el Tribunal obliga a «*extremar las consideraciones institucionales y funcionales que siempre acompañan al control del legislador democrático*» (STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 3). La STC 31/2010, por contra, no contiene ninguna referencia al hecho de que el Tribunal controla por primera vez la constitucionalidad de una norma tan singular como es un Estatuto de Autonomía aprobado por dos Parlamentos y votada en referéndum, que además forma parte del "bloc de la constitucionalidad". Finalmente, hay que dejar constancia de que una vez dictada la Sentencia tampoco las reacciones<sup>17</sup> y comentarios<sup>18</sup> en la misma cuestionaron la constitucionalidad del control de constitucionalidad del Estatuto, si bien se han formulado objeciones a esta competencia del Tribunal, y también se han propuesto alternativas a la regulación actual del ejercicio de este proceso constitucional, a las que me referiré seguidamente.

#### b) Objeciones jurídicas y alternativas a la competencia del Tribunal Constitucional

Como he avanzado, en esta contribución no entraré en la polémica sobre la falta de legitimidad del "concreto" tribunal que dictó la Sentencia sobre el Estatuto catalán de 2006. El Tribunal fue cuestionado por su irregular situación, resultado de múltiples maniobras políticas y jurídicas realizadas dentro y fuera de la institución a lo largo de los más de tres años de tramitación del recurso hasta dictar la STC 31/2010. Estas maniobras, que afectaron a su composición y funcionamiento, minaron progresivamente el prestigio y autoridad del Tribunal ante la opinión pública. Como he dicho, fue una polémica esencialmente política y mediática<sup>19</sup>, a la que el mundo académico

<sup>17</sup> Así, no se hace ninguna referencia a la competencia del TC para juzgar la reforma estatutaria catalana en el *Informe sobre la STC que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por 50 diputados y senadores del Partit Popular contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, elaborado por encargo del M.H. Presidente de la Generalitat a un grupo de expertos coordinado por la Secretaria del Gobierno (el documento se encuentra en la revista *Actividad Parlamentaria*, septiembre 2010, p.19-53). Tampoco se pronuncia sobre esta cuestión la «resolución 750/VIII del Parlamento de Cataluña sobre la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto» en que se rechaza la resolución del Tribunal Constitucional y se afianza la vigencia del preámbulo del Estatuto. (BOPC nº. 771, de 19.07.2010).

<sup>18</sup> La STC 31/2010 ya ha sido comentada en numerosas publicaciones: *Revista Catalana de Derecho Público*. «Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006», ya citada; *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº. 15, octubre 2010; *Claves de Razón Práctica*, núms. 205 y 206, septiembre y octubre 2010; *Diario La Ley* (nº. 7489); *Actividad Parlamentaria*. Especial sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Septiembre 2010; Tur Ausina, R. - Álvarez 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*, Pamplona, 2010; *Teoría y Realidad Constitucional*, nº. 27, 2011; *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, nº. 12, Marzo 2011; Álvarez Conde, E. - Rosado Villaverde, C. (dirs.), *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña*, Madrid, 2011.

<sup>19</sup> Se tiene que hacer mención aquí a la editorial conjunta que doce diarios catalanes publicaron el 26 de noviembre de 2009 con el título *La dignidad de Cataluña*. En el texto se decía que el Tribunal «ha sido empujado por los acontecimientos a

no ha dedicado demasiada atención, ni antes ni después de la Sentencia<sup>20</sup>. Pero tuvo también un reflejo en la vida institucional, como lo evidencia el hecho de que en el acto de toma de posesión de los nuevos Magistrados elegidos por el Senado (12 de enero de 2011), la Presidenta saliente del Tribunal pronunciara un discurso de despido en que acusó a los partidos de «incumplimiento grave de la Constitución» por el retraso de más de tres años en la renovación de la institución, «que perjudica la calidad democrática». En el mismo acto, el Presidente en funciones, el Magistrado Javier Delgado Barrio, declaró constituido el nuevo Tribunal *«dejando constancia de la anomalía de su situación»*. Se refería así a la falta de renovación de los Magistrados elegido por el Congreso, que tampoco se habían renovado a pesar de haber expirado su mandato el mes de noviembre de 2011.

Pero nuestra atención se tiene que centrar aquí en las objeciones jurídicas que se han formulado a la competencia del Tribunal Constitucional, "en abstracto", para conocer de un recurso de inconstitucionalidad contra un Estatuto aprobado por la vía del art. 151 CE o su reforma, ya que esté era el supuesto del Estatuto de Cataluña de 2006. Y en este punto, como también he señalado, se puede afirmar que han estado absolutamente minoritarias las voces que han cuestionado la constitucionalidad del control de constitucionalidad de este tipo de Estatutos de Autonomía pues la mayoría de constitucionalistas han entendido que tal proceso está contemplado en el actual ordenamiento jurídico español<sup>21</sup>. Una de estas voces discrepantes fue la del profesor Javier Pérez Royo, que en diversos artículos publicados en la prensa esgrimió algunos argumentos en contra. Así, en un primer artículo<sup>22</sup> sostuvo que *«el cuerpo electoral de la nacionalidad o región afectada es la garantía última de su ejercicio al derecho a la autonomía. Es él el que tiene la última palabra.»* I añadía que *«en la vía del artículo 151 CE, las Cortes Generales, y nada más que las Cortes Generales, son el guardián de la constitucionalidad del Estatuto»*. Por eso *«ningún otro órgano del Estado [...] puede revisar la decisión alcanzada a través del procedimiento previsto en el artículo 151 CE. [...] El Tribunal Constitucional no puede ser, en consecuencia, juez de la constitucionalidad de un Estatuto de Autonomía del artículo 151 CE. [...] El pacto ratificado en referéndum no puede ser residenciado ante el Tribunal Constitucional porque es completamente incompatible con la definición del núcleo esencial del derecho en la autonomía que contiene la Constitución»*. En un segundo artículo<sup>23</sup> el autor sostenía que el Estatuto es *«un pacto bilateral de la inserción de cada nacionalidad o región en el Estado»*, y que *«el pacto político y la norma jurídica en el estatuto son inseparables»*,

---

actuar como una cuarta Cámara confrontada con el Parlamento de Cataluña, las Corts Generales y a la voluntad ciudadana libremente expresada en las urnas». El editorial discutía la legitimidad del Tribunal Constitucional por su composición, afirmando que «se trata de una situación inédita en democracia».

<sup>20</sup> Aparte de algunos artículos de reconocidos juristas publicados en los medios de comunicación, merece la pena citar la contribución de Blanco Valdés, Roberto: «Como en un pueblo de las indias (Algunas reflexiones sobre el futuro de la Justicia Constitucional española tras el pleito catalán)», en la obra Álvarez Conde, E. - Rosado Villaverde, C. (dirs.), *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña*, cit. El autor trata de demostrar que la serie de acontecimientos que siguieron a la presentación por parte del Partit Popular del recurso contra el Estatuto de 2006 *«iban a poner de relieve un escaso -cuando no nulo- respeto en el conjunto de principios y prácticas que, según acaba de analizarse, posibilitan el funcionamiento adecuado de cualquier sistema de control de la constitucionalidad»* (p. 118) y lo hace analizando en conjunto los tres momentos básicos del desarrollo del *"pleito catalán"*: las circunstancias previas a la sentencia, la misma sentencia; y los hechos posteriores a su publicación. El autor concluye que *«el pleito catalán ha dejado, tras de sí, un auténtico reguero de destrozos: entre ellos [...] un Tribunal Constitucional que se ha dejado en el camino gran parte del prestigio, que tanto frente a la opinión pública, como frente a los operadores jurídicos y políticos, había logrado acumular a lo largo de un dilatado periodo de tiempo»* (p. 132).

<sup>21</sup> Ver, por ejemplo, el artículo de Solazábal, J. J.: «El Estatuto ante el Tribunal Constitucional», *El País*, 14.10.2009.

<sup>22</sup> Pérez Royo, Javier: «La última palabra», *El País*, 05.09.2009.

<sup>23</sup> Pérez Royo, Javier: «Pacto de inserción», *El País*, 19.09.2009.

de tal forma que «no puede ser revisado nada más que por los órganos constitucionales que lo han alcanzado y siguiendo el procedimiento que se establece en el propio estatuto», siendo éste el sentido del art. 147.3 CE, que impone la reforma como contenido obligatorio del Estatuto, concluyendo que «la Justicia constitucional no puede extenderse a las cláusulas de reforma». En un tercer artículo<sup>24</sup> insistía en que «la reforma es un instrumento destinado a canalizar una voluntad política constituyente o estatuyente» y por eso es una operación que se atribuye a «órganos de naturaleza política», de tal forma que «en este terreno no se contempla la intervención ni de la justicia constitucional ni de la justicia ordinaria».

Como se ve, el autor utiliza argumentos diversos y dispersos, pero ninguno de ellos resulta jurídicamente convincente de acuerdo con el ordenamiento constitucional vigente: ni el ejercicio del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones se realiza al margen de la Constitución, ya que es ésta la que lo garantiza (art. 2 CE) y regula (Título VIII), ni las Cortes Generales ejercen el control de la constitucionalidad de las leyes, si no que sus leyes están sometidas al control del Tribunal Constitucional, ni el hecho de que la reforma estatutaria sea resultado de un pacto político impide que la norma jurídica en que se plasma esté sometida a la Constitución, ni la circunstancia de que el procedimiento de reforma previsto en cada Estatuto no contemple la intervención del TC excluye que éste pueda controlar el Estatuto reformado pues incluso se podría prever el control de la constitucionalidad de la reforma constitucional. Quizás por su poca consistencia jurídica, los argumentos de éste prestigioso constitucionalista tuvieron escasa repercusión en el ámbito académico, aunque fueron utilizados en el debate político.

Ahora bien, que no se pueda objetar jurídicamente la competencia del TC para controlar la constitucionalidad de los Estatutos aprobados por la vía del art. 151 CE y sus reformas (art. 152.2 CE), no significa que este proceso no sea problemático desde otros puntos de vista, en particular, a la luz de las teorías de la democracia y de la fundamentación de la justicia constitucional, como se dirá al final de esta contribución. Por esta razón, no tiene que sorprender que desde diversos ámbitos se hayan hecho propuestas o formulado alternativas a la regulación de este proceso constitucional, la mayoría de ellas destinadas a superar la "objeción democrática" que se puede suscitar al hecho de que un Tribunal Constitucional pueda anular una ley aprobada y "pactada" entre el Parlamento de una Comunidad Autónoma y las Cortes Generales, y referendada por el cuerpo electoral de la primera; que es su "norma institucional básica", y que forma parte del "bloque de la constitucionalidad". Veamos algunas de estas propuestas, sin ánimo de debatirlas en profundidad.

La primera ya se ha mencionado: consiste en la recuperación del recurso previo de inconstitucionalidad para los proyectos de Estatuto del art. 151 CE, o más precisamente, para las propuestas de reforma estatutaria adoptadas siguiendo los procedimientos establecidos en los mismos Estatutos por mandato del art. 152.2 CE, y que en todo caso tienen que ser sometidos a referéndum de los electores<sup>25</sup>. Los pros y contras de este procedimiento ya se expusieron en su momento<sup>26</sup> y también la constatación del resultado negativo de la experiencia, además de las dudas de constitucionalidad que suscitó. La propuesta pretende evitar que el TC se tenga que pronunciar

<sup>24</sup> Pérez Royo, Javier: «Paralelismo de las formas», *El País*, 17.09.2010.

<sup>25</sup> Ver las Comunicaciones de Alegre Martínez, M.A.; Giménez Sánchez, I.M.; Salazar Benítez, O.; y Tajadura Tejada, J., presentadas al «V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España», y publicadas en Pérez Tremps, P. (coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional*, Valencia, 2007, p. 217 y ss

<sup>26</sup> Ver los artículos de Pérez Royo, Javier: «Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas», y de Gómez Montoro, José Ángel: «El control previo de constitucionalidad de proyectos de Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas», ya citados a las notas 7 y 8.

sobre una norma aprobada por dos parlamentos y refrendada por los ciudadanos, situando al máximo intérprete de la Constitución en una posición "incómoda". Ciertamente, se tendría que ver cómo se regularían aspectos importantes del nuevo proceso (legitimación, momento de la interposición, plazos, efectos), pero a la vista de la experiencia anterior, y de la accidentada tramitación de la STC 31/2010, es probable que el recurso previo sería utilizado como práctica obstruccionista, que se producirían claras distorsiones en las relaciones entre los poderes constitucionales del Estado, y una inevitable politización del TC. Además de que el recurso previo contra propuestas del Estatuto plantearía la oportunidad o necesidad de seguir manteniendo su coexistencia con el recurso *a posteriori* contra los mismos Estatutos.

Una segunda propuesta se ha dirigido directamente a suprimir el control de constitucionalidad de los Estatutos, planteando la posibilidad de reformar la LOTC con el fin de impedir en el futuro que el TC se pueda pronunciar sobre su validez<sup>27</sup>. La justificación política no sería ya la incomodidad si no la imposibilidad de que un órgano jurisdiccional, sin legitimación democrática ni carácter representativo, juzgara una norma resultante de un pacto político (entre Cataluña y el Estado), que además ha sido aprobada directamente por los ciudadanos en referéndum. La justificación jurídica se podría encontrar en el hecho de que la Constitución no menciona expresamente los Estatutos en el art. 161.1.a) CE cuando establece que el TC es competente para conocer «del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley», y en algunos de los argumentos expuestos más arriba. Sobre la primera, me remito a las consideraciones que se harán en el último apartado de esta contribución, y sobre la segunda a los argumentos que ya se han hecho en el primer punto de este apartado: el carácter supremo de la norma constitucional comporta la sujeción a ella del resto de normas del ordenamiento, y por lo tanto de los Estatutos de Autonomía, cuya constitucionalidad puede ser controlada por la justicia constitucional aunque la Constitución sólo hable de "leyes", entre otras razones porque los Estatutos se incorporan al ordenamiento bajo la forma de leyes orgánicas (art. 81.1 CE) aunque no se pueden identificar con esta fuente del derecho<sup>28</sup>. Se podría dudar pues de la constitucionalidad de una propuesta dirigida a suprimir expresamente en el art. 27.1 a) de la LOTC el control de constitucionalidad de los Estatutos de la vía del art. 151 CE<sup>29</sup>.

Las anteriores propuestas, como se ha visto, sugieren una modificación o una supresión del control directo de constitucionalidad de los Estatutos. En cambio, otras propuestas se inclinan por modificar algunos aspectos en el ejercicio de este procedimiento constitucional teniendo en cuenta la

<sup>27</sup> Así se hace en la Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa por Catalunya Verds, que proponía la modificación del art. 27.2 LOTC, cuya redacción sería: 2. «*Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad: a) Los estatutos de autonomía y las leyes orgánicas, excepto aquellos estatutos aprobados por el procedimiento previsto en el artículo 151 de la Constitución y aquellos que para su reforma prevén un referéndum de ratificación de los electores*» (BOCG- Congreso de los Diputados, serie B, nº. 198-1, de 9 de octubre de 2009). El mismo grupo parlamentario presentó dos proposiciones no de ley sobre la modificación de la LOTC «*para facilitar la renovación de sus miembros y para sustraer a determinados estatutos de autonomía del control de inconstitucionalidad*» (BOCG- Congreso de los Diputados, serie D. nº. 269, de 9 de octubre de 2009, y nº. 270, de 13 de octubre de 2009).

<sup>28</sup> El mismo Consejo de Estado declaró en su «informe sobre modificaciones de la Constitución Española»: «*Pese a estar aprobados por ley orgánica, los Estatutos no son leyes orgánicas, sino una fuente normativa distinta.*» (El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos, cit., p.174)

<sup>29</sup> Según Ferreres Comella, V. «se puede argumentar que sería inconstitucional modificar [la LOTC] a fin de que los estatutos tuvieran inmunidad ante el control del TC. Los principios de supremacía de la Constitución, de jerarquía normativa, de sumisión de los poderes públicos a la Constitución y al derecho, así como la cláusula general del estado de derecho, apuntan todos a la necesidad de establecer mecanismos para reaccionar de forma jurisdiccional contra normas inferiores a la Constitución que contravengan lo que ésta disponga» (el Tribunal Constitucional davant....» *art. cit.*, p.74).

singularidad de la norma controlada, que exigiría unos requisitos especiales a la hora de ser juzgada por el Tribunal. Así, por ejemplo, se ha sostenido<sup>30</sup> que uno de los factores que más contribuyen al cuestionamiento de la legitimidad del TC es el hecho de que se le permita adoptar una decisión final por mayoría simple dado que es fruto simplemente de cuál de los bloques tiene un mayor número de Magistrados, y por tanto es inevitable fijarse en su ideología. Por eso, para anular decisiones de los poderes representativos se tendría que exigir una posición común, ya que significaría que la inconstitucionalidad es tan flagrante que las diferencias ideológicas quedan en un segundo plano. Por lo tanto, se tendrían que exigir mayorías calificadas o incluso unanimidad, con lo cual se resolvería fácilmente el problema de legitimidad del Tribunal. La propuesta sugiere una práctica que ya se sigue en algunos Tribunales Constitucionales europeos, y comportaría la modificación de la vigente LOTC, además de un debate sobre las mayorías en estas instituciones<sup>31</sup>.

En esta línea también se inscribiría la propuesta de modificar el canon o parámetro de constitucionalidad a la hora de ejercer el control de un Estatuto o de una reforma estatutaria, vista la "función constitucional" que la misma Constitución atribuye a estas peculiares normas de nuestro ordenamiento. Creo que ésta es la sugerencia que contiene la crítica de Viver Pi-Sunyer en la STC 31/2010, ya mencionada, cuándo afirma que «para garantizar la supremacía de la Constitución no era necesario ir tan lejos», en referencia a la autoatribución que en esta Sentencia hace el Tribunal de intérprete "único e indiscutible" de la Constitución. El autor reflexiona sobre la vinculación de los poderes constituidos, entre ellos el poder estatuyente, a las Sentencias dictadas en los procesos de control de constitucionalidad, y al debate doctrinal sobre la relación entre la doctrina jurisprudencial y el legislador. Partiendo precisamente de una determinada visión de estas relaciones, se sostiene que «el parámetro de la constitucionalidad de una reforma estatutaria no puede ser la doctrina constitucional precedente, sino que el control de constitucionalidad se tiene que hacer mediante un contraste directo con la Constitución en solitario, lo cual exige un enjuiciamiento nuevo y un nuevo razonamiento explícito, no una mera aplicación mecánica de lo que se había dicho anteriormente»<sup>32</sup>.

Finalmente, también en las críticas a la STC 31/2010<sup>33</sup> se puede ver una propuesta para el ejercicio del control de constitucionalidad de los Estatutos del art. 153 CE. Me refiero a la denunciada falta de "deferencia" del Tribunal Constitucional hacia el legislador democrático, que en el caso del Estatuto de 2006 tendría que haber sido todavía mayor que la que ha de tener hacia las leyes ordinarias<sup>34</sup>.». El principio de deferencia, que se traduce entre otras cosas en la presunción de constitucionalidad de las leyes, se tendría que extremar todavía mucho más en el caso de los estatutos de autonomía, vista la función constitucional que cumplen y el procedimiento para su elaboración (art. 151 CE) o reforma (art. 152.2 CE), que incluye el referéndum entre los electores.. El

<sup>30</sup> Sánchez-Cuenca, I.: «¿Por qué les dejamos decidir por mayoría simple?», *El País*, 10.12.2009.

<sup>31</sup> Sobre esta cuestión, que desborda ampliamente los propósitos del trabajo, ver el magnífico artículo de Ahumada Ruiz, M. A.: «La regla de la mayoría y la formulación de la doctrina constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 58, 2000, p. 155 y ss. También las consideraciones que se hacen a la obra de Zagrebelsky, G., *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, 2008.

<sup>32</sup> Viver Pi-Sunyer, Carles, *art. cit.*, p. 393.

<sup>33</sup> Las críticas se pueden encontrar en algunas de las contribuciones que figuran en los comentarios en la STC 31/2010 aparecidos hasta hoy, incluso en las publicaciones que se citan en la nota 18.

<sup>34</sup> Así en el citado *Informe sobre la STC que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por 50 diputados y senadores del Partit Popular contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, se dice en la Conclusión 3: «La sentencia no aplica la reiterada doctrina sobre el principio de deferencia hacia el legislador que, en este caso, todavía tenía que ser aplicado de manera más exquisita por la función constitucional del Estatuto y por el plus de legitimidad que deriva del procedimiento de elaboración y aprobación. Bien al contrario, la sentencia está impregnada de una prevención injustificada respecto del contenido del Estatuto de autonomía.».

legislador estatutario, se afirma, se sitúa más en el plano del legislador constituyente que no en el del legislador constituido y eso tendría que suponer una aplicación más estricta del principio de deferencia, como mínimo en aquellos aspectos de la regulación estatutaria sobre los cuales la Constitución hace una amplia remisión a la norma estatutaria<sup>35</sup>.

## II.- Algunos ejemplos del Derecho comparado

Una vez examinada la constitucionalidad del control de constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía, y las posibles objeciones jurídicas que suscita, ofreceré algunos ejemplos del Derecho comparado destinados a constatar que en otros Estados compuestos la justicia constitucional ostenta una competencia similar a la del Tribunal Constitucional español, y por lo tanto, está contemplado un control de constitucionalidad de normas equiparables a los Estatutos de Autonomía. Naturalmente, no pretendo ofrecer un panorama exhaustivo de la cuestión si no simplemente aportar algunos ejemplos que demuestren que este tipo de control se da tanto en Estados con formas diversas de descentralización política, como en países que disponen de diferentes sistemas de justicia constitucional, ya sea concentrado o difuso.

Es cierto que las comparaciones siempre son arriesgadas, y en este caso también dado que los Estatutos de Autonomía son una norma absolutamente peculiar en el panorama comparado, la cual hace precisamente singular al Estado autonómico respecto de otros modelos de organización territorial. Cómo es sabido, la idea de basar la organización territorial del Estado en regiones que acceden a la autonomía política mediante un Estatuto propuesto por cada una de ellas, a través de sus representantes, y aprobado como ley estatal, surgió con la Constitución de la II República de 1931 que creó el "estado integral", en el que se inspiró parcialmente la Constitución italiana de 1947, que instauró un nuevo tipo de Estado descentralizado: el Estado regional. En las regiones italianas denominadas de "Estatuto ordinario", éste se podía equiparar a los Estatutos de las CCAA que accedieron por la vía de los arts. 143 y 146 CE. A los efectos que aquí interesan, hay que dejar constancia que la doctrina italiana entendió que tales Estatutos eran susceptibles de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional ya que estaban sujetos a las prescripciones constitucionales<sup>36</sup>.

Las últimas reformas constitucionales italianas han modificado aspectos esenciales de este tipo de Estatutos, como los referidos a su aprobación y reforma, que ahora no requieren la intervención del Parlamento de la República<sup>37</sup>. Según el art. 123 de la Constitución, en la nueva redacción dada por la LC nº. 1 de 1999, los Estatutos son aprobados y modificados por el Consejo regional por mayoría absoluta en dos deliberaciones sucesivas, y pueden ser sometidos a un referéndum regional facultativo. Pues bien, el mismo precepto constitucional establece que «el Gobierno de la República puede promover la cuestión de legitimidad constitucional sobre los Estatutos regionales delante de la Corte Constitucional dentro de los treinta días siguientes en su

<sup>35</sup> Bayona, A.: «La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Actividad Parlamentaria*, cit., p.63. Coincide parcialmente con este planteamiento V. Ferreres cuando sostiene que la doctrina de la deferencia judicial está justificada sólo cuando el legislador es plenamente competente para regular la materia de que se trate, pero no cuando el legislador no es competente («el Tribunal Constitucional delante del Estatuto», cit., p. 76).

<sup>36</sup> Zagrebelsky, G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, p.75

<sup>37</sup> Ver Prada Fernández, J.L., *Las reformas constitucionales italianas*, Madrid, 2008, p. 137 y ss.

publicación». La Corte Constitucional ha ejercido esta competencia y ha dictado algunas Sentencias en las que resuelve una cuestión de legitimidad constitucional de un Estatuto, y declara la inconstitucionalidad de alguno de sus preceptos<sup>38</sup>.

Aparte del caso italiano, que resulta más próximo a nuestro sistema, es sin duda en el campo del federalismo comparado donde podemos encontrar más ejemplos de la existencia de un control de constitucionalidad de normas similares a los Estatutos del art. 151 CE. Aunque de nuevo, aquí las comparaciones se tienen que hacer con precaución ya que los Estatutos no se pueden asimilar a las Constituciones de los Estados miembros de una federación por diversas razones, entre las que hay que destacar dos: la primera, el procedimiento de aprobación, que en los Estados federales, en base al renombre "autonomía constitucional", excluye la participación del Parlamento federal, y por lo tanto, las Constituciones de los Estados (*Länder*, cantones, provincias) son normas aprobadas sólo por sus representantes, es decir, las respectivas Asambleas legislativas, y a veces también directamente por los ciudadanos en referéndum; la segunda, el contenido, que en las Constituciones de los Estados miembros incluye la organización de las propias instituciones y los derechos de los ciudadanos, pero no los poderes de cada Estado, que se consagran en el sistema general de distribución de competencias establecido en la Constitución federal, mientras en nuestro ordenamiento los Estatutos contienen las «competencias asumidas [por la Comunidad Autónoma] dentro del marco establecido por la Constitución» [art. 147.1 d) CE], y por lo tanto, el reparto de competencias en el Estado Autónomo se lleva a cabo por la Constitución y los Estatutos.

Hace falta tener en cuenta que, históricamente, los primeros Estados federales fueron experiencias de "federalismo integrativo" y no de "federalismo devolutivo" porque sirvieron para unir entidades territoriales soberanas preexistentes, las cuales ya disponían de sus propias Constituciones, anteriores a la Constitución federal, que creó una nueva entidad política: el Estado federal. Aquella fue normalmente resultado de un pacto (*foedus*) entre las unidades territoriales, y contenía el sistema de reparto de competencias entre la federación y los Estados, unos procedimientos de reforma constitucional rígidos, y una cláusula que aseguraba su supremacía sobre el derecho de los Estados. Aquí rae la vinculación histórica entre federalismo y justicia constitucional<sup>39</sup> ya que fue precisamente la necesidad de contar con una instancia que dirimiera las posibles controversias entre la federación y los Estados la que condujo a instaurar una jurisdicción de conflictos (*Staatsgerichtsbarkeit*)<sup>40</sup>, origen de la justicia constitucional en Europa, y a atribuir al Tribunal Supremo de los EEUU la competencia para conocer de las controversias entre intereses federales y estatales (*Judiciary Act de 1979*)<sup>41</sup> a partir de los poderes que la Constitución de los EEUU atribuía al Poder Judicial (artículo III.2), y del renombre "cláusula de supremacía" del artículo VI<sup>42</sup>. El precepto dispone que «Esta Constitución, y

<sup>38</sup> Ver la Sentencia de la Corte Constitucional 378/2004, que resuelve la cuestión de legitimidad constitucional presentada por el Presidente del Consejo de Ministros contra diversos preceptos del Estatuto de la región de Umbria, y en la que se declara inconstitucional su art. 66, apartados 1 y 2, los cuales establecían la incompatibilidad entre el cargo de miembro, de la Junta regional y el cargo de Consejero regional.

<sup>39</sup> Por una visión comparada de estas relaciones, ver Orban, E. (ed.), *Federalism and Supreme Courts*, Brusel-les, Montréal, 1991.

<sup>40</sup> Cruz Villalón, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1931)*, Madrid, 1927, p. 127 y ss.

<sup>41</sup> Ver Roura, Santiago A., *Federalismo y Justicia constitucional en la Constitución española de 1978*, Madrid, 2003, p. 23 y ss.

<sup>42</sup> Como ha escrito V. Ferreres Comella, «no es de extrañar que, en muchos países, la justicia constitucional naciera de la mano del federalismo [...]. No es posible entender el surgimiento de la judicial review en los Estados Unidos, por ejemplo, haciendo abstracción de la naturaleza federal del nuevo orden político alumbrado por la Constitución de 1787, como tampoco resulta posible comprender la instauración del Tribunal Constitucional austríaco en 1920 sin vincularla en la

las leyes de los Estados Unidos que se aprueben de acuerdo con ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad del Estados Unidos, serán la suprema ley del país, y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de lo que dispongan en contra suyo las Constituciones y las leyes de cualquier Estado». Se establecía así el principio de supremacía constitucional, si bien el contexto del precepto obliga a interpretarlo como expresión de la prevalencia del derecho federal sobre el derecho de los Estados<sup>43</sup>, que comprende también sus Constituciones.

Es cierto que la primacía del derecho federal se establecía en el ámbito de los poderes atribuidos a la Federación, o de sus poderes "implícitos", pero corresponde a un órgano federal, el Tribunal Supremo, decidir en última instancia si una disposición de la Federación está dentro de sus poderes expresos o implícitos<sup>44</sup>. Y ha sido el Tribunal Supremo el que ha asentado la doctrina de la nulidad de los actos o disposiciones de los Estados, incluso en el ámbito de sus competencias, que destruyan u obstaculicen la vigencia de un precepto federal o la efectividad de un órgano que funcione por su virtud. Éste fue el caso de la histórica Sentencia *McCulloch v. Maryland*<sup>45</sup> en la que el Tribunal Supremo admitió la competencia del Congreso para dictar una ley creando un Banco federal, y rehusó que un Estado le pudiera exigir el pago de impuestos. En esta Sentencia el Tribunal ya declaró como gran principio «que la Constitución y las leyes que la desarrollan son normas supremas, y que prevalecen *sobre las Constituciones* y las leyes de los Estados»<sup>46</sup> [la cursiva no figura en el original].

Los EEUU ofrecen pues el ejemplo de un Estado Federal (se podría decir el paradigma del federalismo) con un sistema difuso de control de la constitucionalidad en el cual, sobre la base del principio de supremacía normativa de la Constitución y de las funciones que se atribuyen al Poder Judicial, se admite pacíficamente que el Tribunal Supremo pueda controlar la constitucionalidad de las Constituciones de los Estados y declarar la nulidad de sus preceptos. Así lo hizo, por ejemplo, en la Sentencia *Romer v. Evans*<sup>47</sup> donde el Tribunal Supremo juzgó una reforma de la Constitución del Estado de Colorado, votada en referéndum, que prohibía actuaciones legales, ejecutivas o judiciales destinadas a proteger de la discriminación a las personas homosexuales. La reforma constitucional ya había sido invalidada por el Tribunal Supremo de Colorado. La Sentencia del Tribunal Supremo concluyó, con el voto particular del Juez Scalia, al que se unen el Juez Thomas y el Presidente del Tribunal, que la reforma era contraria a la cláusula *Equal protection* (Enmienda XIV de la Constitución) ya que «los hacía [a los homosexuales] desiguales respecto de cualquiera» y «un Estado no puede considerar así a una clase de personas como un forastero por sus leyes».

Por su parte, Alemania ofrece el ejemplo de otro federalismo (cooperativo, unitario), y dispone de un sistema concentrado de control de constitucionalidad de las leyes. Pues bien, también el principio de primacía del derecho federal sobre el derecho estatal (*Bundesrecht bricht Landesrecht*) consagrado en el art. 31 de la Constitución federal (*Grundgesetz*), junto con la competencia del Tribunal Constitucional federal para el control abstracto de la constitucionalidad de las leyes (art.

---

preocupación por garantizar el respeto de las normas constitucionales que ordenaban la República austríaca en términos federales » (« el Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas», en *Jurisdicción constitucional y democracia*. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, 2011, p.15)

<sup>43</sup> Muñoz Machado, S., *Constitución*, Madrid, 2004, p. 37.

<sup>44</sup> García - Pelayo, M., *Derecho Constitucional comparado*, Madrid, 1984, 355.

<sup>45</sup> *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

<sup>46</sup> Veure Beltrán de Felipe, M. y González García, J.V., *Laso sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, Madrid, 2005. p. 115-136.

<sup>47</sup> *Romeros v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).



93.1.2 de la GG), conducen a legitimar el control de constitucionalidad de las Constituciones de los Estados por parte del Tribunal Constitucional<sup>48</sup>. Así, por ejemplo, la Sentencia de 8 de febrero de 2001 del Segundo Senado del Tribunal Constitucional<sup>49</sup>, examinó la compatibilidad con la GG del art. 78.2 y 3 de la Constitución de Hessen, relativos a las formas de revisión de los resultados electorales, y declaró expresamente que «las Constituciones de los Länder están sometidas al control de constitucionalidad de las normas regulado en el art. 93.1.2 GG».

### III.- La legitimidad del control de los Estatutos de Autonomía del art. 151 CE y la denominada "objeción democrática".

La constatación de que en nuestro ordenamiento difícilmente se pueden formular objeciones jurídicas al control de constitucionalidad de los Estatutos del art. 151 CE, y la comprobación de que en otros Estados compuestos la justicia constitucional ostenta una competencia similar a la del Tribunal Constitucional español, no excluye el carácter "problemático"<sup>50</sup> de este control judicial desde el punto de vista de la teoría de la justicia, y específicamente ante el renombre "objeción democrática" al control de la constitucionalidad de la ley, también renombre "dificultad contra-mayoritaria". Como es sabido, ésta es una objeción que acompaña a la justicia constitucional desde sus orígenes, y que explica su carácter controvertido, el cual ha generado una literatura hoy inalcanzable. Es cierto, como he puesto de manifiesto en otro lugar<sup>51</sup>, que este debate sobre la justicia constitucional y sus fundamentos teóricos y políticos, así como su justificación en un sistema democrático, ha sido y es mucho más intenso en los EEUU que en Europa, donde predomina el enfoque de la dogmática jurídica. Así sucede también en nuestro país, donde este tema ha sido escasamente cultivado por los constitucionalistas,<sup>52</sup> y en cambio le ha dedicado más atención la filosofía del derecho. Eso podría explicarse, en buena medida, por la singular historia constitucional española, en la que la justicia constitucional se implantó por primera vez con el Tribunal de Garantías Constitucionales instaurado por la Constitución de 1931 (fue pues uno de los primeros países de Europa en disponer de Tribunal Constitucional, después de su nacimiento en Austria y Checoslovaquia en 1920), si bien suscitó fuertes recelos y su vigencia fue efímera. En cambio, el TC fue aceptado de forma pacífica y natural durante la transición democrática, y su incorporación en la Constitución de 1978 casi no fue objeto de debate<sup>53</sup>. Tampoco lo fue, como se ha dicho, la competencia del TC para controlar la constitucionalidad de los Estatutos del art. 151 CE, pero creo que la STC 31/2010 obligará a

<sup>48</sup> Jarras/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, Munich, 11ª ed, 2011, p.958

<sup>49</sup> BVerfGE 103, 111/124.

<sup>50</sup> Aludo así a la expresión contenida en el trabajo de Capelletti, M., «el "formidable problema" del control judicial y la contribución del análisis comparado» (*Revista de Estudios Políticos*, nº. 13, 1980), para referirse a la tensión entre democracia y constitucionalismo, que se manifiesta claramente cuándo unos Jueces, faltos de representatividad y legitimidad democrática, tienen el poder de controlar y anular las leyes aprobadas por los representantes elegidos democráticamente por los ciudadanos, de tal forma que su opinión prevalece sobre la del Parlamento.

<sup>51</sup> Fossas, E.: «Gustavo Zagrebelsky: Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 87, 2009, p. 401.

<sup>52</sup> Hay que hacer referencia, sin embargo, a los importantes trabajos de dos constitucionalistas: Hierras Comella, V., *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, 2ª ed., 2007; y *Constitutional Courts and Democratic Values. En European Perspective*, New Haven&London, 2009; y Ahumada, M., entre otros, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, 2005.

<sup>53</sup> Veure Garrorena Morales, A.: «El debate justicia constitucional-democracia en los procesos constituyentes de 1931 y 1978», en *Jurisdicción constitucional y democracia*, cit., p. 43 y ss

reflexionar seriamente sobre los problemas que presenta este proceso constitucional para superar la objeción democrática a la justicia constitucional.

No pretendo adentrarme aquí en un debate interminable, que escapa a los propósitos del presente trabajo, si no tan solo apuntar unas breves consideraciones que desde el punto de vista de la teoría democrática se podrían realizar sobre el control de constitucionalidad de los Estatutos de la vía del art. 151 o de su reforma, que ha tenido lugar por primera vez desde la aprobación de la Constitución de 1978 con la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña de 2006.

La primera consideración es para valorar si la objeción democrática es menos fuerte en el campo del federalismo (en la resolución de los conflictos de competencia) que en el campo de los derechos (en el control de constitucionalidad de leyes que regulan derechos). Efectivamente, se puede sostener que en el primer control judicial de la ley no se plantea un grave problema porque el juez constitucional, cuando anula una de las dos leyes que han entrado en conflicto (la ley federal y la del Estado) emite un juicio adverso contra el parlamento que lo ha aprobado, pero protege la otra ley aprobada también por un parlamento democrático, que el Tribunal considera el competente para legislar. El Tribunal (o el Juez) pone fin a una controversia entre dos legisladores democráticos, y por eso su decisión no entre en tensión con la democracia<sup>54</sup>. Ahora bien, el argumento se tendría que matizar por que el control de un Estatuto del art. 151 o su reforma no es equiparable a un conflicto entre una ley estatal y una ley autonómica, o dicho lo contrario, a un recurso de inconstitucionalidad de base conflictual. De entrada, porque el Estatuto catalán de 2006 contiene unos principios rectores y unos derechos estatutarios (Título I) cuya anulación sí podría suscitar una fuerte objeción democrática, si bien es cierto que lo que se ha discutido en la STC 31/2010 es su inclusión en un Estatuto por entender que excedían la "reserva estatutaria" establecida en la Constitución. Pero la equiparación no es posible, sobre todo, por la naturaleza singular del Estatuto y su procedimiento de reforma (art.152.2 CE), que no permiten asimilarlo ni a una ley ni a una Constitución de un Estado miembro en un sistema federal. Recordemos que la propuesta de Estatuto es aprobada por el parlamento autonómico, y después de una negociación política, el Estatuto es también aprobado por las Cortes Generales en forma de ley orgánica. Si después el Tribunal Constitucional anula uno de sus preceptos, no hace prevalecer un legislador democrático sobre otro legislador democrático, si no que emite un juicio adverso contra dos parlamento democráticos que han llegado a un acuerdo (no que mantienen una controversia), y por lo tanto, la objeción democrática es aquí todavía más fuerte. Obviamente, eso no impediría tener en cuenta los argumentos y las teorías que se han esgrimido para justificar el "coste democrático" que comporta la anulación por la justicia constitucional de una ley aprobada por una mayoría de un parlamento democrático<sup>55</sup>.

La segunda reflexión deriva también del procedimiento de aprobación o reforma del Estatuto, que incluye el referéndum entre los electores, circunstancia que en principio también reforzaría la objeción democrática al control de la constitucionalidad, o en todo caso, plantearía si la *dificultad contra-mayoritaria* es mayor cuándo la ley objeto de control es también expresión de una forma de democracia directa. Conviene puntualizar que en el caso del Estatuto de 2006 no nos encontramos

<sup>54</sup> Éste es el argumento, aunque con matices, de Ferreres Comella, V.: «El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas», *cit.*, p. 15

<sup>55</sup> Ver una clara exposición de estas teorías al trabajo de Bayón, J. C.: «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en AA.VV., *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, 2004, p. 67 y ss.; también en las obras de V. Ferreres y M. Ahumada citadas en la nota 54.

ante una forma de democracia directa "sustitutiva", que se da cuando a través de una iniciativa se permite sustituir el procedimiento legislativo por un plebiscito, si no de un supuesto de democracia directa "complementaria", ya que la ley aprobada por el parlamento (en este caso, dos parlamentos) se remite al electorado para su ratificación. Se podría sostener que el primer supuesto, en contra de lo que pueda parecer, ofrece menos problemas desde el punto de vista de la objeción democrática porque la ley o la decisión no ha estado resultado de un proceso deliberativo ni de un compromiso, y eso reduce la probabilidad de que la norma refleje los diversos intereses en presencia, razón por la cual incluso el Tribunal tendría que ser menos, y no más, deferente<sup>56</sup>. Por contra, en el segundo supuesto, la ley ha partido de la iniciativa del parlamento, ha seguido un procedimiento de deliberación, y refleja un compromiso, razones por las cuales si recibe después el voto afirmativo de los ciudadanos, el resultado es fruto de un consenso extraordinario (una doble legitimidad democrática) que merece más deferencia para disponer de una mayor presunción de constitucionalidad<sup>57</sup>. Éste sería el caso del Estatuto catalán de 2006.

En este punto, sin embargo, habría que tener en cuenta la cultura constitucional de los países, y la diferente visión que en ella se tiene de la relación entre control de constitucionalidad y democracia directa. Así, mientras en Francia el Consejo Constitucional se declaró incompetente para pronunciarse sobre la ley que autorizaba la ratificación del Tratado sobre la Unión Europea, votada en referéndum nacional<sup>58</sup>, el Tribunal Supremo de los EEUU ha juzgado casi una cuadragésima de leyes o constituciones de los Estados sometidas a referéndum (pero nunca una ley federal o una reforma constitucional, que no se someten a referéndum), considerando que esta circunstancia no era relevante<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> La argumentación se puede encontrar en el sugerente artículo sobre el control de constitucionalidad de los actos de democracia directa en el constitucionalismo de los EEUU de Eule, Julian N.: «Judicial review of Direct Democracy», 99 *Yale Law Journal*, 1503 (1989-1990).

<sup>57</sup> En este punto, V. Ferreres Comella argumenta que, a pesar de la aprobación en referéndum, la deferencia a la hora de juzgar un Estatuto tendría sentido sólo respecto de las normas que son competentes para disciplinar las materias que regulan, pero no respecto de las normas que se extralimitan. Si la cuestión es, como en el caso del Estatuto, si éste es o no competente «no hay más remedio que confiar en este punto en el buen juicio del TC» (el Tribunal Constitucional ante....» *cit.*, p. 30).

<sup>58</sup> Décision nº 92-313 DC, 23 septembre 1992.

<sup>59</sup> Así, el presidente Burger declaró: «It is irrelevant that the voters rather than en legislative body enacted [this law] because the voters may no more violate the Constitution by enacting a ballot measure than a legislative body may do so by enacting legislation» [*Citizens Against Rent Control/ Coalition for fair Housing v. City of Berkeley*, 454 U.S. 290, 295 (1981), citado en Eule, Julian N., *art. cit.*, p.1506].