

## LA INDEFENSIÓN JURISDICCIONAL DEL PODER CONSTITUYENTE Y LA DESTRUCCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN\*

Carlos RUIZ MIGUEL\*\*

SUMARIO: I. *Premisas y propósito de este análisis.* II. *La defensa de los poderes constituidos.* III. *La defensa del Poder Constituyente: la especial vía jurisdiccional del artículo 161.2, CE.* IV. *La naturaleza constituyente del plan Ibarreche.* V. *Crítica del auto del Tribunal Constitucional de inadmisión de la impugnación contra el plan Ibarreche.* VI. *La admisión a trámite del plan Ibarreche como precedente para el nuevo Estatuto catalán.* VII. *Conclusiones.*

### I. PREMISAS Y PROPÓSITO DE ESTE ANÁLISIS

Aquí se pretende suscitar una reflexión en el sentido de que una adecuada interpretación de la Constitución exige la admisión de todas las posibilidades que conduzcan a su preservación frente a los intentos de aniquilación de la misma. La Constitución establece así mecanismos para la defensa de sus principios (entre ellos, en España, el del Estado autonómico). En estas líneas se argumentará que la Constitución contiene diversos medios para su defensa, variados según el tipo de ataque se produzca: bien sea contra el poder constituyente o bien contra un poder constituido. A tenor de lo argumentado, se quiere formular la tesis de que el artículo

\* Una primera versión de este trabajo, con el título “El Estado autonómico y sus enemigos” se publicó en el diario *La Ley*, núm. 5911, 11 de diciembre de 2003. Una segunda versión se publicó con el título de “La indefensión jurisdiccional del Poder Constituyente”, *Civitas Europa*, núm. 12, 2004, pp. 209-240. Este trabajo es una revisión ampliada del anterior.

\*\* Catedrático de Derecho constitucional en la Universidad de Santiago de Compostela.

161.2, CE lejos de ser un enunciado “aparentemente vacío” constituye una pieza esencial para la defensa del poder constituyente que dio lugar a la Constitución y, por ende, del Estado autonómico en ésta establecido. Es una defensa que opera, por tanto, frente a ataques “pacíficos” que no se operen contra un poder constituido (sea por vía de una “ley” o de un “acto administrativo”). Como trataremos de argumentar, el artículo 161.2 es una “cláusula de cierre jurisdiccional de defensa de la Constitución frente a eventuales ataques al Poder Constituyente” (extraordinarios y, por tanto, no previstos) por alguno de los componentes del Estado, justamente, por aquellos que niegan la existencia de un Poder Constituyente unitario. La desactivación de este artículo 161.2 deja indefensa a la Constitución ante los intentos premeditados de su destrucción “legal”.

El artículo 161.2 no es el único medio para proteger el Poder Constituyente. Existen otros procedimientos extraordinarios de carácter político para la defensa de la Constitución, a saber, los previstos en los artículos 116.3 y 4 y 155, CE. Sin embargo, aquí no nos detendremos en ellos.

El Estado autonómico ha sido objeto de dos grandes oleadas de ataques a lo largo de su historia. En un principio existía el peligro de golpe de Estado que tuvo su realización más dramática el 23 de febrero de 1981, el Estado autonómico fue atacado en cuanto “autonómico”, siendo la abolición o, cuanto menos, la modificación del principio de autonomía uno de los objetivos del fracasado golpe de Estado producido en tal fecha. Dos decenios después, esos ataques se han producido de forma más sutil mediante la técnica de las reformas de los estatutos de autonomía que escondían una demolición de la Constitución donde el Estado autonómico, sin embargo, ha sido atacado en cuanto Estado. Esta segunda oleada de ataques se inicia en octubre de 2003, siendo la abolición del principio de unidad el objetivo del llamado plan Ibarreche (oficialmente llamado Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi) y del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Este trabajo se sostiene sobre varias premisas fundamentales: 1) la distinción entre poder constituyente y poder constituido; 2) la consideración de que la reforma constitucional es un instituto distinto del Poder Constituyente; 3) la idea de que la reforma constitucional tiene límites, y no sólo formales, sino también materiales, y 4) la Constitución, como el resto del derecho, es producto de una mayoría que se impone a una minoría y no el fruto de la unanimidad.

- a) La distinción entre poder constituyente y poder constituido es la condición de existencia del propio derecho constitucional. Sin esa distinción todo legislador ordinario es también constituyente y, por lo mismo, no ha lugar al estudio de un derecho “constitucional” separado del “parlamentario” o del “legal”. La destrucción de esa distinción constituye, por tanto, la destrucción del derecho constitucional y de su producto: el Estado constitucional. Ahora bien, la distinción entre poder constituyente y poder constituido no es una cesura absoluta. Existen dos instituciones que enlazan ambos: el control de la constitucionalidad y la reforma constitucional lo que nos lleva a la siguiente premisa.
- b) En segundo lugar, la consideración de que la reforma constitucional es un instituto distinto del poder constituyente. Esta tesis presupone la existencia de límites a la reforma constitucional, pues en otro caso, sin ese límite no habría ninguna diferencia entre reforma constitucional y poder constituyente.
- c) En tercer lugar, la idea de que la reforma constitucional tiene límites, y no sólo formales, sino también materiales. Se sigue, por tanto la tesis sostenida en su día por Carl Schmitt distinguiendo las nociones de reforma y de destrucción de la Constitución.<sup>1</sup>
- d) En cuarto lugar, la Constitución, como el resto del derecho es producto de una mayoría que se impone a una minoría, y no el fruto de la unanimidad. Lo más deseable es que una norma jurídica se apruebe y se aplique con el unánime apoyo de sus destinatarios. Si ello fuera así, el establecimiento de un mecanismo de sanciones carecería de importancia. Pero el hecho cierto es que esa unanimidad, teóricamente posible, puede decirse que prácticamente nunca ha existido. Esto significa que lo habitual es que una mayoría imponga una norma a una minoría. En algunos casos esa mayoría es más numerosa que en otras, pero lo cierto es que existe una minoría que se opone a la aprobación o aplicación de una norma. Esa minoría o parte de la misma puede resignarse en su derrota y aceptar la aprobación o aplicación de la norma que no apoyó. Pero puede ocurrir

<sup>1</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 1982 (1a. ed. alemana, 1928), p. 114. Esta tesis es compartida en España por Pedro de Vega (*La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 235 y 236) y Ruipérez, Javier (*Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, Madrid, Biblioteca Nueva, p. 81).

que, lejos de resignarse se resista a la norma. Esto último se ha demostrado como muy frecuente en la experiencia histórica. De ahí que el derecho establezca mecanismos de defensa de la aplicación de la norma aprobada para vencer los intentos de quienes se oponen a la misma. Los mecanismos de defensa serán distintos según que el ataque de la minoría se dirija contra una norma de un poder constituido o contra la norma del poder constituyente.

La Constitución Española de 1978 es una ilustración de lo que se ha dicho:

- a) Es fruto de la distinción entre poder constituyente y poder constituido. Con independencia de las dudas existentes acerca del carácter constituyente de las Cortes elegidas en 1977,<sup>2</sup> no cabe duda de que el referéndum del 6 de enero de 1978 sí tuvo una inequívoca significación constituyente.
- b) Considera que la reforma constitucional es un instituto distinto del poder constituyente. No otra cosa puede significar el que la reforma constitucional esté sometida a un procedimiento específico, algo que lo distingue del poder constituyente que actúa *legibus solutus*.
- c) Establece límites, no sólo formales, sino también materiales a la reforma constitucional. Por esta misma razón, compartimos la opinión que considera gravemente equivocada la doctrina establecida, muy irreflexivamente, por el Tribunal Constitucional<sup>3</sup> que se hace eco de una opinión doctrinal que, amparándose en una interpretación literal del artículo 168 de la Constitución, y con independencia de que el resultado expuesto pueda resultar absurdo, niega la existencia de límites materiales implícitos al poder de reforma bien directamente,<sup>4</sup> o bien indirectamente.<sup>5</sup> Esta opinión, además, ignora completamente un límite expreso a cualquier reforma fijado por la propia Constitución en sus artículos 10.1 (que habla de los derechos

<sup>2</sup> Cfr. Galán y Gutiérrez, Eustaquio, *Estudio crítico del anteproyecto de Constitución y otras lecciones de filosofía del Estado*, Madrid, 1978.

<sup>3</sup> STC 48/2003, del 12 de marzo (fj 7o.).

<sup>4</sup> Tajadura Tejada, Javier, "La dimensión externa del principio de constitucionalidad de los partidos políticos en el ordenamiento jurídico español", *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 12 y 13, 2003-2004, pp. 223 y ss., pp. 238 y ss.

<sup>5</sup> Pérez Royo, Javier, *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los diputados, 1987, p. 202 (en el artículo 168 "lo que se pretende *no es revisar la Constitución, sino impedir su revisión*"). Cursivas de Pérez Royo.

inviolables) y 2o. (que establece la indisoluble unidad de la nación española que es la patria indivisible de “todos” los españoles). Se ha podido argumentar así que tanto el artículo 10.1 como el 2o., CE, son claros límites expuestos frente a una hipotética reforma constitucional.<sup>6</sup>

- d) La Constitución, como el resto del derecho, es producto de una mayoría que se impone a una minoría, y no el fruto de la unanimidad. Ciertamente fue aprobada por un amplio consenso, pero ese consenso nunca ha sido sinónimo de unanimidad. De ahí que, con buen criterio, contemplara mecanismos de defensa frente a los eventuales ataques lanzados por quienes no aceptan su aplicación.

## II. LA DEFENSA DE LOS PODERES CONSTITUIDOS

La Constitución establece unos principios fundamentales (unidad, autonomía, solidaridad y cooperación) y unas reglas que atribuyen determinadas competencias a determinados poderes constituidos. Como bien ha señalado Pérez Royo, las actuaciones o normas de un poder constituido (ya sea de una comunidad autónoma o del Estado central) que vulneren alguno de estos principios o reglas constitucionales son, materialmente, una ley de reforma de la Constitución. Ahora bien, cuando esa reforma material no se hace por el debido procedimiento formal, la misma es anulada.<sup>7</sup> Precisamente para anular esas reformas materiales (regulaciones que cambian lo establecido en la Constitución al contradecirla), la Constitución prevé la existencia de controles. Esos mecanismos permiten evitar que en su actividad ordinaria los poderes constituidos, los órganos del Estado (tanto central como descentralizado) vulneren la Constitución. Así, se pretende que la producción de normas generales con rango de ley, o de normas generales de carácter infralegal o de normas singulares (actos administrativos) se lleve a cabo con respeto a lo dispuesto en la norma suprema.

<sup>6</sup> Sobre el artículo 10.1, *cfr.* Jiménez Campo, Javier, “Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980; sobre el artículo 2o., *cfr.* Ruiz Miguel, Carlos, *O Dereito Público de Galicia*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997, p. 64; recensión a la obra “Constitución y autodeterminación”, de Ruipérez Alamillo, Javier, “Administración de Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 29, 1997, pp. 367-373.

<sup>7</sup> Pérez Royo, Javier “¿Juez de la constitucionalidad de la ley o censor parlamentario?”, *El País*, 6 de enero de 2004, p. 10.

### 1. *El control sobre la actividad legislativa*

Sin duda, la actividad políticamente más relevante en condiciones ordinarias (esto es, en la actuación de los poderes constituidos) es el ejercicio de la actividad legislativa. Esta actividad es generalmente controlada por el Tribunal Constitucional y, en ciertos casos, por las cortes generales.

El Tribunal Constitucional tiene la facultad de conocer de la constitucionalidad de las normas con rango de ley: tanto de las que provienen de los órganos del Estado central (ley ordinaria, ley orgánica, reglamento parlamentario, real decreto ley y real decreto legislativo) como de los que provienen de los órganos del Estado descentralizado (leyes ordinarias, reglamentos parlamentarios y decretos legislativos). Así se desprende de diversos preceptos: artículos 153.a, 161.1.a y 161.2, CE, además de los artículos 27.2.e e f y 67, LOTC. La conformidad de estas normas con la Constitución se garantiza, como es sabido, a través de dos procedimientos: el recurso de inconstitucionalidad (artículos 161.1.a, CE, y 27, 31 ss., y 67, LOTC) y la cuestión de inconstitucionalidad (artículos 163, CE, y 27 e 35 y ss., LOTC). Con relación al “recurso de inconstitucionalidad” la regulación sobre la legitimación para interponer el mismo se ha revelado muy problemática. En efecto, cuando la norma con rango de ley proviene de un órgano del Estado central la misma puede ser recurrida por ciertos órganos centrales (presidente del gobierno y defensor del pueblo), por otros autonómicos (ejecutivos y legislativos) y por la propia oposición nacional (50 diputados o 50 senadores). Sin embargo, cuando la norma proviene un órgano del Estado descentralizado la misma puede ser recurrida por los mencionados órganos del Estado central y del Estado descentralizado, pero no por la oposición regional.<sup>8</sup> El resultado es que cuando existe alguna agresión al orden constitucional por una mayoría de una comunidad autónoma, la minoría de esa comunidad autónoma no puede recurrir. De esta forma, queda velada la naturaleza de ciertos conflictos regionales que tienen su causa en la negación de la pluralidad interna de esa región autónoma y lo que es un eventual conflicto intrarregional producido por una opresión eventualmente inconstitucional de

<sup>8</sup> Ya en su momento me pronuncié sobre la conveniencia de ampliar la legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad a la oposición regional y las disfunciones que provoca la situación actual. *Cfr. Consejo de Estado y consejos consultivos autonómicos*, Madrid, Dykinson, 1995, p. 205 y *O Dereito Público de Galicia, cit.*, nota 6, p. 221.

una mayoría regional sobre una minoría regional se convierte en un conflicto estatal entre toda la región y todo el Estado central. De esta forma, los conflictos, lejos de atenuarse, se amplifican y el victimismo regional tiene un motivo más para enfrentarse al Estado central.

El artículo 150.1, CE trata de la posibilidad de que las cortes generales dicten una “ley marco” por la que se posibilite a las comunidades autónomas dictar leyes autonómicas que respeten el marco fijado por una ley de las cortes generales. pero añade ese precepto que las cortes generales, en dicha ley marco, pueden establecer los controles que consideren convenientes. Esos controles pueden ser parecidos a los que ejercen las cortes sobre los decretos legislativos donde el gobierno hace uso de una delegación hecha por las cortes.

## *2. El control sobre la producción de normas generales de carácter infralegal*

La producción de estas normas (mayormente, la actividad reglamentaria) está sometida a diversos tipos de controles realizados por los tribunales ordinarios, el Tribunal Constitucional y el gobierno central.

Con carácter general, los artículos 106 y 153.c, CE encomiendan a los tribunales ordinarios la tarea de controlar la legalidad de la potestad reglamentaria. Este control, por tanto, compete a los tribunales que forman el Poder Judicial que es único para toda España. Ahora bien, la CE también prevé la posibilidad de la existencia de un tribunal superior de justicia (que es parte del Poder Judicial nacional) en las comunidades autónomas del artículo 151 (algo que después se amplió a las otras comunidades autónomas). Cuando las normas reglamentarias provienen del Estado central el control corresponderá a tribunales de alcance nacional (salas de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo) y cuando provengan del Estado descentralizado el control lo efectuarán las salas de lo contencioso administrativo de los tribunales superiores de justicia de la comunidad respectiva en única instancia.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional puede controlar la actividad reglamentaria de las comunidades autónomas por dos vías: el conflicto de competencias y el recurso de amparo.

El *conflicto de competencias* puede ser positivo (cuando las dos partes pretenden la titularidad de la competencia) o negativo (cuando ninguna

quiere asumir dicha competencia). En el caso de los conflictos positivos, cuando el gobierno central considere que un reglamento autonómico no respeta el orden de competencias establecido por la Constitución, los estatutos de autonomía o las leyes orgánicas correspondientes (el llamado “bloque de la constitucionalidad”), puede formalizar, en el plazo de dos meses, conflicto positivo de competencias ante el Tribunal Constitucional (artículos 61.1 y 62, LOTC). Por su parte, también los gobiernos autonómicos pueden promover conflicto positivo de competencias contra el gobierno central (artículo 63, LOTC). En el caso de los conflictos negativos, el Tribunal Constitucional decidirá quién debe ejercer una competencia cuando la administración central del Estado o alguna administración periférica se niegan a tramitar una instancia presentada por un ciudadano por considerar que el conocimiento de la misma no es de su competencia (artículos 68 y ss., LOTC).

El *recurso de amparo* puede ser un instrumento de control cuando el reglamento viole derechos fundamentales. Ciertamente, en un caso así, el examen del mismo se llevará a cabo inicialmente por los tribunales ordinarios siguiendo el correspondiente procedimiento de amparo ordinario, pero la eventual lesión de derechos fundamentales abre la posibilidad de que la cuestión también puede llegar a ser conocida por el Tribunal Constitucional por la vía del amparo constitucional (artículos 53.2 y 161.1.b, CE y 41 y ss., LOTC).

El artículo 153.b, CE establece que el gobierno central previo dictamen del Consejo de Estado puede controlar el ejercicio de las potestades delegadas a las comunidades autónomas por la vía del artículo 150.2, CE. Este precepto permite que por ley orgánica sean transferidas o delegadas competencias de titularidad estatal a las comunidades autónomas. Mientras la transferencia supone una descentralización, la delegación no, pues hace posible la revisión de los actos del delegado por la autoridad delegante. Precisamente porque se trata de competencias delegadas y no transferidas es posible el control por el gobierno (las transferidas sólo pueden ser controladas por los tribunales).

### *3. El control sobre la producción de normas singulares o actos*

El control sobre las normas singulares o actos que puedan violar la Constitución se lleva a cabo por los tribunales ordinarios, por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal de Cuentas.

Los mismos preceptos constitucionales que fundamentan la intervención de los tribunales ordinarios para controlar las normas generales de carácter infralegal sirven para fundar la intervención de estos mismos tribunales sobre los “actos administrativos” de los órganos del Estado. El artículo 2.º de la Ley 29/1998, del 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, dice que “el orden jurisdiccional contencioso administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a. ... los elementos reglados... en relación con los actos del gobierno... cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”. El tenor literal de este precepto pretende acabar con la categoría de los actos de gobierno o actos políticos, pretensión ésta que se halla lejos de merecer unánime aprobación.<sup>9</sup> La lectura de este precepto, por tanto, nos conduciría a la conclusión de que todos los actos o normas singulares de los órganos ejecutivos serían revisables por la jurisdicción contencioso administrativa, lo que como se verá más adelante, no siempre resulta razonable ni funcional.

El Tribunal Constitucional también puede controlar la producción de normas singulares o actos por dos vías: la del recurso de amparo y la del conflicto de competencias.

El *recurso de amparo constitucional* (artículos 53.2 y 161.1.b, CE y 41 y ss., LOTC) protege contra las violaciones de los derechos fundamentales (artículos 14-29, además del 30.2, CE) que sean originadas por disposiciones (no legales, sólo infralegales), actos jurídicos o simple vía de hecho de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o sus autoridades o funcionarios o agentes, siempre que previamente hubiese sido agotada la vía judicial del amparo ordinario (artículo 43.1, LOTC).

Los artículos 61, 62 y 63 de la LOTC, básicos en la regulación de los conflictos positivos de competencias, que pueden surgir entre el gobierno de la nación y las comunidades autónomas o entre dos de estas comunidades, exigen claramente que se trate de “disposiciones, resoluciones y actos”, que no respeten el orden de competencias establecido en la Constitución, en los estatutos de autonomía, o en las leyes correspondientes. El contenido de la expresión “actos”, según el TC ha de entenderse como comprensiva de los actos administrativos, procedentes del ejercicio no

<sup>9</sup> Garrido Cuenca, Nuria, *El acto de gobierno*, Barcelona, Cedecs, 1998, p. 733.

reglamentario de las potestades o facultades que le están atribuidas a la administración pública, y cuyo vario contenido es evidente, aunque una de sus más trascendentales manifestaciones doctrinales diferencie los actos resolutorios que ponen fin a los procedimientos administrativos, de los actos de trámite que instrumentan el procedimiento, al ordenar sus fases previas de diferente condición, pero necesarias todas ellas para hacer viable la resolución definitiva, pudiendo unos y otros originar conflictos de competencias al no existir ningún límite expreso que restrinja dicho concepto y que rebaje su alcance natural ni tampoco razón alguna para distinguir dentro de los actos de simple trámite, los que sean de trámite cualificado de los que no tengan tal condición.<sup>10</sup> El Tribunal Constitucional ha llegado a incluir como objeto del conflicto positivo de competencias disposiciones como circulares o instrucciones emanadas de un ministerio,<sup>11</sup> un simple oficio de un director general a otro<sup>12</sup> o incluso puras actuaciones materiales.<sup>13</sup>

Finalmente, el Tribunal de Cuentas puede llevar a cabo un control sobre la actividad económico contable de los órganos del Estado. Esta actividad económico contable puede, eventualmente, ser atentatoria no sólo de las leyes contables, sino también de la Constitución. El artículo 153.d, CE encomienda al Tribunal de Cuentas nacional el control sobre la actividad económica y presupuestaria de las comunidades autónomas. Esta previsión complementa al artículo 136, CE en el que se recoge la figura del Tribunal de Cuentas como “supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público”. El artículo 4o. de la Ley Orgánica 2/1982, del 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas incluye a las comunidades autónomas en el “sector público”, pero esto no era necesario porque el Tribunal de Cuentas es un órgano del Estado global y no sólo del Estado central.

Dos cuestiones merecen ser recordadas aquí: la primera es la relativa al sujeto controlante; la segunda se refiere al significado del control.

En cuanto al sujeto controlante, el artículo 153.d, CE es claro: el Tribunal de Cuentas controla la actividad económica y presupuestaria de las comunidades autónomas. Sin embargo, por un lado, el artículo 1o. de la

<sup>10</sup> STC 143/1985, 24 de octubre, fj 3o.

<sup>11</sup> STC 57/1983, 28 de junio, fj 1o.

<sup>12</sup> STC 220/1992, 11 de diciembre.

<sup>13</sup> STC 101/1995, 22 de junio.

LO del Tribunal de Cuentas (que dice que este órgano tiene competencia sobre todo el territorio nacional “sin perjuicio de los órganos fiscalizadores de cuentas que para las comunidades autónomas puedan preverse en sus estatutos”) y, por otro, el artículo 22 de la LOFCA (que declara que corresponde al Tribunal de Cuentas el control económico y presupuestario de las comunidades autónomas “además de los sistemas e instituciones de control que pudieran adoptar en sus respectivos estatutos”) complican la cuestión. La solución parte del principio de que la CE es la norma suprema y las leyes no pueden contradecirla. Desde esta perspectiva, está fuera de discusión que la competencia del Tribunal de Cuentas para juzgar y fiscalizar la actividad económica y presupuestaria de las comunidades autónomas es indisponible para el legislador. La ley no puede privar al Tribunal de Cuentas de una competencia que le fue otorgada por la Constitución. Por lo tanto, la competencia de control (entendido en su sentido técnico-jurídico) de las comunidades autónomas corresponde exclusiva y necesariamente al Tribunal de Cuentas nacional. Los órganos autonómicos no pueden sustituir la tarea del Tribunal de Cuentas, sólo pueden ayudarlo. Es incluso inaceptable delegar en los órganos autonómicos las funciones de estricto control. Lo único posible es delegar las tareas de instrucción o de preparación previas al ejercicio de control.

En relación con el significado del control, el Tribunal de Cuentas ejerce dos funciones en relación con las cuentas de las comunidades autónomas y de los demás poderes públicos. En primer lugar, fiscaliza las cuentas y juzga si las mismas cumplen con los requisitos legales y contables. Si no es así, puede emitir un informe censurando esas cuentas. En la tarea de fiscalización, el Tribunal de Cuentas no ejerce un control en sentido propio y, por eso mismo, esa actividad sí es delegable en los órganos autonómicos. Pero además, en segundo lugar, ejerce jurisdicción contable. En el ejercicio de esta jurisdicción el Tribunal exige a los servidores públicos que indemnicen a la administración pública por los daños y pérdidas causados con su actuación. Esta función sí es propiamente de control y no puede ser delegada en los órganos autonómicos. Precisamente porque ejerce jurisdicción, el artículo 136.3, CE exige para sus miembros la misma independencia, inmovilidad e incompatibilidades que la existente para los jueces. Las decisiones del Tribunal de Cuentas en el ejercicio de su función de enjuiciamiento pueden recurrirse ante la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

### III. LA DEFENSA DEL PODER CONSTITUYENTE: LA ESPECIAL VÍA JURISDICCIONAL DEL ARTÍCULO 161.2, CE

Acabamos de ver que existen unos mecanismos para defender a los poderes constituidos del Estado frente a ataques “ordinarios” (ya se produzcan a través de una “norma con rango de ley” o de un “reglamento” o “acto administrativo”). Este tipo de ataques a los poderes constituidos son relativamente frecuentes. Pero, como se dijo al principio, los ataques efectuados, no contra un poder constituido, sino contra el Poder Constituyente, que tienen una naturaleza distinta y no sólo poseer un carácter “extraordinario” o infrecuente. Imaginemos por ejemplo un ataque al Estado autonómico consistente en la proclamación de la independencia de un territorio. Parece claro que una declaración de independencia no se puede hacer a través de un acto administrativo ni a través de una ley, por la sencilla razón de que ninguna ley permite a la administración llevar a cabo tal acto y ninguna disposición de la Constitución habilita a un parlamento autonómico a dictar una ley independizando una parte del territorio nacional. En consecuencia, un intento como ése, extraordinario, se lleva a cabo a través de medios también extraordinarios que pueden ser violentos o pacíficos. La respuesta a un intento de minar el Poder Constituyente por medios violentos está claramente prevista en el ordenamiento. Pero ¿qué ocurre si el ataque al poder constituyente se realiza por medios pacíficos? En este último caso ese carácter pacífico lleva consigo el que un intento pretenda estar revestido de una apariencia de legalidad. Un ejemplo de ello sería una declaración de independencia de un territorio.

En tal supuesto, es lógico que los medios de defensa sean distintos de lo habitual. Ante un ataque al Estado autonómico del tipo de una declaración de independencia se han planteado dos posibilidades.

La primera es la pura y simple inacción.<sup>14</sup> De acuerdo con estas interpretaciones, en tanto en cuanto no hay una ley o un acto administrativo falta el objeto para reaccionar. La consecuencia no sería otra, en un ejemplo como el antes formulado a título de hipótesis, que contemplar cómo un o unos órganos creados al amparo de la Constitución del Estado

<sup>14</sup> Rubio Llorente, Francisco, “Una impugnación equivocada”, *El País*, 8 de noviembre de 2003, pp. 13 y 14; Portero Molina, José Antonio, “¿Qué van a recurrir?”, *La Opinión de Coruña*, 9 de noviembre de 2003, p. 36; Recalde, José Ramón, “Formas necesarias y juegos prohibidos”, *El País*, 10 de diciembre de 2004, pp. 11 y 12.

y financiados con los impuestos estatales dedican su tiempo y recursos a destruir la Constitución y el Estado mientras gozan de inmunidad en su labor de destrucción en tanto en cuanto no lleguen a dictar una ley o un acto administrativo. El resultado de esta interpretación sería que el Estado tendría que asistir, maniatado de pies y manos, al espectáculo de la destrucción del Estado por un órgano del propio Estado (aunque sea un órgano del Estado descentralizado). El destructor tendría plena libertad de acción (mientras, eso sí, no haga violencia ni dicte una ley o un acto administrativo) y el destruido tendría que sufrir calladamente la operación.

Lo absurdo de semejante conclusión nos pone de manifiesto que ante un intento de destrucción del Estado por sus enemigos, pertenece a la naturaleza de las cosas que tenga que haber otra posibilidad, a saber, que el Estado pueda defenderse. En efecto, conviene recordar algunas consideraciones de los clásicos sobre la ley (y la Constitución es la ley suprema). La ley ha de tener como objeto el bien común<sup>15</sup> y por eso se puede imponer legítimamente. Como dice Suárez, “así como las leyes se imponen a una comunidad, deben darse principalmente por el bien de la comunidad”.<sup>16</sup> En esta argumentación se acepta que la Constitución Española se impone a la comunidad española porque se ha dado en bien de la misma. Por eso mismo, a la hora de interpretar la ley (la Constitución) hay que atender a una finalidad: conseguir el bien de la comunidad que persigue la norma y no su destrucción. Suárez recuerda un principio del Digesto, según el cual: “cuando una frase se ajusta a dos pensamientos, se ha de preferir el que se ajusta mejor a la cosa que se trata de hacer”.<sup>17</sup> Por tanto, si lo que se trata de hacer es el bien común de España, de las interpretaciones posibles de la Constitución, habrá que elegir la que promueve ese bien común (y, en concreto, su bien más primario, la propia preservación de la comunidad para la que se dicta esa ley llamada Constitución) y no la que pretende su destrucción.

Pero habría otra posibilidad que sería entender que ante un ataque de esa naturaleza sí que existen medios de defensa. Ese sería el papel del ar-

<sup>15</sup> Soto, Domingo de, *De la justicia y el derecho*, trad. de Marcelino González Ordóñez, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, libro I, cuestión I, artículo II, t. I, p. 11.

<sup>16</sup> Suárez, Francisco, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, trad. de José Ramón Eguillor Muniozurren, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, libro I, capítulo VII (t. I, p. 39).

<sup>17</sup> *Ibidem*, libro VI, capítulo I, t. IV, p. 627.

título 161.2, CE. El artículo 161.2, CE es uno de esos preceptos cuya singularidad reside en que la importancia del mismo para atender satisfactoriamente a un problema ni siquiera llegó a ser imaginada por los autores de la Constitución.<sup>18</sup> La Constitución norteamericana de 1787 con sus primeras adiciones de 1791 es pródiga en ejemplos que también podemos encontrar en otras Constituciones. El hecho de que el artículo 161.2, CE hable de la posibilidad de impugnar (es decir, “combatir”, combatir un ataque precisamente) disposiciones y resoluciones constituye precisamente la sustancia del medio defensivo previsto en la Constitución. En definitiva, ¿cuál es el objeto de la impugnación del 161.2? El texto habla de disposiciones y resoluciones. Ciertamente, el claro tenor del 161.2, CE ha quedado perturbado por una indebida traducción de la LOTC y así lo que en la CE son, sencillamente, disposiciones, en la LOTC se convierten en “disposiciones *normativas* sin fuerza de ley” (artículo 76, LOTC).

La tesis según la cual la impugnación del artículo 161.2, CE podría ser utilizado para defender el Poder Constituyente ha sido cuestionada por algunos autores. Para éstos, por disposiciones y resoluciones hay que entender una norma jurídica (Portero Molina), una disposición normativa (Rubio Llorente) o una manifestación de voluntad que ponga fin término a un procedimiento porque decide sobre el fondo o hace imposible su continuación (Rubio Llorente). Así las cosas, esta corriente doctrinal aproxima la impugnación a los procedimientos ordinarios de control de la constitucionalidad convirtiéndola en poco más que una especialidad procesal para examinar los mismos objetos que pueden ser evaluados con otros mecanismos. En efecto, ya en 1979 Rubio Llorente (junto con Aragón Reyes) sostuvo que en el 161.2 no se establecían nuevas competencias del TC ni otros procedimientos de impugnación que no fuesen los previstos en el 161.<sup>19</sup> Posteriormente, cuando la LOTC no compartió sus tesis

<sup>18</sup> Fernández, Tomás Ramón recuerda, con razón, que “la Ley nunca tiene, «prima facie», una respuesta inequívoca y concluyente por la sencilla razón de que su autor no pudo siquiera adivinar que tales situaciones pudieran llegar a plantearse”, “Sobre la viabilidad de la impugnación”, *ABC*, 14 de noviembre de 2003, p. 12. *Cfr.* la versión ampliada de este trabajo, “Sobre la viabilidad de la impugnación jurisdiccional del plan Ibarretxe”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14, 2004, pp. 117 y ss.

<sup>19</sup> Rubio Llorente, Francisco y Aragón Reyes, Manuel, “Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de la constitucionalidad”, *REP*, núm. 7, 1979, pp. 165 y 166.

y estableció la sustantividad propia de la impugnación, ambos autores volvieron a criticar esta configuración.<sup>20</sup>

Frente a la anterior opinión doctrinal cabe contraargumentar que el objeto de la impugnación del artículo 161.2 es distinto del de los procedimientos ordinarios de defensa de la Constitución. En efecto, para combatir leyes y actos administrativos ya hay mecanismos específicos, como se ha dicho. Aquí, precisamente, reside la idoneidad del artículo 161.2, CE, en que “su objeto es algo distinto de las «leyes» y los «actos» administrativos”.<sup>21</sup> El objeto del 161.2 (disposiciones y resoluciones) se determina así por vía negativa (esto es, los que no sean actos administrativos ni leyes) y no por vía positiva, pues la esencia del precepto es constituir una “cláusula de cierre jurisdiccional de defensa de la Constitución frente a eventuales ataques extraordinarios” (en cuanto no previstos en los procedimientos ordinarios de control de la constitucionalidad) al Estado por alguno de sus componentes.<sup>22</sup> Por eso mismo, el artículo 76, LOTC al establecer como objeto de la impugnación “disposiciones *normativas* sin fuerza de ley” está restringiendo, en mi opinión, inconstitucionalmente el objeto de la impugnación constitucionalmente previsto que sólo habla de disposiciones (aparte de las resoluciones). Por eso, el criterio para determinar el objeto debe ser la CE y no la LOTC. Se ha dicho que los acuerdos impugnados no disponen ni resuelven nada; pero no es así. Lo que esos acuerdos han dispuesto es, nada más y nada menos, que la apertura de un proceso constituyente en el País Vasco.

La jurisprudencia constitucional, lejos de desautorizar la opinión que defendemos sobre la naturaleza de la impugnación del artículo 161.2 como

<sup>20</sup> Rubio Llorente, Francisco y Aragón Reyes, Manuel, “La jurisdicción constitucional”, en García de Enterría, Eduardo y Predieri, Alberto, *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 855 y 856. De la misma opinión, incluso después de la aprobación de la LOTC, era Garrido Falla, Fernando, “Comentario al artículo 161.2”, en Garrido Falla, Fernando (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 2367 y 2368.

<sup>21</sup> Fernández Farreres, Germán, “Comentario al artículo 76”, en Requejo Pagés, Juan Luis (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, 2001, p. 1229.

<sup>22</sup> Ya en 1988, Manuel Aragón defendía, con reticencias una posición muy parecida al decir que el 161.2 es “una medida de cierre del sistema... pero aun como medida de cierre no deja de plantear determinados problemas” (Aragón Reyes, Manuel, “Comentario al artículo 161”, en Alzaga, Óscar, *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, 1988, t. XII, p. 225.

se ha dicho,<sup>23</sup> creemos que más bien, lo avala. En primer lugar, la STC 64/1990 avala que este procedimiento no es el cauce para recurrir lo que por otros cauces (recurso de inconstitucionalidad, conflicto positivo de competencias) puede ser recurrido,<sup>24</sup> aunque una sentencia posterior haya desdibujado esta doctrina permitiendo el uso del 161.2 para impugnar lo que también podría ser recurrido por otra vía.<sup>25</sup> *A contrario sensu*, debemos admitir que hay vulneraciones de la Constitución que no pueden ser frenadas por el recurso de inconstitucionalidad ni por el conflicto de competencias. Para hacer frente a esta objeción se podría argumentar, utilizando las palabras de la STC 64/1990, que el 161.2 pretende configurar una especie de recurso de inconstitucionalidad frente a reglamentos o actos administrativos. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha considerado como objeto impugnables resoluciones que, por sí mismas no pueden ser consideradas ni como un reglamento ni como un acto administrativo. Así, la STC 16/1984 considera impugnables la resolución del presidente del Parlamento de Navarra proponiendo a S. M. el rey la designación de don José Ángel Zubiaur Alegre como presidente del gobier-

<sup>23</sup> Uría Etxebarria, Margarita, “El Constitucional y el Estado preventivo de derecho”, *El País*, 16 de noviembre de 2003, p. 25.

<sup>24</sup> STC 64/1990, del 5 de abril (ponente: García-Mon), FJ 1o.: “Los artículos 76 y 77 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional configuran a tal fin *un procedimiento* que, aun cuando coincidente en sus trámites con el conflicto positivo de competencias (por remisión del artículo 77 a los artículos 62 a 67 de la Ley Orgánica), encuentra sustantividad propia precisamente en supuestos, como el presente, en los que el gobierno imputa a una disposición sin fuerza de ley de comunidad autónoma —o, en su caso, a una resolución de alguno de sus órganos— un vicio de inconstitucionalidad que, no consistiendo en la infracción del orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, «no podría ser, en razón del rango infralegal de la disposición impugnada, eficazmente denunciado a través del recurso de inconstitucionalidad», únicamente procedente contra «disposiciones normativas o actos con fuerza de ley» [artículo 2.1 a) de la LOTC ], «ni se avendría tampoco, en razón del objeto de la pretensión deducida, a los límites del conflicto positivo de competencias», legalmente contraído a las controversias que opongan al Estado y a las comunidades autónomas o a éstas entre sí acerca de la titularidad de las «competencias asignadas directamente por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las Leyes Orgánicas u ordinarias dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado y las Comunidades Autónomas» (artículo 59, LOTC)”.

<sup>25</sup> STC 184/1996, del 14 de noviembre (ponente: Vives), fj 1o. “dada la remisión que el artículo 77, LOTC efectúa a los artículos 62-67 también de la LOTC que regulan los conflictos de competencia, nada impide que resolvamos en este proceso la controversia planteada declarando la titularidad de la competencia controvertida”.

no de Navarra, todo ello a pesar de que, como es notorio, el presidente sólo lo es después del real decreto de nombramiento y no después de la proposición del presidente de la cámara.<sup>26</sup> En el mismo sentido, la STC 44/1986 considera impugnabile (y, de hecho, anula) una resolución del presidente de la Generalidad de Cataluña que “presta aprobación al Convenio, no fechado, suscrito con el presidente del Consejo Regional de Murcia”. A juicio del Tribunal, la resolución de un presidente regional aprobando un convenio materialmente inconstitucional convierte a esa resolución en algo ya impugnabile por cuanto que el convenio materialmente inconstitucional sólo podría llegar a tener vigor merced a la sucesión de una serie de actos que se refieren al mismo. Por eso, tales actos sí son recurribles.<sup>27</sup> Como se puede comprobar, este caso presenta importantes similitudes con el caso relativo a la aprobación del “plan Ibarreche”.

A tenor de lo anterior, cabe afirmar que este precepto constitucional, lejos de ser un enunciado vacío como algunos han pretendido, tiene todo su sentido como medio de defensa frente a ataques sinuosos que, sin empleo de violencia, pretenden destruir el Estado por vías sedicentemente pacíficas distintas de la ley y del acto administrativo.

<sup>26</sup> STC 16/1984, del 6 de febrero (ponente: Díez de Velasco), f.º 4: “No cabe duda de que el acto compuesto de nombramiento, el cual comprende cada uno de los que lo forman, ha de incluirse en su conjunto y en cada una de sus partes dentro de la materia constitucional, por lo que el TC no puede compartir la tesis de que la cuestión planteada sea de mera legalidad ya que trasciende de la misma para incidir en el orden constitucional. ... tampoco puede admitirse que el acto del Parlamento Foral sea de mero trámite, dado que culmina el procedimiento a seguir por la comunidad foral —dotada de personalidad jurídica—, al que pone fin. Por ello se configura como un acto de carácter resolutorio, sin perjuicio de que, dada la naturaleza de acto compuesto que tiene el nombramiento, la decisión de la Comunidad pase a integrarse en tal acto, del que forma parte”.

<sup>27</sup> STC 44/1986, del 17 de abril (ponente: García-Mon), f.º 4.b: “La resolución del Presidente de la Generalidad aprobatoria del Convenio no es susceptible de recurso, según otro de los motivos de oposición del representante de Cataluña. Razona para ello que la aprobación impugnada no puede separarse del Convenio y que, por tanto, no procede la impugnación de un acto que aisladamente considerado no tiene contenido recurrible. El argumento carece de consistencia y viabilidad a los efectos pretendidos. Porque si bien es verdad que el Convenio es una unidad como tal, también lo es que, como ocurre con los negocios jurídicos en general, nace a la vida del derecho tras un iter en el que han de producirse una serie de actos que, en cuanto tales, son separables y enjuiciables desde la perspectiva de las normas que a ellos concretamente se refieren. Y esto es lo que se ha hecho: denunciar la aprobación por falta de los requisitos a que está sometida”.

Admitiendo que la impugnación del 161.2 tiene un objeto distinto, se plantea el problema de cuál puede ser el *contenido de la sentencia* que resuelva la impugnación. En principio, la regulación del procedimiento del 161.2 hecha por la LOTC peca de lo mismo que sucedía con su objeto. Del mismo modo que el artículo 76, LOTC convierte en “disposiciones *normativas* sin fuerza de ley” lo que en el artículo 161.2, CE son simplemente disposiciones, el artículo 77, LOTC parece difuminar la especificidad del precepto constitucional al establecer que el procedimiento de las impugnaciones del 161.2 sea el mismo que el de los conflictos positivos de competencia. De acuerdo con tal procedimiento, el conflicto positivo de competencias se concluye con una sentencia de un doble contenido: declaratorio (la sentencia “declarará la titularidad de la competencia controvertida”) y anulatorio (acordará, “en su caso, la anulación de la disposición, resolución o actos”). Y, en efecto, el escrito de impugnación presentado por el abogado del Estado pide que el Tribunal declare inconstitucionales y nulos los dos acuerdos impugnados.

Para analizar esta cuestión conviene recordar, de entrada, que el hecho de que la impugnación del 161.2 tenga establecido el mismo procedimiento que el conflicto positivo de competencias no significa que tengan la misma sustancia. A la luz de esta premisa, la sentencia tiene un contenido ineludible: “declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del objeto impugnado”. Dado que no estamos ante un conflicto positivo de competencias, no tiene por qué declarar la titularidad de ninguna competencia, entre otras cosas porque el poder constituyente no es una competencia. En cuanto al segundo contenido de la sentencia, a mi juicio, no es de contenido necesario en las impugnaciones del 161.2, aunque en algún caso sí que podría resultar procedente: a saber la “anulación, en su caso, del objeto impugnado”.

#### IV. LA NATURALEZA CONSTITUYENTE DEL PLAN IBARRECHE

Se conoce como plan Ibarreche a la Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi. No es necesario analizar aquí con detalle el articulado de esta propuesta. Baste, por el momento, decir que en su preámbulo esta propuesta afirma que “el pueblo vasco tiene derecho a decidir su propio futuro, tal y como se aprobó por mayoría absoluta el 15 de febrero de 1990 en el Parlamento vasco y de conformidad con el dere-

cho de autodeterminación de los pueblos”. Esta afirmación encuentra su desarrollo, principalmente, en los artículos 1o., 2o. y 18 de la propuesta. Según el artículo 1o., “Como parte integrante del Pueblo Vasco o Euskal Herria, los Territorios vascos de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa, así como los ciudadanos y ciudadanas que los integran, en el ejercicio del derecho a decidir libre y democráticamente su propio marco de organización y de relaciones políticas, y como expresión de su nacionalidad y garantía de autogobierno, se constituyen en una comunidad vasca libremente asociada al Estado español bajo la denominación de comunidad de Euskadi. El artículo 2.2, por su parte, dispone que “desde el respeto al principio democrático, podrán agregarse a la comunidad de Euskadi los enclaves territoriales que, estando situados en su totalidad dentro de su territorio, se manifiesten, libre y democráticamente a favor de su incorporación”, todo ello omitiendo la voluntad soberana de España, en cuyo territorio se encuentran Villaverde de Trucíos, Treviño. Finalmente, el artículo 18.1 afirma que “los Poderes de Euskadi emanan de su ciudadanía, a quien corresponde, en todo caso, la legitimidad de su articulación y su ejercicio a través de sus propias Instituciones de Autogobierno”. Por tanto, esos poderes dejan de emanar del Poder Constituyente español (artículo 1.2, CE: “La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”). La lectura de estos preceptos revela que estamos ante una negación, pura y simple, del Poder Constituyente español, aludido en el preámbulo y en los artículos 1.2 y 2o., CE.

Esta propuesta dejó de ser un mero informe a partir del acuerdo del gobierno vasco del 25 de octubre de 2003, mediante el que se *aprueba* esta propuesta y se da traslado de ella al presidente del Parlamento vasco “de conformidad con lo exigido por el artículo 46.1.a del Estatuto de Autonomía para el País Vasco”. A este acuerdo del gobierno vasco del 25 de octubre de 2003, se le suma otro acuerdo, no menos importante, el acuerdo de la mesa del Parlamento vasco adoptado en su reunión del 4 de noviembre de 2003, mediante el que admite a trámite “la propuesta de reforma, para su tramitación conforme al procedimiento legislativo ordinario, y ordena su remisión a la Comisión Parlamentaria de Instituciones e Interior y su publicación en el Boletín Oficial del Parlamento Vasco, abriendo además un plazo para que presenten enmiendas los miembros del Parlamento y los grupos parlamentarios”.

El plan, entendido como la propuesta sumada al acuerdo del gobierno vasco del 25 de octubre de 2003 y el acuerdo de la mesa del Parlamento vasco del 4 de noviembre de 2003, a nuestro juicio, ni es un acto administrativo, ni una ley, ni siquiera una “reforma constitucional”.

En primer lugar, en mi opinión, no estamos ante un acto administrativo. Ciertamente, existen varias demandas presentadas ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en vía contencioso administrativa contra el acuerdo del gobierno vasco del 25 de octubre aprobando la propuesta: las del “Colectivo de Funcionarios Públicos «Manos limpias»”;<sup>28</sup> la Diputación Foral de Álava y la Diputación Foral de Navarra. La demanda del colectivo “Manos limpias”, que recurrió aduciendo que el plan Ibarreche modificaba el estatuto de los funcionarios públicos (que, hasta ahora, es competencia del Estado) ha sido admitido, habiendo el TSJPV rechazado las alegaciones del gobierno vasco de incompetencia del tribunal y de falta de legitimación del recurrente (auto del 22 de marzo de 2004). Sin embargo, el TSJPV (auto del 17 de diciembre de 2003) se negó a acceder a la petición de “Manos limpias” de suspender cautelarmente el acto recurrido. La Diputación Foral de Álava, por su parte, también ha recurrido el acuerdo del gobierno vasco del 25 de octubre de 2003 aduciendo falta de audiencia, habiendo sido admitida su demanda mediante auto del TSJPV de 18 de noviembre de 2003. Finalmente, el TSJPV también ha admitido la demanda de la Diputación Foral de Navarra.

Además de la impugnación por la vía contencioso administrativa, el gobierno navarro ha abierto la puerta al planteamiento de un conflicto positivo de competencias ante el TC. Como paso previo, en noviembre de 2003 efectuó un requerimiento al gobierno vasco para que anulara su propuesta (el acuerdo de 25 de octubre de 2003). El gobierno vasco lo rechazó el 16 de noviembre. A través de este eventual conflicto positivo, el gobierno de Navarra pretendía que se reconociera a Navarra la exclusividad de algunas competencias que el plan considera, sin embargo, exclusivas de la comunidad vasca: así, por ejemplo, el plan Ibarreche afecta a la facultad exclusiva de Navarra para establecer relaciones con el Estado y con el resto de las comunidades autónomas o para acometer de manera autónoma la reforma de la propia ley orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral.

<sup>28</sup> Procedimiento ordinario núm. 2827/2003 seguido ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Ciertamente, la ultrajudicialista proscripción de la categoría de los actos políticos o actos de gobierno (presentes, por lo demás, en otros países de nuestro entorno como los Estados Unidos de América o el Reino Unido) expresada en el artículo 2.º de la Ley 29/1998, del 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, complica la situación. El citado artículo 2.º de la Ley 29/1988 dice que “el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a. ... los elementos reglados... en relación con los actos del Gobierno... cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”. Y, en efecto, son ya varios los autos de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que afirman la posibilidad de controlar en vía contencioso-administrativa el acuerdo del gobierno vasco del 25 de octubre de 2003 (autos del 17 de noviembre de 2003 y 22 de marzo de 2004). Esta es la solución que propugna Tomás Ramón Fernández, quien recuerda que, a efectos impugnatorios, el artículo 25.1 de la Ley 29/1998 equipara las resoluciones a los actos de trámite cuando éstos decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Según Fernández, es indudable que el acuerdo del gobierno vasco produce indefensión a Álava.<sup>29</sup> Pero ante este argumento cabe hacer varias objeciones: por un lado, hay pie para dudar esa actuación del gobierno vasco sea una actuación administrativa, ya que más bien resulta pura y sencillamente, política (no en vano el texto se califica como Estatuto Político de la Comunidad Vasca) por lo que, como tal, debe ser tratada.<sup>30</sup> Por otro, este planteamiento deja sin solucionar el qué se hace con el acuerdo de la mesa del Parlamento vasco adoptado en su reunión del 4 de noviembre de 2003, mediante el que admite a trámite “la propuesta de reforma, para

<sup>29</sup> Fernández Rodríguez, Tomás Ramón, *op. cit.*, nota 18, p. 12.

<sup>30</sup> De esta opinión es Esteban, Jorge de, “La impugnación”, *El Mundo*, 14 de noviembre de 2003, p. 10. Tomás Ramón Fernández, sin embargo, considera que al recurso de la Diputación de Álava “tampoco podría oponérsele hoy la antigua y ominosa excepción del acto político felizmente eliminada en el artículo 2.º de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según el cual corresponde en todo caso a los tribunales de dicha jurisdicción la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (aquí el de audiencia y defensa ya citado), así como el de los elementos reglados (la competencia del órgano siempre lo es) de los actos de los consejos de gobierno de las comunidades autónomas «cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos». Sobra, pues, especular con esa naturaleza”. *Idem*.

su tramitación conforme al procedimiento legislativo ordinario”, pues este acuerdo no puede ser recurrido en vía contencioso-administrativa.

En segundo lugar, el llamado plan Ibarreche tampoco es una ley ni un estatuto de autonomía. Aunque el Congreso de los Diputados aceptara su admisión a trámite como si fuera una proposición de ley (y, concretamente, como reforma de un Estatuto de autonomía)<sup>31</sup> su apariencia y su contenido es notoria e inconfundiblemente otra. Su contenido no es el de una ley, sino un texto constitucional.

En tercer lugar, no sólo no es una ley ni un estatuto de autonomía, sino que formalmente, tampoco es una reforma de un instrumento jurídico anterior. Antes bien, es una derogación del Estatuto de Autonomía vasco vigente. La mesa del Congreso lo calificó como reforma de Estatuto de Autonomía, realizando esta fraudulenta calificación con una notoria violación de la normativa vigente,<sup>32</sup> pues la disposición final primera del plan Ibarreche deja claro que no es una reforma, sino una derogación expresa de todo el Estatuto de Autonomía vigente.<sup>33</sup>

En cuarto lugar, tampoco opera una reforma de la Constitución. Éste ha sido el punto en el que la confusión doctrinal ha sido mayor. Han sido varias las opiniones que han considerado que, materialmente, este plan supone una reforma de la Constitución, tanto en vía doctrinal como en vía judicial.<sup>34</sup> Pero como bien vio el profesor Pérez Royo, este plan va

<sup>31</sup> La mesa del Congreso de los Diputados publicó la iniciativa en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, núm. B-149-1, 21 de enero de 2005 pp. 1 y ss. Esta publicación se hizo dentro de la “Serie B: PROPOSICIONES DE LEY”.

<sup>32</sup> La mesa del Congreso en su reunión del 21 de enero de 2005 acordó admitir a trámite el plan Ibarreche y lo calificó como Propuesta de Reforma de Estatuto de Autonomía. Para ello adujo unos supuestos fundamentos jurídicos totalmente fraudulentos (“al amparo de lo dispuesto en el artículo 31.1.4 del Reglamento” y “de conformidad con el punto séptimo de la resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados sobre procedimiento a seguir para la tramitación de la reforma de los estatutos de Autonomía, de 16 de marzo de 1993”).

<sup>33</sup> “... el presente Estatuto político sucederá y sustituirá, a su entrada en vigor, al que fuera aprobado por la Ley Orgánica 3/1979, del 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco”.

<sup>34</sup> Tomás Ramón Fernández opina que “conlleva una reforma constitucional tan indisoluble como indiscutida, adolece de un vicio de nulidad absoluta o de pleno derecho por dos razones inobjectables: la manifiesta incompetencia del gobierno vasco para abordar una reforma de este porte y la omisión total y absoluta del procedimiento establecido a estos efectos por el título X y el artículo 87 de la norma fundamental”.

mucho más allá de una reforma constitucional porque es una propuesta constituyente.<sup>35</sup> Como ha dicho certeramente el profesor Pérez Royo, “el plan Ibarretxe tiene como punto de partida la afirmación de un «pueblo vasco», titular de un Poder Constituyente originario, que lo ejerce de manera limitada, integrándose en el Estado español”. Este plan “rechaza que el poder constituyente español pueda extenderse al País Vasco y reclama el ejercicio no del derecho a la autonomía, sino del derecho de autodeterminación para integrarse en el Estado español”. En consecuencia, está meridianamente claro que el llamado plan Ibarreche no reforma la Constitución porque destruye al sujeto constituyente (la nación española). No es una reforma porque ésta debe hacerse *salva rei substantia* y aquí des-substancializado el núcleo de la Constitución que es el poder constituyente español. El plan Ibarreche no es, por tanto, una reforma de la Constitución Española, sino que pretende ser, ni más ni menos, la Constitución de Euskadi. Por eso mismo, resulta absurdo esperar a que termine el procedimiento legislativo en el Parlamento vasco para que el plan pueda ser bloqueado en el “procedimiento legislativo” de las cortes generales, a donde iría a parar el proyecto si, verdaderamente, fuera una iniciativa de reforma de la Ley Orgánica del Estatuto de Autonomía del País Vasco o de reforma de la Constitución. Resultaría inaceptable que el Tribunal Constitucional vedara los ataques a la Constitución consistentes en la aprobación de una ley autonómica que prive de eficacia a una ley estatal dictada conforme con la Constitución<sup>36</sup> y, sin embargo, no se pudiera impedir un

<sup>35</sup> Pérez Royo, Javier, “Una propuesta constituyente”, *El País*, 31 de octubre de 2003, p. 22.

<sup>36</sup> STC 46/1990, fj 4: “Incurrir en inconstitucionalidad porque el legislador canario, mediante esta técnica legislativa, ha infringido el principio de sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1), ha tratado de impedir la eficacia de las disposiciones normativas sobre la materia... La vulneración de la obligación de todos los poderes públicos (incluidos naturalmente los autonómicos) de acatar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, que implica un deber de lealtad de todos ellos en el ejercicio de sus propias competencias de modo que no obstaculice el ejercicio de las ajenas, la ha efectuado el legislador canario por la vía de pretender aplazar sine die en el tiempo (y a través de la promulgación de sucesivas leyes de suspensión) la entrada en vigor de una Ley estatal, válidamente promulgada y con respecto a la cual este Tribunal, además, ha declarado su plena conformidad con nuestra ley fundamental. Mediante esta censurable actuación legislativa el Parlamento canario ha excedido los límites de su potestad legislativa al legislar con una pretendida fuerza normativa superior a la que le corresponde, ya que nunca un legislador autonómi-

ataque a la Constitución consistente en la aprobación de ciertas resoluciones encaminadas a privar a la propia Constitución, no ya sólo de “eficacia”, sino incluso de “validez”.

La prohibición de que un poder constituido usurpe el poder constituyente no creemos que admita dudas en nuestro ordenamiento. Y esto se puede comprobar desde dos perspectivas.

En primer lugar, cumple recordar que, como se ha dicho, el plan Ibarreche reconoce la soberanía de la comunidad vasca al margen de la soberanía española. Desde el momento en que esa propuesta es impulsada por el gobierno y el Parlamento vascos (a través de los acuerdos impugnados por el gobierno) no estamos ya sólo ante una propuesta, sino ante la verdadera apertura de un nuevo proceso constituyente, un proceso constituyente vasco, un proceso para aprobar una Constitución vasca fruto de la soberanía nacional vasca. Al disponer y resolver la apertura de un nuevo proceso constituyente el gobierno y el Parlamento vascos obran como un poder constituyente y no como poderes constituidos. Ahora bien, la decisión de convertirse en un Poder Constituyente vulnera frontalmente el artículo 9.1 de la Constitución que establece que los ciudadanos y los poderes públicos estarán sometidos a la Constitución, o lo que es lo mismo: los poderes públicos creados por la Constitución (y el gobierno y parlamento autonómicos lo son) son poderes constituidos y, por eso, están sujetos a la Constitución, están por debajo de ella y no pueden disponer de la misma. Los acuerdos impugnados, en tanto en cuanto, disponen la conversión de dos poderes constituidos (el gobierno y Parlamento autonómicos vascos) en un Poder Constituyente violan así, directamente, el artículo 9.1 de la Constitución. Por esto mismo, a la impugnación de esos acuerdos no se le puede reprochar el ser ningún tipo de recurso previo, porque la violación de la Constitución ya se ha producido.

co puede disponer nada acerca del ámbito legislativo propio del legislador estatal, ni puede decir nada sobre el momento de entrada en vigor de las leyes del Estado. No ha respetado, pues, el legislador canario los límites y las relaciones entre los ordenamientos estatal y autonómico, y, por invadir aquél, sus leyes han incurrido en inconstitucionalidad al pretender la inaplicación más allá del plazo razonable previsto en la Ley estatal de Aguas de una ley aprobada por las cortes generales con la consiguiente violación de la voluntad del legislador estatal y vulneración de la eficacia de la potestad legislativa del Estado (artículo 66.2, CE)”.

Desde la segunda perspectiva, los acuerdos impugnados disponen la obligación de que un órgano constituido el Parlamento vasco discuta un plan de secesión. El acuerdo del gobierno autonómico vasco de remitir el llamado plan Ibarreche obliga al Parlamento vasco a estudiarlo. Se produce así una violación de “la obligación de todos los poderes públicos (incluidos naturalmente los autonómicos) de acatar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, que implica un deber de lealtad de todos ellos en el ejercicio de sus propias competencias” (STC 46/1990).<sup>37</sup> En la aprobación del llamado plan Ibarreche por el gobierno vasco y en su admisión y calificación por la mesa del Parlamento Autonómico, se produce no sólo una deslealtad manifiesta al ordenamiento constitucional, sino un desafío a su misma existencia. Nos encontramos así ante un supuesto similar al contemplado en la STC 44/1986 en virtud de la cual la resolución de un presidente regional aprobando un convenio materialmente inconstitucional (pero que no está aún en vigor y que necesita para su validez de esa resolución aprobatoria) convierte a esa resolución en algo ya impugnable por cuanto que el convenio materialmente inconstitucional sólo podría llegar a tener vigor merced a la sucesión de una serie de actos que se refieren al mismo.

Es obvio, por lo dicho hasta ahora, que esa declaración de independencia o Constitución vasca que se pretende aprobar por el Parlamento vasco a través de una mayoría ya conocida es materialmente inconstitucional. Pero no es menos obvio que tal Constitución vasca sólo podría llegar a entrar en vigor si se cumplen una sucesión de actos formales que se refieren a la misma. Esos actos son, justamente, los que se han impugnado por la vía del 161.2. Ahora bien, dado que esos actos formales no son ni una ley ni un acto administrativo, la defensa de la Constitución frente a este ataque tampoco podrá ser la ordinaria (el recurso de inconstitucionalidad o el conflicto de competencias). La defensa debe ser idónea para el ataque y la única defensa jurisdiccional existente para hacer frente a ese ataque es la impugnación del artículo 161.2, CE.

La discusión planteada sobre el alcance del 161.2 podría haberse resuelto hace ya unos años si el Estado, en su momento, hubiese abortado el germen del presente intento de secesión, a saber, el “derecho de autodeterminación del pueblo vasco”. Es cierto que el pueblo vasco carece del derecho

<sup>37</sup> STC 46/1990, del 15 de marzo (ponente: Gimeno Sendra), fj 4.

de autodeterminación como dice el abogado general del Estado.<sup>38</sup> En efecto, resulta oportuno recordar que el derecho de autodeterminación está conectado estrechamente con el principio de integridad territorial. Tienen ese derecho los pueblos reconocidos por Naciones Unidas. Si el País Vasco no estuviera reconocido como parte del pueblo español, el País Vasco tendría un derecho de autodeterminación. Pero tal reconocimiento no existe. Precisamente por ello, el derecho de autodeterminación no existe cuando se trata de partes de un pueblo. Dicho de otra manera: cuando rompe la integridad territorial de un pueblo. El derecho de autodeterminación se reconoce por la ONU cuando un pueblo está sometido a otro pueblo (por ejemplo, cuando los pueblos del Sahara Occidental, Namibia o Timor Este se hallaban sometidos a los pueblos de Marruecos, Sudáfrica o Indonesia). Pero el derecho de autodeterminación no se reconoce por la ONU cuando una parte de un pueblo está sometida a otro pueblo (Gibraltar, Hong Kong, Ifni).

Ahora bien, no es menos cierto que el llamado plan Ibarreche en su preámbulo invoca una resolución del Parlamento vasco aprobada como proposición no de ley el 15 de febrero 1990,<sup>39</sup> que aprobaba un tal “derecho de autodeterminación” para el País Vasco. Como en su momento argumenté, una tal proposición no de ley constituía el objeto idóneo para una impugnación del 161.2, pues se trataba de una resolución que, sin ser una ley ni un acto administrativo resultaba flagrantemente contraria a la Constitución.<sup>40</sup> Lo cierto es que tal resolución no fue recurrida en aquel momento y ahora tenemos la continuación de la misma. No se sabe si por razones de debilidad política (en 1990 el gobierno estaba apoyado parlamentariamente por el PNV, a pesar de contar con 175 diputados, uno menos que la mayoría absoluta) o por razones supuestamente tácticas (apaciguar al nacionalismo) que el tiempo ha demostrado radicalmente equivocadas, pero lo cierto es que ya entonces se podría haber puesto a prueba el 161.2 de forma menos dramática de lo que ocurre ahora.

<sup>38</sup> Escrito del abogado del Estado de 13 de noviembre de 2003, ante el Tribunal Constitucional, de impugnación del acuerdo del gobierno vasco de 25 de octubre y del acuerdo de la mesa del Parlamento vasco del 4 de noviembre.

<sup>39</sup> Una resolución similar fue aprobada poco después, también como “proposición no de ley” por el Parlamento catalán.

<sup>40</sup> Así lo defendí en *O Dereito Público de Galicia, cit.*, nota 6, p. 228.

## V. CRÍTICA DEL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE INADMISIÓN DE LA IMPUGNACIÓN CONTRA EL PLAN IBARRECHE

La impugnación del gobierno de la nación del plan Ibarreche<sup>41</sup> sufrió un procedimiento, cuando menos, anómalo que parece debido a causas diversas, jurídicas y políticas.

En primer lugar, el escrito de la abogacía del Estado adolecía de un grave defecto argumental, presente en otros escritos evacuados en los procedimientos que se siguen contra el plan Ibarreche en el TSJPV,<sup>42</sup> a saber, la confusión entre apertura de un proceso constituyente y reforma constitucional. Esta confusión, hábilmente utilizada por algunos juristas opuestas al gobierno entonces en el poder, era letal para el éxito de la impugnación. En efecto, si el plan Ibarreche sólo pretendiese una reforma constitucional, la impugnación por la vía del artículo 161.2 carecería de sentido, porque como bien vio Pérez Royo, todas las leyes inconstitucionales son, materialmente, reformas de la Constitución.<sup>43</sup> Ello explicó que, de forma sorprendente e inusual, mediante providencia del 4 de diciembre de 2003, el Pleno del Tribunal acordase requerir al abogado del Estado, al gobierno vasco y a la mesa del Parlamento vasco para que, en el plazo común de diez días, y dando traslado a estos últimos del escrito de impugnación presentado por el primero, alegaran lo que estimasen conveniente “sobre la concurrencia o no del presupuesto procesal insubsanable de constituir objetos idóneos de la impugnación regulada en el artículo 161.2, CE y en el título V, LOTC”, los acuerdos impugnados. El escrito de alegaciones del abogado del Estado se registró en el Tribunal el 18 de diciembre de 2003 y subsanó esa confusión. En el mismo, por un lado, se argumenta que en la interpretación del artículo 161.2, CE se impone configurar un concepto constitucional propio y autónomo de resolución y, por otro, que los dos actos impugnados impulsan un verdadero proceso constituyente. Por su parte, en su escrito de alegaciones, el Parlamento vasco argumentó que la tramitación del plan Ibarreche era un ejercicio del procedimiento legislativo (y, por tanto, de la

<sup>41</sup> Escrito del abogado del Estado del 13 de noviembre de 2003, citado.

<sup>42</sup> Así se comprueba, por ejemplo, en el escrito del 16 de febrero de 2004 de la representante del Ministerio Fiscal (doña Blanca Gómez) en la causa 2827/2003 (recurso de “Manos limpias”).

<sup>43</sup> Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, nota 7, p. 10.

iniciativa y de la potestad legislativas) idea en la que coincide el gobierno vasco.

En segundo lugar, frente a lo que es habitual en estos casos, a saber, una admisión casi automática tras constatar una simple presencia de los elementos formales requeridos, el debate apareció viciado a través de una discusión de fondo acerca de los méritos de la impugnación. En este sentido tuvo repercusión en un sector, que luego se comprobó mayoritario, de la opinión de Rubio Llorente, Portero Molina y otros autores, según el cual el plan Ibarreche no dispone nada y por eso no puede pedírsele a su autor que lo derogue o lo anule, como cabría hacer según la misma Ley del Tribunal (artículos 62 y 63) si fuese una disposición que viole el orden competencial.<sup>44</sup> De esta suerte, el debate en el momento de la admisión no se centró en el único punto debatible, a saber, si el objeto impugnado (acuerdo del gobierno vasco del 25 de octubre de 2003 y acuerdo de la mesa del Parlamento vasco del 4 de noviembre de 2003) es resolución en el sentido del artículo 161.2, CE independientemente de cuál sea su contenido.

En tercer lugar, el plazo para resolver la admisión de la impugnación fue inusualmente largo (¡5 meses!, entre el 13 de diciembre y el 20 de abril). Parece que la razón de estas dilaciones es que desde el primer momento hubo una mayoría de 7 magistrados partidarios de la inadmisión y el presidente confió en que esos magistrados modificaran su criterio. Finalmente, se mantuvo la correlación 7-5 que se prefijó desde el principio.

Finalmente, el TC dictó su auto del 20 de abril de 2004 que declara la inadmisión de la impugnación presentada por el gobierno. La decisión de la mayoría se construye en torno a unas premisas que, a nuestro juicio, son radicalmente falsas: 1) que los acuerdos impugnados forman parte del procedimiento legislativo;<sup>45</sup> 2) que el acuerdo del gobierno dando curso al plan supone una iniciativa de reforma del Estatuto por más que ésta “sólo pueda prosperar con éxito si antes se reforma la Constitu-

<sup>44</sup> Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 14, pp. 13 y 14; Portero Molina, José Antonio, *op. cit.*, nota 14, p. 36; Uría Etxebarria, Margarita, *op. cit.*, nota 23, p. 25; Recalde, José Ramón, “Formas necesarias y juegos prohibidos”, *El País*, 10 de diciembre de 2004, pp. 11 y 12.

<sup>45</sup> Auto del 20 de abril de 2004, fj 5 (“pese a que los acuerdos del gobierno y del Parlamento vascos forman parte y se integran en un mismo procedimiento *legislativo*, en concreto, son secuencias consecutivas del procedimiento de *reforma del Estatuto* de Autonomía de la comunidad autónoma del País Vasco...”). Las cursivas son mías.

ción”,<sup>46</sup> premisa que se reitera en relación con el acuerdo de la mesa;<sup>47</sup> y 3) que la reforma es materialmente equivalente (pero no formalmente) a un proceso constituyente puesto que “no hay límites materiales a la reforma constitucional”.<sup>48</sup> A partir de estas premisas se arguye que los acuerdos impugnados son puros actos de trámite del procedimiento legislativo que sólo podrían recurrirse si vulneraran los derechos fundamentales<sup>49</sup> y que, por tanto, no son objetos idóneos del procedimiento de im-

<sup>46</sup> Auto del 20 de abril de 2004, fj 6: “Decir que el contenido de la propuesta del gobierno vasco es contrario al ordenamiento vigente, no es decir nada que no pueda decirse de cualquier norma que pretenda, justamente, la *reforma* de ese ordenamiento”; “la propuesta impugnada se presenta de manera un tanto confusa —como alega el abogado del Estado— como una iniciativa de *reforma* del Estatuto vasco. Iniciativa para la que el gobierno autonómico tiene legitimación. El hecho de que semejante iniciativa sólo pueda prosperar con éxito si antes se *reforma* la Constitución, tal y como sostiene el abogado del Estado, no convierte a la propuesta en sí (ni, por conexión, al acuerdo que la formaliza en una iniciativa inconstitucional” —advírtase que esa tesis —la de la reforma— la sostiene el abogado del Estado en su escrito inicial de 13 de noviembre; pero en el escrito de alegaciones sostiene que estamos ante un proceso constituyente—. Las cursivas son mías.

<sup>47</sup> Auto del 20 de abril de 2004, fj 7: “Es, pues, un acto de calificación y tramitación de la propuesta de iniciativa de *reforma* del Estatuto de Autonomía presentada por el gobierno vasco, a través del cual se da curso parlamentario a la misma, sin predeterminar en modo alguno, más allá de las decisiones que se plasman en el propio Acuerdo, el devenir y, en su caso, el resultado del procedimiento legislativo. Se trata, en definitiva, de un acto de trámite del procedimiento de *reforma* del Estatuto de Autonomía puesto en marcha con el acto de iniciativa del gobierno vasco...”. Las cursivas son mías.

<sup>48</sup> Auto del 20 de abril de 2004, fj 6: “sentado que la Constitución Española, a diferencia de la francesa o la alemana, *no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos*, ni somete el deber de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento (STC 48/2003, del 12 de marzo, fj 7), la necesaria defensa jurisdiccional del ordenamiento no puede verificarse sino cuando cabe hablar propiamente de infracciones normativas, sólo susceptibles de ser causadas, obviamente, por normas, y nunca por proyectos o intenciones normativas, que, en cuanto tales, pueden tener cualquier contenido...”. Las cursivas son mías.

<sup>49</sup> Auto del 20 de abril de 2004, fj 8: “Los acuerdos que se impugnan, como *puros actos de tramitación* insertados en un *procedimiento parlamentario*, sólo despliegan efectos ad intra de ese procedimiento en tanto éste no concluya con la aprobación de la norma que a su través pretende generarse. La eventual inconstitucionalidad de los actos parlamentarios sólo es relevante cuando concluyen con una resolución, disposición o acto que se integra en el Ordenamiento (y deberá verificarse con motivo del juicio de constitucionalidad que eventualmente se inste respecto de esa disposición, resolución o acto), *o cuando, sin finalizar el procedimiento en el que se insertan, producen una lesión inmediata de derechos fundamentales de los sujetos legitimados para participar en el proce-*

pugnación del artículo 161.2, CE. La conclusión es que estos acuerdos sí que podrían recurrirse si vulneran derechos fundamentales (por la vía del amparo) ¡pero no pueden recurrirse si vulneran el principio constitucional que afirma el poder constituyente del pueblo español! Y, lo que es más grave: una vez que surge un nuevo poder constituyente, un nuevo soberano ¿cómo puede impugnarse una decisión suya ante otro soberano distinto?

Frente al criterio de la mayoría, la minoría manifestó su disidencia mediante tres votos particulares firmados por los magistrados Jiménez de Parga, Cachón, y conjuntamente por Jiménez, García-Calvo y Rodríguez-Zapata. El presidente, Jiménez de Parga, insiste en que el Parlamento vasco no tiene facultades ilimitadas para discutir cualquier propuesta, sobre todo si contradicen al Poder Constituyente español.<sup>50</sup> El magistrado Cachón Villar alega que los acuerdos recurridos son objetos idóneos de impugnación, y los magistrados Jiménez, García-Calvo y Rodríguez-Zapata sostienen que en el juicio de admisión “sólo la manifiesta inexistencia de los presupuestos esenciales para la apertura del proceso puede dar lugar en esta fase del procedimiento a que se acuerde la inadmisión a trámite de la impugnación”. Tras un cuidadoso análisis concluyen que ambos acuerdos debieran ser considerados “resoluciones” y, por tanto, objeto idóneo para la impugnación.

La mayoría que decidió la inadmisión de la impugnación del plan Ibarreche ha utilizado como argumento principal que lo dos acuerdos impugnados no podían ser considerados resoluciones en el sentido del artículo 161.2, CE. Ahora bien, para determinar si son o no resoluciones, el Tribunal no ha tenido más remedio que hacer justamente lo que ha reprochado al abogado del Estado. En efecto, el TC reprocha a este último que diga que “la infracción crea la resolución”. Según la mayoría del Tribunal “ese modo de razonar, como..., hace supuesto de la cuestión” ya que “lo

*dimiento*. Aquel control se verificará por vía del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad; éste mediante el recurso de amparo...”). Las cursivas son mías.

<sup>50</sup> Auto del 20 de abril de 2004, voto particular del magistrado Jiménez de Parga: “No todo puede discutirse libremente en un debate parlamentario en la Cámara vasca. Autonomía no es soberanía (STC 32/1981, del 28 de julio, fundamento jurídico 3). Los principios constitucionales, entre ellos la atribución de la titularidad del poder constituyente a la nación española, vinculan y obligan a todas las instituciones, parlamentarias o de cualquier otra clase; y esto hasta que no se reforme la vigente Constitución a través de los procedimientos establecidos en su título X”.

correcto es exactamente lo contrario: sólo si previamente son resoluciones o disposiciones pueden, después, ser calificadas de infracciones constitucionales, pues el simple enunciado de una proposición contraria a la Constitución no constituye objeto de enjuiciamiento por este Tribunal”.<sup>51</sup> Ahora bien, si admitimos como hace el TC que los acuerdos impugnados forman parte del procedimiento legislativo y que el acuerdo del gobierno dando curso al plan supone una iniciativa de reforma del Estatuto, ¿estamos ante simples enunciados? La prueba de que no son simples enunciados es que la propia mayoría reconoce que estos acuerdos sí que podrían recurrirse si vulnerasen derechos fundamentales (por la vía del amparo)... luego no estamos ante simples enunciados como quiere hacer creer la mayoría.

Por lo demás, llama poderosamente la atención que la mayoría califique los acuerdos impugnados como actos del procedimiento legislativo o de una iniciativa de reforma del Estatuto. En efecto, es extraño que el TC no quiera calificar esos actos como constituyentes. La explicación es que sería bastante escandaloso que se pudiera admitir que esos acuerdos pueden ser recurridos cuando vulneran derechos fundamentales contenidos en la Constitución y no pudiesen serlo cuando destruyesen el poder constituyente que da origen a esa misma Constitución. Tras la repetida insistencia del abogado del Estado en su escrito de alegaciones de 18 de diciembre de 2003 en que los acuerdos impugnados suponían la apertura de un proceso constituyente que destruía el Poder Constituyente originario de la Constitución Española resulta injustificable que el TC no haya argumentado por qué considera, en su caso, que tales actos no tienen naturaleza constituyente. La falta de argumentación de la mayoría en este punto proyecta sombras de incongruencia sobre el auto del TC que debilitan enormemente la decisión mayoritaria.

#### VI. LA ADMISIÓN A TRÁMITE DEL PLAN IBARRECHE COMO PRECEDENTE PARA EL NUEVO ESTATUTO CATALÁN

Tras el fracaso de la impugnación del plan Ibarreche ante el Tribunal Constitucional por la vía del artículo 161.2 de la Constitución, quedaba aún una defensa y era la parlamentaria. En efecto, el Parlamento y el gobierno vascos, por las razones políticas que fueran, decidieron no procla-

<sup>51</sup> Auto del 20 de abril de 2004, f.º 2.

mar unilateralmente el plan Ibarreche y lo enviaron al Congreso de los Diputados. Una vez allí, el Congreso podía haber constatado que aquel texto no era susceptible de tramitación por no ser ni una iniciativa legislativa ni una iniciativa de reforma constitucional. Sin embargo, como se ha dicho, el 21 de enero de 2005, la mesa del Congreso de los Diputados admitió a trámite la iniciativa y la calificó como “reforma de Estatuto de Autonomía”.<sup>52</sup>

El hecho de que posteriormente esa iniciativa no fuera tomada en consideración<sup>53</sup> no resta ni un ápice de gravedad al hecho de calificar como reforma estatutaria a un plan de secesión que destruía la Constitución. En adelante, fuera cual fuera lo que un Parlamento autonómico llevara a las cortes generales se creaba el clima político para calificarlo como reforma estatutaria.

El proyecto de nuevo Estatuto catalán sólo es comprensible a la luz de la tramitación del plan Ibarreche. Todo lo ocurrido respecto a éste ha servido para allanar el camino de aquél. Con esos antecedentes, quedaba preparado el camino para el segundo asalto a la soberanía nacional: el proyecto de nuevo Estatuto catalán. Una vez que el Tribunal Constitucional descalificó el intento de que el gobierno defendiera la soberanía nacional mediante la impugnación prevista en el artículo 161.2 de la Constitución, nadie podría exigir al nuevo presidente que acudiera. Una vez que se aceptó que la aprobación de una Constitución vasca fuera calificada como reforma estatutaria nada impediría que el Parlamento español diera curso al nuevo proyecto de destrucción de la Constitución: el nuevo Estatuto catalán.

El proyecto del nuevo Estatuto catalán, ya en su mismo preámbulo confesaba que pretendía “determinar lliurement el seu futur com a poble” de Cataluña; es decir, a Cataluña le correspondería un derecho de libre determinación, que no es sino una de las manifestaciones de un poder soberano constituyente. Ese anuncio se confirmaba en otro pasaje del preámbulo (que ha quedado aprobado en la redacción definitiva) que hablaba del “dret *inalienable* a l’autogovern” que es tanto como decir que el poder constituyente español no podría (como hizo en otras Constituciones distintas de la de 1978) no reconocer a Cataluña un derecho al autogobierno. Ese es uno de los que el preámbulo llama “drets nacionals de

<sup>52</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, núm. B-149-1, 21 de enero de 2005, pp. 1 y ss.

<sup>53</sup> *Ibidem*, núm. B-149-3, 4 de febrero de 2005, p. 25.

Catalunya”. Una de las manifestaciones de la soberanía es la de dotarse de una Constitución y, en efecto, el nuevo Estatuto catalán confirma su carácter soberanista al considerar que “segueix la tradició de les *constitucions* i altres drets de Catalunya” (texto que se recoge en la redacción definitiva). Es decir, nos anuncia la vocación de Constitución que tiene. Este preámbulo insistía en que el nuevo Estatuto define las relaciones “defineix les institucions de la nació catalana i les seves relacions amb els pobles d’Espanya en un marc de *lliure* solidaritat amb les nacionalitats i les regions que la conformen, compatible amb el desenvolupament d’un Estat plurinacional”. El corolario de esta afirmación no es explícita, pero no por ello menos indubitada, de la soberanía de Cataluña es claro: por un lado, el preámbulo afirmaba que “Catalunya és una nació”, mientras que España no lo es, ya que “Catalunya considera que Espanya és un Estat plurinacional”; por otro, y como consecuencia de esa atribución, no explícita, pero sí clara, de soberanía, se decía que “el dret català és aplicable de manera preferent”.

Todas estas afirmaciones estaban contenidas en lo que el nuevo Estatuto llamaba (y llama) expresamente “préambul”. Ahora bien, el preámbulo es una institución propia de una Constitución. Las leyes no tienen preámbulos, tienen exposición de motivos. En efecto, el Legislador y el Poder Ejecutivo son poderes constituidos y, por eso mismo, no pueden hacer todo lo que quieran. De ahí que deban motivar el por qué hacen una ley. Sin embargo, el Poder Constituyente, al ser soberano, no tiene obligación hacia nadie y, por eso, no hace una exposición de motivos. Antes bien, proclama solemnemente lo que hace. El preámbulo es el texto que sintetiza las afirmaciones políticas más importantes de la parte normativa de una Constitución. Esto da al preámbulo un valor interpretativo importante. Justamente por ello, el hecho de que las anteriores afirmaciones se contengan en un preámbulo no sólo no resta gravedad a las mismas, sino que la aumenta.

Y, en efecto, la lectura de la parte dispositiva del nuevo Estatuto confirmaba esos temores. La primera premisa explicitada en el articulado es la de que “Catalunya és una nació” (artículo 1.1). Si bien el texto anterior desapareció de la redacción definitiva, la segunda premisa explicitada que es la de que “Els poders de la Generalitat emanen del poble de Catalunya i s’exerceixen d’acord amb el que estableixen aquest Estatut i la Constitució” (artículo 2.4) se ha mantenido. Este artículo, quizá el más

importante de todo el Estatuto diferencia claramente la titularidad y el ejercicio del poder. Y la conclusión es clara: la titularidad del poder emana del poble de Catalunya. Por tanto, la titularidad del poder de la generalidad, es decir, el poder originario, está en el poble de Catalunya y ya no en el pueblo español, como afirma el artículo 1.2 de la Constitución Española. Ese poder, cuya titularidad es del poble de Catalunya se ejerce “d’acord amb el que estableixen aquest Estatut i la Constitució”. Algo que reiteraba el artículo 1.2 de la proposición de Estatuto ( “Catalunya exerceix el seu autogovern per mitjà d’institucions pròpies, constituïda com a comunitat autònoma d’acord amb la Constitució i aquest Estatut”). No tiene nada de particular porque los poderes cuya titularidad originaria corresponde al pueblo español también pueden ser ejercidos por la Unión Europea o por otros organismos internacionales, según lo previsto en el artículo 93 de la Constitución Española. Pero lo importante es que son de titularidad española y el titular del poder puede, en todo momento, decidir que se ejerzan de otra manera. El Estatuto ha afirmado la soberanía nacional del poble de Catalunya que aparece como titular del poder. Ese titular podrá determinar en el futuro que en lugar de ejercerse “de acuerdo con la Constitución y el Estatuto” se ejerzan sólo de acuerdo con este Estatuto o con otro futuro estatuto que llegue.

Un autor clásico, Carl Schmitt, distinguió de forma irrefutable entre “reforma” y “destrucción” de la Constitución. Esa distinción ha sido retomada en España por el ex presidente del Tribunal Constitucional, Manuel Jiménez de Parga, para decir que hay normas “inconstitucionales” y propuestas “anticonstitucionales”, entre las que se encuentra el proyecto del nuevo Estatuto catalán. En efecto, una ley inconstitucional pretende reformar ilegítimamente la Constitución, pero no destruye los pilares fundamentales de esa Constitución. Una ley que regule el estatuto de los funcionarios públicos sin reconocerles el derecho a la huelga puede ser inconstitucional, pero difícilmente se podrá decir que destruye la Constitución.

La Constitución es un edificio que está construido sobre dos pilares básicos e interconectados: la afirmación de la nación española y la atribución de su soberanía (la soberanía nacional) al pueblo español del que emanan los poderes del Estado. Todos los poderes del Estado. El proyecto de nuevo Estatuto catalán no es otra cosa sino una voladura de esos pilares al eliminar la nación española convertida en un Estado pluri-

nacional y al considerar que existen poderes que ya no emanan del pueblo español.

El nuevo Estatuto catalán no es una reforma constitucional ilegítima. El nuevo Estatuto catalán supone la destrucción de los pilares sobre los que se asienta la Constitución Española. Y sin esos pilares, la Constitución es insostenible. Todo esto ha sido posible porque previamente se ha desactivado el mecanismo de defensa jurisdiccional del poder constituyente del pueblo de la nación española.

A pesar de que, como ocurría con el plan Ibarreche, la proposición de nuevo Estatuto catalán que aprobó el parlamento regional no era ni una reforma ni era una ley, el Congreso de los Diputados lo tramitó igual que el plan Ibarreche como proposición de ley y propuesta de reforma de Estatuto de Autonomía.<sup>54</sup> Eso sí, a diferencia del plan Ibarreche sí fue tomado en consideración<sup>55</sup> y, finalmente, aprobado.<sup>56</sup>

El proceso estuvo repleto de irregularidades, de las cuales, no la menor fue que el referéndum de aprobación de este Estatuto fue convocado ilegalmente. En efecto, el Parlamento de Cataluña había aprobado una iniciativa legislativa tendente a que se transfiriera a la comunidad autónoma la competencia de autorizar la celebración de referenda,<sup>57</sup> pero la misma fue rechazada. Sin embargo, a pesar de ello, el referéndum celebrado entre los ciudadanos residentes en Cataluña para aprobar el nuevo Estatuto se celebró previa convocatoria de la Generalidad de Cataluña sin que constase la previa autorización del gobierno de la nación.<sup>58</sup>

<sup>54</sup> *Ibidem*, núm. B-210-1, 21 de octubre de 2005, pp. 1 y ss.

<sup>55</sup> *Ibidem*, núm. B-210-2, 4 de noviembre de 2005, p. 61.

<sup>56</sup> Como Ley Orgánica 6/2006, del 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

<sup>57</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, núm. B-12-2, 13 de febrero de 2006, p. 3.

<sup>58</sup> Decreto 170/2006, del 18 de mayo, de la Generalidad de Cataluña, por el que se somete a referéndum el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Contrasta fuertemente con el Decreto del presidente de la comunidad autónoma de Andalucía 2/2007, por el que se somete a referéndum el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía que, a diferencia del Decreto catalán dice que “el gobierno de la Nación ha autorizado la convocatoria del citado Referéndum mediante acuerdo del Consejo de Ministros del 22 de diciembre de 2006”.

## VII. CONCLUSIONES

Pertenece a la esencia de las cosas que un ordenamiento creado para promover el bien común de un pueblo sólo puede ser interpretado en un sentido que contribuya a ese bien común. Salvo que admitamos que la Constitución Española de 1978 se dictó para destruir a España, la única interpretación posible de sus cláusulas es aquella que preserve la existencia del pueblo del que nace y al que se dirige. La Constitución Española de 1978, consciente de que, como todas las normas, no puede gozar de *unanimidad*, por amplio que sea el *consenso* en el que se apoye establece los mecanismos de defensa frente a quienes pretendan subvertir o destruir sus principios.

Los mecanismos de defensa deben adaptarse a los modos previsibles de ataque. Algunos ataques son más “previsibles” y frecuentes que otros por lo que los mecanismos de defensa están más formalizados y tienen un carácter ordinario. Pero la vida política se resiste a una completa formalización. La astucia del derecho para hacer frente a la imprevisión de la política estriba en establecer mecanismos de cierre lo suficientemente abiertos como para poder hacer frente a eventualidades imprevisibles y raras. Para ello se crean mecanismos extraordinarios. Ciertamente, existe una concepción del derecho que no sólo pretende reducir la política al derecho, sino que además quiere hacerlo al derecho ordinario. Pero la política existe y los factores imprevisibles existen. Por eso el derecho establece cláusulas de cierre, extraordinarias, abiertas si no quiere abdicar de su función reguladora pero, a la vez, no quiere fracasar en su tarea estableciendo normas no idóneas a la situación tratada. Esas cláusulas de cierre, abiertas, adecuadamente interpretadas permiten combatir las situaciones extraordinarias.

El llamado plan Ibarreche es una situación extraordinaria, imprevisible antes de su aparición que escapa a los supuestos de hechos ordinarios, previsibles y formalizados para los que se han diseñado los mecanismos ordinarios de defensa de la Constitución. Este plan supone la apertura de un proceso constituyente a partir de (resolución del Parlamento vasco de 1990) y para el reconocimiento de un titular de la soberanía distinto del pueblo español. Al impulsar el plan Ibarreche el gobierno y Parlamento vascos dejan de considerarse poderes constituidos y el Parlamento vasco se convierte en un Poder Constituyente. El artículo 161.2 de la Constitución es un mecanismo de defensa de la Constitución,

extraordinario, abierto y flexible. Por eso es la respuesta idónea a tipos de ataques como a la Constitución como el que supone el plan Ibarreche.

El siguiente paso en el proceso de destrucción de la Constitución Española, operado mediante la tramitación y aprobación del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña sólo fue posible porque previamente, en el caso del plan Ibarreche se habían desactivado las defensas de la Constitución del Estado.

El procedimiento de la impugnación de artículo 161.2, CE constituye la última posibilidad de hacer frente, jurisdiccionalmente, a la situación tremenda de la emergencia de un nuevo poder constituyente mediante la destrucción de otro, una situación que como ya advirtió Hauriou es esencialmente revolucionaria.<sup>59</sup> En caso de que la respuesta del 161.2 fracase, si la Constitución quiere seguir existiendo tendrá que dar una respuesta a la emergencia de ese nuevo poder constituyente, pero esa respuesta ya no podrá ser jurisdiccional porque no estaremos ante una ley ordinaria, sino ante un acto revolucionario: el de una nueva Constitución que para nacer requiere la destrucción de la anterior.

<sup>59</sup> Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, 2a. ed. trad., estudio prel., notas y adiciones de Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, Reus, 1927, p. 310.