

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL REGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMIA: NATURALEZA JURÍDICA Y PECULIARIDADES DE LA NORMA INSTITUCIONAL BÁSICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A SU CARÁCTER CONSENSUAL

Javier Ruipérez

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Concepto de Estatuto de Autonomía. 3.- Valor político-funcional y valor jurídico del Estatuto. 4.- El Estatuto como acto normativo del Estado. 5.- Rango de la norma institucional básica de las Comunidades Autónomas. El Estatuto de Autonomía como "fuente atípica"; 5.1.- Singularidades en el proceso de elaboración y aprobación de los Estatutos de Autonomía: la dicotomía consenso versus pacto entre soberanos; 5.2.- La rigidez estatutaria: el Estatuto como norma cuasi-suprema, intermedia entre la Constitución y el resto de las Leyes. 6.- El Estatuto como Derecho Constitucional material. La Constitución territorial del Estado.

Me solicita la dirección del *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* que contribuya con un trabajo a la edición del número 5.º de la citada Revista. Requirimiento éste que, ya se deba a algún tipo de reconocimiento intelectual, ya a la mera necesidad de reunir material suficiente para proceder a la publicación del mismo en su formato habitual (alrededor de 800 págs.), ya a un simple deber de cortesía con quien es miembro del Claustro de esta Facultad o, finalmente, una prueba más de la amistad que mutuamente nos profesamos, no deja de serme grato. Y lo es no tanto por el hecho de que se me solicite un escrito, como por el hecho de que la aventura editorial de la Facultad sigue, pese a todos los problemas que en los "tiempos del cólera", -perdón, del neoliberalismo con su afán por reducir a la nada al sector público-, se plantean, su andadura. Y, además, -lo que, sin duda alguna, debe imputarse al buen hacer de sus gestores-, lo hace con muy buena salud.

Así las cosas, obvio resulta que, al mismo tiempo que he de felicitar por la labor ya realizada y animar a quienes se ocupan de llevar a cabo esta tarea a que no cejen en su empeño de publicar el *Anuario*, no podía sustraerme a la petición de su dirección. Ocurre, sin embargo, que la falta objetiva de tiempo me impide elaborar, como hubiera sido mi deseo, un trabajo enteramente nuevo y redactado específicamente para la ocasión. Motivo por el cual mi contribución va a consistir en el texto anotado, y ligeramente ampliado y actualizado, de una conferencia que tuve el honor de pronunciar hace ya algunos años en el marco de un Master sobre el Derecho gallego, organizado por la Facultad de Derecho de A Coruña en colaboración con la Escola Galega de Administración Pública, y que sigue inédito.

1.- INTRODUCCIÓN

La Constitución española de 1978, al igual que en su día hicieran la de 1931 y la italiana de 1947, va a dar lugar a la existencia de un nuevo tipo de normas jurídicas, a las que, en la medida en que son, de alguna manera, obra de los poderes públicos de las Nacionalidades y Regiones, podemos denominar "Derecho regional". Normas éstas que, de manera ineludible, habrán de integrarse en el sistema constitucional de las fuentes del Derecho español.

Con ello, ni que decir tiene, sucede que la concepción kelseniana del Código Jurídico-Político Fundamental como "Constitución material"¹, conforme al cual el Texto Constitucional no es, ni mucho menos, la totalidad del ordenamiento jurídico, sino que es aquella parte - por lo demás, fundamental- del ordenamiento que, en base a su grado superior, establece la vía de desarrollo del propio ordenamiento jurídico estatal, en el entendimiento de que la misma se configura como la norma que, con carácter previo, designa los órganos encargados de la creación del Derecho, así como el procedimiento por el que las distintas fuentes del Derecho han de producirse, que en Europa adquiere auténtica entidad y realidad histórica a partir del fin de la I Guerra Mundial, va a sufrir una notable conmoción entre nosotros. Es menester, a este respecto, tomar en consideración que el proceso de institucionalización de la Democracia y, con él, el de institucionalización de la descentralización política que se inicia con el Texto de 1978, ha implicado la puesta en marcha de un singular sistema de fuentes del Derecho que, en primera instancia, se caracteriza por su creciente complejidad. Complejidad que, en buena medida, se debe al hecho de que nuestro Código Constitucional rompe el tradicional monopolio estatal sobre la creación del Derecho al dar entrada a nuevas formas de producción de normas jurídicas. De esta suerte, nos encontramos con que reconociéndosele, como no podría ser de otra forma, a la Constitución su naturaleza de Ley de Leyes por excelencia², van a existir en nuestro ordenamiento normas cuyo proceso de formación escapa, de uno u otro modo, a las previsiones de aquélla y que, incluso, toman como referencia alguna otra norma sobre la producción jurídica.

1 Cfr., por ejemplo, H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1970, 9.^a ed., pp. 147-148.

2 En este sentido, y con carácter general, debe tenerse en cuenta que la Constitución no es, ni mucho menos, la única norma sobre la producción del ordenamiento jurídico estatal. Es más, ocurre que ni siquiera la puesta en marcha de la Constitución como *norma normarum* supuso la derogación de todas las normas sobre la creación del Derecho anteriores a ella. Por el contrario, y como, entre otros, ha señalado Gustavo ZAGREBELSKY, lo que sucede es que "La costituzione non ha sostituito il sistema [de las fuentes] precedente con un sistema interamente nuovo. Essa ha invece inserito, sul grande tronco del principio di legalità di matrice liberale, esigenze nuove di democraticità e pluralismo nel sistema delle fonti, nel quadro di una costituzione supraordinata alla legge. Per questo, il sistema normativo anteriore è stato dalla costituzione piuttosto rinnovato e integrato che sostituito" (*Il sistema costituzionale delle fonti del Diritto*, Turín, 1984, p. 5). Nos encontramos, de esta suerte, con que la Constitución es en la actualidad, sin disputa alguna, la más importante fuente sobre las fuentes del Derecho, pero no la única, y ello por cuanto que al ser la Constitución una norma que se caracteriza, justamente, por su carácter incompleto e inacabado, que, como señala K. HESSE, determina el que ésta "no codifica sino que únicamente regula -y muchas veces sólo de forma puntual y a grandes rasgos- aquello que parece importante y que necesita determinación; todo lo demás se da por supuesto tácitamente, o bien se confía al resto del ordenamiento jurídico su conformación y concretización" ["Concepto y cualidad de la Constitución", en el vol. *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, Madrid, 1983, p. 18], su regulación ha de ser completada por otras normas, formalmente de Derecho ordinario, que también contienen previsiones sobre la forma en que se ha de desarrollar el ordenamiento jurídico estatal. Entre ellas, destaca el Reglamento parlamentario, que bien pudo ser considerado por Adolfo POSADA como una "verdadera prolongación de la Constitución" [*La crisis del Estado y el Derecho Político*, p. 179, citado por N. PÉREZ SERRANO, "Naturaleza jurídica del Reglamento parlamentario" (1960), en *Escritos de Derecho Político*, Madrid, 1984, vol. II, p. 1.021, nota 50; vid. de este último trabajo, y en relación directa con la tesis aquí mantenida, pp. 1.001-1.002], y que, en la medida en que contiene la regulación para la tramitación y aprobación de la Ley en sentido formal, "ocupa en la jerarquía de las

Tres exemplos bastarán, a mi xuício, para demostrar a anterior afirmación.

En este sentido, cabe, en primeiro lugar, referirse a la acogida constitucional de las instancias representativas del pluralismo social en el proceso de creación de normas jurídicas vinculantes. En efecto, lo anterior se traduce en el reconocimiento, en el artículo 37.1, de la capacidad de los interlocutores sociales para crear normas jurídicamente vinculantes. Nos referimos, claro está, a los convenios colectivos, cuya esencia, de acuerdo con Alonso Olea, “se halla en la particularísima forma en que refunde en todo unitario la norma y el contrato, la fuente del derecho y la fuente de la obligación. El convenio colectivo es un contrato normativo o una norma de (origen) contractual; «es un híbrido con alma de ley y cuerpo de contrato»”³. Sindicatos obreros y asociaciones empresariales quedan, en este contexto, definitivamente elevados a la condición de auténticos, por utilizar la terminología de Giorgio Lombardi, “poderes privados”, en el entendimiento de que siendo desde el punto de vista jurídico-formal sujetos de Derecho Privado, su actuación, que en su trato con los particulares se hace no en situación de igualdad, sino de imperio, adquiere cada vez mayor importancia en el ámbito público, y que, sin embargo, y como gran paradoja de nuestro sistema, escapan a todo control de constitucionalidad de su voluntad. Y es que, en el fondo, no dejaba de tener razón Pedro De Vega cuando, en los inicios de nuestra actual andadura constitucional, denunciaba la sorprendente miopía de nuestro Legislador Constituyente y del orgánico de 1979 al no incluir a los convenios entre las normas fiscalizables por el Tribunal Constitucional, toda vez que, escribía entonces el Maestro, “Si nos fijamos en el mundo laboral y sindical, constituye una evidencia incontestable, en la mayoría de los países - y por supuesto en España- que las reglas reguladoras de la disciplina sindical se producen al margen, y muchas veces en contra, de la legalidad estatal. Y el hecho cobra tanta más importancia porque estos sectores privados, y jurídicamente autónomos, se convierten en los verdaderos centros de referencia para los individuos aisladamente considerados. De suerte tal, que son las esferas privadas las que se toman en cuenta, mientras la esfera pública se desvanece, como una construcción artificial y lejana. (...) [Causa por ello sorpresa y admiración que] a la hora de establecer las garantías y regular las competencias del Tribunal Constitucional, se quede [nuestra Constitución] en los mismos planteamientos, o es más timorata aún en la regulación, que constituciones como la Alemana o la italiana con más de treinta años de existencia”⁴.

El monopolio estatal también quiebra, en segundo término, al prever la Constitución la transformación de las normas internacionales en Derecho interno (cfr. Título III, Cap. III de la C.E.). Esto se hace fundamentalmente cierto en relación con lo que se conoce como el proceso de apertura que opera nuestro Texto Constitucional al llamado Derecho Comunitario⁵, el cual, en virtud de nuestro artículo 93, es directamen-

fuentes un lugar inferior a la Constitución, pero incluso superior de hecho al de las leyes ordinarias” (N. PÉREZ SERRANO, “Naturaleza jurídica...”, cit., pp. 990-991). Junto a la Constitución y el Reglamento parlamentario, el mecanismo de creación del Derecho se completa, con carácter general, con las disposiciones sobre las fuentes del Derecho que se contienen en los Códigos Civiles desde la aprobación del Código napoleónico, así como las relativas a la creación de normas jurídicas por parte del Poder Ejecutivo. Finalmente, y como habremos de señalar más adelante, en los Estados políticamente descentralizados deben tenerse en cuenta que la condición de ser normas sobre la producción jurídica corresponderá también a las normas institucionales básicas de las colectividades-miembros, ya reciban el nombre de “Constitución” regional o el de “Estatuto de Autonomía”, así como sus respectivos Reglamentos parlamentarios.

3 M. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1980, 6.ª ed. renovada, p 461; vid., también, pp. 461-465.

4 P. DE VEGA, “Supuestos políticos y criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español”, *Revista de Política Comparada*, n.º 10-11 (1984), pp. 420-421.

5 En relación con la problemática de la integración europea y sus consecuencias, me permito, por comodidad, remitirme a J. RUIPÉREZ, *La “Constitución europea” y la teoría del Poder Constituyente. Algunas reflexiones críticas desde el Derecho Político*, Madrid, 2000, en particular sobre la connotación que ese proceso de integración provoca en el sistema de fuentes del Derecho, pp. 46-48 y 64-73.

te aplicable en nuestro territorio⁶. Nos encontramos aquí ante un claro supuesto de quebrantamiento constitucional de la Constitución (*Verfassungsdurchbrechung*), o, si se prefiere, de autorruptura (*Selbstverfassungsdurchbrechungen*)⁷. En efecto, debe tenerse en cuenta que lo que, con el artículo 93, hace el último Constituyente español no es sino permitir la violación -entendida ahora como no aplicación o inobservancia-, a título excepcional (sólo para el ordenamiento comunitario, y únicamente para él) y para supuestos concretos (la consideración de Derecho directamente aplicable en el interior del Estado español, y sin actuación convalidatoria, de las normas emanadas por el nuevo ente supranacional, y sólo desde el momento en que aquellas pasan a engrosar el acervo comunitario⁸), de los artículos 94, 95 y 96 de la Constitución, los cuales, sin embargo, conservan su plena validez y eficacia respecto del resto de las normas de origen internacional.

El último de los motivos de la quiebra del monopolio estatal en la creación de normas jurídicas que nos interesaba, aquí, destacar se deriva, de manera inmediata, del proceso de institucionalización del llamado Estado de las Autonomías o Estado Autonómico. A este respecto, debemos tomar en consideración que, como, por ejemplo y entre otros, nos indican un Biscaretti⁹ o un Llorens¹⁰, forma parte de la lógica del Estado políticamente descentralizado el que la atribución a las colectividades-miembros de la condición de entes dotados de capacidad de dirección política implica, siempre, el reconocimiento de la facultad de dotarse de un ordenamiento, o subordenamiento, jurídico propio. Regla ésta a la que no es ajena nuestra actual forma territorial del Estado. De esta suerte, bien podemos concluir que del mero tenor literal del artículo 2.º de la Constitución: “La Constitución (...) reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de

6 Sobre la problemática de la aplicación directa del Derecho Comunitario en España, vid., por todos, A. MANGAS MARTÍN, *Derecho Comunitario europeo y Derecho español*, Madrid, 1986; A. FIGUERUELO BURRIEZA, “Acotaciones al tema de las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho interno”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 51 (1986), pp. 191-212.

7 En relación con la figura del quebrantamiento, cfr., por todos, C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, pp. 115-116; P. DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1985, pp. 166-173; S. M. CICCONE, *La revisione della Costituzione*, Padua, 1972, pp. 29-36; P. LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político. II. La crisis de la Teoría del Estado en la actualidad. Federalismo y Estado Federal. La Teoría de la Constitución en el marco del Derecho Político*, Madrid, 1977, 2.ª ed. rev., pp. 657-658; J. RUIPÉREZ, “Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 75 (1992), pp. 253-258. Para la consideración del art. 93 C.E. como un supuesto de quebrantamiento, cfr., por todos, A. FIGUERUELO BURRIEZA, “Acotaciones...”, cit., pp. 193-195.

8 En este punto, resulta de especial interés la posición sentada por el Tribunal Constitucional en la “Declaración de 1 de julio de 1992. Requerimiento 1.236/1992 del Gobierno de la Nación en relación con la existencia o inexistencia de contradicción entre el art. 13.2 de la C. E. y el art. 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la redacción que resultaría del art. G B. 10, del Tratado de la Unión Europea”. De manera muy básica, la tesis que se desprende de esta Declaración es la de que la excepción a que nos estamos refiriendo le es siempre aplicable a las normas del llamado “Derecho Comunitario derivado” (Reglamentos, Directivas y Decisiones), y ello por la sencillísima razón de que tales normas son desde el mismo momento de su aprobación por los órganos comunitarios, y por ser aprobadas por ellos, Derecho Comunitario. No sucede en cambio lo mismo con el llamado “Derecho Comunitario originario”, por lo menos en lo que se refiere a los Tratados constitutivos que puedan celebrarse con posterioridad a la entrada del Estado en la nueva unidad europea, cualquiera que sea el momento en que ésta se produzca. La razón de que ello sea así no es otra que la de que tales tratados sólo adquirirán la condición de Derecho Comunitario cuando hayan sido efectivamente ratificados por los miembros. De esta suerte, nos encontramos con que, en la medida en que todavía no son Derecho Comunitario, el proceso de ratificación de estos tratados estará sujeto al régimen del Derecho convencional general, siéndole, entonces, aplicable lo dispuesto en la Constitución al efecto, y de manera singular el art. 95.1 C. E., a cuyo tenor “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”.

9 Cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*, Madrid, 1965, pp. 185, 625 y 628-629.

10 Cfr. E. L. LLORENS, *La autonomía en la integración política*, Madrid, 1932, p. 79.

las Nacionalidades y Regiones” se deriva, de manera clara e inevitable, la capacidad de autonormación de las Comunidades Autónomas¹¹. Lo que traducido en otros términos, significa que, en último extremo, hoy en España el Derecho no se produce ya en régimen de soberanía, sino en el de autonomía.

Fácilmente se descubre, a la vista de lo anterior, una de las características más significativas de nuestro sistema constitucional de fuentes del Derecho. En efecto, porque tanto el Estado como las Comunidades Autónomas tienen constitucionalmente reconocido el poder de creación del Derecho, lo que ocurre no es sino que nuestro sistema de fuentes va a distinguirse por cuanto, de alguna forma, coexisten en él dos ordenamientos jurídicos, el estatal y el regional, que tienen su origen y fundamento de validez en el vigente Código Constitucional, y cuyas relaciones no pueden articularse en base al principio de la jerarquía normativa -que operará, obviamente, en el interior de cada uno de ellos-, sino, por el contrario, atendiendo al criterio de la competencia material y territorial.

No es éste, desde luego, el momento oportuno para detenernos en la exposición detallada del significado de esta última proposición. Bástenos, ahora, con decir que con ello quiere significarse que cada una de las organizaciones que integran el que, con González Encinar¹², llamaremos Estado Unitario-Federal puede, en el estricto ámbito de su competencia o, dicho en la terminología de Georg Jellinek, hasta donde se extiende su “poder originario de mando”¹³, emanar normas jurídicas. Bien entendido que mientras que el denominado “Derecho estatal” tendrá vigencia -ya sea como Derecho directamente aplicable, ya como Derecho supletorio¹⁴- en todo el territorio nacional, el ordenamiento jurídico de cada Comunidad Autónoma tan sólo estará vigente en el territorio que determine su respectivo Estatuto de Autonomía.

Es necesario, por último, advertir que Derecho regional y Estatuto de Autonomía no son términos coextensos. En efecto, el estudio del Derecho regional no puede entenderse agotado con la referencia a las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas, sino que aquél comprende también todas las normas jurídicas creadas, de conformidad con lo establecido en sus respectivos Estatutos en tanto que normas sobre la producción jurídica¹⁵, por los poderes políticos regionales. Ni que decir tiene, por lo tanto, que el cabal entendimiento del llamado Derecho regional obligaría al análisis tanto de los Estatutos como de las Leyes, Decretos Legislativos y Reglamentos regio-

11 Vid., en este mismo sentido y por todos, I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, p. 246; O. ALZAGA VILLAAMIL, I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ y J. RODRÍGUEZ ZAPATA, *Derecho Político español según la Constitución de 1978. I. Constitución y fuentes del Derecho*, Madrid, 1997, 2.ª ed., pp. 519 y 547.

12 Cfr. J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, *El Estado Unitario-Federal. La Autonomía como principio estructural del Estado*, Madrid, 1985.

13 Cfr. G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, 1981, pp. 367-372 y 580-581. En el mismo sentido, Cfr., también, R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, México, 1948, p. 144; J. CARPIZO, “Sistema federal mexicano”, en la obra colectiva *Los sistemas federales del Continente Americano*, México, 1972, p. 479.

14 Sobre la problemática de la supletoriedad y las consecuencias derivadas de la última comprensión de la misma por el Tribunal Constitucional, vid., por todos, J. TAJADURA, *La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal respecto de autonómico*, Madrid, 2000.

15 Sobre el concepto de “fuente sobre la producción” cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il sistema...*, cit., pp. 3-4. Cfr., también, F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho. I. Principios del Ordenamiento constitucional*, Madrid, 1991, pp. 65-67, de manera especial, y con singular transcendencia para lo que aquí importa, p. 67, nota 106 (“Así, por ejemplo, las normas constitucionales sobre los Estatutos de Autonomía son NSP. Pero, a su vez, los Estatutos de Autonomía incluyen NSP en relación con las normas autonómicas”). Para la consideración de los Estatutos de Autonomía como fuente sobre la producción jurídica, cfr., por todos, S. MUÑOZ MACHADO, *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1979, pp. 47 y ss.; *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, vol. I, pp. 293 y ss.

nales, así como al de las relaciones que se producen entre estas figuras y las normas del Derecho estatal. Así las cosas, conviene aclarar que este trabajo no pretende abordar el estudio del Derecho regional globalmente considerado. Por el contrario, nuestra atención se centra, única y exclusivamente, en el tema de los Estatutos de Autonomía.

2.- CONCEPTO DE ESTATUTO DE AUTONOMÍA

De acuerdo con el artículo 147.1 de la Constitución, los Estatutos de Autonomía son la norma institucional básica de las Comunidades Autónomas dentro de la propia Constitución, que el Estado reconoce y ampara como parte integrante de su ordenamiento jurídico. Así las cosas, -como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional¹⁶-, debe reconocérsele naturaleza de Estatuto de Autonomía a toda Ley Orgánica que, cualquiera que sea su denominación, actúe como “norma institucional básica” de alguna Comunidad Autónoma. Queda así resuelta la duda de si Ley Orgánica 13/1982, de 10 de Agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (L.O.R.A.F.N.A., en adelante) es, en rigor, un Estatuto de Autonomía o no.

La cuestión sobre la verdadera naturaleza de la L.O.R.A.F.N.A. se planteaba por la peculiar forma en que Navarra accedió a la autonomía, convirtiéndose, con la más que discutible base constitucional de la Disposición Adicional Primera¹⁷, en “Comunidad

16 Cfr. S.T.C. 16/1984, de 16 de Febrero, F. J. 3º.

17 En otro lugar he mantenido que, en la medida en que del propio tenor de la Disp. Ad. Primera se desprende que esta norma no tenía la finalidad de servir de fundamento para la creación de nuevas Comunidades Autónomas, sino la de ofrecer una solución constitucional al difícil problema de los llamados “Territorios Históricos” vascos, resulta evidente que esta norma no puede servir de base jurídico-constitucional para la formación de una nueva Comunidad Autónoma; vid. mi *Formación y determinación de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, 1996, 2ª ed. reimpr., pp. 232-233. Existe, sin embargo, una interpretación bien distinta a la aquí mantenida. En efecto, pretendiendo satisfacer los presupuestos metodológicos del positivismo jurídico y jurisprudencial [sobre el significado y problemas de los mismos, cfr. P. DE VEGA, “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 1 (1998), pp. 65-87, especialmente pp. 69-75 y 85-87], no ha faltado quien, reconociendo inicialmente, y de manera expresa, que la Disp. Ad. 1.ª no tenía por finalidad el servir como vía de acceso al autogobierno a ninguna Nacionalidad o Región (vid. C. AGUADO RENEDO, *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, Madrid, 1996, p. 135), entienda que, empero, la misma ha devenido en tal como consecuencia de una “interpretación” que, de una u otra forma, ha sido avalada por el Tribunal Constitucional en su citada sentencia 16/1984 (vid. C. AGUADO RENEDO, *loc. cit.*, pp. 135 y 136). Tesis ésta que, dicho sea con todos los respetos -costumbre ésta que parece hoy haber caído en desuso, de forma que lo que es, o debiera ser, una mera discrepancia académica, parece convertirse en la materialización de la concepción autoritaria de la política y que Carl Schmitt concretó en la dialéctica “amigo/enemigo”-, no nos parece la más adecuada. No se trata aquí de recordar, con, por ejemplo, un Max VON SEYDEL (*Staatsrechtliche un politische Abhandlungen*, Friburgo I. B./Leipzig, 1893, p. 140), un G. SARTORI (“Constitución”, en el vol. *Elementos de Teoría Política*, Madrid, 1992, pp. 24-25), un C. OLLERO [“Derecho Político, Ciencia Política y Derecho Constitucional”, *Revista de Política Comparada*, n.º 10-11 (1984), pp. 59-75], o un P. LUCAS VERDÚ (*Curso de Derecho Político*. IV. *Constitución de 1978 y transformación político-social española*, Madrid, 1984, pp. 83-123), que la construcción teórica del positivismo tiene siempre un marcado carácter conservador, cuando no claramente autoritario, toda vez que, como con dureza denunciara ya H. TRIEPEL (*Derecho Público y Política*, Madrid, 1974, pp. 42-43), acaba convirtiendo al Derecho en un mero instrumento de justificación de la voluntad de quien tiene el poder político, de suerte tal que, como simple justificador de hechos consumados, acaba relegando al teórico del Derecho a aquel menesteroso papel que le otorgaba Federico II de Prusia cuando decía a sus tropas que no dudaran en cometer cuantas tropelías fueran necesarias en la conquista, porque después vendrán los juristas para justificarlo. Lo que nos interesa aquí es, por el contrario, señalar que la interpretación constitucional es una facultad constitucional y, en consecuencia, limitada por la propia Constitución. Y ha sido, por ejemplo, K. Hesse quien ha puesto de manifiesto que los límites a la facultad de mutar el Texto Constitucional se encuentran, en último término, en la misma norma que está siendo interpretada, a la que no se le puede hacer decir aquello que no dice [cfr., a este respecto y por todos, K. HESSE, “Concepto y cualidad...”, cit., pp. 21 y ss., “La interpretación constitucional”, pp. 51-52,

Foral". Dos son, por lo tanto, los interrogantes sobre los que, básicamente y por lo que aquí nos ocupa, hubo de pronunciarse el Tribunal Constitucional en la Sentencia 16/1984: por un lado, se trataba de determinar la verdadera naturaleza de la denominada "Comunidad Foral" de Navarra. Por otro, decidir si, al no recibir el nombre de Estatuto de Autonomía, la L.O.R.A.F.N.A. era una norma institucional básica distinta a la del resto de las Comunidades Autónomas¹⁸. La solución a ambas cuestiones viene determinada por una consideración previa: La Constitución utiliza la expresión "Comunidad Autónoma" para designar genéricamente a toda Nacionalidad o Región que haya accedido a la autonomía¹⁹ y, de igual forma, se atribuye genéricamente la naturaleza de Estatuto de Autonomía a toda Ley Orgánica que actúe como norma institucional básica de una Comunidad Autónoma. La conclusión, desde esta óptica, es obvia: la llamada Comunidad Foral de Navarra no es sino una Comunidad Autónoma y, así mismo, la L.O.R.A.F.N.A. habrá de ser entendida como un auténtico Estatuto de Autonomía.

Sea como sea, se ha dicho, concretamente el Profesor Alzaga²⁰, que la definición del Estatuto contenida en el artículo 147.1 incorpora una buena dosis de retórica. En este sentido, debemos decir que, en todo caso, de este precepto no se deduce con claridad el singular carácter que, en el Derecho español, revisten los Estatutos de Autonomía. Carácter singular que, a la postre, se deriva de la constitucionalización del principio dispositivo como eje rector de la determinación de las Comunidades Autónomas o, dicho de otro modo, del hecho de que nuestro Constituyente optara por no determinar en el Texto Constitucional cuales eran las nuevas colectividades-miembros sino que esta tarea se pospuso a un momento posterior a la promulgación de la Constitución: la aprobación de los Estatutos de Autonomía²¹. Esto significa que, como señala González Encinar²², el Estado español, tras la promulgación del Código Fundamental, no nació descentralizado, sino tan sólo con vocación de descentralizarse. Consecuencia de ello es que lo que nuestro Legislador Constituyente hizo fue, única-

y "Límites de la mutación constitucional", pp. 111-112, todos ellos recogidos en el vol. *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, cit.]. Así las cosas, parece evidente que, lejos de ser un supuesto de mutación constitucional, lo que el Legislador que aprobó la L.O.R.A.F.N.A. en 1982 ha hecho no es sino un "falseamiento de la Constitución" (cfr. P. DE VEGA, *La reforma constitucional...*, cit., p. 291), toda vez que, en efecto, se otorga a la Disp. Ad. Primera una interpretación y un sentido distinto de los que realmente tiene. Cuestión distinta es la de que, en la medida en que no fue impugnado este proceso ante el Tribunal Constitucional, la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acceso a la autonomía de Navarra sea un tema académicamente opinable, pero sin resolución jurisdiccional posible; vid., en este sentido, F. TOMAS Y VALIENTE, "Informe a la VI Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, 1984", en el vol. *Tribunales Constitucionales Europeos y Autonomías Territoriales*, Madrid, 1985, p. 156.

18 Vid. una exposición más extensa sobre la problemática de la llamada vía del "Amejoramiento del Fuero", en mi *Formación...*, cit., pp. 232-234.

19 Coincidimos con M. GARCÍA-PELAYO cuando señala que "Las Comunidades Autónomas son la configuración jurídico-pública de las nacionalidades y regiones integrantes de la Nación española" [voz "Estado", en J. J. González Encinar (ed.) y otros, *Diccionario del sistema político español*, Madrid, 1984, p. 258], lo que se traduce en que, cualquiera que puedan ser las repercusiones políticas derivadas de la denominación Nacionalidad o Región, desde un punto de vista jurídico-formal estas dos entidades sociológicas, anteriores incluso a la Constitución, quedan equiparadas, tras la aprobación de su respectivos Estatutos, en la categoría común de "Comunidades Autónomas".

20 Vid. O. ALZAGA VILLAAMIL, *La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*, Madrid, 1978, p. 856.

21 A este respecto, vid. J. RUIPÉREZ, "Problemas en la determinación territorial de las Comunidades Autónomas: el caso de Castilla y León", *Revista de Estudios Políticos*, nº 56 (1987), pp. 162-166; *Formación...*, cit., 106-112; "Principio dispositivo, distribución de competencias y naturaleza constitucional de las normas estatutarias", *Debate Abierto. Revista de Ciencias Sociales*, nº 5 (1991), pp. 84 y 96-97.

22 Cfr. J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, "La descentralización como proceso: España", en J. J. González Encinar (comp.) y otros, *Autonomía y partidos políticos*, Madrid, 1984, p. 118. En este sentido, vid. F. RUBIO LLORENTE, "El procedimiento legislativo en España. El lugar de la Ley entre las fuentes del Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 16 (1986), p. 100.

mente, establecer una serie de procedimientos por los que, de forma teóricamente libre, las Nacionalidades y Regiones accederían a la condición de Comunidades Autónomas, mediante la aprobación de su respectivo Estatuto. Ha sido, pues, la aprobación de los Estatutos de Autonomía lo que, en última instancia, ha concretado cuales eran las Nacionalidades y Regiones que integran la Nación española a las que, en su artículo 2.º, la Constitución reconoce y garantiza el derecho a la autonomía y, además, es precisamente el acto de la aprobación del Estatuto el que determina el nacimiento jurídico de las Comunidades Autónomas.

Es, lógicamente, teniendo en cuenta estos datos como puede llegar a comprenderse la especial significación de las normas institucionales básicas de nuestras colectividades-miembros. No se trata únicamente de que, como en Italia advirtiera Mortati²³, la función estatuyente sea la actividad más importante de los miembros, en tanto en cuanto que de ella se deriva la vida de las propias Regiones Autónomas, sino que, en el Derecho español, la importancia y auténtica transcendencia de la actividad estatuyente se deriva del hecho de que las propias Comunidades Autónomas son el fruto de la Ley que aprueba su Estatuto de Autonomía²⁴.

Ahora bien, si lo anterior es cierto, no lo es menos, sin embargo, que al decirse en el artículo 147.1 que “Dentro de los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma”, nuestro Constituyente nos indica claramente cual es el concepto y el régimen jurídico de estas normas. En efecto, debe decirse, en primer lugar, que al definir a los Estatutos como la norma institucional básica de las Comunidades Autónomas, lo que nuestra Constitución hace no es sino configurarlas como las normas fundamentales de cada uno de los miembros, de suerte tal que, como con acierto ha advertido el Profesor Portero, se ha de “predicar de ellos, siempre con la salvedad de la Constitución, lo que a propósito de su posición en el ordenamiento jurídico estatal se predica de la Constitución. Los Estatutos, en el marco de la Comunidad, son el fundamento del ordenamiento jurídico comunitario, y gozan de los atributos propios de *Lex superior*”²⁵.

En segundo término, debe tenerse en cuenta que cuando, en el artículo 147.1, se dice que los Estatutos son la norma institucional básica de las Comunidades Autónomas, tal virtualidad se predica “Dentro de los términos de la presente Constitución”. Con ello, lo que el Constituyente hace es recoger una de las más conocidas consecuencias de las relaciones jurídicas de supra y subordinación del Estado Federal, o si se prefiere del Estado políticamente descentralizado²⁶, como es la de que,

23 Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padua, 1985, 9ª ed. reel. y puesta al día, reimp., t. II, p. 916.

24 Cfr. F. RUBIO LLORENTE, “Informe general a la VI Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, 1984”, en *Tribunales Constituciones Europeas y Autonomías Territoriales*, cit., p. 27.

25 J. A. PORTERO y R. MÁIZ, *As institucións políticas no Estatuto de Autonomía para Galicia*, La Coruña, 1988, p. 277.

26 A este respecto, importa advertir que coincidimos con A. La Pergola en la afirmación de que los llamados Estados Federal, Integral, Regional y Autonómico o de las Autonomías no son sino distintas manifestaciones estructurales de una misma realidad: el Estado descentralizado o políticamente descentralizado. Cfr. A. LA PERGOLA, “Federalismo y regionalismo: el caso italiano”, en G. Trujillo (coord.) y otros, *Federalismo y Regionalismo*, Madrid, 1979, p. 170; “La técnica constitucional de la autonomía: Aspectos de Derecho Comparado”, en J. J. González Encinar (coord.) y otros, *Autonomía y partidos políticos*, p. 31; “Federalismo y Estado Regional. La técnica italiana de las autonomías a la luz del Derecho Comparado”, *Revista de Política Comparada*, nº 10-11 (1984), p. 193. En concreto sobre la adecuación de esta idea a la forma territorial del Estado a que ha dado lugar la Constitución española de 1978, me remito, por comodidad, a J. RUIPÉREZ, “Sobre la naturaleza del Estado de las Autonomías”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 81 (1993), pp. 73-102.

como medio de garantía para su propio mantenimiento, las Leyes Fundamentales de las colectividades-miembros han de estar en permanente consonancia y adecuación con el Texto Constitucional federal²⁷. Lo que, referido al caso español, significa que los Estatutos de Autonomía solamente podrán ser aprobados y tendrán validez y vigencia plena cuando su texto sea conforme a las disposiciones de la vigente Constitución. Así mismo, las normas institucionales básicas perderán su validez y eficacia cuando, en virtud de una hipotética reforma de la Constitución o de los Estatutos, dejen de estar en concordancia con los mandatos constitucionales.

3.- VALOR POLÍTICO-FUNCIONAL Y VALOR JURÍDICO DEL ESTATUTO

El segundo gran interrogante que se plantea en relación con la naturaleza de los Estatutos de Autonomía es el de su valor. En este sentido, hay que comenzar diciendo que, tanto en la doctrina italiana como en la española²⁸, existe un amplio acuerdo en considerar que, desde un punto de vista político-funcional, los Estatutos desempeñan en las Comunidades Autónomas un papel equivalente al que tiene atribuida la Constitución de cualquier Estado-miembro de un expresamente denominado Estado Federal. Va a señalarse, en primer término, que, al igual que las Constituciones regionales, es al Estatuto a quien corresponde la regulación de la estructura organizativa básica de la Comunidad Autónoma de que se trate²⁹, así como el establecimiento de las reglas fundamentales a las que han de sujetarse los órganos autonómicos para llevar a cabo su actividad. En segundo lugar, corresponde, también, a los Estatutos la doble virtualidad de, por un lado, actuar como fuente directa en todo tipo de relaciones jurídicas que, referidas a las materias de su competencia, tengan lugar en su ámbito territorial de vigencia³⁰ y, por el otro, establecer el procedimiento de creación del resto de las normas jurídicas regionales³¹.

27 Cfr., a este respecto y por todos, M. MOUSKHELI, *Teoría jurídica del Estado Federal*, Madrid, 1931, pp. 166-169, especialmente p. 169; M. GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1984, pp. 237-238.

28 Vid., por ejemplo, A. PIZZORUSSO, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Madrid, 1985, vol. II, p. 287; G. U. RESCIGNO, *Corso di Diritto Pubblico*, Bolonia, 1989, 2 ed., 6 reimp., pp. 266-267; N. PÉREZ SERRANO, *La Constitución Española (9-Diciembre-1931)*, Madrid, p. 91; A. POSADA, *La nouvelle Constitution Espagnole. Le régime constitutionnel espagnol*, París, 1932, p. 135; J. A. PORTERO y R. MÁIZ, *As institucións políticas...*, cit., p. 277; J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1984, p. 128; J. TOMÁS VILLARROYA, "Las fuentes del Derecho en las Comunidades Autónomas", en la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Madrid, 1979, vol. I, p. 146.

29 Esta nota es particularmente cierta en el caso de las Comunidades Autónomas de "segundo grado", es decir, aquellas que redactaron su Estatuto de Autonomía según lo dispuesto en el art. 146. En efecto, en la medida en que, en el art. 152.1, la Constitución establece un determinado modelo institucional para las Comunidades cuya norma institucional básica fuera aprobada conforme a los trámites y requisitos del art. 151.2, lo que sucede es que, como ha puesto de manifiesto S. MUÑOZ MACHADO (*Derecho Público...*, cit., vol. II, p. 25), se produce la paradoja de que las Comunidades de autonomía plena *ab initio* encuentran más limitada su capacidad de autoorganización que las de autonomía gradual, toda vez que estas últimas pudieron optar por establecer -como así se hizo en la práctica- el modelo del artículo 152.1 o por otro cualquiera.

30 Aunque referido tan sólo al ámbito del Derecho Civil gallego, cfr., en este sentido, y por todos, J. M.^a PENA LÓPEZ, "Comentario a los arts. 1.º a 3.º de la Ley de Derecho Civil de Galicia", en M. Albadalejo y S. Díaz Alabart (dirs.) y otros, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1997, Tomo XXXII, vol. 1.º, pp. 77-80.

31 Desde esta perspectiva, no parece acertado sostener, como hace E. García de Enterría (vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1983, 4ª ed., vol. I, pp. 258-259), que es de dudosa constitucionalidad el que, amparadas por los Estatutos que, en rigor, no hacen sino transplantar a la esfera regional la disciplina contenida en el art. 82 C.E., puedan producirse Decretos Legislativos regionales, toda vez que, "Una interpretación estricta del artículo 82 del texto constitucional, que se refiere sólo a las delegaciones legislativas concedidas por las Cortes Generales al Gobierno,

Ahora bien, si esta equiparación entre el valor político y funcional de los Estatutos de Autonomía y las Constituciones regionales es aceptable desde una óptica política, es lo cierto que, como ha acertado a ver García de Enterría³², resulta insostenible en términos jurídicos. En efecto, mientras que en el caso de los llamados Estados Federales en sentido estricto, el orden jurídico fundamental de las colectividades-miembros viene determinado por su propia Constitución regional, en caso español, por el contrario, lo que sucede es que el orden jurídico fundamental de las Comunidades Autónomas no lo constituye únicamente el Estatuto de Autonomía, sino que aquél está integrado por la Constitución y, a la vez, por los Estatutos de Autonomía, quienes no hacen sino concretar el marco constitucional aplicable a cada Comunidad Autónoma en particular.

En todo caso, importa poner de relieve que si, con carácter general, la doctrina iuspublicista española³³ ha advertido que la constitucionalización de las Leyes Orgánicas esconde un deseo de prolongar y mantener abierto *sine die* el proceso constituyente, será, precisamente, en relación con los Estatutos de Autonomía donde esta nota va a alcanzar su manifestación más plena. En efecto, en la medida en que los

obligaría a concluir que la figura que estudiamos sólo puede operar en el ámbito estatal” (p. 258). Cierto es que, como señala C. MORTATI (*Istituzioni...*, cit. t. II, p. 766), en el marco de las Constituciones rígidas tan sólo puede entenderse autorizada la posibilidad de la delegación legislativa cuando el propio Constituyente lo ha previsto expresamente. Ahora bien, lo que sucede es que los Estatutos no han hecho sino concretar en su propio ordenamiento una técnica que no sólo no repugna al Constituyente, sino que expresamente autorizó. Mayor Preocupación debiera generar el hecho de que, pese a no estar habilitadas para ello en sus respectivos Estatutos, normas sobre la producción de los ordenamientos, o subordenamientos, regionales, haya habido Comunidades Autónomas que hayan aprobado Decretos-Leyes y Decretos Legislativos. Que ello resulte preocupante se explica por cuanto que con esta técnica de aprobar Decretos-Leyes y Decretos Legislativos como consecuencia de la autorización de una Ley ordinaria regional, se estaría vulnerando el principio básico de la pirámide normativa, conforme al cual una norma no puede autorizar a la aprobación de otras normas a las que atribuye el mismo rango del que ella disfruta. Siendo así, bien podría parecer que estaríamos volviendo a la situación preconstitucional, donde, al proclamarse la primacía de la Ley y no la de la Constitución, tal hipótesis resultaba plenamente viable y legítima. Cfr. en este mismo sentido, F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Madrid, 1992, pp. 168-172.

32 Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones”, *Revista de Admisnitración Pública*, nº 100-102 (1983), vol. I, p. 224.

33 En este sentido, cabe citar a T.-R. FERNÁNDEZ, *Las Leyes Orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Madrid, 1981, pp. 29 y 32; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., vol. I, pp. 149-150; P. DE VEGA, “Los órganos del Estado en el contexto político institucional del Proyecto de Constitución”, en la obra colectiva *La Costituzione spagnola nel trentennial della Costituzione italiana*, Bolonia, 1978, p. 15. De alguna manera, aunque mostrándose crítico con la apreciación de que esa prolongación del proceso constituyente se hiciera en favor de las propias Cortes Constituyentes, pero aceptando que tal prolongación existe, coincide en atribuir a las Leyes Orgánicas este carácter Alzaga, para quien en muchos casos la remisión a la Ley Orgánica se debía a que “se pensaba que el contenido a reglar exigía una norma de rango semiconstitucional” (O. ALZAGA VILLAAMIL, “La Constitución...”, cit., p. 542), aunque “Un sector de la doctrina ha descrito esta motivación como el deseo de los constituyentes de *retener una parte del poder constituyente que entonces ejercían, ante la incapacidad de ejercerlo entonces, para el futuro*. En puridad esto no es exacto ya que aquellas Cortes no retenían nada para sí, más bien imponían un *deber de consenso mínimo* a las futuras cámaras, o -si se prefiere expresar a su manera- retenían en favor de éstas (órgano constituido, que no constituyente) una parte de complementar la obra constituyente”. Vid. O. ALZAGA VILLAAMIL, “En torno al concepto de Ley Orgánica en la Constitución”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 5 (2000), p. 120. Ni que decir tiene que la realidad histórica da la razón a Alzaga cuando afirma que la retención del Poder Constituyente, que obviamente se produce, no se hizo en favor de las Cortes Constituyentes, que se disolvieron una vez que el Código Jurídico-Político Fundamental fue aprobado, ahora bien, no puede olvidarse, y acaso aquí se encuentre la justificación a la opinión de T.-R. Fernández, que, como ha recordado Pedro De Vega, “No deja de ser significativo a este respecto que, después de aprobada la Constitución española de 1978, durante algún tiempo se mantuviera la tesis de que, las mismas Cortes que elaboraron la ley fundamental, deberían continuar como Cortes ordinarias” (P. DE VEGA, *La reforma constitucional...*, cit. pp. 36-37). En todo caso, y esto es lo que, a los efectos que aquí interesan, realmente es relevante es que los redactores de la Constitución, al remitirse a la Ley Orgánica, dejaron, de una u otra suerte, abierto *sine die* el proceso constituyente, reteniendo con ello la facultad constituyente sino para sí como órgano Cortes Constituyentes, sí como partidos políticos que habrían de ocupar las futuras Cámaras legislativas ordinarias.

Estatutos son llamados por la Constitución a concretar y determinar la propia estructura estatal y la distribución de competencias dejadas -en solución que, siguiendo, por ejemplo a Hesse, Stern y De Vega³⁴, ha de ser considerada como técnicamente criticable, y cuyas consecuencias podrían llegar a ser nefastas para el propio régimen constitucional- abiertas por el Constituyente de 1977-1978, lo que sucede es que, desde una perspectiva politológica, los Estatutos adquieren la virtualidad de ser la prolongación “natural” de un proceso constituyente³⁵, que si jurídicamente aparece cerrado desde el momento mismo de la promulgación de la Constitución, políticamente no concluirá hasta que se produzca la definitiva creación del modelo único de Comunidad previsto por la Constitución. Circunstancia ésta de la que se deriva una muy importante consecuencia, a la que luego habré de referirme, en cuanto a la naturaleza de los Estatutos de Autonomía.

4.- EL ESTATUTO COMO ACTO NORMATIVO DEL ESTADO

En la medida en que la elaboración de los Estatutos de Autonomía exigen que, de alguna manera, se verifique una participación de los propios entes territoriales interesados en la creación de la nueva colectividad-miembro, surge la pregunta de si esa participación permite afirmar que, pese a estar enunciado como Ley Orgánica por el artículo 81.1, los Estatutos de Autonomía son un acto normativo regional o, cuando menos, conjunto de las Nacionalidades y Regiones y del Estado o si, por el contrario, estamos en presencia de un auténtico acto normativo estatal.

Interrogante éste que ha sido contestado de muy diversas maneras por nuestra doctrina. Así, por ejemplo, cabe destacar la postura del Profesor Balaguer Callejón³⁶, para quien las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas son una Ley del ordenamiento constitucional, esto es, una Ley del Estado como ordenamiento global. Afirmación a la que llega desde la aceptación de la kelseniana teoría del Estado Federal de tres miembros³⁷. Tesis ésta que, con alguna variación en su concreción,

34 Sobre los límites a la indeterminación de la Constitución, cfr. K. HESSE, “Concepto y cualidad...”, cit., pp. 17-22, especialmente p. 20; K. STERN, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, 1987, p. 223; P. DE VEGA, “Poder Constituyente y regionalismo”, en G. Trujillo (Cord.) y otros, *Federalismo y Regionalismo*, cit., 371. Vid., también, J. RUIPÉREZ, “Principio dispositivo...”, cit., pp. 95-96. La crítica a la indeterminación operada por el Constituyente sigue estando presente en la doctrina. Así por ejemplo, cabe citar al Prof. Alzaga, quien, recientemente, se pronuncia en los siguientes términos: “Hay que reconocer que un miedo irracional del sector de UCD proveniente de la cultura política franquista, y la plena aversión a la fórmula por parte de AP fueron la primera de las causas -...- que impidió adoptar el sistema federal y con él una forma de ordenación territorial del Estado estable y que, a la par, hubiera conllevado una plena seguridad jurídica en el delicado terreno del deslinde de las competencias (...) del poder político central y de los periféricos (...). Dicho en otros términos, el disenso de los constituyentes a este respecto se solventó desde el expediente políticamente habilidoso -pero, desde la buena técnica jurídica política, más que dudoso-, de redactar un Título VIII de nuestra Ley de leyes, que, amén de convenir ciertos elementos de referencia, era de naturaleza sustancialmente procedimental, pues establecía las diversas vías por las que seguir avanzando en la búsqueda del consenso que en aquel momento no se alcanzó”. Vid. O ALZAGA VILLAAMIL, I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ y J. RÓDRIGUEZ ZAPATA, *Derecho Político español según la Constitución de 1978*. I., cit., pp. 516-517.

35 En este mismo sentido, cfr. J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, “El desarrollo del Título VIII de la Constitución y sistema de partidos”, *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, nº 7 (1980), p. 128; *El Estado Unitario-Federal...*, cit., p. 121. Vid., también, “Acuerdos Autonómicos de 31 de Julio de 1981”m en J. Tornos (ed.), *Legislación sobre Comunidades Autónomas*, Madrid, 1982, vol. I, p. 550.

36 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*. II. Cit., Madrid, 1992, pp. 144-145; vid., también, pp. 133-135.

37 Cfr. H. KELSEN, “L’ esecuzione federale. Contributto alla teoria e alla prassi dello Stato Federale, con particolare riguardo alla Costituzione del Reich tedesco e alla Costituzione federale austriaca”, en el vol. *La Giustizia Costituzionale*, Milán, 1981, pp. 119-120; *Teoría General del Estado*, México, 1979, 15ª ed., pp. 262-263 y 273-274.

encuentra en la academia española otros ilustres defensores, como son, por ejemplo, García-Pelayo, García de Enterría y Aragón³⁸.

Como es conocido, esta tesis se basa en la idea de que en todo Estado Federal existen tres entidades estatales. Cada una de estas entidades ha de contar, y esto es lo significativo, con su propio estatuto jurídico diferenciado, así como con unos órganos de autogobierno propios propios. Surge, de este modo, el concepto de Estado global (*Gesamtstaat*), cuya principal característica es la de que nace de la federación del Estado Federal, o central, con el conjunto de las colectividades-miembros. Circunstancia ésta que, en último término, viene a configurar al *Gesamtstaat* como un orden político superior a sus componentes y que, en consecuencia, le convierte en el titular de la Soberanía.

Interpretado nuestro “Estado de las Autonomías” desde esta concepción, nos encontraríamos, en primer lugar, con el Estado global, también llamado “Estado constitucional” (Balaguer) o “Reino de España” (Aragón). A él correspondería lo que, en la terminología kelseniana, se denomina “Constitución total” (*Gesamtverfassung*), que estaría integrada por la Constitución española de 27 de Diciembre de 1978 y por los Estatutos de Autonomía³⁹ o, al menos, por los principios fundamentales de estos últimos. Desde el punto de vista orgánico, este Estado global se encarnaría en la Jefatura del Estado y en el Tribunal Constitucional. En segundo término, aparecería el “Estado central”, o “Estado general” (Balaguer), cuyo estatuto jurídico estaría representado por el vigente Texto Constitucional español, y al que pertenecerían las Cortes Generales, el Gobierno de la Nación y el Consejo General del Poder Judicial. Por último, la tercera entidad se concretaría en las Comunidades Autónomas que, siempre en el marco de la Constitución, están regidas por sus respectivos Estatutos de Autonomía, contando, además y en lógica consecuencia y coherencia con su naturaleza de centros autónomos de decisión política democrática y legítima, con una organización institucional propia, que se concreta en la posesión de un Ejecutivo y un Legislativo independientes de los de la organización política central.

Ahora bien, es necesario advertir que la tesis de las tres entidades estatales (o del tercer miembro), resulta tan ingeniosa como, a nuestro juicio, insostenible. Se trata, en efecto, de una concepción del Estado Federal que se encuentra viciada desde el mismo punto de arranque de su formulación, y cuya aparente lógica queda destruida por los propios términos de su enunciado. Lo que sucede es que, como con meridiana claridad ha observado Carré de Malberg⁴⁰, sus defensores proceden a la errónea identificación de los órganos centrales del Estado o, como ocurre en el caso español, parte de los órganos centrales con la existencia de una organización política que, aunque integrada por ellos, se pretende diferente y superior al Estado Federal y a los miembros.

El anterior razonamiento es, en nuestra opinión, aplicable a la problemática de la naturaleza de los Estatutos. En este sentido, podemos, parafraseando a Mouskheli, decir que afirmar que los Estatutos de Autonomía no son un acto normativo del Estado, ni de las Comunidades Autónomas, sino que son una norma “de la comunidad total (*Gesamtgenienschaft*) es razonar en el vacío, porque de lo que precisamente se trata es de demostrar la existencia de esa comunidad jurídica total que englobe al mismo tiempo al Estado federal y a los Estados particulares⁴¹.

38 Cfr. M. GARCÍA-PELAYO, voz “Estado”, cit., pp. 257-258; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “El ordenamiento estatal...”, cit., pp. 220-221; M. ARAGÓN, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las autonomías territoriales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 16 (1984), vol. II, pp. 41-44.

39 Cfr., en este sentido -aunque crítico con la teoría del Estado Federal de tres entidades estatales-, F. RUBIO LLORENTE, “El bloque de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 27 (1989), pp. 23-28, especialmente pp. 24 y 26-27.

40 Cfr. R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General...*, cit., pp. 146-147, nota 34.

41 M. MOUSKHELI, *Teoría jurídica...*, cit., p. 164.

Porque esto es así, de lo que se trata es de determinar si las normas institucionales básicas de nuestros miembros tienen naturaleza estatal o regional. Problema éste que se planteó ya en Italia en relación con los llamados Estatutos ordinarios. Como es sabido, la Constitución italiana de 1947 diseña un modelo de Estado descentralizado caracterizado porque, en su seno, van a coexistir, de forma estructural y no temporal, dos tipos o modelos de Regiones Autónomas. Uno primero, al que se le reconoce un mayor grado de autonomía, es el referido a Sicilia, Cerdeña, Trentino-Alto Adigio, Friuli-Venecia Julia y Valle de Aosta, que tendrán un Estatuto especial adoptado, de acuerdo con el artículo 116 del Texto italiano, por Leyes Constitucionales; de esta suerte, y en tanto en cuanto que, tengan o no participación las Regiones en su elaboración⁴², se trata de Leyes Constitucionales, nos encontramos, como dice Giannini⁴³, ante actos normativos estatales. Un segundo tipo de Regiones Autónomas son las que tienen reconocido un Estatuto ordinario, respecto de los cuales, como decimos, surge la duda a cerca de su naturaleza por cuanto que, en el artículo 123, la Constitución italiana dice que su "Estatuto es deliberado por el Consejo Regional por mayoría absoluta de sus componentes y será aprobado mediante Ley de la República".

Así las cosas, la solución correcta vendrá dada por la consideración del papel que desempeña el Parlamento central en el proceso de estatuyente. Esto es, si el Legislativo central tiene o no reconocido un poder de enmienda respecto del texto regional del que conoce. Siendo así, nos encontramos con que en Italia, donde, como señalan, por ejemplo, Mortati, Crisafulli y Pizzorusso⁴⁴, el Parlamento central no puede incorporar ninguna enmienda al texto del Estatuto ordinario del que conoce, sino que su intervención ha de limitarse a aprobarlo o rechazarlo en bloque, de manera que tan sólo es un requisito formal que se exige para integrar la eficacia jurídica de la norma, no puede sino concluirse que se trata de un acto normativo regional. En España, por el contrario, las Cortes Generales tienen reconocido un poder de enmienda sobre el texto estatutario del que conocen. Dicho de otro modo, nuestras Cortes Generales no se encuentran condicionadas por el proyecto de Estatuto que le presenta la Asamblea redactora, de suerte tal que pueden introducir en él cuantas modificaciones estimen pertinentes, sin más límite en su actuación que el de respetar el contenido autonómico mínimo garantizado por la Constitución⁴⁵. Lo que significa que el único límite que, en su poder de enmienda sobre el proyecto estatutario, tienen las Cortes Generales es el de que no pueden privar a la futura Comunidad Autónoma de su carácter de centro autónomo de decisión política, para convertirlo en un mero ente administrativo territorial. La solución en el vigente Derecho Constitucional español es, por tanto, la misma que, a diferencia de lo hecho en 1873, adoptó la Constitución de 1931, en su artículo 12.c) ["Que lo aprueben las Cortes. (...) Los Estatutos regionales serán aprobados por el Congreso siempre que se ajusten al presente título y no contengan, en caso alguno, preceptos contrarios a la Constitución, y

42 A este respecto, cabe señalar que algún sector doctrinal, representado, por ejemplo, por P. BISCA-RETTI DI RUFFIA (*Derecho...*, cit., pp. 632-633), entiende que los Estatutos especiales son adoptados directamente por la República, otro, representado, por ejemplo, por C. MORTATI (*Istituzioni...*, cit., t. II, pp. 916-917) y A. PIZZORUSSO (*Lecciones...*, cit., vol. II, p. 290) sostiene que le son aplicables las reglas contenidas en el art. 123 de la Const. italiana en cuanto al procedimiento de formación de los Estatutos, es decir, que existe una participación de las Regiones en la aprobación de los proyectos de Estatuto especial. Esta última postura nos parece más acertada, lo que no quiere decir que admitamos que se trata de un acto normativo mixto sino que, en cuanto que son Leyes Constitucionales, estamos ante un supuesto claro de acto normativo del Estado.

43 Cfr. M. S. GIANNINI, *Las Regiones en Italia*, Madrid, 1984, pp. 42 y 44.

44 Cfr., a este respecto, C. MORTATI, *Istituzioni...*, cit., t. II, p. 920; V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale* II, 1. *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Padua, 1986, 5ª ed. rev., reimpr. p. 108; A. PIZZORUSSO, *Lecciones...*, cit., vol. II, p. 288.

45 Cfr., en el mismo sentido, L. VANDELLI, *El ordenamiento español de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1981, pp. 226-227; S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público...*, cit., vol. I, pp. 270-271; I. DE OTTO, *Derecho...*, cit., p. 249-252.

tampoco a las leyes orgánicas del Estado en las materias no transferibles al poder regional, sin perjuicio de la facultad que a las Cortes reconocen los artículos 15 y 16”], y que fue claramente puesta de manifiesto por el Profesor Pérez Serrano cuando escribió que “Este último párrafo es verdaderamente desgraciado. - Pudiera entenderse que su primera frase obliga a las Cortes a aprobar un Estatuto siempre que no sea contrario a la Constitución española ni a las Leyes orgánicas. En realidad, la interpretación correcta es otra: el Sr. Alcalá-Zamora la dio diciendo que se quería impedir el peligro de que se ahogara la autonomía con regateos comineros sobre cuestiones sin importancia. (...) El resumen de éste viene a ser que las Cortes pueden hacer lo que crean justo sin limitación alguna; (...). Por fortuna, el Sr. Jiménez de Asúa, (...), hizo constar que la mencionada referencia aseguraba la facultad del Parlamento para revisar a fondo, y no de modo meramente formulario, los Estatutos sometidos a su aprobación. Más todavía: en alguna ocasión afirmó (...), que con el criterio adoptado no se cerraba el paso a los Estatutos ya preparados, pero tampoco se les consagraba de antemano”⁴⁶.

Pero si esto es cierto, no lo es menos que también es distinto el papel que los Constituyentes italiano y español atribuyen al Parlamento central en el proceso de elaboración y aprobación de los Estatutos. No se trata de insistir en que, en la medida en que tanto las Regiones italianas como nuestras Comunidades Autónomas no tienen reconocida la autonomía constituyente⁴⁷, la aprobación de las normas fundamentales regionales ha de hacerse por el Legislativo central. Lo que nos interesa, ahora, es ver la diferente intervención de ambos Parlamentos en el proceso estatuyente. Ya se ha indicado que, según se desprende del citado artículo 123 de su Constitución, en Italia la tarea estatuyente se configura como una actividad fundamentalmente regional en la que, cuando menos en el plano jurídico-formal⁴⁸, el Parlamento central sólo es llamado a los efectos de integrar la eficacia jurídica de la norma. En España, por el contrario, la intervención del poder central se verifica a lo largo de todo el proceso estatuyente. Piénsese que, en tanto que los Diputados y Senadores, representantes de la Nación española en

46 N. PÉREZ SERRANO, *La Constitución Española...*, cit., pp. 93-94. En todo caso, no está de más recordar que fue, justamente, el deber de adecuación o no contradicción entre la Constitución y los Estatutos, consecuencia inmediata de las relaciones jurídicas de supra y subordinación, el que determinó que el País Vasco hubiera de esperar un largo período de tiempo para ver aprobado su Estatuto de Autonomía en la II República. En efecto, y dejando al margen el problema de la pretendida incorporación de Navarra-, debe señalarse que si este hecho se debe, desde un punto de vista político, a los recelos y discrepancias existentes entre el Partido Nacionalista Vasco, por un lado, y socialistas, republicanos y Acción Nacionalista Vasca, por otro, ocurre que será la pretensión de que Euskadi fuera confesionalmente católica y que tuviera conferida la competencia exclusiva sobre las relaciones con el Estado Vaticano, en obvia contradicción con los arts. 3.º, 14.2.º y 26 de la Constitución de 1931, la que explica en términos jurídicos el retraso o la paralización sufrida por el proceso autonómico vasco. En relación al acceso del País Vasco al autogobierno en la II República española, cfr., por todos, J. L. GRANJA, “EL nacionalismo liberal y socialista en Euskadi durante la II República”, *Revista de Política Comparada*, n.º 5 (1981), pp. 125-147; J. CORCUERA ATIENZA, *Política y Derecho. La construcción de la autonomía vasca*, Madrid, 1991, pp. 45-66. Por cierto, que este último autor señala otras singularidades contenidas en el primer proyecto de Estatuto vasco de 31 de mayo de 1931 y que, como la cuestión religiosa, también habrían de chocar frontalmente con el sistema constitucional establecido por la Constitución de 9 de diciembre de 1931; así “la exigencia de diez años de residencia en el País Vasco para los que no fueran naturales del mismo ni hijos de padre o madre vascos pudieran ejercer los derechos políticos. Igualmente, se permitía la posibilidad de que las asambleas legislativas provinciales pudieran ser elegidas «bajo formas democráticas o tradicionales»” (*loc. ult. cit.*, p. 46, nota 62).

47 Para una definición de la autonomía constituyente, cfr., por todos, M. MOUSKHELI, *Teoría jurídica...*, cit., p. 272. En relación con el Estado Regional italiano, señala el Profesor A. LA PERGOLA que el negar a las Regiones la autonomía constituyente se debió al deseo de “evitar cualquier sospecha de que pudiera constituirse un sistema de autonomías regionales similar a la Federación de Estados-miembros” (“Federalismo y regionalismo: el caso italiano”, cit., p. 178).

48 A este respecto, interesa advertir que en la práctica la tramitación de los Estatutos ordinarios ha conocido, como dice G. ZAGREBELSKY (*Il sistema...*, cit., pp. 243-244) un procedimiento viciado desde su mismo origen, según el cual se introdujo una fase de negociación entre el Consejo Regional y una delegación del Senado, de cuyo resultado, positivo o negativo, se hacía depender la aprobación o el rechazo del Estatuto por parte del Parlamento central.

su conjunto, son llamados a formar parte, ya en solitario (art. 151.2.1 C.E.) ya en unión de representantes de las Diputaciones Provinciales (art. 146 C.E.), de la Asamblea redactora del proyecto estatutario, lo que sucede es que, como decimos, la intervención del Parlamento de verifica, no sólo a la hora de aprobar el Estatuto, sino a lo largo de todo el proceso. Evidente resulta, desde esta óptica, la naturaleza de acto normativo estatal que en nuestro Derecho tienen los Estatutos de Autonomía, pues no sólo se reconoce a las Cortes Generales la facultad de introducir en el texto elaborado por la Asamblea regional cuantas modificaciones estimen oportunas, sino que, además, los propios proyectos estatutarios fueron obra, en buena medida, del poder central y no de las Comunidades Autónomas.

En defensa de esta naturaleza estatal de las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas, dirá, por ejemplo, Vandelli que la propia terminología empleada por los respectivos Constituyentes pone ya de manifiesto la diferente consideración de este tipo de normas en Italia y en España. En efecto, “En el caso italiano [escribe Vandelli], la terminología empleada durante los trabajos preparatorios configuraba claramente al estatuto como fuente regional perfecta, dotada de eficacia por la ley estatal; en la Constitución española no sólo los trabajos preparatorios, sino el mismo texto definitivo, se refieren varias veces (cfr. los arts. 146, 151.2, números 1, 2, 4 y 5, así como las Disposiciones transitorias segunda y sexta), al texto elaborado por la asamblea de parlamentarios de la región con el término de «proyecto»⁴⁹.

Ahora bien, si de todo lo dicho hasta aquí queda claro que nuestro Código Constitucional configura los Estatutos como actos normativos estatales, existe otro argumento que, a nuestro juicio, resulta definitivo para la afirmación de esta naturaleza. Nos referimos, claro está, al hecho de que es la aprobación del Estatuto lo que determina el nacimiento de la Comunidad Autónoma. La conclusión a que, en tales circunstancias, debe llegarse es evidente: porque la Comunidad Autónoma es, como ya se señaló, el fruto de la Ley que aprueba su respectiva norma institucional básica, difícilmente puede imputársele, o coimputársele, la creación de la norma estatutaria a quien, en rigor, no es sino el resultado del proceso estatuyente⁵⁰.

5.-RANGO DE LA NORMA INSTITUCIONAL BÁSICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA COMO “FUENTE ATÍPICA”

Determinada la naturaleza de Ley estatal que, en nuestro Derecho Constitucional, tienen los Estatutos de Autonomía, surge a continuación la necesidad de interrogarse sobre el rango o, si se prefiere, sobre la posición jerárquica que aquellos ocupan en el sistema de fuentes. Cuestión ésta que se encuentra íntimamente relacionada con la de si nuestro Constituyente, al establecer dos procedimientos de aprobación de los Estatutos, pretendió trasladar, de alguna manera, el modelo italiano en el que, como es sabido, se distinguen los Estatutos especiales, aprobados por una Ley Constitucional, y los Estatutos ordinarios, aprobados mediante Ley ordinaria de la República.

49 L. VANDELLI, *El ordenamiento...*, cit., p. 231.

50 Vid., en el mismo sentido, L. VANDELLI, *El ordenamiento...*, cit., p. 230.

En este sentido, hay que comenzar señalando que, por ejemplo, para los Profesores Alzaga y Trujillo⁵¹ la respuesta ha de ser positiva. Esto es, de la existencia de los artículos 146 y 151.2 y, en particular, del hecho de que los elaborados por el último de ellos requieran, tanto para su aprobación (art. 151.2.3.º y 5.º C.E.) como para su reforma (art. 152.2 C.E.), la celebración de un referéndum se deriva la existencia de dos modelos claramente diferenciados de Estatuto. Los primeros, los aprobados al amparo del artículo 146 de la Constitución, tendrían el carácter de Leyes Orgánicas. Los segundos, los del artículo 151.2, no serían, en rigor, reconducibles a la condición de meras Leyes Orgánicas. Por el contrario, y en la medida en que, según estos autores, la intervención del cuerpo electoral supone una variación en la naturaleza jurídica del Estatuto, se trataría de un tipo especial de normas, que si bien no son equiparables en su rango a la Constitución, a la que se encuentran subordinados, si gozarían de un rango superior al del resto de las Leyes Orgánicas, incluidos los Estatutos del 146 del Texto Constitucional, y ordinarias.

No parece que esta tesis sea acertada, y ello por cuanto que no parece lógico afirmar que la intervención del cuerpo electoral en la aprobación y modificación del Estatuto haga variar su naturaleza⁵². Más adecuada parece la opinión de, entre otros, Tomás-Ramón Fernández, Cascajo, Muñoz Machado, Predieri y Vandelli⁵³, para quienes el rango de todos los Estatutos de Autonomía, cualquiera que haya sido el procedimiento seguido para su aprobación, es el que le determina el artículo 81.1: son Leyes estatales, con el rango formal de Ley Orgánicas.

Ahora bien, afirmar que los Estatutos de Autonomía son Leyes Orgánicas no quiere decir, sin embargo, que no deba reconocérseles ciertas especialidades respecto de las demás Leyes Orgánicas previstas en el artículo 81.1 de la Constitución. Singularidades éstas que, a la postre, impiden la consideración de las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas como simples Leyes Orgánicas⁵⁴. Y es que, en efecto, -y como trataremos de demostrar con algún detenimiento-, las peculiaridades que presentan en cuanto a su régimen de iniciativa legislativa/autonómica, su elaboración y su reforma, hacen que nos encontremos ante un tipo de normas que cua-

51 Cfr. O. ALZAGA VILLAAMIL, *La Constitución...*, cit., pp. 859-860. G. TRUJILLO, "Comentario al Título VIII. De la organización territorial del Estado", en la obra colectiva *Constitución Española. Edición comentada*, Madrid, 1979, p. 299; "Federalismo y regionalismo en la Constitución española de 1978: El Estado "Federo-Regional", en G. Trujillo (coord.) y otros, *Federalismo y Regionalismo*, cit., pp. 29-30. Más radical a este respecto se muestra F. BALAGUER CALLEJÓN (*Fuentes del Derecho. II...*, cit., pp. 146-148), para quien nuestra Constitución sanciona la existencia de tantos tipos de Estatutos como vías de acceso a la autonomía se prevén en la misma.

52 Cfr. esta afirmación en R. CALZADA CONDE y J. RUIPÉREZ ALAMILLO, "Consideraciones generales sobre la reforma de los Estatutos de Autonomía", *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 22 (1988), p. 65.

53 Cfr. T.-R. FERNÁNDEZ, *Las Leyes Orgánicas...*, cit., p. 44; J. L. CASCAJO CASTRO, "La reforma del Estatuto", en la obra colectiva *Primeras Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Oñati, 1983, vol. III, p. 1.636; S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público...*, cit., vol. I, p. 287; A. PREDIERI, "El sistema de las fuentes del derecho", en A. Predieri y E. García de Enterría (dirs.) y otros, *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, 1981, 2ª ed., pp. 215-216; L. VANDELLI, *El ordenamiento...*, cit., p. 227.

54 Coincidimos, pues, con la opinión de Alzaga cuando, criticando la postura de C. AGUADO RENE-DO [*El Estatuto de Autonomía...*, cit., pp. 209-210; "Acerca de la naturaleza jurídica del Estatuto de Autonomía", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 49 (1997), pp. 16-170] de considerar que estamos ante una Ley Orgánica como cualquier otra, bien que con algunas especialidades procedimentales, escribe "cuanto llevamos escrito permite concluir fácilmente que lo único que no se puede predicar de los EEAA es que son una norma «normal»". Vid. O. ALZAGA VILLAAMIL, I. GUTIERREZ GUTIERREZ y J. RODRÍGUEZ ZAPATA, *Derecho Político según la Constitución de 1978. I...*, cit., p. 535. Vid., también, O. ALZAGA VILLAAMIL, "En torno al concepto...", cit., p. 122.

dran mejor con el concepto de lo que Antonio La Pergola⁵⁵ ha denominado “fuentes atípicas” que con el de mera “Ley reforzada” que es, en rigor, lo que son el resto de las Leyes Orgánicas a que se refiere nuestro Código Jurídico-Político Fundamental.

Dos son, básicamente, las circunstancias que determinan el carácter especial de las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas. Notas que, en último extremo, se refieren al singular proceso legislativo que ha de seguirse para su aprobación, y al peculiar sistema que ha de observarse para su reforma.

5.1.- Singularidades en el proceso de elaboración y aprobación del Estatuto de Autonomía: la dicotomía consenso versus pacto entre soberanos

Es necesario referirse, en primer lugar, a la titularidad de la iniciativa y al modo en que se elabora el proyecto estatutario. En este sentido, debe decirse que, mientras que, en cualquiera de las Leyes Orgánicas “ordinarias”, la iniciativa legislativa se ejercerá según lo dispuesto en los artículos 87, 88 y 89 de la Constitución, en el caso de los Estatutos tales preceptos no son aplicables⁵⁶. En efecto, nuestro Código Fundamental, con carácter general, y salvo que existan motivos de interés general que aconsejen la puesta en marcha del proceso autonómico por parte de las Cortes Generales (art. 144.c), atribuye la iniciativa estatutaria a las Diputaciones Provinciales (o, en su caso, órganos interinsulares correspondientes) y Ayuntamientos, y en algunos casos se exige que la voluntad de estas corporaciones sea ratificada por el cuerpo electoral (art. 151.1) o las Cortes Generales (art. 144. a) y b) y disp. Trans. 5ª). Así mismo, la facultad para elaborar y aprobar el Proyecto de Estatuto corresponde, también con carácter general⁵⁷, a una Asamblea *ad hoc*, integrada o bien sólo por los Diputados y Senadores elegidos en las Provincias afectadas (art. 151.2.1), o bien por éstos y los miembros de las Diputaciones, u órgano interinsular correspondiente, de las Provincias a que se refiere el Proyecto (art. 146).

Ni que decir tiene que es, precisamente, este singular modo en que se ejerce la iniciativa legislativa el que nos permite, y justifica, atribuir a las normas estatutarias un inequívoco carácter consensual, muchas veces negado desde el formalismo jurídico⁵⁸.

55 Sobre la figura de la “fuente atípica”, pensada inicialmente para las normas de adaptación del Derecho Internacional, pero que tienen aplicación en el orden interno, fundamentalmente en relación con las autonomías territoriales, cfr., ahora, A. LA PERGOLA, “Un problema clave del Derecho Constitucional: Las normas internacionales y las fuentes normativas del Estado”, en el vol. *Poder exterior y Estado de Derecho. El constitucionalista ante el Derecho Internacional*, Salamanca, 1987, pp. 13-55.

56 Sobre la problemática de la iniciativa estatutaria o, si se prefiere, autonómica en la vigente Constitución española, cfr. los epígrafes II (“Sistemas de acceso gradual a la autonomía”) y III (“El acceso inmediato a la autonomía”) del Cap. III de mi *Formación...*, cit., especialmente pp. 146-159, 180-183, 185-186, 193-196, 199-213 y 224-226.

57 Una excepción a esta regla es la que se prevé en el art. 144.b), donde el Constituyente faculta a las Cortes Generales para, por motivos de interés general, “acordar, en su caso, un Estatuto de Autonomía” para los territorios no integrados en la organización provincial, más concretamente para Gibraltar en el supuesto de que se integre en el Estado español. Nos encontramos ante lo que S. MUÑOZ MACHADO denomina “Estatutos acordados”, cuya elaboración y aprobación “se hará por los cauces ordinarios previstos para las leyes orgánicas” (*Derecho público...*, cit., vol. I, p. 275). En todo caso, este es el procedimiento que se ha seguido para la aprobación de los Estatutos de Ceuta y Melilla, lo que, desde mi punto de vista, plantea alguna duda en cuanto a su corrección desde el punto de vista constitucional, ya que para estas ciudades habría que poner en relación el art. 144.b) con la Disp. Trans. Quinta, de suerte tal que, al referirse a la voluntad de los Ayuntamientos, su Estatuto debería haber sido autorizado y no acordado. Sobre esto último, cfr. J. RUIPÉREZ, *Formación...*, cit., pp. 184-196. Cuestión distinta es el que, pese a que puedan existir estas dudas sobre su constitucionalidad, los Estatutos de Ceuta y Melilla se encuentren en vigor y desplegando toda su eficacia como consecuencia de que los operadores políticos y jurídicos optasen por no interponer frente a ellos un recurso de inconstitucionalidad.

58 Vid., al respecto, S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público...*, cit., vol. I, pp. 285-286; I. DE OTTO, *Derecho...*, cit., pp. 265-266.

Afirmación ésta en la que me parece oportuno detenerme. Y ello por cuanto que a veces se ha interpretado en un sentido muy distinto al que realmente quiere otorgársele. De manera más concreta, no ha faltado quien entienda que al atribuir a los Estatutos un inequívoco carácter consensual, lo que se pretende es conferirles la naturaleza de Ley pactada, fruto de un pacto entre soberanos⁵⁹. Lo que en modo alguno ha estado en mi ánimo⁶⁰ y que, por ello mismo, me parece necesario aclarar. En efecto, quien esto escribe está totalmente persuadido de que, cualquiera que sea el proceso histórico de formación del Estado Federal, no es posible concebir a la norma fundamental de las colectividades-miembros como un pacto entre soberanos.

No lo es cuando el Estado políticamente descentralizado surge desde la Confederación, como consecuencia directa de un paulatino y progresivo proceso de unión y centralización entre Estados hasta entonces independientes y soberanos. La razón es fácilmente comprensible. Es menester recordar, en este sentido, que, con las excepciones de Calhoun⁶¹ y von Seydel⁶² -quienes, al equiparar el Estado Federal a la Confederación de Estados, seguirán atribuyendo la soberanía a las entidades federadas-, Meyer⁶³ -para quien la constitución de la *Staatenbund* implica ya la renuncia a la soberanía por parte de los miembros- y Mouskheli⁶⁴ -quien, partiendo del monismo jurídico, dirá que el problema de la soberanía no puede ser el criterio distintivo entre la Confederación y la Federación, toda vez que la titularidad de la soberanía no corresponde ni a los miembros, como suele afirmarse de la primera, ni a la organización política central, supuesto comúnmente aceptado para la segunda, sino a la Sociedad Internacional-, la doctrina⁶⁵ es prácticamente unánime en afirmar que el tránsito de la Confederación de Estados al Estado Federal habrá de producir unos más que sobresalientes efectos en la problemática de la soberanía. Lo que, por lo demás, no es sino la lógica consecuencia de la transformación de una organización de diversos Estados que constituye, sí, una entidad política distinta de cada uno de sus componentes, a la que se le reconoce una cierta subjetividad internacional, pero que no implica, ni mucho menos, la desaparición de los miembros en el plano internacional, ni la renuncia a su *status* de entes soberanos, en una única entidad estatal.

59 Vid., en este sentido, O. ALZAGA VILLAAMIL, I. GUTIERREZ GUTIERREZ y J. RODRÍGUEZ ZAPATA, *Derecho Político según la Constitución de 1978*. I..., cit., pp. 532-535.

60 Permítaseme que, como prueba de ello, me remita al trabajo, elaborado en homenaje al Prof. Dr. P. Lucas Verdú, J. RUIPÉREZ, "Principio Democrático y federalismo. El Poder Constituyente como único soberano posible en el Estado políticamente descentralizado", *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n.º 3 (1999), pp. 517-557, que nos servirá de base para las reflexiones que siguen.

61 Cfr., de manera fundamental, J. C. CALHOUN, *A Discourse in the Constitutional Government in the United States*, (edición reducida a cargo de G. Post), Nueva York, 1952; *Disquisición sobre el Gobierno*, Madrid, 1996. Sobre la teoría de Calhoun, cfr., por todos, A. C. McLAUGHLIN, *A Constitutional History of the United States*, Nueva York, 1953, pp. 447 y ss. A. LA PERGOLA, *Residui "contrattualistici" e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milán, 1969, fundamentalmente pp.235-260; "El Estado Federal de origen pacticio y los residuos de la Confederación. 2. Residuos de la Confederación en el Estado Federal. 2.1. El problema de la revisión constitucional y el contractualismo de Calhoun", en el vol. *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994, pp. 229-252. P. LUCAS VERDÚ, "Estudio preliminar" a J. C. Calhoun, *Disquisición sobre el Gobierno*, cit., pp. IX-L.

62 Cfr. M. von SEYDEL, *Staatsrechtliche...*, cit., pp. 1 y ss.; *Commentar zur Verfassungs-Urkunde für das Deutsche Reich*, Friburgo i.B./Leipzig, 1897, 2.ª ed., pp. 1 y ss.; *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, Würzburg, 1873.

63 Cfr. G. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes*, Leipzig, 1899, 6.ª ed., pp. 39, 41, 42-44, 46, 175 y 176 y ss. En todo caso, es menester recordar que Georg Meyer estimaba que el Estado Federal no podía ser explicado desde los conceptos medulares de una Teoría del Estado Constitucional construida en base al Estado Unitario; vid., G. MEYER, *Lehrbuch...*, cit., p. 4.

64 Cfr. M. MOUSKHELI, *Teoría jurídica...*, cit., p. ej., pp. 62 y ss., 83-84 y 88.

65 Cfr., ahora y por todos, R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General...*, cit., pp. 103-104. A. LA PERGOLA, "La Confederación. 1. El tipo arcaico: *Compact clause* y evolución del sistema constitucional americano. De los «*Articles of Confederation*» al Estado Federal" y "La Confederación. 2. La forma moderna: «el federalismo y su contornos»", ambos en el vol. *Los nuevos senderos del federalismo*, cit., pp. 89-109, especialmente p. 103 y, y 112-119, especialmente p. 117.

Es, obviamente, desde la óptica anterior desde donde se formularon las más clásicas teorías sobre la titularidad de la soberanía en el Estado Federal. Nos referimos, claro está, a la doctrina de la doble soberanía, o cosoberanía, elaborada inicialmente, y en el marco del proceso constituyente estadounidense, por Alexander Hamilton y James Madison⁶⁶, y que encontraría en Europa defensores como Georg Waitz⁶⁷ o Joseph Hausmann⁶⁸; la defendida por Philipp Zorn⁶⁹, Hermann Heller⁷⁰ y Louis Le Fur⁷¹, conforme a la cual la soberanía reside en la Federación y, de una u otra suerte, el *Bundesstaat* queda equiparado al Estado Unitario; Paul Laband⁷² y Georg Jellinek⁷³, los cuales coinciden con los anteriores en que es la Federación la titular de la soberanía, pero no niegan la cualidad estatal a los miembros.

Todas estas construcciones tienen, de manera indudable, el gran mérito de haber comprendido que la celebración de pacto social, por el cual nace el Estado⁷⁴, necesariamente ha de producir efectos en cuanto a la titularidad de la soberanía. Sin embargo, las mismas no resultan, en mi humilde opinión, enteramente satisfactorias. Pretendiendo dotar a mi discurso de la mayor claridad posible, estimo pertinente el detenernos a justificar, siquiera sea de manera breve, esta afirmación.

66 Cfr. A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY, *El Federalista*, México, 1982, 1.ª ed., 3.ª reimpr., especialmente n.º IV, IX, XXXI, XXXII y XXXIX, pp. 12-15, 32-35, 123-129 y 158-163.

67 Cfr. G. WAITZ, *Grundzüge der Politik nebst einzelnen*, 1862.

68 Cfr. J. HAUSMANN, "Das deutsche Reich als Bundesstaat", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 33 (1915), pp. 82-114.

69 Cfr. Ph. ZORN, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Berlín y Leipzig, 1880, t. I; *De Deutsche Reichsverfassung*, Leipzig, 1919, 3.ª ed., pp. 37 y ss.

70 Cfr. H. HELLER, *La soberanía. Contribución a la Teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional*, México, 1995, 2.ª ed., Cap. Quinto, II: "La soberanía cualidad esencial del Estado", pp. 214-222.

71 Cfr. L. LE FUR, *État Fédéral et Confédération d'États*, París, 1896, pp. 589 y ss.

72 Cfr. P. LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand. I. Formation de l'Empire Allemand; l'Empire et les États particuliers; l'Empereur; le Bundesrath; le Reichstag*, París, 1900, pp. 98 y ss., 126 y 139.

73 Cfr. G. JELLINEK, *Teoría...*, cit., pp. 368-369 y 370-371, en relación con lo dicho en pp. 365-367.

74 Como recientemente ha recordado Pedro DE VEGA ["Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del Principio Democrático en el constitucionalismo actual", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 100 (1998), pp. 13-56], el nacimiento del Estado Constitucional, que, en rigor, sólo cabe situar en un momento histórico determinado: las grandes revoluciones liberal-burguesas americana y francesa de finales del s. XVIII, se producirá como consecuencia de la realización de un proceso constituyente que, siempre, será de una u otra forma reconducible a los esquemas teóricos trazados por el reverendo John WISE en su obra *A Vindication of the Government of the New England Churches. Drawn from Antiquity; the Light of Nature, Holy Scripture; its Noble Nature; and from the Dignity divine Providence has put on it*, Boston, 1717 y que, no por casualidad, había conocido en 1772 dos reimpressiones (sobre la importancia de Wise en los procesos constituyentes americanos, tanto sobre los estatales como el federal, cfr., por todos, Ch. BORGEAUD, *Établissement et revision des Constitutions en Amérique et en Europe*, París, 1893, pp. 17-18 y ss.; sobre la influencia del contractualismo en los procesos constituyentes franceses, cfr., por todos, Egon ZWEIG, *Die Lehre von Pouvoir Constituant. ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübinga, 1909, p. 343), conforme a los cuales en aquel proceso han de distinguirse tres momentos: el momento de la libertad, el del pacto social, y, por último, el acto constitucional. Pues bien, ocurre que es el segundo de estos momentos el que, al decidirse en él la constitución de la sociedad y los principios básicos por los que va a regirse, que serán concretados a nivel normativo en el acto constitucional, el que resulta decisivo para la creación del Estado Constitucional. Como prueba de lo anterior, bástenos con recordar aquí las palabras que, en la sesión de 10 de mayo de 1793, pronunciara ISNARD en la Constituyente francesa: "Debe reconocerse en primer lugar [...] cuáles son los derechos naturales de todos y proclamarlos... Para seguir el orden natural de la organización social hay que proceder, antes de toda ley constitucional, a la redacción de un pacto social. Este acto debe ser intermedio entre la declaración de derechos, que le sirve de base, y la Constitución, a la que sirve de barrera y regulador. Si el pacto social difiere de una simple declaración de derechos, difiere más aún de un acto constitucional. Hacer un pacto social es redactar el instrumento por el que ciertas personas consienten formar una asociación con tales o cuales condiciones previas. Hacer una Constitución, por el contrario, es únicamente determinar la forma de gobierno... En caso se crea la sociedad, en el otro se organiza" (*Archives Parlementaires*, vol. LXIV, p. 417, citado por P. DE VEGA, "Mundialización y Derecho Constitucional:...", cit., p. 28).

Esta tarea adquiere, en la España de hoy, una singular transcendencia en relación con la doctrina de la cosoberanía. Motivo por el cual, va a ser ésta la que ocupe nuestra atención. Al fin y al cabo, las otras dos tesis, en tanto en cuanto, y aunque de manera muy diversa, atribuyen la titularidad de la soberanía a la Federación, excluyen de forma definitiva cualquier posibilidad de concebir la Ley Fundamental -ya se trate de una Constitución regional, ya de un Estatuto de Autonomía- de los centros autónomos de decisión política democrática y legítima como el resultado de un pacto entre soberanos⁷⁵.

Téngase en cuenta, a este respecto, que la teoría de la doble soberanía, que, habiendo encontrado, en 1915, en Hausmann su último gran defensor, había prácticamente desaparecido en el debate -teórico y práctico- político, ha conocido una más que sobresaliente revitalización entre nosotros. En efecto, a partir de la Legislatura 1996-2000, los partidos nacionalistas, con el respaldo que les brinda algún viejo político conservador⁷⁶ -orgullosos, por lo demás, de haber contribuido a, según él, configurar el régimen franquista como un auténtico Estado de Derecho⁷⁷-, se han hecho eco de aquella clásica construcción. Se trata, empero, de una reformulación de la misma, ya que introducen a un nuevo sujeto como titular, o cotitular, de la soberanía. Esto es, si en la Legislatura 1993-1996 las pretensiones nacionalistas se limitaban a exigir el reconocimiento constitucional del *ius secessionis*, -lo que, como es obvio, resulta imposible de atender en el marco de la actual Constitución española, al menos siempre que se quiera continuar con ella y no con otro Código Jurídico-Político Fundamental⁷⁸-, en la de 1996-2000 se da un paso más en las demandas. Lo que se pretende es que, como consecuencia de la dinámica política derivada del proceso de integración europea, se reconozca, ya a través de una mutación, ya mediante la modificación formal del Texto, en el más alto nivel normativo aquello que, según entienden ellos, es ya una realidad fáctica: que hoy la soberanía se encuentra dividida entre la Unión/Comunidad Europea, el Estado español y las Comunidades Autónomas, o, al menos, algunas de ellas.

Como es evidente, no podemos aquí entrar en un pormenorizado análisis jurídico-político de tal pretensión, -que es lo que, como ya advertí, por ejemplo, Triepel⁷⁹, le corresponde al estudioso del Derecho Constitucional-, ni tampoco, en la determinación de si la misma es viable con la vigente Constitución o si, por el contrario, la realización de aquélla supondría la verificación de un auténtico acto revolucionario que, a la postre, se traduciría en la modificación del pacto social⁸⁰. Su mera mención justifica, en cualquier caso, el que hayamos de ocuparnos de la doctrina de la doble soberanía, desde el entendimiento de que las críticas que fueron, en su día, dirigidas a la versión original serían, siempre, aplicables a la nueva versión. Tanto más cuanto que mucho me temo que es, justamente, la circunstancia de su revitalización y, de algún modo, reformulación la que, en último extremo, se encuentra en la base del malentendido sobre el significado de la expresión "carácter inequívocamente consensual" de los Estatutos de Autonomía.

75 Ello no obstante, mi crítica a tales doctrinas puede verse en J. RUIPÉREZ, "Principio Democrático...", cit., pp. 549-554.

76 Vid. M. HERRERO DE MIÑÓN, *Derechos históricos y Constitución*, Madrid, 1998.

77 Vid. M. HERRERO DE MIÑÓN, *Memorias de estio*, Madrid, 1993, pp. 22-23.

78 Cfr., a este respecto, J. RUIPÉREZ, *Constitución y autodeterminación*, Madrid, 1995.

79 Cfr. H. TRIEPEL, *Derecho Público y Política*, cit., p. 42.

80 Sobre esta problemática me he ocupado en los siguientes trabajos: "Una cuestión actual en la discusión política española: La Constitución española y las propuestas nacionalistas, o de los límites de la mutación y la reforma constitucional como instrumentos para el cambio político", *Civitas Europa. Revista Jurídica sobre la Evolución de la Nación y del Estado en Europa*, n.º 2 (1999), PP. 133-155; "Consideraciones xerais sobre a soberanía e o federalismo na Constitución española de 1978", *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 21 (1999), pp. 209-253; "Algunas reflexiones sobre la soberanía y el federalismo en la Constitución española de 1978", en A. Pérez Calvo (coord.) y otros, *Estado, Nación y soberanía (Problemas actuales en Europa)*, Madrid, 2000, pp. 209-260.

Así las cosas, lo primero que debemos decir de la tesis de la cosoberanía es que ésta nace no sólo de la práctica política, lo que, por otra parte, sería común a cualquier otra teoría política⁸¹, sino en la propia práctica política: el proceso constituyente federal de los Estados Unidos de América, y, además, con un notable éxito. En efecto, nadie podría cabalmente poner en duda el enorme valor que esta formulación tuvo en la construcción de la República estadounidense. Téngase en cuenta que, en último término, fue merced a ella como, en la Convención de Filadelfia, se lograron superar tanto las reticencias de aquéllos que querían impedir el abandono de la Confederación en favor de la creación de un Estado Constitucional único, como la enemiga de aquellos otros que se oponían a la configuración de la Unión de manera distinta al Estado Unitario. Para ello, lo que se hace es presentar a la nueva estructura estatal, a la que posteriormente la doctrina alemana bautizaría con el nombre de *Bundesstaat*, como un tipo de organización intermedio, y equidistante, entre la Confederación y el Estado Unitario. Las palabras de Publio lo dejan clara y contundentemente afirmado: “la Constitución propuesta [escribe James Madison] no es estrictamente una Constitución nacional ni federal [entiéndase confederal], sino una combinación, un acomodamiento entre ambas. Desde el punto de vista de su fundamento, es federal, no nacional; por el origen de donde proceden los poderes ordinarios del gobierno, es en parte federal y en parte nacional; por la actuación de estos poderes, es nacional, no federal; por la extensión de ellos es, otra vez, federal y no nacional, y, finalmente, por el modo que autoriza para introducir enmiendas, no es totalmente federal ni totalmente nacional”⁸². Del éxito político de esta iniciativa da buena cuenta el hecho de que la Unión norteamericana siga existiendo como un Estado Constitucional único.

Ahora bien, si su virtualidad práctica para la forja de la primera gran Federación es inapelable, no sucede lo mismo en cuanto a la posibilidad real de su articulación. Y es que, en efecto, debemos advertir de forma inmediata que nos encontramos ante una construcción que resulta tan ingeniosa desde el punto de vista político-práctico, como insostenible en términos técnicos.

En este sentido, importa señalar que, a diferencia de Calhoun, los creadores de la idea de la doble soberanía sí van a atribuir una gran relevancia y trascendencia a la celebración de la Convención de Filadelfia. No resultaría, según nuestro entender, exagerado interpretar que cuando, reunidos ya los *Founding Fathers*, Hamilton escribe que “Después de haber experimentado de modo inequívoco la ineficacia del gobierno federal [en rigor, confederal] vigente, sois llamados a deliberar sobre una nueva Constitución para los Estados Unidos de América”⁸³, lo que está haciendo no es sino atribuir a la convocatoria, reunión y efectiva puesta en marcha de la Convención, a partir del 25 de mayo de 1787, la condición de ser la materialización del que, con John Wise, denominaremos momento del pacto social.

Se producía, de esta suerte, el, por decirlo en la terminología jellinekiana, hecho nacional por el que nace una nueva estructura político-estatal, la Unión federal, que es comprendida como un verdadero Estado distinto y, en cierto modo, contrapuesto a los diversos Estados-miembros⁸⁴, en el que, sin embargo, éstos se integran dando lugar a la

81 Sobre la relación que existe entre la teoría y la práctica ha de tenerse siempre muy en cuenta lo afirmado, con carácter general y no sólo referido a lo jurídico-político, por Immanuel KANT en su obra “En torno al tópic: «Tal vez eso sea correcto en teoría pero no sirve para la práctica»” (1793), recogido en el vol. *Teoría y práctica*, Madrid, 1986, pp. 3-60.

82 A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY, *El Federalista*, cit., n.º XXXIX, p. 163.

83 A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY, *El Federalista*, cit., n.º I, p. 3.

84 Para una ponderada y cabal comprensión de esta circunstancia, cfr., por todos y con carácter general, R. SMEND, “Constitución y Derecho Constitucional” (1928), en el vol. *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, 1985, p. 239.

aparición de un nuevo, único y común Poder Constituyente cuyo titular no es otro que el Pueblo estadounidense en su conjunto. Interpretación ésta que, en el plano normativo, encuentra confirmación en el propio Preámbulo de la Constitución⁸⁵, a cuyo tenor: “Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una unión más perfecta, establecer la Justicia, afianzar la tranquilidad interior, proveer la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la libertad, sancionamos y estatuímos esta Constitución para los Estados Unidos de América”.

Ocorre, no obstante -y aquí radica, de manera básica, el motivo de nuestras dudas sobre la posibilidad real de poner en marcha el sistema propuesto en *El Federalista*-, que para los autores de la teoría de la doble soberanía la conclusión del pacto social y, con ello, la aparición de un nuevo sujeto soberano: el Poder Constituyente del Pueblo de los Estados Unidos, no implica, ni debe implicar, un radical cambio de *status* para los preexistentes Estados particulares. Federación y colectividades federadas quedan, entonces, configuradas como verdaderos soberanos en la nueva organización estatal. Y ello será así, incluso después de haberse aprobado y de entrar en vigor el Texto Constitucional federal. Esta es, justamente, la nota esencial, central y nuclear que, en opinión de los defensores de la idea de la cosoberanía, definirá al Estado Federal. La soberanía no pertenece por entero ni a la Federación, ni a las partes, sino a ambas. En “*El Anunciador Cotidiano*” de 3 de enero de 1788, Alexander Hamilton lo explicaría en los siguientes términos: “La completa consolidación de los Estados dentro de una soberanía nacional implicaría la absoluta subordinación de las partes; y los poderes que se les dejaran estarían siempre subordinados a la voluntad general. Pero como el plan de la convención tiende solamente a conseguir una consolidación parcial, los gobiernos de los Estados conservarían todos los derechos de la soberanía que disfrutaban antes y que no fueran delegados de *manera exclusiva* en los Estados Unidos por dicho instrumento [la Constitución federal]”⁸⁶.

No hace falta demasiada sagacidad para comprender que son muchos los problemas que una tal concepción plantea desde la perspectiva de una organización como la del Estado Constitucional. Recuérdese que, como con absoluta y meridiana claridad pusieron de manifiesto, por ejemplo, un Carl Friedrich⁸⁷ o un Martin Kriele⁸⁸, lo característico del Estado Constitucional es que, una vez que éste ha sido creado por el Constituyente y empieza a funcionar, no hay, ni puede haber, en su interior ningún sujeto que, siempre en condiciones de normalidad, pueda pretender presentarse como el soberano en su actuación. De manera más general, va a producirse un grave conflicto con la acertada observación, realizada, desde las más diversas posiciones, por Calhoun, von Seydel, Jellinek⁸⁹ y Hermann Heller, de que es “posible que dos ejércitos luchen por establecer sus respectivas soberanías sobre un territorio determinado, en cuyo caso, el jurista tendrá que aceptar la existencia de una lucha por la soberanía, que durará hasta la terminación de la guerra. Es en cambio imposible aceptar que sobre un mismo territorio existan dos unidades decisorias supremas; su existencia significaría la destrucción de la unidad del Estado y su consecuencia sería el estallido de la guerra civil”⁹⁰.

85 En este mismo sentido, cfr., por todos, P. DE VEGA, “Constitución y Democracia”, en la obra colectiva *La Constitución española de 1978 y el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Oñati, 1983, p. 67.

86 A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY, *El Federalista*, cit., n.º XXXII, p. 127.

87 Cfr. C. J. FRIEDRICH, *La Democracia como forma política y como forma de vida*, Madrid, 1965, 2.ª ed., pp. 33-34; *Gobierno Constitucional y Democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, Madrid, 1975, vol. I, p. 60; *El hombre y el Gobierno. Una teoría empírica de la política*, Madrid, 1968, p. 372.

88 Cfr. M. KRIELE, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimación del Estado Constitucional Democrático*, Buenos Aires, 1980, pp. 149 y ss., 318 y ss.

89 Cfr. G. JELLINEK, *Teoría...*, cit., pp. 296-297 y 373 y ss.

90 H. HELLER, *La soberanía...*, cit., p. 214.

Pretendiendo superar los problemas que se derivarían de la existencia en un mismo territorio de dos sujetos dotados de un poder absoluto, soberano e ilimitado en el contenido de su voluntad, es para lo que, en definitiva, surge la teoría de la doble soberanía. No se trata de que la organización política central y las organizaciones políticas regionales sean titulares de una soberanía plena, total y absoluta respecto de cualquier materia. De serlo, aciertan a ver los mantenedores de la tesis que nos ocupa, el Estado Federal estaría condenado al conflicto bélico permanente.

Ahora bien, siendo lo anterior cierto, ocurre que, como observa Waitz⁹¹, tampoco es posible, en el marco de este tipo de Estados, afirmar que la soberanía, en su totalidad, pertenece a las colectividades federadas, o a la Federación. En el primer supuesto, no estaríamos en presencia de un auténtico Estado Federal, sino que seguiría vigente el modelo de organización político-estatal confederal. En la segunda hipótesis, por el contrario, el *Bundesstaat* quedaría equiparado en todo al Estado Unitario. Lo que sucede, entonces, es que la única manera posible de articular el Estado políticamente descentralizado será la de proceder a la división de ese poder soberano entre las distintas instancias de decisión política. División de la soberanía que se realizará tanto desde el punto de vista territorial, como desde el material y el funcional. De esta suerte, la organización política central y los distintas colectividades particulares se presentan como verdaderos soberanos, bien que cada uno en su respectivo ámbito de actuación.

Dos son, fundamentalmente, las objeciones que, según nuestro modesto entender, han de hacerse a la teoría de la doble soberanía.

La primera de estas impugnaciones se deriva, directa e inmediatamente, del propio concepto de soberanía. Esto es, frente a la idea de que en el Estado Federal se produce una división de la soberanía entre la Federación y los miembros, es menester recordar, y afirmar, que ésta, como poder absoluto e ilimitado, es, por definición, única e indivisible. Jean Jacques Rousseau había puesto ya de manifiesto esta circunstancia cuando, con el ingenio que le es característico, escribió que “Por la misma razón que la soberanía no es enajenable, también es indivisible. Porque la voluntad es general o no lo es; es la del cuerpo del pueblo o sólo de una parte. En el primer caso, esta voluntad declarada es un acto de soberanía y se convierte en ley. En el segundo, no es más que una voluntad particular, (...) es un decreto a lo sumo”⁹². La contundencia del razonamiento del filósofo ginebrino nos exime de cualquier otro comentario.

La segunda de las refutaciones que, a nuestro juicio, ha de hacerse a la doctrina de la cosoberanía, se refiere ya en concreto a la más que difícil, por no decir imposible, puesta en marcha de un tal sistema en el marco del constitucionalismo moderno y, en particular, para el correcto y preciso funcionamiento del federalismo.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que, como ya ha quedado indicado, el nacimiento de la Federación como Estado, esto es, como una única unidad organizada de decisión y acción política⁹³, se produce como consecuencia del pacto social. Momento éste que, de una u otra forma, responderá a la descripción que con carácter general hace aquél a quien Adams calificó como el más conspicuo mentor de la revolución: “Permitidnos concebir en nuestra Mente [escribirá el reverendo Wise] una multitud de Hombres, todos ellos Naturalmente Libres e Iguales, emprendiendo de manera voluntaria la formación de una nueva Comunidad política (*Common-Wealth*) entre ellos

91 Cfr. G. WAITZ, *Grundzüge...*, cit., p. 166.

92 J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social o Principes du Droit Politique* (1762), París, 1966, Libro II, Cap. II, p. 64; vid., también, pp. 65-67.

93 Para la comprensión del Estado, cualquiera que sea su forma, como unidad organizada de decisión y acción política, cfr., por todos, H. HELLER, *Teoría del Estado*, México, 1983, 1.ª ed., 9.ª reimpr., p. 246-265.

mismos. Siendo ahora tal su Condición, para convertirse ellos mismos en un Cuerpo Político, deben necesitar Entrar en diferentes *Covenants* (pactos). (...) 1. Cada Hombre de forma intercambiable debe comprometerse firmando el *covenant* a formar parte de una Sociedad duradera, en la que serán capaces de decidir las medidas para su seguridad, por un Voto Público⁹⁴. Siendo así, la única conclusión a la que cabalmente cabe llegar no es sino la de que no le falta razón a Carl Friedrich⁹⁵ cuando, con claridad meridiana y absoluto y total acierto, afirmó que el Estado políticamente descentralizado es una manifestación concreta y específica del propio Estado Constitucional. Lo que, en último extremo, significa que el Estado Federal habrá de ser explicado desde los conceptos y esquemas medulares de la Teoría del Estado Constitucional. Y es, justamente, desde esta óptica desde donde la insostenibilidad de la tesis de la doble soberanía se hace patente.

Forma parte de la lógica del moderno Estado Constitucional el que, una vez que el Texto Constitucional ha sido aprobado y entra en funcionamiento, el *Pouvoir Constituant*, único titular posible de la soberanía en esta forma de organización estatal, desaparecerá de la escena política para entrar en una fase de letargo, de la que tan sólo saldrá cuando se haga necesario el darse un nuevo Código Jurídico-Político Fundamental, dando paso, así, a la actuación de los poderes constituidos, que han sido creados por la Constitución y que reciben de ella todas sus competencias⁹⁶. Circunstancia ésta que si, por un lado y como ya tuvimos ocasión de señalar, permitió sostener a Friedrich y Kriele que en el Estado Constitucional no hay soberano, dará, por otro, la razón a quienes, como Paine⁹⁷, Krabbe⁹⁸ y Kelsen⁹⁹, afirman que la única soberanía posible en el Estado Constitucional es la de Constitución y el Derecho.

Este esquema es el que, como decimos, ha de ser aplicado al Estado Federal. Al fin y al cabo, el pacto social no tiene tan sólo la virtualidad, reconocida en Francia, por ejemplo, por Valdruche¹⁰⁰ en la sesión de la Convención de 15 de abril de 1793, de crear la sociedad, o el Estado, y el fijar los principios por los que aquél va a regirse, y que se desarrollarán en el Texto Constitucional. Por el contrario, ocurre que, junto con aquélla, el pacto social lo que hace es determinar quién va a ser el soberano en la nueva

94 J. WISE, *A vindication...*, cit., pp. 44-45.

95 Cfr. C. J. FRIEDRICH, *Gobierno constitucional...*, cit., vol. I, p. 377.

96 Cfr., a este respecto, C. SCHMITT, *Teoría...*, cit., pp. 108-109; vid., también, pp. 186-200, donde Schmitt señalará que la proclamación y efectiva puesta en marcha del principio de división de poderes, que por lo demás, sólo resulta posible desde la previa admisión de un poder superior a ellos: el Poder Constituyente -lo que, en definitiva y en contra de lo que suele afirmarse, sitúa los antecedentes de la teoría del *Pouvoir Constituant* en Montesquieu y no en Rousseau [Cfr., en este sentido y por todos, E. ZWEIG, *Die Lehre...*, cit., pp. 66 y ss., 73 y ss., 240 y ss. (aunque no niega la posibilidad de entenderla como una síntesis entre la doctrina roussoniana de la soberanía popular y la de la división de poderes de Montesquieu, p. 117), R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General...*, cit., pp. 1.188-1.193; P. DE VEGA, *La reforma constitucional...*, cit., pp. 25-26]-, es una exigencia ineludible para el buen funcionamiento del Estado Constitucional como Estado burgués de Derecho. Cfr., también y por todos, P. DE VEGA, *La reforma constitucional...*, cit., pp. 34-37 y 74-76.

97 Cfr. Th. PAINE, "El sentido común (Dirigido a los habitantes de América)" (1776), en el vol. *El sentido común y otros escritos*, Madrid, 1990, p. 42.

98 Cfr. H. KRABBE, *Lehre der Reichssouveränität*, 1906, p. 97.

99 Cfr. H. KELSEN, *Teoría General...*, cit., pp. 141 y ss.

100 Decía entonces Valdruche: "Antes de presentar al pueblo las consecuencias del contrato social, es decir, una Constitución, hemos de presentarle las bases de dicho contrato, decirle cuál será la cuota de libertad individual, la porción de sacrificios particulares que habrá de constituir la libertad política de Francia. Habéis de conceder las bases al pueblo. En ellas solamente podrá reconocer y apreciar las ventajas del nuevo régimen, de las que no podría juzgar en la exposición metafísica de una Declaración de derechos. Pido que se trate inmediatamente de la redacción de las bases de un contrato social". *Archives Parlementaires*, 1.^a serie, vol. LXII, p. 121, citado por R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General...*, cit., p. 1.164, nota 2.

estructura política estatal. En efecto, lo que se hace al establecer el pacto social no es sino culminar ese proceso, magníficamente expuesto por Johannes Althusius¹⁰¹, por el cual cada uno de los individuos cede el ejercicio de la soberanía que como tal le corresponde a una nueva entidad superior a cada uno de ellos, y englobadora de todos ellos. Entidad superior que, a la postre, no puede ser otra que la del Pueblo del Estado Federal, en el cual se disuelven e integran los diferentes Pueblos de los distintos Estados, anteriormente soberanos, que forman el Estado políticamente descentralizado.

En tales circunstancias, la conclusión a la que, desde la más elemental lógica jurídica y política, debe llegarse es meridiana. En este sentido, debemos a Friedrich una serie de observaciones fundamentales.

En primer lugar, ocurre que, como quiera que el Estado políticamente descentralizado no es más que una manifestación estructural concreta del Estado Constitucional, en él, dirá con acierto, Carl Friedrich¹⁰², no puede existir más soberano que el Poder Constituyente que elabora, aprueba y sanciona la Constitución federal. Lo que, traducido en otros términos, significa que la soberanía pertenecerá al Pueblo federal en su conjunto, y no a cada uno de los Pueblos de las colectividades particulares individualmente considerados. La sentencia “Martin *versus* Hunter’s Lessee”, obra del juez Story bajo la presidencia de John Marshall, lo dejó claro en relación con la República norteamericana, cuando, de manera contundente, señala que la “Constitución de los Estados Unidos ha sido decretada y establecida no por los Estados, en su capacidad de Estados soberanos, sino expresa y formalmente, (...), por el «pueblo de los Estados Unidos»”¹⁰³.

Si, como acabamos de decir, en el Estado Federal, como manifestación estructural que es del Estado Constitucional, no puede haber más soberano que el Poder Constituyente federal, sucede, en segundo término, que el mismo concepto de soberanía resulta incompatible con el propio sistema federal. Será, de nuevo, Friedrich quien lo ponga claramente de manifiesto, cuando advierte que “podemos hablar apropiadamente de federalismo tan sólo si un conjunto de comunidades políticas coexisten e interaccionan como entidades autónomas, unidas en un orden común y, por supuesto, cada cual con su propia autonomía. Semejante federalismo resulta incompatible con el concepto tradicional de soberanía. No cabe descubrir soberano alguno en el sistema federal [ya operante]: autonomía y soberanía se excluyen mutuamente en un orden político. (...). El único modo teóricamente claro y admisible de plantear el asunto es admitir que, en vez de ser dirigido por un poder soberano, un sistema constitucional descansa sobre el poder constituyente”¹⁰⁴.

Por último, hemos de decir que porque toda la construcción del Estado Federal descansa en la idea de que el único soberano posible es el Pueblo en su conjunto, el cual, como titular del Poder Constituyente, aprueba y sanciona la Constitución federal, evidente debiera ser el que una vez que ésta ha sido aprobada, y el *Bundesstaat* empieza a funcionar, lo que operará en él serán tan sólo poderes constituidos que deberán al Texto federal si no su propia existencia, si, al menos, todas sus facultades. Dicho de otra manera, y de forma contundente, lo característico del Estado políticamente descentralizado es el que la organización política central y las organizaciones políticas regionales no pueden pretender presentarse como titulares de derechos de soberanía, sino de derechos de autonomía, entendiendo por tales no sólo el derecho a que se les atribuyan

101 Cfr. J. ALTUSIO, *La política metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos* (1603), Madrid, 1990, *passim*.

102 Cfr. C. J. FRIEDRICH, *Tendances du fédéralisme en théorie et en practice*, Bruselas, 1971, pp. 27 y ss.

103 Cfr. “Martin v. Hunter’s Lessee”, 14 US 304 (1816), p. 324.

104 C. J. FRIEDRICH, *Gobierno constitucional...*, cit., vol. I, p. 390.

facultades de dirección política sobre determinadas materias, sino también su propia existencia y subsistencia política que, en todo caso, ha de contar con mecanismos constitucionales adecuados para su garantía¹⁰⁵.

Hablar, en tales circunstancias, del reconocimiento de la condición de soberano a la organización política central y a los centros autónomos de decisión política democrática y legítima, es, en definitiva, ignorar la esencia misma del Estado políticamente descentralizado, que se confunde así con una realidad, la Confederación, que poco tiene que ver con un auténtico Estado Constitucional. De no ser así, es decir, si se pretende compatibilizar ese reconocimiento con el mantenimiento del Estado, nos encontraríamos con que, como con meridiana claridad denunció ya Carl Friedrich¹⁰⁶, sería sólo admisible como una perversión del significado clásico, y, por lo demás, real, de la soberanía. Y es que, en efecto, esta expresión se está utilizando, -y, desde luego, así suele hacerse en el lenguaje político norteamericano, de donde, seguramente, lo recogen, consciente o inconscientemente, los partidos nacionalistas españoles-, para hacer referencia no a un poder absoluto, permanente e ilimitado, sino a la distribución territorial y funcional del poder político, y, de manera especial, a la problemática de los competencias exclusivas. Nos sumamos, de este modo, a la opinión de Carré de Malberg, para quien la doctrina de la doble soberanía confunde la titularidad de ésta con la efectiva distribución de competencias entre Federación y los Estados-miembros, en el entendimiento que lo característico, y decisivo, del sistema es que cada una de estas entidades “posee, para el ejercicio de su competencia, todos los atributos de la potestad estatal y también todos los órganos, (...), necesarios para el ejercicio de esta potestad”¹⁰⁷.

Difícilmente podría, entonces, entenderse que la norma fundamental de las entidades político-regionales sea el fruto de un pacto entre soberanos cuando el Estado Federal es el resultado de un proceso de progresiva y paulatina centralización. Al fin y a la postre, y aun y cuando pueda hablarse de que los miembros gozan de una autonomía residual, que, frente a la otorgada propia del proceso contrario, se presentará como una reminiscencia de su anterior soberanía¹⁰⁸, ni a la organización política central ni a las regionales les corresponde la condición de sujetos soberanos, sino, muy al contrario, la de poderes constituidos que actúan dentro de la Constitución federal, de suerte tal que su manifestación de voluntad a la hora de aprobar el texto regional no podría ser entendido como un acto de soberanía.

La imposibilidad de concebir las normas institucionales básicas de las colectividades federadas como un pacto entre soberanos se hace, en mi opinión, todavía más patente en el caso de que el Estado Federal, Unitario-Federal o, si se prefiere, políticamente descentralizado tenga su origen en la descentralización de un anterior Estado Unitario. Lo anterior no resulta difícil de entender, sobre todo si se toma en consideración que en este supuesto se parte ya de una situación de “no soberanía” en las entidades territoriales que se convertirán en los futuros centros autónomos de decisión política, democrática y legítima.

105 En relación con esta última idea, así como su consideración como el elemento central, nuclear y basilar para la posible atribución de la naturaleza federal a una estructura político-estatal, me remito, por comodidad, a J. RUIPÉREZ, *La protección constitucional de la autonomía*, Madrid, 1994.

106 Cfr. C. J. FRIEDRICH, *Gobierno constitucional...*, cit., vol. I, p. 390.

107 R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General...*, cit., p. 145.

108 Sobre los conceptos de “autonomía residual” y “autonomía otorgada”, cfr., por todos, A. LA PERGOLA, “El federalismo como proceso”, en el vol. *Los nuevos senderos del federalismo*, cit., pp. 72-77; “Federalismo y Estado Regional...”, cit., p. 193; “La técnica constitucional...”, cit. p. 31; “Federalismo, regionalismo y poder exterior”, en el vol. *Poder exterior y Estado de Derecho. El constitucionalista ante el Derecho Internacional*, cit., pp. 155-157.

Debemos advertir, a este respecto, que cuando el Estado Federal nace por la transformación de una preexistente estructura estatal centralizada, tal metamorfosis se verifica en el marco de una comunidad política ya existente. Organización política-estatal que, y esto es lo que realmente reviste importancia, queriendo mantenerse como una entidad política única organizada ahora según los esquemas del federalismo, en el entendimiento de que, por decirlo con Friedrich, “el federalismo es el proceso a través del cual una comunidad política de pasado unitario llega a diferenciarse en una serie de comunidades políticas separadas y organizadas separadamente ahora, llegan a ser capaces de actuar separadamente y por su cuenta la solución de problemas que hasta entonces tenían en común”¹⁰⁹.

Evidente resulta, en tales circunstancias, que el momento del pacto social, que no es privativo de los supuestos de nacimiento *ex novo* de la sociedad política al modo americano¹¹⁰, no tiene, en este supuesto, la finalidad de fundar el Estado, como sucedía en el supuesto anterior, sino la de refundar la comunidad política. Esto es, el pacto social se traduce en la ratificación del deseo de los ciudadanos de mantenerse unidos en la misma comunidad política, bien que, ahora, articulada en base a otros principios y valores a los que, como Pueblo soberano, va a dar expresión normativa en el nuevo Código Jurídico-Político Fundamental, rompiendo con la situación jurídica anterior. Es, obviamente, desde esta óptica desde donde cobra pleno sentido la afirmación de, por ejemplo, un Jellinek¹¹¹ o un Carré¹¹² conforme a la cual la creación del Estado Federal es, aquí, un acto jurídico del Poder Constituyente estatal. Al fin y al cabo, en la medida en que el Estado ya existe, bien podría afirmarse que la aparición de la estructura federal es el resultado de la reorganización de la sociedad, que, como hemos visto ya, se lleva a cabo en el momento del acto constitucional, y que, en el supuesto que ahora nos ocupa, se traduciría en un cambio en la normativa fundamental, en la que o bien el Constituyente directamente descentraliza políticamente el Estado, o bien, y como sucedió con las Constituciones españolas de 1931 y 1978, permite su descentralización.

A la vista de lo hasta aquí expuesto, evidente debiera resultar que, aunque puedan existir quienes así lo afirmen en el panorama, teórico y práctico, político español¹¹³, las normas institucionales básicas de nuestras Comunidades Autónomas no se conciben por quien esto escribe como Leyes paccionadas, fruto del acuerdo de dos voluntades soberanas. Y ello es así, no tanto por cuanto que el Constituyente pretendiera dejar claro

109 C. J. FRIEDRICH, *El hombre...*, cit., p. 636. comprobar pag.

110 Aunque referido expresamente a la Francia revolucionaria de 1789-1791 y 1792-1793, cfr., en este sentido y por todos, G. ARNOULT, *De la révision des Constitutions. Établissement et révision des Constitutions françaises. Systemes de révision des Constitutions étrangères*, París, 1895, pp. 25, 53 y ss, y 56 y ss.

111 Cfr. G. JELLINEK, *Teoría...*, cit., p. 585.

112 Cfr. r. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General...*, cit., p. 138.

113 Hasta donde a mi se me alcanza, se ha hablado de “Estatuto pactado”, elaborado según un procedimiento singular que lo convierte en una fórmula paccionada, para referirse a las normas institucionales básicas que fueron aprobadas siguiendo los trámites establecidos en el art. 151.2 C.E., contra poniéndolos a los “Estatutos otorgados” que serían los del art. 146, pero distintos de los que, en atención al art. 144.b) Muñoz Machado denomina “acordados” (vid. *supra*, nota 56). Tal es el caso de, por ejemplo, T.-R. FERNÁNDEZ, “La organización territorial del Estado y la Administración Pública en la nueva Constitución”, en la obra colectiva *Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid, 1978, vol. I, p. 350; J. LEGUINA VILLA, “Las Comunidades Autónomas”, en el vol. *Escritos sobre autonomías territoriales*, Madrid, 1995, 2.ª ed., pp. 35-38. Ahora bien, no creo que con esta expresión: “Estatuto pactado” se quiera dar a entender que los Estatutos, ya sea a los que expresamente se refieren, los del art. 151.2, ya a todos, son el fruto de un pacto entre soberanos. La crítica, entonces, parece que ha de estar tan sólo destinada a los partidos nacionalistas que, desde las más diversas concepciones ideológicas, reivindican la soberanía para sus respectivas colectividades jurídico-políticas o, en su caso, la cosoberanía.

que nunca debería atribuírseles tal naturaleza¹¹⁴, como de la propia imposibilidad ontológica de esa concepción en el marco de un Estado Constitucional en su variante de Estado Federal.

Ahora bien, que los Estatutos de Autonomía no sean, ni bajo ningún concepto puedan ser, Leyes paccionadas aprobadas por el concurso de la voluntad de dos sujetos soberanos, no ha de ser, sin embargo, óbice para reconocer a las normas estatutarias un cierto carácter consensual. Nota ésta que, a la postre, impide su total equiparación con las demás Leyes Orgánicas a que se refiere el Texto de 1978. De manera singular, este carácter inequívocamente consensual de los Estatutos se hace especialmente patente cuando se compara el proceso que ha de observarse para la aprobación de las normas estatutarias atributivas de competencias con el que se sigue para la aprobación de las Leyes Orgánicas que, dictadas al amparo del artículo 150. 1 y 2 de la Constitución, incidirán, de algún modo, en el reparto territorial y funcional de poder político¹¹⁵.

Piénsese, en este sentido, que si bien es cierto que, como dice Enrique Rivero, la lógica parece indicar que, si realmente se quiere que la delegación, cesión o transferencia sea efectiva, “estos mecanismos de ampliación competencial no pueden ser impuestos a la Comunidad Autónoma, y que habrán de contar con la aceptación de la misma”¹¹⁶, ocurre que el consentimiento de las colectividades particulares, aunque sea, de manera innegable, deseable, no es, empero, un elemento constitutivo para la operatividad del sistema. En efecto, en la medida en que la delegación o transferencia ha de ser aprobada mediante Ley Orgánica, evidente resulta que será únicamente la voluntad de la organización política central la que decidirá sobre la oportunidad de que determinadas competencias cuyas pasen a ser ejercidas por alguno o algunos centros autónomos de decisión política. Pero, es más, debemos advertir que el Estado puede poner en marcha el mecanismo del artículo 150.2 incluso en contra de la voluntad de la Comunidad Autónoma. En este caso, la organización política central, -el Estado en la terminología empleada por el Constituyente de 1977-1978-, cuenta con los instrumentos contemplados, en primer lugar, y para supuestos no excepcionales, en el artículo 71 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: el conflicto negativo “impropio” de competencias, y, para los supuestos de extraordinaria gravedad, el de la *Bundesexekution*, recogido en el artículo 155 de la Constitución, para obligar al miembro de que se trate a cumplir las obligaciones derivadas de aquella Ley Orgánica. Porque esto es así, no cabe duda de que nos encontramos ante lo que, de manera acertada, González Encinar denomina un supuesto de “colaboración decidida por los órganos centrales”¹¹⁷, en el que la idea del *consent* queda al margen.

Todo lo contrario sucede, según mi modesto entender, con las normas estatutarias. La idea del *consent* se encuentra ahora, y de manera particular en lo que reza a la distribución de competencias, muy presente. Aceptar esto no debiera plantear grandes dificultades. Ha de tenerse en cuenta, a este respecto, que la constitucionalización del principio

114 Vid., en este sentido, O. ALZAGA VILLAAMIL, I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ y J. RODRÍGUEZ ZAPATA, *Derecho Político español según la Constitución de 1978*. I..., cit., p. 552; O. ALZAGA VILLAAMIL, “El torno al concepto...”, cit., p. 122.

115 Para la distinción entre la norma estatutaria atributiva de competencias y las Leyes Orgánicas del art. 150 C.E., cfr., por todos, J. RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 203-210. Con carácter general, sobre art. 150 C.E., cfr., también y por todos, E. GARCÍA, “El marco del Estado Autonómico y la naturaleza, significado y efectos de los preceptos contenidos en el artículo 150 de la Constitución” *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, n.º 17 (1983), pp. 83-112, vid. especialmente pp. 107-110; J. A. MONTILLA MARTOS, *Las Leyes Orgánicas de transferencia y delegación. Configuración constitucional y práctica política*, Madrid, 1998.

116 E. RIVERO YSERN, “Comentario al Título Segundo”, en E. Rivero Ysern (dir.) y otros, *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Castilla-León*, Madrid, 1985, p. 188.

117 Cfr. J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, *El Estado Unitario-Federal...*, cit., pp. 138-139.

dispositivo, o de voluntariedad, como eje rector de la contrucción del Estado de las Autonomías se traduce, como bien comprendiera Mirkine-Guetzevitch¹¹⁸, en la introducción de un elemento de la racionalización del proceso descentralizador. De lo que se trata, *en summa*, es de que la transformación de los distintos territorios en colectividades jurídico-políticas venga determinada por la libre voluntad de sus habitantes, únicamente condicionada por su propia capacidad política, social y económica para desarrollar las funciones que, como centro autónomo de decisión política democrática y legítima, asuma. Resultado de todo ello es que las normas estatutarias requerirán para su aprobación, modificación y derogación la observación de un procedimiento distinto al legal-constitucionalmente establecido para la emanación del resto de las Leyes Orgánicas. Procedimiento que encuentra su singularidad en el hecho de que en él han de concurrir, obligatoriamente, -y siempre y cuando no concurren los motivos de interés nacional a los que se refiere el artículo 144 C.E.-, la voluntad del Estado y la de las Nacionalidades y Regiones.

Admitiendo, como no podría ser de otro modo, que no estamos en presencia de un pacto entre soberanos, ocurre, sin embargo, que el carácter inequívocamente consensual de las normas estatutarias aparece, en tales circunstancias, en toda su magnitud e intensidad. Afirmación ésta que, no obstante ser tan clara para nosotros, ha sido contundentemente negada desde las más diversas consideraciones. Reduciendo al máximo la cuestión, -y dejando al margen a los que niegan el carácter consensual por identificarlo con el pacto entre soberanos, a los que, de algún modo, ya nos hemos referido-, los extremos de la polémica giran en torno al valor que ha de otorgarse a los actos del proceso autonómico hasta que el proyecto de Estatuto es elevado a las Cortes Generales para su aprobación como Ley Orgánica. Más concretamente, lo que se discute es si la iniciativa autonómica adoptada por Ayuntamientos y Diputaciones u órgano interinsular correspondiente (arts. 143.2 y 151.1 C.E.), o, en su caso y en sustitución de los últimos, el órgano colegiado superior del ente preautonómico (Disp. Trans. 1.ª C.E.), la votación afirmativa por parte del cuerpo electoral en los casos en que haya de celebrarse un referéndum (art. 151.1 C.E.), y, finalmente, la elaboración del proyecto estatutario por una Asamblea integrada tan sólo por los “Diputados y Senadores elegidos en las circunscripciones comprendidas en el ámbito territorial que pretenda acceder al autogobierno” (art. 151.2.1.ª C.E.) o por estos mismos y los miembros de las Diputaciones o órganos interinsulares correspondientes (art. 146 C.E.) han de entenderse como la expresión de la voluntad de los habitantes del territorio de que se trate, y, por ello mismo, cabe hablar de consenso como concurrencia de voluntades, o si, por el contrario, y como se sostiene desde planteamientos jurídico-formales, no ha de atribuírseles tal condición, de suerte tal que resulta erróneo el predicar el carácter consensual de las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas.

Los argumentos esgrimidos para negar el carácter consensual de los Estatutos no pueden ser, es cierto, más contundentes.

1.º) Dificilmente, se dirá, en primer lugar, desde esta óptica, puede entenderse que la aprobación de este tipo de normas es el fruto del acuerdo entre la voluntad del Estado y la de las colectividades-miembro, toda vez que estas últimas todavía no existen desde el punto de vista jurídico. Debe recordarse, a este respecto, que, como consecuencia de la consagración del principio dispositivo, es, justamente, la aprobación de su respectivo Estatuto lo que, en el actual sistema constitucional español, determina el nacimiento de las Comunidades Autónomas al mundo del Derecho.

2.º) Tampoco cabe hablar de concurrencia de voluntades atendiendo al sujeto que elabora el proyecto de Estatuto. Que ello sea así, se explica por cuanto que, y esto reza

118 Cfr., en este sentido, aunque referido expresamente a la Constitución de nuestra Segunda República. B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Madrid, 1934, pp. 216-217.

de manera singular para los Diputados y Senadores -únicos integrantes de la Asamblea en el supuesto del art. 151.2-, pero también sería, de uno u otro modo, predicable de los miembros de las Diputaciones, u órgano interinsular, a que se refiere el 146, quienes son llamados a formar dicha Asamblea, que juega, sí, un importantísimo papel en todo el curso del procedimiento, no tienen conferido el *status* representantes de los habitantes de la Nacionalidad o Región que desea acceder a la autonomía, sino el de representantes de la Nación española en su conjunto.

3.º) Finalmente, y de manera particularmente cierta para los Estatutos de las Comunidades de autonomía plena *ab initio*, tampoco podría hablarse, en la llamada “fase de conciliación” entre la Asamblea redactora del proyecto y la Comisión Constitucional del Congreso, a la que se refiere el artículo 151.2.2.º, de la existencia de un verdadero acuerdo de voluntades entre el Legislativo central, como representante del Estado, y la Asamblea de parlamentarios, como representantes de la Nacionalidad o Región. Muñoz Machado lo expresará con total contundencia: “Todo semeja [escribirá] un pacto entre el territorio que pretende acceder a la autonomía y las instituciones estatales. Sin embargo, aunque políticamente así sea en algún caso, desde un punto de vista jurídico formal es más difícil de aceptar esta calificación. Obsérvese que la decisión última de las Cortes no aparece condicionada formalmente, hasta el punto de que todo el proceso paccionado puede mutarse pura y simplemente en la tramitación del proyecto en las Cámaras como proyecto de ley orgánica. De otro lado, una de las partes del pacto, la que actúa en representación del territorio, la integran miembros de las Cortes que no han sido elegidos como representantes del territorio, sino como representantes generales de los ciudadanos”¹¹⁹.

119 S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público...*, cit., vol. I, p. 373. Interesa señalar que si bien es verdad que la posibilidad que tienen las Cortes Generales de modificar el proyecto de Estatuto del que conciben, que como ya hemos indicado, es una de las características presentes en el proceso de institucionalización de la autonomía entre nosotros, y que, en último extremo, determina el que, frente a lo que sucedió en Italia, nuestros Estatutos sean actos normativos del Estado, se hace más patente en la tramitación del proyecto en el Pleno, es lo cierto que esta alternativa también puede verificarse en la llamada “fase de conciliación” entre la Asamblea de parlamentarios y la Comisión Constitucional del Congreso. Buen ejemplo de ello es lo que sucedió en el caso gallego, donde las pretensiones de los redactores del proyecto fueron sensiblemente rebajadas en esta fase, aprobando, el 29 de noviembre de 1979, un nuevo texto “de común acuerdo” con los siguientes resultados en la votación: 17 votos afirmativos, frente a 14 negativos y 3 ausencias, por parte de la Comisión Constitucional del Congreso, y 11 afirmativos, frente a 4 y 3 ausencias, por parte de la delegación de la Asamblea de parlamentarios gallegos. Lo de menos es señalar que, como en su día puso de relieve J. J. GONZÁLEZ ENCINAR (*Galicia. Sistema de partidos y comportamiento electoral 1976-1981*, Madrid, 1982, pp. 23-24), con una tal actitud las fuerzas políticas en el poder no consideraban a Galicia inserta a todos los efectos en el régimen jurídico a que da derecho la Disp. Trans. Segunda. Lo que si nos interesaría señalar es que de aquella actuación se derivó una de las más claras infracciones constitucionales en el proceso de descentralización de la otrora unitaria, centralizada y centralista España. Nos referimos, claro ésta, a la reapertura de la fase de conciliación antes de someter el texto “de común acuerdo” a referendo popular. Conclusión ésta a la que se llega desde dos tipos de consideraciones. 1.º) Nos encontramos con un argumento de carácter general, que nos fue proporcionado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 89/1984, de 29 de septiembre, *Fundamento Jurídico* 5.º: Porque la adecuada ordenación del proceso autonómico obliga a no admitir la eficacia de actos propios de una determinada fase cuando éstos se verifiquen en un momento procesal posterior, fácilmente se descubre la absoluta imposibilidad de que, una vez concluida, se proceda a la reapertura de alguna de las fases distintas, y concadenadas, en que se descompone el proceso autonómico. 2.º) Ocurre que de la simple lectura de la Constitución se desprende ya esta imposibilidad. En efecto, en tanto en cuanto que el Constituyente español de 1977-1978 estableció que la verificación de la fase de conciliación determina que, en caso de acuerdo, el texto aprobado por la Comisión Constitucional del Congreso y la delegación de parlamentarios sea sometido “a referéndum del Cuerpo electoral de las Provincias comprendidas en el ámbito territorial del proyectado Estatuto” (art. 151.2.3.º C.E.) o que, de no llegarse a tal acuerdo, el proyecto se tramitará ante las Cortes Generales como proyecto de Ley Orgánica (art. 151.2.5.º C.E.), resulta evidente que la fase de conciliación es única, es decir, que se verifica en una sola instancia sin posibilidad de repetirla. Siendo así, no cabe sino concluir que la solución alcanzada en el caso de acceso a la autonomía de Galicia, otorgando al art. 151.2 una interpretación y un sentido distinto al que realmente tiene, supone un manifiesto falseamiento de la Constitución que, en definitiva, determina una infracción constitucional y no un supuesto de mutación. En relación con esto último, vid., por todos, J. TOMÁS VILLAROYA, “Proceso autonomía y observancia de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 15 (1985), p. 36; J. RUIPÉREZ, *Formación...*, cit., pp. 227-228.

No creemos, sin embargo, y dicho sea con todos los respetos, que esta interpretación, pese a la contundencia de sus argumentos, sea la más adecuada para explicar el actual sistema autonómico español. Debe recordarse que, haciéndose eco de la propia tradición política española¹²⁰, nuestro último Constituyente optó por no ser él quien determinase, como se había hecho, por ejemplo, en el Proyecto de Constitución federal de 1873, cuáles iban a ser las colectividades-miembros, sino por la fórmula contraria¹²¹, subordinando, así -y en opinión de Mirkine-Guetzevitch¹²²- el regionalismo al principio democrático. Se constitucionalizaba, de este modo, el principio dispositivo o de voluntariedad, conforme al cual la Constitución se limita a establecer una serie de vías o procedimientos por los que, debidamente cumplimentados los trámites procesales por la voluntad de los sujetos que en cada momento son responsables de la impulsión del proceso autonómico, las Nacionalidades y Regiones podrán, voluntariamente, y sin más límites que los derivados de la existencia de motivos de interés nacional¹²³, acceder al autogobierno, mediante su conversión en Comunidades Autónomas¹²⁴.

Es, sin duda, esta circunstancia la que ha llevado a autores tan poco partidarios de las tesis soberanistas como, por ejemplo, Rubio Llorente, Lojendio¹²⁵, Pérez Royo¹²⁶ o Francisco Balaguer¹²⁷ a afirmar el carácter inequívocamente consensual de los Estatutos de Autonomía. A este respecto, debe tenerse en cuenta que si es cierto que hasta la aprobación de sus respectivos Estatutos las Nacionalidades y Regiones, únicos sujetos a quienes el Constituyente reconoció como titulares del derecho a constituirse en Comunidades Autónomas¹²⁸, no son sino meras entidades sociológicas carentes, por tanto, de auténtica personalidad jurídica, lo que sucede es que, como con acierto escribe Rubio Llorente, “Es la voluntad de estos titulares de ese derecho a la autonomía (...) la que se expresa en la iniciativa legislativa, de la que resultará el Estatuto mismo”¹²⁹.

Convenir en lo correcto de esta apreciación, no ha de resultar, a mi juicio, demasiado difícil. Sobre todo, si, haciendo caso de las enseñanzas de Rudolf Smend¹³⁰, nos apartamos de los planteamientos puramente formales para tratar de comprender la cuestión desde la perspectiva de la Teoría del Estado.

120 Cfr. a este respecto y por todos, G. TRUJILLO, *Introducción al federalismo español (ideología y fórmulas constitucionales)*, Madrid, 1967, p. 181.

121 Para una comparación entre ambos sistemas, me remito, por comodidad, a J. RUIPÉREZ, *Formación...*, cit., pp. 103-112.

122 Cfr. B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Modernas tendencias...*, cit., p. 216.

123 Cfr. S.T.C. 100/1984, de 8 de noviembre, *Fundamento Jurídico* 4.º.

124 Aunque referido expresamente a la Constitución de 1931, cfr., en este sentido y por todos, A. ROYO VILLANOVA, *La Constitución española de 9 de diciembre de 1931 con glosas jurídicas y apostillas políticas*, Valladolid, 1934, p. 55.

125 Cfr. I. M. LOJENDIO ERURE, “El modelo autonómico en la Constitución de 1978”, en la obra colectiva *Primeras Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco*, cit., vol. I, p. 33.

126 Cfr. J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes...*, cit., pp. 131-135.

127 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*. II..., cit., pp. 145y 146.

128 Cfr. S.T.C. 100/1984, cit. *Fundamento Jurídico* 2.º. Vid., también, J. RUIPÉREZ, *Formación...*, cit., pp. 21-22; “Problemas...”, cit., pp. 167-170, especialmente pp. 168-169. El sistema, todo caso, no difiere del diseñado por el Constituyente de la II República en el art. 11 de la Const. 1931; cfr., al respecto y por todos, N. PÉREZ SERRANO, *Constitución Española...*, cit., pp. 90-91; A. POSADA, *La nouvelle...*, cit., pp. 133 y 134-135.

129 F. RUBIO LLORENTE, “El bloque...”, cit., p. 26.

130 Señalaba, en este sentido, Smend que “Junto a la crisis de la teoría del Estado, esta situación implica también una crisis del derecho constitucional. Y ello precisamente porque sin un conocimiento fundado de lo que es el Estado, no existe a la larga una teoría jurídica del Estado que resulte operativa no tampoco un desarrollo satisfactorio del derecho constitucional mismo”. Vid. R. SMEND, “Constitución...”, cit., p. 44. Vid., así mismo, toda la crítica hecha por este autor al formalismo jurídico en la Primera Parte (“Fundamentación filosófica”) de aquel trabajo, pp. 43-127, así como, por ejemplo, pp. 139-140.

Interesa recordar, en este sentido, que la confrontación entre la Democracia de la identidad, defendida desde el democratismo radical, y la Democracia representativa, que encontraba en el pensamiento político liberal su máximo exponente, que se encuentra en el origen mismo del Estado Constitucional, se resolvió en Europa, y de la mano de Sieyès, en favor de la segunda alternativa¹³¹. Resultado de lo cual es que, frente al principio que alumbró el nacimiento del Estado Constitucional en Estados Unidos: que la soberanía no puede ser representada¹³², en Europa, por el contrario, operaría un principio radicalmente opuesto: la soberanía puede ser delegada¹³³. Delegación que se hará a través del instituto de la representación política con mandato libre¹³⁴, conforme al cual se entendería que, como, el 7 de septiembre de 1789, afirmó Sieyès, el “diputado lo es de la Nación entera, pues todos los ciudadanos son sus comitentes”¹³⁵, de suerte tal que, al no poder recibir instrucciones por parte de su respresentado, que es un ente abstracto, aquél actuará libremente, según su propia iniciativa y su exclusiva responsabilidad. Esquema éste que no se limitaría al momento en que la Nación expresa su voluntad extraordinaria, el momento constituyente, sino en el de la emanación de la voluntad ordinaria de la misma. En tales circunstancias, nada de extraño tiene que, como señala Egon Zweig¹³⁶, desde Sieyès se procediera en Europa a la identificación entre el Estado Constitucional y el gobierno representativo.

No es éste, como es obvio, el momento oportuno para detenernos a denunciar las nefastas consecuencias que se derivaron de la concepción del abate revolucionario para la efectiva puesta en marcha del Estado Constitucional en Europa. Bástenos con indicar que, en la medida en que convertía al Parlamento, como representante del soberano, en el soberano mismo, sus planteamientos venían a minar el fundamento último de un Estado como el Constitucional basado en la permanente separación entre el Poder Constituyente, el soberano, y los poderes constituidos, que, como no soberanos, han de encontrarse limitados por aquél¹³⁷, y, a la postre, imposibilitarían la comprensión de la Constitución como norma suprema¹³⁸, o mejor aún, como verdadera Constitución¹³⁹, en

131 Cfr., por todos, P. DE VEGA, *La reforma constitucional...*, cit., pp. 17-19.

132 Cfr., en este sentido y por todos, Ch. BERGEAUD, *Établissement...*, cit., p. 166.

133 Cfr., a este respecto y por todos, E. ZWEIG, *Die Lehre...*, cit., p. 132; G. ARNOULT, *De la révi-sion...*, cit., p. 32.

134 Sobre la relación inescindible entre la soberanía nacional, sistema inaugurado en la Revolución francesa gracias a las teorías de Sieyès, y la representación política con mandato libre, cfr., por todos, G. JELLI-NEK, *Teoría...*, cit., p. 436; R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General...*, cit., pp. 914 y ss.; C. OLLERO, “El sistema representativo”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 119 (1961), oo, 3 y ss.; P. DE VEGA, “Significado constitucional de la representación política”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 44 (1985), pp. 28-30; J. A. PORTERO MOLINA, “Sobre la representación política”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 10 (1991), pp. 95-100; A. J. PORRAS NADALES y P. DE VEGA, “Introducción: el debe sobre la crisis de la representación política”, en A. J. Porras Nadales (ed.) y otros, *El debate sobre la crisis de la representación política*, Madrid, 1996, p. 10.

135 *Archives Parlementaires*, 1.º serie, vol. VIII, p. 594; discurso recogido hoy, bajo el título de “Opinión del abate Sieyès sobre la cuestión del veto real en la sesión del 7 de septiembre de 1789”, en el vol. E. J. SIEYÈS, *Escritos y discursos de la Revolución*, Madrid, 1990, pp. 111-128, versión por la que cito, en concreto, la cita del texto se encuentra en p. 119.

136 Cfr. E. ZWEIG, *Die Lehre...*, cit., pp. 127 y ss.

137 Sobre esta cuestión, me remito, por comodidad, a J. RUIPÉREZ, “Principio Democrático...”, cit., el epígrafe 3.2 “La eficacia del Principio Democrático en el Estado Constitucional ya operante: El principio de rigidez y la definitiva consolidación de la Constitución como Ley suprema”, pp. 531-538.

138 Cfr., sobre este particular y por todos, R. CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la Loi dans la Constitution de 1875* (1931), París, sine data (pero 1984), pp. 110-111.

139 Cfr., en este sentido y por todos, P. DE VEGA, “Prólogo” a A. de Cabo de la Vega (ed.), *Constitución española de 27 de diciembre de 1978*, Madrid, 1996, pp. XIV-XV.

la Europa de finales del siglo XVIII, XIX, y primeras décadas del XX. El contundente y demoleedor juicio de Edouard Laboulaye, para quién Sieyès “lo que hizo fue confundirlo todo, embrollarlo todo y, a la postre, perderlo todo”¹⁴⁰, se encuentra, en tales circunstancias, justificado de manera plena.

Lo que realmente nos interesa aquí, es tan sólo preguntarnos por el valor que ha de atribuirse a la actuación de los representantes en el proceso de toma de decisiones políticas. La respuesta a este interrogante será la que, en definitiva, nos dé la solución a la cuestión sobre si los Estatutos tienen, o no, un inequívoco carácter consensual.

La tarea no es sencilla. Ha de tenerse en cuenta, a este respecto, que el significado real de la representación política con mandato libre será muy distinta según que la interpretación se realice desde planteamientos político-materiales o, por el contrario, desde una óptica jurídica y formal. Desde la primera perspectiva, se planteará la distinción entre la voluntad de los representados, la Nación, y la de los representantes, los parlamentarios, y se pondrá en cuestión si ambas voluntades son, o no, siempre coincidentes. En este sentido, advierte, por ejemplo, Carré que si bien se afirmó desde el primer momento revolucionario que el Parlamento quería, única y exclusivamente, lo que la Nación quería, es lo cierto que, con una tal proclamación, lo que en realidad estaban haciendo no era sino establecer que el representante “no se limita a traducir una voluntad colectiva que estaría ya formada en el seno de la nación, sino que las decisiones por él emitidas constituyen, de una manera inicial, la voluntad nacional”¹⁴¹. La voluntad de los parlamentarios quedaba, de esta suerte, -y de un modo no muy distinto al del tan denostado por la Asamblea Nacional Constituyente sistema político británico, caracterizado, como señala Sir Ivor Jennings, por que, en él, la “única Ley Fundamental es que el Parlamento es supremo”¹⁴²-, convertido en Ley, supuestamente expresión de la *volonté générale* de la que, popularizando el pensamiento de Spinoza¹⁴³, hablará Rousseau.

La solución es bien distinta desde la interpretación jurídico-formal de la representación política. Punto de partida de esta segunda dirección, será la idea, posteriormente desarrollada para las corporaciones por Otto von Gierke¹⁴⁴, de que la Nación, como ente colectivo, tiene una voluntad propia y única. De esta suerte, de lo que se trataría es de articular algún mecanismo por el cual esa voluntad única y propia de la Nación, que se encuentra naturalmente en ella aunque de manera difusa, pueda materializarse y se haga expresa. Será mediante la representación cómo esto último pueda verificarse. De manera clara y precisa, Sieyès afirmará este principio cuando señala que “Bien se me alcanza que, (...), se ha llegado a considerar la voluntad nacional como si pudiera ser otra cosa que la voluntad misma de los representantes de la Nación, esto es, como si la Nación pudiese hablar de otra forma que no fuese a través de sus representantes”¹⁴⁵.

140 E. LABOULAYE, “Du Pouvoir Constituant” (1871), en el vol. *Questions constitutionnelles*, París, 1872, p. 381.

141 R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General...*, cit., pp. 995-996.

142 I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, Londres, 1938, p. 64. Sobre las críticas al régimen británico, así como el deseo de mostrarse originales respecto de él por parte de los revolucionarios franceses, existen múltiples testimonios. Bástenos aquí con traer a colación, de entre todos ellos, el nos ofrece Léon DUGUIT, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789* (1893), Madrid, 1996, pp 15-17. En todo caso, debemos señalar que, pese a todos los esfuerzos de los revolucionarios franceses por separarse del modelo británico, es lo cierto que van a producirse no pocas semejanzas entre ellos; cfr., en este sentido y por todos, E. GARCÍA, “Estudio preliminar” al W. G. Hamilton, *Lógica parlamentaria/Parliamentary Logick o de las reglas del buen parlamentario* (1808), Madrid, 1996, p. 37, nota 7; vid., también, p. 188, nota 5.

143 Así, por ejemplo, E. TIerno GALVÁN, “Estudio preliminar” a B. Spinoza, *Tratado teológico-político. Tratado político*, Madrid, 1985, 2.^a ed., p. XX.

144 Cfr. O. von GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlín, 1887, pp. 603 y ss., 608 y 609.

145 E. J. SIEYÈS, “Opinión...”, cit., p. 115.

Como a nadie puede ocultársele, la anterior afirmación sólo adquiere sentido si se acepta una condición previa. Los representantes, que expresan la voluntad unitaria de la Nación, pueden hacerlo porque realmente conocen el sentir de sus comitentes: la Nación en su conjunto. Se establece, así, una ficción jurídica, conforme a la cual los representantes, en todo momento, conocen y, lo que resulta más importante, actúan la voluntad de los representados, sin que sea necesaria la apelación a los, tan célebres como denotados, "*Cahiers d'instructions*". Ficción ésta que, por lo demás, se encuentra, por lo menos en Europa, en la base de Estado Constitucional como gobierno representativo.

Es desde la aceptación de esta ficción jurídica desde donde, a la postre, el carácter de norma consensual de los Estatutos, en cuanto que requiere para su aprobación del concurso de la voluntad de la Nacionalidad o Región de que se trate y del Estado, aparece como algo indiscutible. La cuestión está clara en los supuestos en que existe un referéndum popular entre los actos de impulsión del proceso autonómico. Y ello por cuanto que aquí, gracias a la consulta popular, la voluntad de los ciudadanos en favor del régimen autonómico se expresará de manera directa.

Pero, a nuestro juicio, también ha de resultar evidente en las otras vías de creación de las Comunidades Autónomas. Desde los esquemas propios del gobierno representativo, no cabe si no entender que cuando los concejales, diputados provinciales, Diputados y Senadores, que han sido todos ellos elegidos democráticamente por el cuerpo electoral, son llamados por el Constituyente de 1977-1978 a convertirse en los sujetos impulsores del proceso autonómico hasta la elevación del proyecto estatutario a las Cortes Generales, aquéllos, en su actuación, no hacen sino poner de manifiesto la voluntad de los habitantes del territorio que desea acceder al autogobierno.

De esta suerte, podrán, si se quiere cuestionar la existencia de esa voluntad autonómica en todos los supuestos, recordar la palabras que, en un, dada su condición de Procurador, sorprende ejercicio de sinceridad, dirá Joaquín María López sobre el fenómeno representativo: "Otra ficción es el ejercicio de la soberanía nacional por medio de nuestros representantes, porque sólo por medio de otra ficción puede suponerse que adivinarán nuestro pensamiento en todas las cuestiones dadas, que obrarán con arreglo a nuestra voluntad, que no pueden conocer, y en favor de nuestros intereses, que unas veces interpretan con equivocación, y otras desatienden y esquivan con culpable indiferencia y abandono"¹⁴⁶. Ahora bien, al hacerlo estaríamos presumiendo que los concejales, diputados provinciales, Diputados y Senadores utilizan su condición de representantes para fines espúreos, distintos a los que como tal le corresponden. Esto es, que los actos de impulsión del proceso autonómico (iniciativa, elaboración del proyecto de Estatuto) los han realizado, no porque creyeran que era la voluntad de los ciudadanos de la Nacionalidad o Región el gozar del autogobierno, sino porque esos representantes esperaban obtener algún beneficio, público o privado, de la creación de la Comunidad Autónoma.

Esto, como es evidente, supondría un gravísimo embate para el propio sistema. Piénsese que, con ello, se estaría afirmando que los concejales, diputados provinciales, Diputados y Senadores, que han sido elegidos democráticamente por los ciudadanos como representantes suyos, al apartarse del afán por lograr el bien común para ocuparse de la búsqueda de su propio interés, perderían la condición de ostentadores del poder para convertirse, de manera inevitable, en detentadores - es decir, y según la definición de la Real Academia, en alguien que retiene y ejerce ilegítimamente algún poder o cargo público- del mismo¹⁴⁷. Lo que, con carácter general, resulta inasumible en las con-

146 J. M.^a LÓPEZ, *Curso político-constitucional. Lecciones explicadas en la Cátedra de Política Constitucional, de la Sociedad de Instrucción Pública en Madrid, desde el 29 de Noviembre de 1840 en adelante*, Madrid, 1987, p. 35.

147 Sobre esta mutación, cfr., con carácter general y por todos, E. GARCÍA, "Estudio preliminar", cit., pp. 178 y, sobre todo, nota 139 bis en pp. 229-230.

diciones ordinarias de la Democracia, y tan sólo podría aceptarse cuando existieran pruebas irrefutables de tan patológico comportamiento. Motivo por el cual, nos inclinamos a pensar que los actos de impulsión del proceso autonómico se verificaron, realmente, como respuesta al deseo de los habitantes del territorio de que se tratase de acceder al autogobierno.

La conclusión es, entonces, clara. En la elaboración y aprobación de los Estatutos de Autonomía no hay, ni además podría haberlo, un pacto entre soberanos. Ahora bien, el que esto sea así, no excluye, sin embargo, que existe un cierto consenso en aquel proceso. Y es que, en efecto, el nacimiento de nuestros centros autónomos de decisión política democrática y legítima, que tiene lugar con la aprobación de la norma estatutaria, requiere el concurso de dos voluntades. Por un lado, aparece la voluntad de los habitantes de la Nacionalidad o Región, que se expresa a través de sus representantes o, incluso, también directamente, de ejercer una facultad constitucional, y, por tanto, no un acto de soberanía sino una actividad limitada y sometida a la voluntad del Poder Constituyente materializada en el Texto Constitucional, tendente a la conversión de su territorio en una colectividad política, distinta, en cierto modo contrapuesta pero, siempre, integrada en el Estado español. Por el otro, está la voluntad del resto de los ciudadanos de la Nación, expresada a través de las Cortes Generales, aceptando el deseo de los primeros de acceder a la condición de Comunidad Autónoma. Es, en todo caso, desde esta perspectiva desde donde, en otro lugar, he afirmado¹⁴⁸ que, en mi opinión, no resultaría exagerado el concebir la aprobación de los Estatutos de Autonomía, de todos ellos, como la expresión normativa del “pacto federal” permitido por la Constitución, entendiendo que, como consecuencia del principio de voluntariedad, no es con la Constitución, sino, justamente, con la aprobación de sus normas institucionales básicas con la que, como diría Carl Schmitt, las Nacionalidades y Regiones “reciben un nuevo *status* político de conjunto, de modo que coexisten, una junto a otra, la unidad política de la Federación como tal y la existencia política de los miembros”¹⁴⁹.

5.2.- La rigidez estatutaria: El Estatuto como norma cuasi-suprema, intermedia entre la Constitución y el resto de las Leyes

El carácter de Ley Orgánica *sui generis* de los Estatutos se deriva, en segundo lugar, de que éstos aparecen reforzados en cuanto a su posible reforma. En este sentido, es necesario advertir que la revisión estatutaria ha de verificarse por un procedimiento especial, distinto y más agravado que el previsto, en el artículo 81.2 de la Constitución, para la aprobación, modificación o derogación del resto de las Leyes Orgánicas. Especialidad ésta que, básicamente, se traduce en que, para la reforma de los Estatutos pueda llevarse a efecto, será preciso que concurren la voluntad estatal y regional en un procedimiento en el que, obligatoriamente, el proyecto de reforma habrá de tramitarse conforme a lo establecido al efecto por el Legislador estatuyente para, una vez que haya sido aceptado por la Comunidad Autónoma de que se trate, ser aprobado, en su caso, por las Cortes Generales, mediante Ley Orgánica (art. 147.3 C.E.).

De esta suerte, nos encontramos con una notable singularidad en torno a la naturaleza jurídica de las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas que, en última instancia, las diferencia y dota de especificidad propia respecto de las demás Leyes Orgánicas. Nos referimos al carácter de Ley suprema o, más exactamente y habida cuenta de su necesaria subordinación a la Constitución, cuasi-suprema, que,

148 Cfr. J. RUIPÉREZ, “Principio dispositivo,...”, cit., p. 100.

149 C. SCHMITT, *Teoría...*, cit., p. 82.

como consecuencia del propio procedimiento de reforma estatutaria¹⁵⁰, revisten los Estatutos de Autonomía. Afirmación cuya aceptación no ofrece ninguna dificultad si se toman en consideración los siguientes argumentos:

1º) Por un lado, debe tenerse en cuenta que, en la medida en que en nuestro ordenamiento constitucional el principio de rigidez opera tanto en relación con la Constitución como con los Estatutos, lo que sucede es que la tradicional distinción, inherente al constitucionalismo rígido, entre Poder Constituyente y poderes constituidos, se completa ahora con la de poder estatuyente, en cuanto Poder Constituyente constituido, y poderes constituidos estatales y regionales, cada uno de los cuales tiene perfectamente delimitado su ámbito de actuación. Podemos decir, siguiendo de algún modo a Mortati¹⁵¹, que, con el establecimiento de un procedimiento específico para llevar a cabo la revisión estatutaria, lo que se hace es sustraer al Legislador ordinario, ya sea estatal o regional, la posibilidad de actuar en el ámbito de los Estatutos, mientras que se le reconoce plenamente competente para, siempre y cuando no proceda a transgredir o reformar la voluntad del poder estatuyente, modificar o derogar la Legislación ordinaria. De esta suerte, y como concreción jurídico-política del principio de supremacía, se garantiza el absoluto respeto de los poderes constituidos a las normas estatutarias. En efecto, piénsese que el colofón necesario de la mencionada distinción es el de que los Estatutos de Autonomía, como Ley cuasi-suprema que son, se situarán por encima de la doble dicotomía gobernantes-gobernados y poder central-poder regional, de tal manera que ambos se encuentran en pie de igualdad respecto de aquellos y, por tanto, igualmente obligados a su cumplimiento¹⁵². Lo que, como a nadie se le oculta, se traduce en una nada despreciable garantía para la propia existencia y subsistencia política de la organización central y de los miembros.

2º) Por otra parte, ocurre que, en tanto en cuanto para la reforma de los Estatutos se exige la observación de un procedimiento distinto y más agravado que el previsto para la modificación de la Legislación ordinaria, se produce, cuando menos a nivel formal, la distinción entre Ley estatutaria y Ley ordinaria, entendiéndose por esta última tanto las Leyes emanadas por las Comunidades Autónomas, como las del Estado en sus distintas variantes de Ley ordinaria y Ley Orgánica. Diferenciación ésta que, a la postre, se traduce en el reconocimiento de una supremacía jurídico-formal de las Leyes estatutarias sobre las ordinarias¹⁵³. Lo que, dicho en otros términos, significa que el resto de las normas jurídicas, excepto, claro está, la propia Constitución, se encuentran subordinadas a los Estatutos, y, en caso de conflicto, habrán de ceder ante ellos¹⁵⁴. En este sentido, impor-

150 Cfr., por analogía, C. MORTATI, *Istituzioni...*, cit., t. II, p. 1.225. H. FINER, *Teoría y práctica del Gobierno moderno*, Madrid, 1964, p. 199. P. DE VEGA, "Comentario al Título X. De la reforma constitucional", en la obra colectiva *Constitución española. Edición comentada*, cit., pp. 359-360; voz "Reforma constitucional", en J. J. González Encinar (ed.) y otros, *Diccionario del sistema político español*, cit., p. 799; *La reforma constitucional...*, cit., p. 69. Concretamente en torno a la supremacía jurídica de los Estatutos de Autonomía sobre el resto de las normas jurídicas excepto, por supuesto, la propia Constitución, cfr. J. RUIPÉREZ, "La reforma constitucional en el Estado Federal", *Debate Abierto. Revista de Ciencias Sociales*, nº 2 (Primavera-Verano, 1990), pp. 97-99. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*. II..., cit., p. 149.

151 Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni...*, cit., t. II, p. 1.225.

152 Cfr., a este respecto y por analogía, P. DE VEGA, "Supuestos políticos...", cit., pp. 403-404.

153 En este sentido, y con carácter general, cfr. J. BARTHÉLEMY y P. DUEZ, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, 1933, nueva ed., p. 187. En concreto sobre los Estatutos de Autonomía, además de los citados en nota 150, vid. J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes...*, cit., p. 133. En contra de esta tesis se manifiesta I. De Otto, para quien la exigencia de un procedimiento especial para su reforma no hace perder a los Estatutos su naturaleza de Ley Orgánica y, en la medida en que, según él, en nuestro Derecho existe un concepto unitario de Ley, tendrían en mismo rango que el resto de las Leyes; vid. I. DE OTTO, *Derecho...*, cit., pp. 111-113 y 268 y ss.

154 Cfr., a este respecto y por analogía, K. STERN, *Derecho...*, cit., pp. 253-255.

ta advertir que, como ha puesto de relieve el Profesor De Vega, la “técnica de la reforma invierte el criterio clásico de interpretación de las normas. Las fórmulas contenidas en los aforismos *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali* se verán sustituidos por esta otra: *lex superior derogat legi inferiori*. Lo que significa que la vulneración jurídica de la constitución -léase, por lo que aquí nos interesa, Estatutos- por una ley posterior, perfectamente admisible en una sistema de constitución flexible, queda definitivamente aniquilada en una sistema de constitución rígida”¹⁵⁵.

La conclusión a la que, desde esta óptica, cabe llegar se nos antoja meridiana. En efecto, porque nos hallamos ante unas normas rígidas y supremas o cuasisupremas, innecesario resulta afirmar que, a la hora de explicar sus relaciones con el resto de la Legislación ordinaria -incluidas las Leyes Orgánicas-, el único criterio jurídico de interpretación aplicable es el de “Ley superior deroga Ley inferior”, de manera que, salvo lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución, las únicas Leyes válidas contrarias a los Estatutos, y posteriores a los mismos, serán o bien las que se presenten como revisiones del texto constitucional, o bien como reformas de los propios Estatutos.

3º) En este mismo orden de ideas, debe recordarse que fueron ya autores como Georg Jellinek y Hans Kelsen¹⁵⁶ quienes pusieron de manifiesto la insuficiencia de la técnica de la reforma para, por sí sola, asegurar la supremacía constitucional, en el entendimiento de que de nada sirve prever un procedimiento especial para la modificación formal de la Ley Fundamental si no se establece, junto a aquél, un órgano con competencia para controlar la actividad de los poderes constituídos para, de este modo, garantizar que todas las reformas del Texto Constitucional se verifiquen por el procedimiento constitucionalmente previsto para tal fin, anulando, en su caso, todas aquellas Leyes ordinarias que contradigan la Constitución. Pues bien, en el caso de nuestros Estatutos de Autonomía este problema de la transformación de la supremacía formal en una auténtica superioridad material aparece resuelto en cuanto que el artículo 28.1 de la L.O.T.C. eleva a las normas instituciones básicas de los miembros a la condición de ser, junto con la propia Constitución, parámetro de la validez y eficacia del resto del ordenamiento jurídico, permitiendo la declaración de inconstitucionalidad de toda Ley estatal o regional que sea contraria a los Estatutos.

De todo lo anterior, y todavía en un orden de consideraciones formales, se deduce, sin dificultad, que resulta imposible equiparar plenamente los Estatutos de Autonomía al resto de las Leyes Orgánicas previstas en el artículo 81 de la Constitución. En efecto, porque todo Estatuto de Autonomía ha de regular, como contenido necesario, un procedimiento para su propia reforma, bien puede concluirse, con Javier Pérez Royo¹⁵⁷, que se trata de una peculiar clase de normas jurídicas que se encuentra más próxima a la Constitución que a cualquiera de las otras existentes en nuestro ordenamiento.

155 P. DE VEGA, “Supuestos políticos...”, cit., p. 406.

156 Cfr. G. JELLINEK, *Teoría...*, cit., p. 406; H. KELSEN, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, Milán, 1978, 5ª ed., 2ª reimpr., pp. 272-274, especialmente p. 274.

157 Cfr. J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes...*, cit., p. 133; “La reforma de la Constitución”, *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, nº 22 (Primavera, 1986), p. 8, nota 3; *La reforma de la Constitución*, Madrid, 1987, p. 9, nota 8.

6.- EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL MATERIAL. LA CONSTITUCIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

Ahora bien, si, en tanto contienen previsiones sobre su propia reforma, los Estatutos se presentan como normas formalmente próximas a la Constitución, debemos advertir que cuando se toma en consideración las materias que regulan, no resultaría exagerado afirmar que aquéllos forman parte de la propia Constitución¹⁵⁸, dando, así, lugar a lo que Pedro Cruz Villalón ha denominado la “Constitución territorial del Estado”¹⁵⁹. No se trata aquí de proclamar que los Estatutos son, desde el punto de vista político-funcional, y, aunque con menos motivos, afirmaba ya Posada¹⁶⁰ respecto de los previstos en la Constitución de 1931, equiparables a la Constitución de cualquier Estado-miembro de un expresamente denominado Estado Federal, o que, en términos jurídicos, éstos, al concretar el marco constitucional aplicable en cada una de las nuevas entidades político-territoriales españolas, constituyan, junto con el Texto Constitucional, el ordenamiento jurídico fundamental de las Comunidades Autónomas. Lo que se pretende, por el contrario, es únicamente poner de manifiesto que los Estatutos de Autonomía se integran, de manera inequívoca y desde la perspectiva del ordenamiento español globalmente considerado, en la categoría del Derecho Constitucional, entendiendo por tal el ordenamiento de máximo rango para la Comunidad política.

Lo anterior obliga, lógicamente, a que, en contra de la opinión de, por ejemplo, un Alf Ross¹⁶¹, deba admitirse la distinción de Stein¹⁶² entre “Derecho Constitucional formal” y Derecho Constitucional material, o, si se prefiere, la de Lavagna¹⁶³ entre “Constitución en sentido formal” y “Constitución en sentido sustancial”. El primero de estos conceptos, el Derecho Constitucional formal o Constitución en sentido formal, estaría representado por el texto de la Constitución y, como, por ejemplo, sucede en Alemania (art. 79 de la Ley Fundamental de Bonn) e Italia (art. 138 de la Constitución italiana), por el de las Leyes Constitucionales, normas éstas últimas para cuya aprobación, modificación o derogación ha de observarse el procedimiento legal-constitucionalmente previsto para la revisión constitucional. El segundo, el Derecho Constitucional material o Constitución en sentido sustancial, se refiere, por su parte, al conjunto de normas jurídicas que, cualquiera que sea la forma en que se manifiestan, regulan aspectos fundamentales para la vida del Estado. De esta suerte, el Derecho Constitucional material se integraría por la Constitución en sentido formal, así como por todas aquellas normas de Derecho ordinario referidas a la materia constitucional.

158 A la misma conclusión, aunque por un procedimiento mucho más complejo, llega F. RUBIO LLORENTE (“El bloque...”, cit., pp. 23-28, especialmente pp. 24 y 26-27), quien considera a los Estatutos como parte integrante de la “Constitución total”.

159 Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, “La estructuración del Estado en Comunidades Autónomas (1979-1983)”, y “La Constitución territorial del Estado”, ambos en el vol. *La curiosidad del jurista persa, y otros escritos sobre la Constitución*, Madrid, 1999, en concreto, pp. 430-441 y 447-458.

160 Pese a no tener encomendado la tarea de verificar el efectivo reparto, territorial y funcional, de competencias entre la organización política central y cada una de las colectividades-miembro, Posada no duda en afirmar que “Ahora bien el Estatuto así elaborado es, en rigor, uan verdadera *Carta Constitucional* de un Estado-región posible, Estado no soberano, diría Jellinek”. Vid. A. POSADA, *La nouvelle...*, cit., pp. 134-135, la cursiva es del propio Posada.

161 Cfr. A. ROSS, *Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la Teoría del Derecho Positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, Madrid, 1999, pp. 437-438.

162 Cfr. E. STEIN, *Derecho Político*, Madrid, 1973, p. 10.

163 Cfr. C. LAVAGNA, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Turín, 1985, 6ª ed. puesta al día, pp. 169-171. En el mismo sentido, vid., también, A. PIZZORUSSO, *Lecciones...*, cit., vol. II, pp. 216-217.

Ni que decir tiene que, como indica Stern¹⁶⁴, la determinación de qué debe entenderse por “materia constitucional” no es, ni mucho menos, una cuestión pacífica. En todo caso, y de acuerdo con este último autor, parece evidente que este carácter es predicable del Derecho electoral, de las normas configuradoras de la estructura y procedimiento de actuación de los órganos constitucionales, y, finalmente, de los Reglamentos parlamentarios o de otros órganos constitucionales. Siendo así, podríamos decir, en una primera aproximación, que el Derecho Constitucional material español lo compone, por supuesto, el Texto de 27 de Diciembre de 1978, pero también, y junto a él, las Leyes Orgánicas del Régimen Electoral General, del Tribunal Constitucional, y del Poder Judicial, así como los Reglamentos del Congreso y del Senado.

Sentadas estas premisas, lo que debemos preguntarnos es si, en rigor, nuestros Estatutos de Autonomía pueden ser reconducidos a la categoría de la Constitución en sentido sustancial. La respuesta, a nuestro juicio, ha de ser positiva. La razón es fácilmente comprensible si se toman en consideración las materias que regula el Estatuto y el modelo de Estado ante el que nos encontramos. Recuérdese, a este respecto, que la vida del Estado Federal o, si se prefiere, Estado políticamente descentralizado descansa, en buena medida, en el hecho de que el poder político se encuentra dividido, territorial y funcionalmente, entre la organización central y las distintas colectividades-miembros. Distribución de competencias que, como muy bien acertó a ver Llorens¹⁶⁵, en la medida en que las dos instancias de poder estarán interesadas no sólo en mantener su ámbito de poder, sino en aumentarlo, no puede quedar confiada a la buena voluntad de las partes, sino que tan sólo resulta efectiva, y gozará en consecuencia de una auténtica garantía constitucional, cuando la misma se encuentra positivizada por el Derecho¹⁶⁶, es decir, cuando es la propia Constitución, escrita y rígida, la que la establece y sanciona.

No cabe duda, desde esta perspectiva, de que la problemática del reparto competencial es, en este tipo de Estados, una materia inquivocamente constitucional. Tanto es así que existe unanimidad en la doctrina¹⁶⁷ en la afirmación de que, sino se quiere disolver a la Constitución en una absoluta dinámica que, a la postre, la incapacitara para desarrollar su función, es una tarea ineludible del Poder Constituyente federal el sancionar la división de competencias en el propio Texto Constitucional.

Nada de extraño tiene, en este contexto, que cuando en la Italia de 1947 se optó por edificar un Estado políticamente descentralizado, la Constituyente decidiera que la distribución de competencias entre el Estado y las Regiones Autónomas habría de ser determinada por normas de carácter formalmente constitucional. Así, nos encontramos con que la esfera de poder propio de las Regiones de autonomía ordinaria vendría definido por la propia Constitución, en su artículo 117. Cosa que no se hizo con las Regiones de autonomía especial o diferenciada. Ahora bien, siendo esto cierto, no lo es menos que el Constituyente italiano asegura que el ámbito competencial de Sicilia, Cerdeña, Trentino-Alto Adigio, Friuli-Venecia Julia y Valle de Aosta también se establecerá por el Derecho Constitucional formal. Y es que, en efecto, aunque se llama a sus respectivos Estatutos a realizar esta tarea, y no a la Constitución, no puede olvidar-

164 Cfr. K. STERN, *Derecho...*, cit., p. 256; vid., también, pp. 257-259.

165 Cfr. E. L. LLORENS, *La autonomía...*, cit., pp. 70 y ss.

166 Cfr., en este sentido, C. J. FRIEDRICH, *El hombre...*, cit., p. 637.

167 Cfr., a este respecto y por todos, G. BURDEAU, *Traité de Science Politique*. II. *L'État*, París, 1967, 2.ª ed. rev. y aum., p. 513; Ch. DURAND, “El Estado Federal en el Derecho Positivo”, en G. Berger, J. J. Chevalier y otros, *Federalismo y federalismo europeo*, Madrid, 1965, p. 183; M. GARCÍA-PELAYO, *Derecho...*, cit., p. 234; A. LA PERGOLA, “Federalismo y Estado Regional...”, cit., p. 196; W. S. LIVINGSTON, *Federalism and Constitutional Change*, Oxford, 1956, p. 10; K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1979, 2.ª ed. reimpr., p. 356; J. A. R. MARRIOTT, *The Mechanism of the Modern State. A Treatise on the Science and Art of Government*, Oxford, 1927, vol. II, p. 410.

se que el Constituyente otorga, en el artículo 116, a estas normas la consideración de Leyes Constitucionales, las cuales, como escribe Zagrebelsky, “son Leyes no de revisión, sino de actuación, de prolongación, podría decirse, de la Constitución”¹⁶⁸ y que, por ello, gozan de la misma naturaleza que ésta.

El tema adquiera mayor complejidad entre nosotros. En efecto, también en el Derecho español, y como consecuencia de la constitucionalización del principio dispositivo, los Estatutos de Autonomía adquieren la virtualidad de ser, cuando menos en términos políticos, la prolongación del propio Texto Constitucional. Lo que sucede es que, a diferencia de lo que ocurre en Italia con las Leyes Constitucionales, en nuestro ordenamiento no existe ninguna norma que, en cuanto que su aprobación, modificación o derogación ha de hacerse según el procedimiento previsto para la reforma de la Ley Fundamental, venga a integrarse en la categoría de la “Constitución en sentido formal”. Por el contrario, nos encontramos con que, desde un punto de vista formal, nuestro último Constituyente deja la regulación concreta de no pocas instituciones básicas del Estado sujeta a una mera reserva de Ley Orgánica que, al fin y a la postre, no es sino obra de los poderes constituidos y que, aunque reforzada, se presenta como una manifestación de la Legislación ordinaria. Solución ésta que ha de ser considerada como poco afortunada. Piénsese que, como con notable acierto ha visto el Profesor De Vega¹⁶⁹, tal reserva de Ley Orgánica introduce una más que notable dinámica y, en cierto modo, inseguridad que, en definitiva, podría acabar por desvirtuar radicalmente la naturaleza de las instituciones a cuya regulación es llamada este tipo de normas.

Lo anterior cobra una especial realidad en cuanto a la división del poder político entre la organización política central y las organizaciones políticas regionales. La negativa¹⁷⁰ de Abril-Martorell, por parte de la U.C.D., a la propuesta que, en nombre del P.S.O.E., hizo Alfonso Guerra de sancionar el sistema de la doble lista, -sin duda alguna, y aunque tenga una excesiva carga utópica¹⁷¹, el modelo teóricamente más perfecto, en cuanto que es el que, al consignar claramente cuál es el ámbito competencial de cada una de las instancias de decisión política, mayor seguridad jurídica ofrece-, o, en su defecto, adoptar la solución de los artículos 14 a 16 de la Constitución de nuestra Segunda República¹⁷², determinó que, pese a lo que pudiera dar a entender el tenor literal del Texto, el Constituyente de 1977-1978 no acometiera la misión especificar en la propia Constitución la distribución de competencias, remitiendo tal tarea a un momento posterior. El principio dispositivo, limitado en 1931 a la cuestión del nacimiento de las colectividades-miembros, extenderá, de esta suerte, su vigencia a tan fundamental problemática.

Ciertamente, no ha faltado quien ha pretendido que la indeterminación del reparto, territorial y funcional, del poder político es uno de los mayores logros de nuestro vigente Código Jurídico-Político Fundamental. Y ello por cuanto que, se dirá, con

168 G. ZAGREBELSKY, *Il sistema...*, cit., p. 116; sobre el régimen general de las Leyes de revisión y de las otras Leyes Constitucionales establecidas en el art. 138 de la Const. italiana, vid. pp. 114-118. Cfr., también, G. U. RESCIGNO, *Corso...*, cit., p. 222.

169 Aunque la crítica está expresamente referida al Tribunal Constitucional y la remisión que hace el Constituyente español a la Ley Orgánica para su definitiva configuración, cfr. P. DE VEGA, “Supuestos políticos...”, cit., p. 419.

170 Agradezco esta información, dada en el curso de una conversación particular que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la U. Complutense, donde coincidimos como miembros de un Tribunal juzgador de una Tesis Doctoral, a mi estimado colega Oscar Alzaga, miembro que fuera de la Constituyente de 1977-1978 por la U.C.D.. En todo caso, el contenido de la misma es, de algún modo, coincidente con lo que, sobre la excesiva apertura del Título VIII, Alzaga ha puesto ya por escrito; vid., en este sentido, *supra*, nota 34.

171 Cfr., en este sentido, M. MOUSKHELI, *Teoría jurídica...*, cit., pp. 332-333.

172 Cfr., a este respecto y por todos, N. PÉREZ SERRANO, *La Constitución Española...*, cit., pp. 95-103.

semejante opción nuestro último Constituyente no hizo sino satisfacer el carácter de “norma abierta” -entiéndase, en rigor, norma incompleta e inacabada- que de forma necesaria ha de tener la Constitución.

No creemos, sin embargo, que esta postura sea la más adecuada. Desde luego, no lo es desde los esquemas propios de la Teoría de la Constitución. La razón es fácilmente comprensible. Ciertamente es que, como ya pusiera de manifiesto Rudolf Smend¹⁷³, los Textos Constitucionales no pueden presentarse como un orden jurídico perfecto, completo y cerrado, en el que no hay lugar a lagunas. Por el contrario, sucede que, dada la singularidad de su objeto de regulación: la vida del Estado, sus normas han de permanecer forzosamente incompletas e inacabadas. Ahora bien, debemos a, por ejemplo, Hesse¹⁷⁴ la acertada observación de que, siendo lo anterior total y absolutamente cierto, ese carácter abierto, incompleto e inacabado de los Textos Constitucionales, con el que se deja el camino libre a la dinámica constitucional, no puede ser, sin embargo, absoluto, sino que existen determinadas materias cuya regulación ha de ser abordada, de manera directa e inexcusable, por el Legislador que elabora, discute, aprueba y sanciona la propia Constitución. Lo que, traducido en otros términos, significa que si bien en el ámbito de los valores y de la política exterior es admisible, y aun deseable, que la regulación constitucional sea lo más abierta posible, ocurre que dejar indeterminadas en el Código Fundamental materias como la delimitación y formulación precisa de la composición y funciones de todos los órganos constitucionales¹⁷⁵, la forma de Estado, la distribución de competencias, los principios estructurales fundamentales, los mecanismos de solución de los conflictos constitucionales o, finalmente, la determinación del procedimiento por el que han de concretarse las materias dejadas abiertas, comporta el, por lo demás, más que evidente riesgo de que, al quedar disuelto en una total y absoluta dinámica, aquél se viera incapacitado para encauzar efectivamente la vida del Estado.

Fácilmente se descubre, en este contexto, que lejos de ser un gran acierto, la solución adoptada por el último Constituyente español resulta altamente criticable desde un punto de vista jurídico-público. En una primera aproximación, bien podría decirse que las consecuencias de esta opción podrían llegar a ser nefasta para la consolidación del régimen constitucional inaugurado en 1978. Piénsese, en este sentido, que dejar a la libre voluntad del Legislador ordinario la determinación y concreción de materias fundamentales para la vida del Estado, y la problemática de la división de competencias lo es sin que quepa el menor género de duda, conduce, de manera tan inevitable como fatal, a la confusión entre Poder Constituyente y poderes constituidos. Lo que, como ya ocurriera con la construcción del doctrinarismo liberal¹⁷⁶, acabaría generando un constitucionalismo ficticio, antesala de situaciones de dictadura más o menos encubiertas.

Importa advertir que la indeterminación de la distribución de competencias no es, empero, total ni indefinida. En efecto, nuestro Constituyente previó el mecanismo de concreción de esta materia: la aprobación de los Estatutos de Autonomía [cfr. art. 147.2.d) C.E.], y, asimismo, procedió a establecer ciertos límites. El principio dispositivo se transforma, de esta suerte, en lo que, con Tomás y Valiente¹⁷⁷, podemos llamar principio de voluntariedad limitada. Esto es, la Constitución, en sus artículos 148.1 y

173 Cfr. R. SMEND, “Constitución...”, cit., pp. 132-135.

174 Cfr., sobre este particular, K. HESSE, “Concepto...”, cit., pp. 17-21.

175 Sobre esta problemática, y en relación con la crítica realizada por P. De Vega, a la que hemos hecho referencia en la nota 169, cfr. S. A. ROURA GÓMEZ, “El conflicto en defensa de la autonomía local”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 55 (1999), pp. 227-251.

176 Cfr., a este respecto y por todos, P. DE VEGA, “Supuestos políticos...”, cit., pp. 398-399.

177 Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1988, p. 80.

149.1, lo que hace es fijar el máximo competencial al que podrán optar, en función de la vía de acceso al autogobierno utilizada, las Comunidades Autónomas en el momento de su nacimiento, siendo, entonces, la voluntad de los Legisladores estatuyentes la que, de manera individualizada para cada una de las colectividades-miembro, y siempre en el marco fijado por el Constituyente, determine el deslinde efectivo de los poderes de la organización política central y las organizaciones políticas regionales.

No se necesita, a nuestro entender, demasiado esfuerzo para comprender que son muchos, y muy importantes, los problemas que la puesta en marcha de un tal sistema genera. Entre ellos, y acaso el que revista mayor transcendencia, está el de las dificultades que aquél comporta para la ponderada y cabal articulación de la protección constitucional de la autonomía en nuestro Derecho¹⁷⁸. Téngase en cuenta, en este sentido, que, como consecuencia de la extensión del principio dispositivo, aunque sea limitado, a la problemática del reparto territorial y funcional del poder político, lo que sucede es que, frente al tradicional principio del constitucionalismo federal de que, porque es el Texto federal el que establece y sanciona la distribución de competencias, tan sólo acudiendo a la técnica de la reforma constitucional podrían alterarse las competencias de la Federación y los miembros, en nuestro Derecho, por el contrario, el ámbito de poder del Estado y las Comunidades Autónomas podrá variarse naturalmente mediante la modificación formal de la Constitución, pero también, y aquí reside la gran peculiaridad española, a través de la revisión de la norma institucional básica de las Comunidades Autónomas. Resultado de lo cual es que, como muy escribió el Profesor De Vega, “el protagonismo adquirido por la normativa estatutaria en detrimento de la normativa constitucional, determina que las garantías jurídicas de la autonomía se trasladan también de la Constitución a los Estatutos. Lo que significa que, ciertamente, los Estatutos pueden quizá actuar de instrumentos protectores de los ámbitos competenciales de cada Autonomía en particular, pero difícilmente podrán servir de mecanismo garantizador del sistema de equilibrios de las fuerzas centrípetas y centrífugas entre el Estado y las Comunidades miembros, que caracterizan cualquier organización política descentralizada. Dicho con toda claridad y contundencia, si los Estatutos garantizan jurídicamente las competencias de las Comunidades Autónomas, lo que no garantizan en modo alguno es el sistema de competencias del Estado”¹⁷⁹.

Se comprende, así, que no hayan faltado voces que lamenten el que nuestro último Constituyente no hubiera recogido la figura de la Ley Constitucional. Ninguna dificultad habrá, tampoco, en entender el por qué desde la Universidad coruñesa, tanto mi estrecho colaborador, S. Roura¹⁸⁰, como yo mismo¹⁸¹ nos hayamos pronunciado, *de lege ferenda*, sobre la conveniencia y necesidad de reconducir la regulación de la división de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas a una norma que tenga el carácter de norma constitucional formal. Lo que podría hacerse o bien, y sería la hipótesis más correcta, llevando a cabo una reforma constitucional tendente a incluir en el propio Texto esta problemática, o bien convirtiendo, al modo italiano, los Estatutos en Ley Constitucional, o, finalmente, y en propuesta mucho más audaz, otorgándole la naturaleza formalmente constitucional a los preceptos estatutarios que se dedican a la misma. Con ello, en tanto en cuanto habría un solo procedimiento para actuar en este ámbito, el legal-constitucionalmente previsto para la revisión constitucional, se

178 Cfr., en este sentido, J. RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 327-335.

179 P. DE VEGA, “Prólogo” a J. Ruipérez, *La reforma del Estatuto de Autonomía para Galicia*, A Coruña, 1995, pp. 12-13.

180 Cfr. S. A. ROURA GÓMEZ, *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978: el Tribunal Constitucional y las Comunidades Autónomas*, de próxima publicación por la editorial Biblioteca Nueva, pp. 168-186 del ejemplar mecanografiado.

181 Cfr. J. RUIPÉREZ, *La protección...*, pp. 332-335.

lograría, como mínimo, soslayar los inconvenientes que el actual sistema plantea en orden a garantizar la existencia y subsistencia política del Estado y las Comunidades Autónomas.

En todo caso, de lo que no cabe duda es que la problemática de la distribución de competencias es una materia inequívocamente constitucional. Y tampoco pueden existir en torno a que en España han sido los Estatutos de Autonomía los que, en el marco diseñado por el Constituyente, han realizado la regulación de la misma.

Es, precisamente, en este contexto desde donde adquiere sentido, y cobra auténtica entidad, el interrogante que antes nos formulábamos sobre si las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas pueden ser reconducidas al concepto de Derecho Constitucional material. Y es, a la vista de las consideraciones anteriores, desde estas circunstancias desde donde la respuesta positiva se nos presenta como obvia. En efecto, porque, en nuestro Derecho, han sido los Estatutos de Autonomía quienes han venido a delimitar el ámbito competencial del Estado y de las Comunidades Autónomas, evidente resulta que nos encontramos ante una norma cuyo contenido afecta, de manera inconcusa, a la vida fundamental del Estado, de suerte tal que, por más que formalmente no sean más que Leyes Orgánicas (art. 81.1 C.E.), desde un punto de vista material responde al concepto de “Constitución en sentido sustancial”. Circunstancia ésta que, en último extremo y a nuestro juicio¹⁸², explica y justifica que el artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional eleve a los Estatutos a la condición, en cuanto que parte de la Constitución, de parámetro de la validez del resto del ordenamiento jurídico, y que, en definitiva, pueda reconocérseles una posición jerárquica superior a la de las demás Leyes estatales y regionales.

182 Vid., a este respecto, J. RUIPÉREZ, “La problemática de los Derechos Fundamentales en el Estado Unitario-Federal: el caso español”, en la obra colectiva *Introducción a los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1988, vol. I, p. 580. Coincidimos, por tanto, con la opinión del Profesor F. Rubio Llorente sobre el fundamento del artículo 28.1 de la L.O.T.C.; vid. F. RUBIO LLORENTE, “El bloque...”, cit., pp. 23 y ss.