

“Desde el principio”:
 La quiebra jurisprudencial del
 autogobierno constitucional
 ‘From the beginning’:
 The jurisprudential breakdown of
 constitutional self-government

Bartolomé Clavero Salvador*
 Universidad de Sevilla
 ORCID ID 0000-0001-7006-6644
clavero@us.es

Cita recomendada:

Clavero Salvador, B. (2019). “Desde el principio”: la quiebra jurisprudencial del autogobierno constitucional. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 116-134.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4994>

Recibido / received: 23/04/2019
 Aceptado / accepted: 11/09/2019

Resumen

La Constitución Española diseñó en 1978 un régimen de autogobierno mediante Estatutos pactados para el acomodo de los territorios más diferenciados. Los reconoció como nacionalidades dotadas de derechos históricos con título así precedente a la propia Constitución en el tiempo y así, virtualmente, en el derecho. Incluso se revalidaron constitucionalmente los referenda de iniciativa para acceso a la autonomía que se habían efectuado bajo la Constitución anterior, la de la Segunda República. De tal modo se constituyeron en 1979 el País Vasco y Cataluña. Fue un proceso que comenzó a torcerse pronto. El Tribunal Constitucional, apenas establecido, comenzó en 1981 una labor concienzuda de zapa de ese régimen de autogobierno. He aquí un caso de verdadera jurisprudencia o, por lo que resultará, *jurisimprudencia* preventiva.

* Estas páginas recibieron impulso de un seminario del *Projecte Regiocat* de las Universidades Oberta de Catalunya y Pompeu Fabra (<http://regiocat.cat/es/el-proyecto-regiocat/presentacion>) el 11 de diciembre de 2018 sobre *Ambigüedades y límites del regionalismo en España. De la Restauración al Franquismo*, en el que me encargué de código civil y derechos forales entre constitucionalismo decimonónico y Estatutos de Cataluña, incluido el actual con su recurso a derecho histórico. Fue un foro de gente de historia, pero, en este género de cuestiones, puede resultar más productiva la perspectiva histórica que la meramente jurídica, aunque sólo sea porque contextualiza. Va mi agradecimiento a una participación vivaz; particularmente, a Jaume Claret, Alfons Aragoneses, Josep Fradera y Ricardo Robledo.

De esto se preocupa este trabajo.

Palabras clave

Constitución Española, jurisprudencia constitucional, derechos históricos, pactos estatuyentes, bloque de constitucionalidad, conflicto catalán.

Abstract

In 1978, the Spanish Constitution designed a system of self-government by means of negotiated Statutes for the accommodation of the most differentiated territories. It recognized them as nationalities endowed with historical rights and therefore with a title preceding the Constitution itself in time and also, virtually, at law. Even the referenda of initiative for access to autonomy that had been carried out under the previous Constitution, that one of the Second Republic, were constitutionally revalidated. In this way, the Basque Country and Catalonia were constituted in 1979. It was a process that soon began to be distorted. The Constitutional Court, barely established, began in 1981 a meticulous work of sabotage of such a framework of self-government. Here is a case of truly preventive jurisprudence or, as it would turn out, juris-imprudence. That is what this paper is concerned about.

Keywords

Spanish Constitution, constitutional jurisprudence, historical rights, self-government covenants, bloc de constitutionnalité, Catalan conflict.

SUMARIO. 1. En el principio era la Constitución. 2. El extraño caso de una cuarta sentencia constitucional. 3. De 1979 a 1981, del autogobierno a la autonomía. 4. Derecho histórico foral y bloque de constitucionalidad. 5. Derecho histórico no foral y la sentencia de 2010. 6. Conclusión: al principio tenemos la *jurisimprudencia*. Bibliografía. Directorio de jurisprudencia constitucional.

1. En el principio era la Constitución

El concepto discriminación racial o étnica hace referencia a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia por razón de raza u origen étnico que anula o menoscaba el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. Así veremos que lo reconocen diferentes instrumentos internacionales que han inspirado las disposiciones de los sistemas regionales y nacionales en la protección del principio de igualdad y la lucha contra la discriminación.

La famosa sentencia del 28 de junio de 2010 sobre el segundo Estatuto de Autonomía de Cataluña, o más bien tercero si computamos el republicano de 1932, la sentencia que, como mínimo, lo modula a la baja, contiene esta referencia clave a jurisprudencia propia temprana: «Los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución, como corresponde a disposiciones normativas que no son expresión de un poder soberano, sino de una autonomía fundamentada en la Constitución, y por ella garantizada, para el ejercicio de la potestad legislativa en el marco de la Constitución misma (así desde el principio, STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3)». Así desde el principio, nada menos que en febrero de 1981, con su cuarta sentencia, estaba ya sentada la doctrina fundamental respecto a la relación entre Estado y Comunidad Autónoma como un nexo de subordinación neta. Se trata

notoriamente de la sentencia que imprimiera impulso al proceso parlamentario y refrendario fallido de desconexión de Cataluña con España (Bayona, el más jurídico de los testimonios habidos). En el origen así no tan remoto se encuentra esa otra sentencia de 1981.

¿Cómo pudo darse tan precozmente? Los primeros Estatutos de Autonomía, el vasco y el catalán, eran de diciembre de 1979. ¿Tan temprano, sobre la marcha, habían dado lugar a un control por parte del Tribunal Constitucional? No había habido recurso previo de constitucionalidad, como entonces cabía por preverlo, no la Constitución, pero sí la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Tampoco se había presentado en rigor ningún otro recurso, tras su entrada en vigor, frente a dichos Estatutos, los únicos entonces vigentes. ¿Cómo, entonces, se podía haber sentado tal doctrina de primacía absoluta de la Constitución explícitamente a su respecto? ¿Y cómo había sido el Tribunal Constitucional tan diligente? La sentencia de 2010, que políticamente urgía en tiempos en los que no existía el recurso previo de inconstitucionalidad, se hizo esperar cuatro años casi cumplidos. La de 1981 fue ciertamente madrugadora y despierta. Se trataba del expediente 186 de registro de entrada y se resolvió, adelantándose en la cola, en un tiempo récord de menos de cuatro meses. La sentencia se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 24 de febrero, el primero que imprimió resoluciones del Tribunal Constitucional por recursos de inconstitucionalidad. Era el día siguiente del 23-F, de la notoria jornada de golpe de Estado. Si el mismo hubiera triunfado en toda regla, tal jurisprudencia constitucional hubiera quedado prácticamente inédita. Retengamos este contexto, pues no fue casual como comprobaremos. Procedamos.

2. El extraño caso de una cuarta sentencia constitucional

El recurso interpuesto por senadores del Partido Socialista Obrero Español a mediados de octubre de 1980 que se resolvería por dicha sentencia de principios de febrero de 1981 no versaba sobre Comunidades Autónomas. De haberse planteado esto, dicho partido hubiera tenido con anterioridad a mano el recurso previo de inconstitucionalidad frente a Estatutos de Autonomía que en aquellos tiempos preveía la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, lo que se suprimiría por un buen tiempo para restablecerse recientemente (Pérez Royo, 1986; Aguado Renedo). Estaban ya vigentes, desde finales de 1979, los Estatutos de Autonomía de Cataluña y del País Vasco, frente a los cuales ninguna clase de recurso se había interpuesto. Los mismos habían constituido un evidente logro político, entre múltiples dificultades, en orden a la integración constitucional del nacionalismo catalán y de parte importante del vasco (Perales; Portillo, 2018). Ningún partido español, o al menos ninguno parlamentario de ámbito estatal, se planteó la impugnación por vía jurisdiccional. Y el recurso socialista de 1980 no versaba, insistamos, sobre Estatutos de Autonomía ni venidos ni por venir, ni postrera ni preventivamente. Al contrario, el mismo Partido Socialista ya estaba embarcado en reproducir el tipo de autonomía vasco y catalán no sólo para Galicia, sino también, lo que resultaría bien relevante, para Andalucía (Cruz Artacho). Retengamos también este contexto.

Si no versaba sobre la autonomía de la Comunidades, ¿frente a qué se planteaba aquel recurso? Literalmente lo que se reclamaba del Tribunal Constitucional era la declaración de «inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas de la Legislación de Régimen Local, declarando asimismo la nulidad de las mismas y la de aquellas otras de la misma legislación a las que el Tribunal considere oportuno extenderse por conexión o consecuencia». Es una solicitud ya de por sí extraña en sus dos extremos, el de una declaración de inconstitucionalidad de

una legislación que, como la de procedencia franquista, ya estaba derogada por la Constitución, y el de una extensión indeterminada de la propia declaración, determinable a criterio del Tribunal. En suma, era un recurso sin base ni objeto. No debía haberse admitido a trámite. Discrepando así con la sentencia y argumentando que no se debía haber asumido el caso, lo señaló, alegando lo primero, la impugnación de legislación ya derogada, no lo segundo, la improcedencia de una suplicación indeterminada, el único voto particular que se dio, debido al magistrado Francisco Rubio Llorente. Se limitaba a lo dicho, sin entrar en nada de lo que ahora añadiremos. Al reto del voto, para sortear el efecto derogatorio de la Constitución y poder así pronunciarse, la sentencia respondía acuñando una peregrina doctrina de «inconstitucionalidad sobrevenida» por obra de la Constitución, tal y como si hubiera habido, con la dictadura, una constitucionalidad inmediatamente precedente.

La sugerencia de extensión contaba con una base constitucional que hace ver claramente hacia dónde se dirigía. La Constitución reconoce en un mismo artículo las autonomías de entidades que, según ella misma, habrían de ser muy distintas; de una parte, la de Comunidades; de otra, las de Diputaciones y de Municipios: «El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses» (CE, art. 137). Con esto, la propia sugerencia se llenaba de contenido. No sólo se trataba de que el Tribunal se extendiera a considerar la posición constitucional de las Comunidades Autónomas, sino de que lo hiciera en esa línea de acercarla o asimilarla a las de las entidades provinciales y locales, las primeras, las de Diputaciones, ni siquiera representativas de primer grado, sino mancomunidades de Municipios. ¿En este mismo espacio se quería recluir a las nuevas Comunidades?

Como sólo era una insinuación, de seguirse, sería cosa, no del partido recurrente, sino del tribunal sentenciador, con toda su autoridad. Al contrario de si se hubiera interpuesto un recurso previo de inconstitucionalidad frente a aquellos primeros Estatutos, la parte recurrente no se ha pronunciado en su contra. De urgir el asunto identificado del recurso, un partido con representación parlamentaria lo que debiera haber hecho es presentar una propuesta de ley de régimen local y no pretender que se declarase jurisdiccionalmente inconstitucional lo constitucionalmente derogado. Son cosas tan elementales que la única forma de explicar el recurso es la de que lo que se perseguía no era poner fuera de juego algo que ya lo estaba, sino lograr un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre las Comunidades Autónomas.

Tal como ocurrió. El Tribunal colmó con creces las expectativas de la parte recurrente si tales eran. Ya está citado: «Los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución», sin matiz alguno, sin matices que se registran precisamente en la propia norma constitucional. El Tribunal abunda: «resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía -y aún este poder tiene sus límites-, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido»; «el Estado queda colocado en una posición de superioridad, tal y como establecen diversos preceptos de la Constitución tanto en relación a las Comunidades Autónomas, concebidas como Entes dotadas de autonomía cualitativamente superior a la administrativa (...) como a los Entes locales», remitiéndose respecto a las primeras a artículos de la Constitución comunes a la respectiva autonomía, no a los que diferencian a las de diverso género que ahora, enseguida, recordaremos. Entre Comunidades y «Entes locales» se señala la superioridad de las primeras por ser más políticas que administrativas, pero las una y

los otros quedan igualmente bajo una superioridad cualitativamente distinta, por soberana, del Estado. No hay asimilación, pero se marca la equiparación. «Autonomía no es soberanía», es el motto, como si en el adagio ya se contuviera todo el resto.

Hay matices en la Constitución que la sentencia puede ignorar porque, precisamente, el recurso, al no versar sobre Comunidades Autónomas, no obliga a considerarlos. El Tribunal se entiende excusado de entrar en materia respecto a las autonomías de las Comunidades más allá de la afirmación del principio de subordinación al Estado. Dicho de otro modo, he ahí un pronunciamiento eventual, un *obiter dictum*, insuficiente o, en todo caso, problemático para sentar jurisprudencia. Pero el caso es que lo ha hecho. Para el propio Tribunal, como hemos comprobado por la sentencia de 2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, ahí se encuentra el punto de partida de su jurisprudencia sobre autonomías territoriales. Y esto se entiende a pesar de que, por no ser objeto del juicio de constitucionalidad, el Tribunal no procedió a colacionar y analizar el conjunto de previsiones de la Constitución interesantes a la autonomía de las Comunidades. Hubiera tenido que hacerlo si lo que se hubiese planteado hubiera sido un recurso previo de inconstitucionalidad frente a los primeros Estatutos, el vasco y el catalán, o también si el Tribunal se hubiera autocuestionado su constitucionalidad, si abrigaba dudas, para lo que tuvo tempranas ocasiones por casos de conflictos de competencia del Estado con las primeras Comunidades Autónomas, tanto con el País Vasco como con Cataluña (véase el directorio de jurisprudencia). En cambio, les salió al paso con los pronunciamientos incidentales, sin motivar, de 1981. He ahí toda una jurisprudencia preventiva.

Con todo ello y en definitiva hasta hoy, a partir de tal sentencia de 1981, no sólo es que la Constitución territorial del Estado va a ser criatura más del Tribunal Constitucional que de la propia norma constituyente (Cruz Villalón, 1991 y 2016), sino también que tal proceso de verdadera sustitución constitucional arrancó mediante un procedimiento sospechoso y una resolución discutible, por decir poco. El Tribunal Constitucional admitió lo que no debía admitir y se pronunció sobre lo que no debía pronunciarse. Un voto particular ponía en guardia. Mas ni el propio magistrado discrepante guardaría consecuencia. Suscribiría sin problemas sentencias que traían causa de la extraña de 1981. Son unos orígenes olvidados, particularmente desde luego dentro del propio Tribunal. Se olvidan o no se aprecian también desde el principio (Cruz Villalón, 1983).

3. De 1979 a 1981, del autogobierno a la autonomía

Llamo autogobierno al que cuenta con título propio, reconocido por el respectivo Estado compuesto, para autoconstituirse, así como mera autonomía al caso que depende enteramente de dispensación estatal, *home rule* en sentido reducido (Barron). Para concretarlo, hemos de mirar ante todo a la Constitución pues contiene ciertamente la distinción entre estos conceptos aunque no la manifieste mediante términos diversos. Distingue entre dos tipos de Estatutos de Autonomía aun utilizando una misma expresión para identificarlos. Conviene arrancar por esta distinción que anda perdida.

Una clase de Estatutos, los contemplados por el artículo 151, son normas de carácter pactado con la representación territorial del caso y los únicos de los que se preveía expresamente una condición política por constituirse mediante dotación de parlamentos y gobiernos propios. El resto, en cambio, se establece por mera ley orgánica y se sitúa más cerca de los entes de carácter administrativo. A esto se suma

que la Constitución distingue como sujetos de autonomía territorial entre «nacionalidades» y «regiones»; reconoce «derechos históricos» de «territorios forales» como título igualmente de autonomía, y revalida los referenda de iniciativa autonómica celebrados bajo la Constitución anterior, la de la Segunda República, con el que reconoce otro título concurrente, este republicano, para el derecho de acceso a la autonomía o, mejor entonces, autogobierno. Por ahí se situaban, entre constituir nacionalidad, poder alegar derecho histórico, contar con título constitucional a la autonomía precedente a la Constitución actual, y aprovechar las posibilidades de autogobierno del artículo 151 constitucional, aquellos primeros Estatutos, el del País Vasco y el de Cataluña. Es toda una batería de constitucionalismo territorial que el Tribunal Constitucional posterga y marginaliza, prácticamente ninguna, desde su sentencia de 1981 (Clavero, 2018).

Con el reconocimiento constitucional de títulos de autonomía precedentes a la propia Constitución y las consiguientes posibilidades de apoderamiento autonómico por el alcance sustantivo que puedan alcanzar tanto la condición de nacionalidad como el patrimonio de unos derechos históricos, cualquiera que éste sea en cada caso e independientemente del grado en el que se valore todo ello, lo que resulta indudable es que, frente a los primeros Estatutos, la soberanía española ciertamente proclamada por la Constitución misma no llega a alcanzar el carácter absoluto e incondicional que le atribuye la sentencia de 1981 y toda la jurisprudencia constitucional ulterior. Perdón por la larga parrafada. Insistamos en un punto. Un recurso previo de inconstitucionalidad contra los Estatutos vasco y catalán hubieran dado entrada en el procedimiento al País Vasco y a Cataluña que, a su vez, habrían introducido en el procedimiento los matices constitucionales que les fundaban y fortalecían, con lo todo lo cual el Tribunal, a su turno, no habría podido eludirlos en su sentencia, determinando con todo un arranque muy distinto de la jurisprudencia constitucional sobre autonomías. De la forma como fueron las cosas, todo ello pudo eludirse.

Hay más elementos que interesan. A los comienzos de los años ochenta, se estaban interfiriendo los casos de otras posibles autonomías y particularmente el de Andalucía. Ya a finales de 1977, un año antes de la Constitución, cuando se presagiaban autonomías no generalizadas o, si acaso, de diverso nivel, se habían producido manifestaciones multitudinarias en la región reclamando autonomía con una confluencia entusiasta de partidos de todo signo, a izquierda y a derecha. El motivo no del todo inconfeso de tan transversal movilización fue una pulsión antivasca y anticatalana. Ahí se genera la precipitada marcha de Andalucía hacia una autonomía más o menos equivalente a la catalana. Por el camino la derecha defecionó, pero el Partido Socialista, aquel que al mismo tiempo presentaba el recurso susodicho de 1980, no cejó, convirtiéndose en el adalid de esta autonomía a la contra.

La narrativa canónica asegura que así se equilibró el sistema constitucional (Girón Reguera, entre tantos). El hecho es que creó una dinámica de emulación con los motivos de nacionalidad, vía de acceso a la autonomía y titularidad de derecho histórico que se contagiaría a otras autonomías diluyendo su significado y neutralizando su alcance. Así se ha potenciado un principio de igualdad aplicado a las autonomías que bloquea el desarrollo de las mismas distinciones previstas o permitidas por la Constitución en consideración de los casos de nacionalidad como el País Vasco y Cataluña. Son elementos que hoy tienen desequilibrando el sistema y que dificultan la recuperación de su valor originalmente distintivo, con razones de peso, de Cataluña y del País Vasco. No había contradicción, sino complementariedad, en las posiciones del Partido Socialista en Andalucía y ante el Tribunal Constitucional.

Pero sigamos todavía a los comienzos. Nos importa que el germen se siembra en aquellos primeros tiempos de la Constitución, Fue también el Partido Socialista el que promocionó al primer Tribunal Constitucional a más de un jurista notoriamente contrario a derechos históricos. Son cosas que se tienen en las hemerotecas, hoy más accesibles en línea.

La primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre autonomías hemos subrayado que se publica el 24 de febrero de 1981. Ese mismo día por la tarde se produce en el Palacio de la Zarzuela una reunión a puerta cerrada entre el Jefe del Estado y los líderes parlamentarios de los partidos de ámbito español. No se convocó a ninguno de partido vasco o catalán. Las vísperas se había producido el golpe de Estado contra, entre otras cosas, las autonomías del País Vasco y de Cataluña, únicas que entonces existían. Nunca hubo información fehaciente sobre la reunión, pero algún acuerdo se produjo que puede inferirse de las secuelas (Clavero, a publicarse). A continuación se inicia la serie de pactos autonómicos entre los principales partidos centrales dejando atrás el desencuentro andaluz para impulsar el sistema de autonomías que rompe decididamente con el diseño constitucional en la línea de generalizarlas con tendencia a la homogeneización (Aparicio).

La sentencia constitucional hecha pública el mismo día aporta la doctrina de base. Con la coincidencia entre su edición en el Boletín Oficial del Estado y la reunión de la Zarzuela, el actual Estado de las Autonomías español cuando se funda es el 24 de febrero de 1981 tras el golpe militar del día anterior. Los Estatutos de Autonomía del País Vasco y de Cataluña, igual que la misma Constitución, contenían otras posibilidades, pero van a verse estorbadas y hasta impedidas no sólo por la vía política, sino también, más decisivamente, por el propio Tribunal Constitucional. La extraña sentencia de 1981 no se entiende sino entre los vectores de una clase política de ámbito fundamentalmente español muy preocupada por los primeros Estatutos en circunstancias de confluencia multipartidista y pluriterritorial por un diseño constituyente común que hacían impensables la revisión jurisdiccional directa de los acuerdos estatutarios. Lo que veremos que el Tribunal Constitucional va a hacer con la autonomía de Cataluña en 2010 no se atrevía ni a plantearse frontalmente en aquellos primeros años. El contexto de entonces y las alteraciones posteriores del clima político explican la sentencia de 1981 así como que sus posiciones se hayan mantenido sin rectificación o ni siquiera modulación hasta hoy, pese a los retos que no han dejado justamente de afrontar. Es un hilo resistente que atraviesa la trayectoria del Tribunal.

En aquel arranque constitucional y estatutario provocaba especial alarma una disposición adicional del Estatuto del País Vasco: «La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico». Preocupaba hasta la última frase, el detalle de que ni siquiera se hiciera referencia explícita a la Constitución, en la cual a su vez se contiene una adicional de la que la vasca puede traer causa: «La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía». De esto conviene ocuparse.

4. De 1979 a 1981, del autogobierno a la autonomía

El establecimiento de la autonomía de Navarra es el que, valiéndose de derechos históricos, menos se atiene a previsiones de la Constitución. No se acoge a ninguno de los procedimientos contemplados en su cuerpo normativo. En 1982 Navarra accede a la autonomía política mediante Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral, una norma resultante de acuerdo con el Gobierno central que se formaliza por las Cortes Generales como Ley Orgánica. Su Preámbulo motiva tan singular procedimiento en el reconocimiento constitucional de derechos históricos y en la existencia de un Fuero de Navarra adaptado al Estado constitucional español prácticamente desde sus orígenes en el siglo XIX (Baraibar). He aquí, junto a los casos del artículo 151, esto es, Galicia y Andalucía además del País Vasco y Cataluña, una autonomía de carácter pactado o, dicho de otra forma, de fondo federal (Jimeno Aranguren; Cruz Allí).

No lo es en caso alguno para el Tribunal Constitucional. Del 6 de febrero de 1984 es una sentencia suya que hubo de pronunciarse sobre la institucionalidad foral de Navarra. Una de las partes en el proceso, el Presidente del Parlamento navarro, arguye que «el Estatuto Jurídico de Navarra se configura como un supuesto singular, debido al camino que se ha seguido para actualizar su régimen foral» de un «carácter paccionado». El Tribunal difiere resueltamente: «El hecho de que el acceso de Navarra a su actual régimen autonómico se haya llevado a cabo por una vía peculiar (...) no supone que no le sean aplicables (las) disposiciones constitucionales, o que quede al margen de ellas». Según la sentencia constitucional, Navarra no deja de ser una Comunidad Autónoma igual a todo el resto porque se denomine Comunidad Foral y se haya constituido mediante la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral. Que la Constitución emplee los términos de Comunidad Autónoma y de Estatuto de Autonomía para referirse a todos los casos de autonomías territoriales significa para el Tribunal Constitucional que todas las Comunidades y todos sus Estatutos tienen la misma naturaleza normativa. Diga lo que diga el Preámbulo del Amejoramiento y, añadamos, sea cual sea el procedimiento de acceso a la autonomía por la vía del artículo 151, el pacto constitutivo de Comunidad no cabe en la Constitución según esta jurisprudencia constitucional. Tampoco por fuero o derecho histórico se le admite.

Navarra ha mantenido sus posiciones en el terreno estricto de la justicia constitucional con un empeño superior al de otras autonomías pactadas, las del 151 y particularmente la vasca y la catalana. Mientras éstas, ante la evidencia de encontrarse en campo de juego contrario, tenderán a no defenderse ante el Tribunal Constitucional con argumentos de distinción como el de nacionalidad, el de derechos históricos, el del procedimiento de acceso o, aún menos, el de título republicano, Navarra seguirá defendiendo sus posiciones. Juega con la ventaja de que se tiene a sí misma y se le considera como un caso no conflictivo con la integridad de España, una ventaja que comparte con Andalucía, por razones diversas que ahora no vienen al caso (Clavero, 2019a). El hecho es que el planteamiento y el ejercicio de las autonomías navarra y andaluza sufren un acoso inferior de recursos centrales que los de la vasca y la catalana.

Haber recursos ante el Tribunal Constitucional, los hay en todos los casos. En 1985 el Gobierno central presenta contra el de Navarra uno cuestionando su particular régimen funcional. La Comunidad Foral se defiende con argumento de derecho histórico: «Históricamente, Navarra ha venido ostentando competencias en materia de función pública, que se mantuvieron incluso después de la pérdida de su condición de Reino, a través del sistema paccionado (...). El sistema de distribución territorial del poder político instaurado por la Constitución de 1978 no ha alterado este dato

básico» precisamente por su reconocimiento de los derechos históricos de los territorios forales. El Tribunal Constitucional dicta sentencia en 1990 mostrándose proclive al argumento incluso en los términos de que el derecho histórico puede ser un título de asunción de competencias habidas en el pasado si tal cosa se comprueba. Para el Tribunal el asunto de más de prueba histórica que de determinación presente. En todo caso, a la hora de la verdad del fallo, la sentencia se atiende al Amejoramiento, como Estatuto de Navarra, con sujeción a la legislación básica del Estado conforme a las previsiones de la Constitución. En Navarra se le celebra como si así se hubiera constitucionalmente revalidado su derecho histórico como base de la autonomía (Razquin Lizarraga).

El País Vasco, por su parte, se ha encontrado también ante el Tribunal Constitucional por cuestiones de derecho histórico, pero ha intentado en sus alegaciones limitar el asunto eludiendo que se le confronte como fundamento de la propia autonomía. Así resulta en su Estatuto por una doble vía. La Comunidad Autónoma vasca se constituye estatutariamente como una especie de federación entre Territorios Históricos, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava, como entidades con derecho foral político propio. La misma, como está visto, se reserva en su Estatuto «los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia». Es una cláusula que copiarán posteriormente algunas otras autonomías (Rey Martínez), pero en el contexto autonómico vasco, igual que en el navarro, encierra una potencia singular. Hoy hay incluso, de mediados de 2018, una Ley de Actualización de los Derechos Históricos de Aragón que está recurrida ante el Tribunal Constitucional.

Ciñámonos a casos que ya han pasado por la aduana de la jurisprudencia constitucional pagando el arancel. Estamos con el País Vasco. Pues bien, al contrario que Navarra, aun habiendo tenido oportunidades para hacerlo, desde casos tempranos sobre competencia en materias de transporte de mercancías y de registro de convenios colectivos, el País Vasco ha evitado que el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse sobre tal fundamentación en derecho histórico de la autonomía propia. Por aquellos primeros tiempos más de un magistrado constitucional, comenzando por el Presidente del Tribunal, se había manifestado públicamente en contra, sin paliativos, de los derechos históricos en relación explícita al País Vasco (Tajadura Tejada, 2009). Todo el contexto tanto constitucional como político visto ha de tenerse en cuenta para poder percibirse las limitaciones de unos procedimientos. Hay cuestiones constitucionales de primer orden que no llegan directa y francamente al Tribunal Constitucional porque éste no ofrece las condiciones o, dicho de otro modo, porque suscita, con motivo, desconfianza.

Aunque el País Vasco no le dé pie, el Tribunal Constitucional encontrará la ocasión de pronunciarse sobre la estructura foral en virtud de derecho histórico de la Comunidad Autónoma del País Vasco. La articulación de los Territorios Históricos con la Comunidad Autónoma fue un asunto muy conflictivo en el interior del propio País Vasco y el asunto acabó en el Tribunal Constitucional. En sentencia de 1988, éste se pronuncia elevando el tiro: «La Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ellas, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones 'históricas' anteriores. La misma existencia de derechos históricos tanto de los Territorios Históricos como de la Comunidad Autónoma trae causa del reconocimiento constitucional y no de la propia historia». No existe para el Tribunal nada que pueda calificarse de «legitimidad histórica» o título estrictamente tal en razón de fuero o de cualquier otro motivo. Es como si la Constitución, al reconocer algo, lo estuviera creando. Aplíquese esta lógica a los derechos de libertad y se palpará su irracionalidad.

En todo caso, el Tribunal Constitucional guarda una relativa deferencia con el derecho histórico tanto navarro como vasco siempre que no trascienda a la estructura constitucional y se limite a título de adopción de competencias concretas. Es una deferencia que tendrá en grado inferior con Cataluña cuando llegue el momento decisivo de la sentencia consabida de 2010 (Bayona y Ferreres; Viver Pi-Sunyer; Carrillo; Jordà). El sistema, en todo caso, está resultando bastante menos homogéneo de lo que se pudiera prever a la luz de los acontecimientos, el jurisdiccional y el político, del 24 de febrero de 1981, su fecha, como sabemos, fundacional. Sin embargo a su vez, en términos generales, el Tribunal Constitucional mantiene su línea tendente a la homogeneidad, la única, entre todas las previsible, que no cabe en el diseño constitucional, a partir siempre de la asimilación estrecha, sin distinguos, entre Estatutos y del principio de la subordinación neta de los mismos a la Constitución. A tal fin, el Tribunal encuentra una fórmula que parece más apreciativa de los primeros, de los Estatutos, de todos ellos a un tiempo, la de que integrarían con la Constitución todo un «bloque de constitucionalidad», como si compartieran su rango. No es esta fórmula creación suya, pero la adopta desde temprano, no sin dejar de modularla.

En sustancia y aun con vacilaciones, tal bloque de constitucionalidad en manos del Tribunal Constitucional va a integrarse en lo esencial por la propia Constitución junto a los Estatutos de Autonomía (Rubio Llorente). No es lo usual por otras latitudes, por donde suele servir en cambio la misma expresión para sumar derechos a Constitución, sobre todo los humanos de derecho internacional regional o global, fortaleciendo así los propios constitucionales, sin supeditar los unos a los otros, sino integrándolos como tal bloque (Carpio Marcos). Aquí, en España, la categoría sirve en cambio para aparentar un carácter constitucional de los Estatutos que de este modo es como se supeditan todos ellos por igual a la Constitución. En esta fragua, los mismos se funden en una sola categoría normativa. En este otro bloque, el español, no caben cosas tan constitucionalmente españolas como los derechos históricos, las nacionalidades y el pacto en relación a determinadas autonomías estatutarias. Su concepción se cierra en normas y poderes; no se abre a derechos y sujetos, unos sujetos colectivos en el caso de las autonomías. No hay que decir que el Tribunal Constitucional nunca se ha planteado que, a la luz de la misma Constitución, los derechos históricos formen parte del bloque.

La otra integración más decisiva entre derechos ultraconstitucionales y Constitución brilla por su ausencia en el caso español. Su adopción podría ayudar desde luego a un mejor abordaje del verdadero reto de la integración normativa entre Constitución y unas normas de valor igualmente constitucional llamadas Estatutos que presentan diferencias de fondo entre sí. Como con otros problemas constitucionales, inclusive los orgánicos, la clave puede estar en los derechos, en unos derechos que, dentro de un constitucionalismo de diversos estratos comenzándose en España por el de las Comunidades y alzándose hacia el derecho internacional, no han de recluirse en el ámbito estrecho de la Constitución de Estado. La Constitución española contiene la previsión al respecto de esta otra integración aunque el Tribunal Constitucional venga haciendo empecinadamente oídos sordos (Clavero, 2019b). Y por lo que interesa al bloque de constitucionalidad vamos a ver en el caso de Cataluña cómo se vacía de sentido por el propio Tribunal Constitucional a la hora de tomárselo en serio.

5. Derecho histórico no foral y la sentencia de 2010

En 1979, el segundo Estatuto de Cataluña no se distingue, a diferencia del coetáneo del País Vasco, por hacer invocación ni por recurrir al derecho histórico. La

Constitución reconoce «derechos históricos» de los «territorios forales» y Cataluña, aun contando con un patrimonio jurídico equivalente o incluso superior, no se identifica con dicho calificativo de *foral*. La palabra *fuero* o *foro* en este sentido normativo de título histórico no es propia de la lengua catalana. La Constitución no identifica cuáles sean los territorios forales. La cualificación se refiere a un tracto de derecho propio que cumple más que suficientemente Cataluña. La terminología no la usual prevalecer sobre la categorización (Clavero, 1990). Ahora volveremos a este importante extremo.

Cuando viene a plantearse el tercer Estatuto a mediados de la primera década de este siglo, se produce un giro. El proyecto se fundamenta resueltamente en el derecho histórico: «L'autogovern de Catalunya es fonamenta en els drets històrics del poble català, en les seves institucions seculares i en la tradició jurídica catalana». Antes de aprobarse por el Parlamento catalán se introduce un matiz: «L'autogovern de Catalunya es fonamenta també en els drets històrics del poble català», *también* para darle desde un primer momento cabida a la Constitución como fundamento así concurrente de la autonomía. Las referencias constitucionales, comenzando por la de reconocimiento de nacionalidad que ahora se equipara justamente a nación, no dejaban de registrarse desde los primeros borradores a continuación del derecho histórico. Y este derecho tiene bastante juego en el cuerpo del Estatuto (Ferret).

Algún primer borrador del Estatuto se encuadraba también en la extensión a Cataluña de la categoría de territorio foral, pero, ante la duda terminológica, esta referencia concreta no se registró finalmente. Pese a que el registro no figura en el Estatuto, la sentencia se detiene en el mismo por entender que es el único posible fundamento constitucional de la existencia de derecho histórico. Sienta que la cualificación de territorio foral no es aplicable a Cataluña, sino tan sólo al País Vasco y a Navarra. Conforme a otra expresión constitucional más claramente inclusiva (art. 149.1.8), para los supuestos de nacionalidad, podría entenderse que territorios forales son los territorios con "derecho foral o especial", pero la sentencia lo deniega. Explica que esta otra expresión se refiere a derecho civil privado, no al político público, como si lo primero no fuera también derecho histórico. Y el Tribunal no da relevancia ninguna a la condición de nacionalidad negando que pueda relacionarse con nación.

Autocensurado en origen, podado por el Congreso de los Diputados, forzándose un pacto a la baja, y, pese a todo esto, recurrido por el Partido Popular ante el Tribunal Constitucional, Cataluña no adopta una línea de defensa que girase en torno del derecho histórico. Recurre al argumento del carácter democrático de todo el proceso estatuyente, carácter especialmente marcado por tratarse de caso del artículo 151 que une refrendo ciudadano a pacto institucional. La democracia es un buen argumento, pero resulta débil a estos efectos procesales que han de atenerse a normas constituidas comenzando por la Constitución, por toda ella por supuesto, también por sus reconocimientos de nacionalidad y de derecho histórico. ¿Por qué Cataluña no incide especialmente en estos registros? La respuesta ya la tenemos. El Tribunal Constitucional ha venido mostrándose, desde un principio, impermeable a los mismos. Hay pasajes de la Constitución que no existen para la jurisdicción constitucional o que se minimizan en sus manos. El caso de Navarra está a la vista. De todas maneras, el Tribunal Constitucional no se privó ni de declarar que Cataluña no es territorio foral.

El argumento democrático podría servir mejor para cuestionar la competencia del propio Tribunal respecto a Estatutos como los de autogobierno del artículo 151, pactados y refrendados, o al menos para moverlo a una elemental autorrestricción de jurisdicción por deferencia a democracia, a la cual no está para nada acostumbrado (Pérez Royo, 2011). Para la revisión jurisdiccional de un pacto de autogobierno

deberían suscitarse al menos las mismas cuestiones que para el caso de justiciabilidad de reformas constitucionales o de la propia Constitución. ¿Qué autoridad cabe a un colegio de juristas, por mucha autoridad que tenga investida, para situarse por encima de ejercicios de democracia cuando no se trata del amparo de derechos? (Roznai).

La posición del Tribunal ante el tercer Estatuto de Cataluña se cierra en banda, endureciéndose incluso, si es que cabe. Así se pronuncia: «Los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución, como corresponde a disposiciones normativas que no son expresión de un poder soberano, sino de una autonomía fundamentada en la Constitución»; «Como norma suprema del Ordenamiento, la Constitución no admite igual ni superior, sino sólo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes». «Los Estatutos de Autonomía se integran en el Ordenamiento bajo la forma de un específico tipo de ley estatal: la ley orgánica»; «En tanto que normas legales, el de jerarquía es el principio que ordena su relación con la Constitución en términos de subordinación absoluta». Se insiste en que todo ello estaría sentado desde el principio: «como este Tribunal ha constatado desde sus primeros pronunciamientos, el Estado siempre ostenta una posición de superioridad respecto de las Comunidades Autónomas (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3)», abundando en la referencia ya citada en nuestro arranque. Respecto a la alegación de derecho histórico se considera «manifiestamente inconstitucional si pretendiera para el Estatuto de Autonomía un fundamento ajeno a la Constitución, aun cuando fuera añadido al que ésta le dispensa», declarándose que así, sin dicho alcance, han de interpretarse los registros de derecho histórico. Diplomáticamente, no los anula tras neutralizarlos. Hubo votos particulares más sañudos. Y no digamos de algunos exégetas de la sentencia. Quieren que la historia desaparezca del derecho autonómico, comenzando por el reconocimiento constitucional de territorios forales (Tajadura Tejada, 2011).

Repárese en unas expresiones de la sentencia que llegan a ser desaforadas. A fuerza de que se nos repitan nos pueden parecer hasta fundamentadas. ¿Cómo puede decirse por todo un Tribunal Constitucional lo que acabamos de leer? «Como norma suprema del Ordenamiento, la Constitución no admite igual ni superior, sino sólo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes». ¿No hay derecho superior a la Constitución de Estado? La misma española, como hoy resulta poco menos que obligado, se sitúa en un orden de derecho de procedencia internacional tanto regional, el de la Unión Europea y el Consejo de Europa, como global, el de Naciones Unidas y, para lo bueno o para lo malo, de otras organizaciones interestatales. La Constitución está abierta (Cruz Villalón, 2004). Incorpora la española al propio ordenamiento los tratados ratificados por España, inclusive los de derechos humanos (CE, arts. 94.1.c y 96.1). Ya sabemos que esto último es algo que el Tribunal Constitucional se empeña en ignorar. Sólo así, con tamaños lapsus, puede afirmar lo que afirma.

El Tribunal Constitucional español es cerradamente soberanista, alimentando a otro soberanismo, el de ámbito catalán al que me referiré al final. Con todo esto, la misma categoría de bloque de constitucionalidad por cuanto toca a los Estatutos puede tener un sentido de constitucionalidad material, pero en ningún caso lo cobra formal o, dicho de otro modo, efectivo: «Ciertamente, no faltan en ningún Ordenamiento normas jurídicas que, al margen de la Constitución stricto sensu, cumplen en el sistema normativo funciones que cabe calificar como materialmente constitucionales, por servir a los fines que conceptualmente se tienen por propios de la norma primera de cualquier sistema de Derecho, tales como, en particular, constituir el fundamento de la validez de las normas jurídicas integradas en los niveles primarios del Ordenamiento; esto es, en aquellos en los que operan los órganos superiores del

Estado. Sin embargo, tal calificación no tiene mayor alcance que el puramente doctrinal o académico», como si el Tribunal no hubiera consagrado el sintagma de bloque de constitucionalidad aparentando otro concepto. La apreciación del valor normativo del Estatuto «en ningún caso se traduce en un valor normativo añadido al que estrictamente corresponde a todas las normas situadas extramuros de la Constitución formal»; «En este sentido, es forzoso partir de la obviedad de que el Ordenamiento español se reduce a unidad en la Constitución». Son expresiones de la sentencia de 2010. Y ya se ve. Lo que no es Constitución española, según además la entiende el Tribunal Constitucional, queda extramuros del orden estrictamente constitucional.

El ninguneo ahora del bloque de constitucionalidad responde a la alegación de parte catalana en su intento por venir al campo de juego del Tribunal que no es precisamente el del derecho histórico ni en el de la nacionalidad. Así lo presentan las alegaciones de la Generalitat con referencia al Estatuto: «En su condición de norma institucional básica, integrada en el bloque de la constitucionalidad por razón de su naturaleza ‘paraconstitucional’ o ‘subconstitucional’ y siendo norma de cabecera de un ordenamiento autonómico propio y diferenciado, el criterio determinante para la definición de su posible contenido debería ser el de la conexión con las funciones que constitucionalmente le corresponden, lo que se traduciría en la posibilidad de incluir previsiones sobre la relación de las instituciones autonómicas con los ciudadanos plasmadas en el reconocimiento de derechos y con los poderes de otras Comunidades Autónomas, del Estado o de la Unión Europea». Resulta en vano. Ni a esos ni a ningún efecto el Tribunal Constitucional reconoce ahora valor alguno a la categoría de marras. De hecho, la rechaza como hemos visto sin mencionarla siquiera.

Sustancialmente, el Tribunal Constitucional sigue con todo ello la línea marcada por las alegaciones de la Abogacía del Estado, la representación del Gobierno. Entre el uno y la otra citan la sentencia de 1981 hasta en siete ocasiones. Las Cortes Generales no se personaron en el proceso. No lo hicieron ni el Congreso ni el Senado. Formalmente, el Estatuto de Cataluña es Ley Orgánica del Estado y, por lo tanto, producto normativo de las mismas Cortes, la representación de la ciudadanía española comprendida por supuesto la catalana. Tenían que haberse responsabilizado de su obra defendiéndola. Tal desentendimiento dice mucho de la irresponsabilidad literal de unas instituciones de Estado en relación al caso del tercer Estatuto de Cataluña. Alcanza, por activa o por pasiva, tanto al Gobierno y al Tribunal Constitucional como a las Cortes Generales. En cuanto a responsabilidades partidistas, la mayor, pero no exclusiva, corresponde al Partido Popular, el impulsor del recurso de inconstitucionalidad incluso después que el Congreso, por empeño de un sector del Partido Socialista, ya había podado severamente el texto del Estatuto. ¿Qué decir? De aquellos polvos, estos lodos.

6. Conclusión: al principio tenemos la *jurisimprudencia*

«Autonomía no es soberanía» es el ritornello de la jurisprudencia constitucional desde la extraña sentencia de 1981. Y veíamos añadir al Tribunal respecto a la segunda: «y aún este poder tiene sus límites». Tanto los conoce hoy que está de moda afirmar que la soberanía ha dejado en rigor de existir, lo que no parece tomar en cuenta el mismo Tribunal en su desafortunada sentencia de 2010 al formular al fin y al cabo lo mismo concretándolo de esta otra forma: «Como norma suprema del Ordenamiento, la Constitución no admite igual ni superior, sino sólo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes». Es un género de proclamaciones

por las que tenemos el problema, no la repuesta. ¿Quién pone en duda que autonomía no es soberanía y que soberanía, mal que le pese, ya no es lo que era o lo que nunca ha conseguido ser? Soberanía comienza por ser una categoría dudosamente constitucional (Rasch; Eaton).

Un corolario se añade por la sentencia de 2010: nacionalidad no es nación. Y tenemos más: en singular, ni nación ni soberanía propiamente existirían (Keating). Sin embargo, cuando despertamos, siguen ahí. Están guiando la conducta política del irresponsable soberanismo catalán y el proceder constitucional del insensible soberanismo español. Han conducido a este par de soberanismos a un choque frontal (Roig Moles; Martín i Alonso). Hay ficciones que son realidades porque nos las creemos o porque actuamos como si nos las creyésemos (Cagiao). La colisión entre la ficción española y la ficción catalana ya ha provocado daños sociales y políticos considerables. El intento fallido de independizar a Cataluña de España en términos de soberanía nos ha introducido a todos en un callejón político sin salida jurídica. La sentencia de 2010 ha sido el factor detonante. Unas reacciones consecutivas, las del nacionalismo catalán y las de la justicia española, han puesto el resto. Se ha consumado un naufragio por marejada que nos anega a todos tras el que todavía ni siquiera se han emprendido operaciones de salvamento ni propio ni ajeno. Escribo en la primavera de 2019, cuando cunde el desconcierto y la incertidumbre (Bayona, epílogo; García).

¿Qué posibilidades tenemos? Parece que prácticamente ninguna dentro del derecho y desde luego que bastantes en el ámbito de la política. Aquí podríamos entonces concluir porque éste es un escrito jurídico aunque haya tenido por fuerza que mirar al de la política. En este punto, ni siquiera sabría por mi parte cómo responder a la pregunta de qué tendríamos que hacer para recuperar la Constitución y el derecho una vez que se han salido el Tribunal Constitucional de la primera y la autonomía catalana del segundo. Se da además el agravante de que ni una parte ni la otra están en la mínima disposición de reconocer el descarrilamiento propio al tiempo que atacan con toda energía al ajeno. Ya no digamos si se formula la misma pregunta interpelando a los partidos principales, a los españoles como a los catalanes, entre los que cunde aún más la inconsciencia acerca de su respectiva trayectoria sin clarividencia por ello respecto a la ajena. Soberanismos y nacionalismos, solapados o confesos que sean, ciegan.

¿Cabe que nos recuperemos dentro del orden constitucional? En el punto al que hemos llegado, con el encadenamiento de acciones del Parlamento de Cataluña y reacciones del Tribunal Constitucional, nos hemos salido todos del cobijo de derecho. El caso es que, en este frente, el segundo se encuentra a la intemperie desde el principio. Él mismo nos lo ha recordado a su modo con la sentencia de 2010. La posición que asumiera desde 1981 no tiene cabida en la Constitución si la tomamos por entero en serio. Interponiéndose la jurisprudencia constitucional, ya sólo con esto, el reto de la recuperación resulta sumamente arduo. Distingamos. El Tribunal Constitucional no es la Constitución ni viviente ni andante. Una cosa es actuar políticamente a su contra y otra, más plausible, hacerlo a su margen para que no bloquee la salida. Hay un resquicio de entrada. Hemos visto que el Tribunal Constitucional ha sido diplomático al mantener los registros estatutarios de derecho histórico, desde los del Estatuto vasco de 1979 al del catalán de 2006, aun intentando privarles de alcance como si pudiera imponer una sola lectura (Díaz Revorio). Pues bien, cabe recuperar su sentido genuino en base a la propia Constitución. Ahí siguen consignados en la literalidad de unos Estatutos.

Si la solución ha de ser de política para recuperación de derecho, tenemos entonces un buen problema con el Tribunal Constitucional. La Ley Orgánica del Poder

Judicial identifica prácticamente la Constitución con la jurisprudencia constitucional (art. 5.1), lo que ha arraigado con fuerza en la cultura política y no sólo judicial española. Tratándose de Estatutos, si hay una lógica en el procedimiento de acceso a la autonomía del artículo 151 es que en sede política, en el Congreso de los Diputados, y no en ninguna jurisdiccional, ha de ejercerse, a los efectos del pacto de autogobierno, un control de constitucionalidad, pero el Tribunal Constitucional, con esa ayuda de la ley, se ha superpuesto a todas las instancias internas sin exceptuar a las parlamentarias ni siquiera aunque cuenten con el referendo ciudadano. Por lo visto, todo el resto de las instituciones constitucionales no interpretan ni controlan constitucionalidad cuando adoptan decisiones y emprenden acciones. Tal es el signo de nuestra cultura jurídica.

Todavía más cuesta arriba puede hacerse la marcha atrás para salir del ordenamiento alternativo creado por Cataluña para independizarse de España, el de las llamadas leyes de desconexión y anexas que han dado por liquidado al Estatuto y por desahuciada a la Constitución. Como en todo callejón sin salida, marcha adelante no la hay. Y la rectificación no parece que pueda reducirse a un regreso a la autonomía tal y como quedara configurada por el tercer Estatuto tras la poda concienzuda de las Cortes Generales y el minado en profundidad del Tribunal Constitucional. Incluso parece dudoso, a estas alturas, que la recuperación pudiera efectuarse regresando al proyecto de tercer Estatuto propuesto originalmente por Cataluña con su esfuerzo pragmático de encuadrarse; forzosamente desde luego, en límites marcados por la jurisprudencia constitucional. Todo ello sería como si al Tribunal se le hiciera rebobinar, no a la Constitución de 1978, sino a la extraña sentencia de 1981. Estaríamos en las mismas, en el mismísimo laberinto sin salida que resulte transitable por los caminos del derecho.

Otro caso sería que donde se volviera fuese al punto de partida del tercer Estatuto, el de la vía del derecho histórico al autogobierno con todas las posibilidades que así se reabrirían. Aunque tampoco es que las haya agotado, es la vía de Navarra ofreciendo prueba de su factibilidad al margen de la jurisprudencia constitucional o, mejor dicho (Clavero, 1998), de *jurisimprudencia* tamaña. Constitucionalmente, una vez reconocido por la Constitución y asumido por la Comunidad, el derecho histórico no nos remite a la historia, sino a capacidad de determinación de su sujeto político a partir de la misma. Es cuestión de título antes que de contenido. No es tan sólo que sirva para asumir determinadas competencias, sino también y ante todo que capacita para determinarse sobre el propio autogobierno más allá de lo que la propia Constitución prevé. El reconocimiento constitucional no se hizo para subordinar Comunidades a la historia, sino para todo lo contrario, para abrirles horizonte de autonomía. Entre estas coordenadas, lo que no tiene definitivamente sentido es contraponer derecho histórico a Constitución para descalificarlo (Tajadura Tejada, 2008). No cabe liquidar así lo que cuenta, además de con habilitación constitucional, con historia efectiva (Portillo, 2006).

Si donde volvemos es a la Constitución, a la de 1978, no a la posterior tan mutada, por no decir mutilada, podríamos recuperar plenamente el reconocimiento de nacionalidades, de derechos históricos, de título republicano y de pactos, el foral y el del artículo 151. Si es ahí, en tal previsión de autogobierno, donde nos situamos, tendríamos entonces que no habría jurisprudencia constitucional superpuesta a la Constitución, la *jurisimprudencia* que hemos visto. Llamo así a la que no cuenta con suficiente fundamento constitucional y adopta posiciones tóxicas para el sistema. Denominémosla como queramos. No hace falta hablar de *jurisimprudencia* para relativizar sus actuaciones y desvelar sus pretensiones. ¿Para qué, si no, sirve la historia, inclusive y sobre todo la de presente? Ocurre hasta en las que se tienen a sí mismas como mejores familias (Chemerinsky). En sistemas constitucionales la justicia

suele producir su propia narrativa resistente al escrutinio, lo que sólo cabe contrarrestar con indagación histórica, no con la historia retrospectiva al servicio del constitucionalismo presente, la usual entre constitucionalistas tanto de academia como de política.

Con todo y en suma, no rige hoy la Constitución territorial de 1978, sino la interpretación jurisdiccional de 1981 con todas sus secuelas. ¿Cómo vamos entonces a recuperarnos? No tengo recetas, pero algo sé. El Tribunal Constitucional no debe ser sujeto de política, pero puede ser objeto de la misma. Debe serlo por su desviación. ¿Cabe pronóstico? Se hace desde luego difícil, por no decir imposible, si ya sólo está en manos de la política y no del derecho. Cuando estas páginas se lean, la situación será seguramente otra, a mejor o a peor, que la del momento cuando escribo. Sería buena señal que fuera entonces cuando resulten de alguna utilidad. Hoy por hoy, estamos en un impasse, por no decir que, de momento, en punto muerto. Y ocurra lo que ocurriere, la historia es la que ha sido. Su conocimiento nunca sobraría.

Todo lo que he argumentado a la contra de una jurisprudencia constitucional es en base de dispositivos contenidos en la Constitución vigente, los de nacionalidad, derecho histórico, pacto estatuyente y título republicano. Tendrían mejor acomodo con un sistema confederal por plurinacional, con una reforma reconstituyente en tal sentido (Requejo y Caminal). Estando como estamos, con los problemas que afrontamos, esos dispositivos política y jurisprudencialmente desactivados precisan de rehabilitación.

No soy historicista. Lo es la Constitución a determinados efectos. No le sitúo historia por encima. Es ella misma la que lo hace para lo bueno como para lo malo, para abrir autonomía como para blindar monarquía, lo primero muy a pesar del constitucionalismo soberanista español y lo segundo más bien a su gusto. Mi posición importa menos. No lo ha hecho en verdad mucho (Clavero, 1985). Sólo representa un voto. Y no me arrogo la voz de nadie.

Bibliografía

- Aguado Renedo, C. (2016). El recurso previo de inconstitucionalidad frente a proyectos de Estatutos de Autonomía y de su modificación. *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, pp. 683-699.
- Aparicio, M.A. (2017). Los últimos cuarenta años de la reorganización territorial del Estado en España. *Ius Fugit. Revista de Cultura Jurídica*, 20, pp. 15-46.
- Baraibar, A. (2004). *Extraño federalismo. La vía navarra a la democracia, 1973-1982*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales.
- Barron, D.J. (2003). Reclaiming Home Rule. *Harvard Law Review*, 116-8, pp. 2255-2386.
- Bayona, A. (2019). *No todo vale. La mirada de un jurista a las entrañas del procés*. Barcelona: Ediciones 62.
- Bayona, A. y Ferreres, V. (2010). El Tribunal Constitucional davant l'Estatut. *Revista Catalana de Dret Públic, Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006*, pp. 74-78.
- Cagiao, J. (2018), *Micronacionalismos. ¿No seremos todos nacionalistas?*, prólogo de Suso del Toro. Madrid: Catarata.
- Carpio Marcos, E. (2005). Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 4, pp. 79-114.
- Chemmerinsky, E. (2014). *The Case Against the Supreme Court*. Nueva York: Penguin.

- Carrillo, M. (2011). La sentencia del Tribunal Constitucional Español sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. *Estudios Constitucionales*, 9-1, pp. 365-388.
- Clavero, B. (1985). *Fueros Vascos. Historia en tiempos de Constitución*. Barcelona: Ariel.
- Clavero, B. (1990). Anatomía de España. Derechos hispanos y derecho español entre Fuero y Código. En B. Clavero, P. Grossi y F. Tomás y Valiente (eds.), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales* (pp. 47-86). Milán: Giuffrè.
- Clavero, B. (1998). Sexo de derecho, acoso de justicia. Comentario de jurisprudencia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 52, pp. 189-217.
- Clavero, B., (2018). Nacionalidades y regiones entre el empoderamiento y la descentralización. En R. Escudero Alday y S. Martín (coords.), *Fraude e esperanza: 40 años de la Constitución* (pp. 109-132). Madrid: Akal.
- Clavero, B. (2019a). Andalucismo institucionalizado entre colonialismo marroquí y nacionalismo español. *Pasos a la Izquierda*, 15, pp. 1-18.
- Clavero, B. (2019b). Libertad de investigación e impunidad de dictadura. Jurisprudencia constitucional a la deriva. *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, 16, pp. 9-27.
- Clavero, B. (a publicarse), 1978: La extraña monarquía. En Sebastián Martín y Víctor Vázquez (eds.), *Monarquía y Constitución*. Madrid: Aranzadi.
- Cruz Allí, J. (2014). Elementos identitarios en el preámbulo y título preliminar de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra. *Iura Vasconiae. Revista de Derecho Autonómico e Histórico de Vasconia*, 11, pp. 533-573.
- Cruz Artacho, S. (2017). *Andalucía en su laberinto. Historia del proceso autonómico andaluz*. Sevilla: Centro de Estudios Andaluces.
- Cruz Villalón, P. (1983). Dos años de jurisprudencia constitucional española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17, pp. 7-42.
- Cruz Villalón, P. (1991). La construcción constitucional del Estado de las Autonomías. *Revista Vasca de Administración Pública*, 31, pp. 249-260.
- Cruz Villalón, P. (2004). *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*. Madrid: Trotta.
- Cruz Villalón, P. (2016). Tomás y Valiente en la fundación jurisprudencial del Estado de las Autonomías. En Paz Alonso Romero (ed.), *Francisco Tomás y Valiente. Memoria y legado de un maestro* (pp. 355-369). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Díaz Revorio, F.J. (2001). *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad*. Madrid: Lex Nova.
- Eaton, D.J. (ed.) (2006). *The End of Sovereignty? A Transatlantic Perspective*. Hamburgo: LIT.
- Ferret, J. (2011). Nació, símbols i drets històrics. *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 12, Especial sobre la Sentència de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, pp. 44-60.
- García, L. (2019). *El naufragi*, prólogo de Jordi Amat. Barcelona: Tusquets.
- Girón Reguera, E. (2004). Reflexión retrospectiva sobre el proceso autonómico andaluz y sus vicisitudes. *Revista de Estudios Regionales*, 69, pp. 139-162.
- Jimeno Aranguren, R. (2007-2008). Los Derechos históricos en la renovación del régimen autonómico de Navarra (2004-2006). *Ius Fugit. Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos*, 15, pp. 339-367
- Jordà, A. (2012). Els drets històrics i la jurisprudència del Tribunal Constitucional abans de la sentència sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, 1981-2010. *e-Legal History Review*, 14, pp. 1-37.
- Keating, M. (2001). *Plurinational Democracy: Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*. Oxford: Oxford University Press.
- Martín i Alonso, G. (2019). Dossier sobre l'aplicació de l'article 155 CE a Catalunya. *Revista Catalana de Dret Públic*, Especial sobre l'aplicació de l'article 155 CE a

- Catalunya, pp. 182-213.
- Perales, C. (2012). *Anàlisi crítica de la cobertura de l'encaix de Catalunya i Euskadi dins Espanya a través dels discursos de la premsa espanyola, catalana i basca publicats durant la transició i fins l'aprovació dels Estatuts català i basc, 1975-1979. El discurs editorial y de les columnes d'opinió publicats per ABC, El País, La Vanguardia, Avui, El Correo i Deia*, Universitat Autònoma de Barcelona, tesis doctoral.
- Pérez Royo, J (1986). Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17, pp. 137-170.
- Pérez Royo, J (2011). La STC 31/2010 i la contribució de la jurisprudència constitucional a la configuració d'un Estat compost a Espanya: elements de continuïtat i ruptura, i incidència en les perspectives d'evolució de l'Estat autonòmic. *Revista Catalana de Dret Públic*, 43, Justicia constitucional y estados compuestos, pp. 1-17.
- Portillo, J.M. (2006). *El sueño criollo. La formación del doble constitucionalismo en el País Vasco y Navarra*. San Sebastián: Nerea.
- Portillo, J.M. (2018). *Entre tiros e historia. La constitución de la autonomía vasca, 1976-1979*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- Rasch, W. (2004). *Sovereignty and its Discontents: On the Primacy of Conflict and the Structure of the Political*. Londres: Birkbeck.
- Razquin Lizarraga, M. (1991). Un hito en la jurisprudencia constitucional sobre los derechos históricos: la STC 140/1990, de 20 de septiembre. *Revista Jurídica de Navarra*, 11, pp. 79-90.
- Requejo, F. y M. Caminal (eds.) (2012). *Federalism, Plurinationality and Democratic Constitutionalism*. Nueva York: Routledge.
- Rey Martínez, F. (2006). El concepto de 'derechos históricos' en la reforma de los estatutos de autonomía. *Cuadernos de Alzate*, 34, pp. 69-102.
- Roig Moles, E. (2017). Procés sobiranista i Tribunal Constitucional. Anàlisi d'un impacte recíproc. *Revista Catalana de Dret Públic*, 54, El procés sobiranista de Catalunya, pp. 24-61.
- Roznai, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*. Oxford: Oxford University Press.
- Rubio Llorente, F. (1989). El bloque de constitucionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, pp. 9-37
- Rubio Llorente, F. (1993). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Tajadura Tejada, J. (2008). Constitución y derechos históricos: legitimidad democrática frente a legitimidad histórica. *Teoría y Realidad Constitucional*, 22, pp. 137-192.
- Tajadura Tejada, J. (2009). Manuel García Pelayo y los derechos históricos. *Revista de Derecho Político*, 75-76, pp. 147-174.
- Tajadura Tejada, J. (2011). El Pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el Preámbulo del Estatuto de Autonomía de Cataluña: nación, realidad nacional y derechos históricos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 27, pp. 423-448.
- Viver Pi-Sunyer, C. (2011). El Tribunal constitucional, ¿"Sempre, només... i indiscutible"? La funció constitucional dels estatuts en l'àmbit de la distribució de competències segons la STC 31/2010. *Revista d'Estudis Atonòmics i Federals*, 12, Especial sobre la Sentència de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, pp. 363-402.

Directorio de jurisprudencia constitucional

<https://www.boe.es/boe/dias/1981/02/24/pdfs/T00009-00016.pdf>, de 1981 sobre



régimen local.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/37>, de 1981 sobre transporte de mercancías.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/100>, de 1982 sobre patrimonio de la Generalitat.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/ca-ES/Resolucion/Show/60>, de 1982 sobre registro de convenios colectivos.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/eu/Resolucion/Show/269>, de 1984 sobre régimen político de Navarra.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/eu/Resolucion/Show/1017>, de 1988 sobre Territorios Históricos vascos.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1565>, de 1990 sobre régimen funcional de Navarra.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6670>, de 2010 sobre Estatuto de Cataluña.