

**Voto particular que formula el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo respecto de la Sentencia dictada en el Recurso de Inconstitucionalidad núm. 8045-2006.**

En mérito de lo establecido en el art. 90.2 LOTC y de acuerdo con la opinión que he defendido desde los inicios del debate, formulo el siguiente Voto particular relativo al recurso de inconstitucionalidad número 8045/2006.

1. Mi discrepancia se refiere a la incorrecta inclusión del contenido del apartado primero del Fallo de la Sentencia, que afirma que las referencias del Preámbulo del Estatuto de Autonomía de Cataluña a “Cataluña como nación” y a “la realidad nacional de Cataluña” carecen de “eficacia jurídica interpretativa”.

Dado que nos hallamos ante la primera ocasión en que una Sentencia de nuestro Tribunal incluye en su fallo una referencia al preámbulo de una ley, creo obligado exponer mi parecer a este respecto, lo que haré atendiendo a la doctrina que durante estos años hemos elaborado.

Ciertamente hemos dicho que los preámbulos forman parte integrante de los textos legales, de modo que no son algo ajeno a la disposición normativa, pero no por ello poseen en sí mismos valor normativo. Como hemos afirmado en varias ocasiones “ni las rúbricas de los títulos de las leyes ni los preámbulos tienen valor normativo” (SSTC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ7; 173/1998, de 23 de julio, FJ 1). De lo anterior, el Tribunal ha extraído dos consecuencias: a) no pueden ser impugnados autónomamente y, en consecuencia, el Tribunal ha rechazado *a limine* esta posibilidad (STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 2; 132/1989, de 18 de julio, FJ 11), y b) no cabe realizar una declaración directa de inconstitucionalidad de todo o parte del mismo porque la cualidad que identifica las normas objeto de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad es que tengan fuerza o rango de ley [Art. 153.a), 161 y 164 CE], lo que no ocurre en ningún caso con los preámbulos y las exposiciones de motivos.

Sentado lo anterior, el Tribunal ha afirmado que aquéllos son un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las leyes (STC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7), recurriendo

el propio Tribunal a los mismos para interpretarlas (entre otras, SSTC 212/1995, de 19 de diciembre; 173/1998, de 23 de julio, FJ 1; 222/2006, de 6 de julio, FFJJ 3 y 8). De su doctrina se deduce que el recurso al preámbulo como elemento de interpretación no está exento de límites. Así, no cabe recurrir al mismo para dar un sentido diferente al alcance de preceptos legales inequívocos ni para alterar el contenido de un precepto. Dado que carecen de valor normativo, “lo establecido en ellos no puede prevalecer sobre el articulado de la ley” (STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 4).

Por fin, el Tribunal ha señalado que si un determinado precepto es declarado inconstitucional y nulo o es interpretado conforme a la Constitución de manera contraria a lo expuesto en el preámbulo de la ley, la Sentencia manifestará expresamente que los apartados del preámbulo referidos a tales preceptos carecen de valor interpretativo alguno. Pero el Tribunal añadió que “en la medida que el preámbulo no tiene valor normativo”, no resulta “necesario, ni incluso resultaría correcto, hacer una declaración de inconstitucionalidad expresa que se recogiera en la parte dispositiva de esta Sentencia” (STC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7).

2. Señalada la doctrina general del Tribunal sobre el valor de los preámbulos y el recurso a los mismos como criterio de interpretación de las leyes, procedo a exponer los motivos de mi discrepancia con la inclusión del apartado primero del Fallo de la Sentencia.

Ya he indicado que los preámbulos forman parte integrante de los textos legales, de modo que no son algo ajeno a la disposición normativa. Su inclusión en una ley es un acto que refleja la voluntad expresa del legislador, mediante la que desea manifestar una determinada convicción política al conjunto de los ciudadanos. En el caso de las Constituciones – y por extensión de los Estatutos de Autonomía – el preámbulo es expresión solemne de un acto político. Posee un valor declarativo-político y su utilidad para crear el sentimiento constitucional – en este caso estatutario - es muy relevante.

Es por ello que todos los preámbulos de los Estatutos de autonomía reformados durante la VIII Legislatura (del 2 de abril de 2004 al 31 de marzo de 2008) utilizan un similar lenguaje

en el que destacan los aspectos históricos y característicos sobre el que basan su “norma institucional básica”, que el Estado “reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico” (art. 147 CE) [Estatutos de la Comunidad Valenciana (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, BOE, núm. 86, de 11 de abril); Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, BOE, núm. 172, de 20 de julio); Illes Balears (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, BOE, núm. 52, de 1 de marzo); Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, BOE, núm. 68, de 20 de marzo); Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, BOE, núm.97, de 23 de abril); y Castilla y León (Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, BOE, núm. 288, de 01 de diciembre)].

Así, podemos observar como todos ellos definen a su Comunidad como “nacionalidad histórica”, en ningún caso como “entidad regional histórica”, que es el término que emplea la Constitución (art. 143.1 CE) y al que recurrían los primeros Estatutos, y a su población como pueblo, destacando su personalidad diferenciada, su identidad respecto de otros pueblos de otros territorios de España y del pueblo español, del que sin duda forman parte. No es extraño que los preámbulos se refieran al derecho de sus pueblos al autogobierno y que el ejercicio de éste se presente como una conquista histórica. El preámbulo del Estatuto de Andalucía utiliza incluso las expresiones “patria andaluza” y “realidad nacional” siquiera sea para recordar respectivamente que, “en un acto de justicia histórica”, el Parlamento de Andalucía reconoció a Blas Infante como Padre de la Patria Andaluza en abril de 1983 y que en 1919 el Manifiesto andalucista de Córdoba describió a Andalucía como realidad nacional. Del mismo modo el Estatuto de la Comunidad Valenciana se refiere a Valencia como País Valenciano.

La autoridad de una Sentencia reposa, entre otros extremos, en la coherencia de las soluciones aportadas. Según mi parecer, uno de los elementos característicos de la respuesta ofrecida por la Sentencia a las impugnaciones relativas al Preámbulo y a su proyección normativa en el Título preliminar del EAC consiste en sostener el carácter abierto o dúctil de determinados términos de contenido jurídico-constitucional. Así la Sentencia no duda en declarar compatibles entre sí los términos Pueblo de Cataluña y Pueblo español, al que se refiere incluso como “unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del ordenamiento jurídico” (FJ 9), ó Ciudadanos de Cataluña

(“subespecie del género ciudadanía española”) y Ciudadanía española (FJ 11). Esta ductilidad se mantiene posteriormente al distinguir entre Estado - Estado español - Estado central (FJ 13), ó entre derechos fundamentales y derechos estatutarios (FJ 16).

En suma, tanto del examen del contenido de los preámbulos de los otros Estatutos de Autonomía aprobados durante la VIII Legislatura (que incluyen, como se ha advertido, términos de contenido similar al objeto de nuestra reflexión) como de la propia coherencia de la Sentencia de la que en este punto discrepo (que ha dado un contenido dúctil y abierto a términos con un sentido jurídico constitucional de igual densidad) debería derivarse que en el contenido del Preámbulo del Estatuto cabe una afirmación como la realizada.

3. En mi opinión la Sentencia no podía más que concluir que el adjetivo <nacional> aplicado a Cataluña no ha de entenderse como contrapuesto a la Nación española, de la misma forma que los conceptos de ciudadanía catalana y pueblo catalán no significan la negación de la existencia de la ciudadanía española o del pueblo español por cuanto se refieren a una expresión de estos últimos, en los que se integran.

Y, sin embargo, esta no es la conclusión a la que llega la Sentencia respecto del término nación, de tal modo que el FJ 12 (y posteriormente el párrafo primero del Fallo de la Sentencia) se esfuerza en sostener que la Nación española es la única que conoce la Constitución, apartándose de las soluciones anteriores y sosteniendo que sólo cabe su interpretación en este sentido.

Es indudable que Cataluña, como afirma el Preámbulo del Estatuto, es fruto de un proceso histórico “de muchas generaciones, de muchas tradiciones y culturas”, origen de un “pueblo” que ha expresado su vocación de autogobierno, de tal modo que la definición de Cataluña como nación resulta lógica en el contexto en el que así lo manifiesta.

Por lo demás, no puede dejar de constatarse que, al sostener la definición de Cataluña como nación, el Preámbulo remite a una resolución del Parlamento de Cataluña que recoge el sentimiento y la voluntad de la ciudadanía de Cataluña, situándose por tanto en un plano

conceptual (el pensamiento político) muy distinto al que la Sentencia parece otorgar cuando el Fallo les niega eficacia jurídica o cuando en el Fundamento Jurídico 7 señala que pueden ser base de ciertas “consecuencias jurídicas constitucionales”.

De ahí que de una lectura conjunta de su Preámbulo y Título preliminar difícilmente puede deducirse que el EAC cuestione que la nación española es el único sujeto titular de la soberanía que está en el origen de la Constitución y de cuantas normas derivan de ella su validez. Muy al contrario, el EAC realiza una constante afirmación de la Constitución como fundamento del autogobierno de Cataluña.

En efecto, en el primer artículo del Estatuto, que lo informa en su totalidad, textualmente se dice: “Cataluña, como nacionalidad, ejerce su autogobierno constituida en Comunidad Autónoma de acuerdo con la Constitución y con el presente Estatuto, que es su norma institucional básica”.

En otras palabras, según el EAC Cataluña es parte integrante de la Nación española y ejercita el derecho a la autonomía que le reconoce la Constitución (art. 2), constituyéndose a estos efectos en nacionalidad (arts. 1 y 8.1 EAC). Ni el pueblo catalán se confunde con el titular de la soberanía, esto es, con el pueblo español (art. 1.2 CE) ni Cataluña, como nacionalidad, se confunde con la Nación española.

Ésta que, al decir del art. 2 CE, ciertamente se caracteriza por su “indisoluble unidad”, posee una segunda nota característica, también recogida en el art. 2 CE y, sin embargo, silenciada en el FJ 12 de nuestra Sentencia, y es precisamente la de su pluralidad, pues está integrada por diversas entidades políticas - nacionalidades y regiones – a las que la propia Nación española “reconoce y garantiza el derecho a la autonomía”, de manera que no habría tal unidad indisoluble si no hubiera el reconocimiento de la particularidad de los pueblos que integran la Nación española.

Es por ello que cuando la Sentencia incorpora en el apartado primero del Fallo las referencias del Preámbulo a “Cataluña como nación” y a “la realidad nacional de Cataluña”, y

asimismo cuando dispone en el FJ 12 que el término “nacionales” del art. 8.1 EAC sólo es conforme con la Constitución si se interpreta en el sentido de que dicho término está exclusivamente referido, en su significado y utilización, a los símbolos de Cataluña, definida como nacionalidad (art. 1 EAC) e integrada en la “indisoluble unidad de la nación española” como establece el art. 2 CE, está recurriendo al preámbulo para desvincularse de preceptos legales inequívocos, lo que, según he indicado, está vedado al intérprete constitucional.

Por todo lo dicho, expreso mi discrepancia con la inclusión del párrafo primero del Fallo de la Sentencia, el cual, no obstante, no afecta en absoluto al rigor de la Sentencia a cuyo contenido nada añade o quita, más que hacerle decir al Estatuto en su parte normativa lo que no dice, a partir de una lectura forzada del preámbulo al que se recurre como único parámetro interpretativo cuando en realidad ese parámetro lo establece el artículo 1, que informa el carácter subordinado del Estatuto a la Constitución. En suma, como he tratado de exponer, este párrafo resulta absolutamente innecesario y, en otro orden de consideraciones, imprudente y carece del menor rigor jurídico constitucional.

4. Mi crítica debe extenderse, por idénticos motivos, al tratamiento que la Sentencia otorga a la mención - incluida también en el preámbulo, al que de forma exclusiva me refiero en el presente Voto - a los derechos históricos del pueblo catalán. Como en el supuesto anterior, considero que la Sentencia altera el contenido del articulado del Estatuto apoyándose para ello en el preámbulo.

Ciertamente, la lectura del artículo 5 EAC permite constatar, de entrada, que este artículo contiene diversas referencias expresas a la Constitución (artículo 2, disposición transitoria segunda y otros preceptos). Por otra parte el empleo del adverbio “también” remite a los demás artículos del Título Preliminar, en particular al artículo 1, que define Cataluña como una “nacionalidad” (término empleado por la CE) que “ejerce su autogobierno constituida en Comunidad Autónoma” (y, por tanto, como una entidad territorial prevista en la CE) “de acuerdo con la Constitución” y “el Estatuto”. El art. 2.4 EAC, por otra parte, afirma que los poderes de la Generalitat “emanan del pueblo de Cataluña y se ejercen de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto y la Constitución”.

En definitiva queda claro que, de acuerdo con el texto del EAC, la autonomía de Cataluña sólo procede material y formalmente de la Constitución. Y es precisamente porque este derecho ha sido reconocido por la vigente Constitución por lo que es inalienable. Es más, el mismo resulta de una larga y a veces cruenta reivindicación que asume y garantiza la Constitución que establece que “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre ellas” (art. 2 CE). De ahí que pueda legítimamente incorporarlo el Estatuto.

Las referencias a los derechos históricos contenidas en su artículo 5 y en el preámbulo no desmienten esta afirmación. Así lo ha sostenido en sus alegaciones el Parlamento de Cataluña para quien el texto vigente, en ningún caso, fundamenta el Estatuto en los derechos históricos, ni siquiera indirectamente (Antecedente 18). La apelación a los derechos históricos – añade – pretende “incorporar y actualizar el alcance y la configuración especial que la Constitución reservó a los territorios que en el pasado habían plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía (DT 2ª) y, en la medida en que sea posible constitucionalmente, mantener una regulación diversa y no uniforme cuando en el pasado la hubiera habido y siempre que actualmente no atentara a los principios constitucionales”. “El derecho histórico – añadirá más adelante – es para el Parlamento de Cataluña, la pervivencia de un sentido del Derecho en la historia”.

En parecidos términos se ha expresado el escrito de alegaciones formulado por el Gobierno de la Generalitat: “estas referencias vendrían a poner de relieve hasta qué punto los Estatutos son los únicos instrumentos normativos adecuados para reflejar el pasado normativo-institucional de acuerdo con el proceso constituyente en 1978 conforme a los principios que informan el Estado social y democrático de Derecho (...) No se trataría de crear una doble legitimidad – una acorde al principio democrático y otra de raíz historicista – sino de plasmar una constatación histórica asumida por los textos normativos actuales legitimados por el poder constituyente” (Antecedente 17).

La CE ha sido definida en muchas ocasiones como la formalización de la voluntad de acuerdo – de reconciliación y punto de encuentro - del pueblo español. Resultado del consenso político la CE es un texto jurídico expresivo de las distintas sensibilidades históricas, políticas y sociales de España, abierto a la sociedad y a la historia. Esta apertura – dicho de otro modo, este distanciamiento respecto del voluntarismo o positivismo más estricto – ha sido la razón de su perduración en el tiempo, por lo que el Tribunal Constitucional, constituyente prorrogado, no puede desconocer este carácter.

5. Así comprendida la referencia a los derechos históricos no plantea ni siquiera una duda de constitucionalidad ya que, como se deduce de los escritos señalados, esta referencia nada tiene que ver con el concepto de derechos históricos recogido en la DA 1ª CE – que, según hemos indicado (STC 76/1988, de 25 de mayo, FJ 2), sólo resulta aplicable a cada una de las Provincias vascongadas y de Navarra – y al que, por cierto, el EAC no se refiere en ningún momento.

Es claro, por consiguiente, que la mención a los derechos históricos y a la realidad histórica de Cataluña que se contiene en el artículo 5 y en el preámbulo del EAC, no son el fundamento del autogobierno de Cataluña, ni constituyen un título para la asunción de nuevas competencias relacionadas con el sistema jurídico público.

El artículo 5 contiene, en fin, una afirmación de la realidad histórica de Cataluña – sus “instituciones seculares”, la “tradición jurídica catalana”, su derecho civil, su lengua y cultura, la proyección de ambas en el ámbito educativo, un sistema institucional - que la Constitución reconoce, como también lo hace respecto de otras Comunidades autónomas, como expresión de la singularidad de Cataluña. Y, en coherencia con la voluntad del constituyente, el Estatuto reafirma este reconocimiento constitucional de su singularidad, sin que, por todo lo dicho, este artículo precise de declaración interpretativa alguna; sólo desde una lectura forzada del preámbulo y del articulado del EAC puede llegarse a una tal interpretación que, por lo demás, resulta incorrecta e innecesaria a la luz de nuestra doctrina sobre el valor de los preámbulos.

Como ocurriera respecto de las referencias del preámbulo y del art. 8.1 EAC al término nación, la Sentencia incurre en un positivismo exacerbado, casi afirmando que no existe nada antes de la Constitución. Sin embargo, ésta, que ciertamente es el fundamento de un nuevo ordenamiento jurídico, obedece asimismo a una realidad preexistente, que modula y explica al mismo tiempo el orden jurídico resultante. En este sentido, los derechos históricos de Cataluña son fundamento del autogobierno de Cataluña, cuyos elementos singulares recoge el art. 5 EAC, que la Constitución Española permitió recuperar, pues ciertamente el constituyente no ha actuado al margen de la historia de España ni la Constitución es resultado de un hecho espontáneo.

La Sentencia con la que muestro mi conformidad excepto en lo que se refiere a la declaración primera del Fallo denota en ciertos momentos un academicismo más propio del siglo XIX, centrado en el debate entre el positivismo y el historicismo y alejado en cualquier caso de la realidad jurídica del mundo contemporáneo, en que las soberanías son difíciles de distinguir y los Estados no son soberanos en el sentido pleno del término. La realidad se presenta actualmente mucho más compleja y el Derecho debe responder a ésta, sin que afortunadamente quepa el sostenimiento de ciertos dogmas, como el dogma de la soberanía o la defensa de un nacionalismo exacerbado.

6. No quiero dejar de mencionar, por último, que, tal como se ha expuesto, la reforma del EAC se enmarca en un proceso generalizado de reforma de los Estatutos de autonomía, caracterizado en todos los casos por la voluntad de las CCAA de profundizar en el autogobierno. Pues bien, no podemos dejar de considerar que en ocasiones los nuevos Estatutos de autonomía contienen disposiciones con una redacción idéntica o muy similar a la del EAC. Paradójicamente estos textos han contado con el apoyo expreso de los Diputados recurrentes, quienes durante la misma legislatura, votaron a favor de la aprobación de dichos Estatutos, hoy vigentes, sin que los mismos fueran recurridos ante este Tribunal.

A pesar de que acertadamente el FJ 2 de la Sentencia se refiere a esta circunstancia y recuerda los efectos generales de las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad (art. 38.1 LOTC), como en este caso era obligado

hacerlo, considero que debía haberse ahondado en tal planteamiento y, sobre todo, debía haberse especificado en los correspondientes Fundamentos Jurídicos respecto de qué preceptos operará el predicado efecto *erga omnes* de la presente Sentencia.

Las identidades a las que me refiero se hallan en preceptos que la Sentencia ha declarado inconstitucionales y que no pueden pasar por alto a este Tribunal por la vigencia de las mismas. En efecto, la mayor parte de los preceptos declarados en todo o en parte inconstitucionales relativos al Poder Judicial se repiten, y en algunas ocasiones de modo literal, como es el caso del Estatuto de Autonomía de Andalucía. Compárense el art. 95.5 y 6 EAC con el art. 143.1 y 2 EAA, relativos al Tribunal Superior de Justicia; el art. 98.2.a), b), c), d) y e) EAC con el art. 144.4.a), b), c), d) y e) EAA, que regulan las atribuciones de los Consejos de Justicia de las respectivas autonomías; el art. 95.5 y 6 EAC con el art. 143.1 y 2 EAA, sobre el nombramiento de los presidentes de los correspondientes TSJ y de sus Salas; el art. 99.1 EAC con el art. 144.2 EAA (composición, organización y funcionamiento de los Consejos de Justicia); y el art. 101.1 y 2 EAC con el art. 146.1 y 2 EAA, que se refiere a la competencia de los Gobiernos autonómicos sobre las oposiciones y concursos para cubrir plazas vacantes de Magistrados, Jueces y Fiscales en la correspondiente Comunidad Autónoma.

Existe identidad también entre los artículos 75 EAA y 120.2 EAC, referidos a la competencia compartida de las Comunidades Autónomas en materia de cajas de ahorro. Ambos artículos emplean el inciso “los principios, reglas y estándares mínimos fijados en”, declarado inconstitucional. Por fin, el art. 107.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón responde a la misma idea que el art. 206.3 EAC (Participación en el rendimiento de los tributos estatales y mecanismos de nivelación y Solidaridad) y como este último incluye el inciso “siempre que se lleve a cabo un esfuerzo fiscal similar”.

Madrid, 28 de junio de 2010.