

LA NACIÓN EN LOS PREAMBULOS DE LAS LEGES SUPERIORES. EL ESTATUT DE 2006 Y LA STC 31/2010.

Óscar Alzaga Villaamil

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad Nacional de Educación a Distancia

Sumario:

- I. Introducción.
- II. El género literario-jurídico de los preámbulos constitucionales. Hitos del Derecho comparado.
- III. El pronunciamiento capital de los preámbulos de nuestras Constituciones históricas.
- IV. El pronunciamiento capital del preámbulo del proyecto de Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1931. Y su supresión por las Cortes en 1932.
- V. El preámbulo de la Constitución española de 1978.
- VI. El preámbulo del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979.
- VII. El preámbulo del Estatuto de Autonomía de 2006.
- VIII. La STC 31/2010 sobre el Estatut.

1. Introducción

La Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el *Estatut* de 2006 pasará a engrosar el *corpus* doctrinal de sentencias fundamentales en la definición del Estado autonómico, por mucho que se la quiera devaluar por las dificultades con que tropezó el alto tribunal para darla a luz.

Los profesores de la asignatura, en los días previos a dictarse el fallo, nos hubimos de limitar a seguir algunas filtraciones en las páginas de la prensa sobre como avanzaba esta obra jurisdiccional hasta su desenlace, el 19 de julio de 2010, en forma de sentencia gruesa, pero realmente sucinta, -en cuanto dispone de una buena arquitectura interna que evita circunloquios innecesarios- con cuatro votos particulares. Según tales versiones periodísticas sobre las deliberaciones *secretas* del Pleno del Tribunal, el último y más esforzado capítulo del debate entre los magistrados se centró en el pronunciamiento sobre el Preámbulo del Estatuto. Quizás se había aparcado para el final lo más importante, o lo más intrincado.

Todo ello no podía extrañar a la vista del texto *preliminar* del proyecto que aprobó el *Parlament* (dotado, como veremos, de una grandilocuencia que no era neutra), de su filtro durante la tramitación en las Cortes Generales y del hecho de que pese a este, permanecieron categorías conceptuales del preámbulo redactado en la Asamblea autonómica.

De otro lado, cuando por primera vez un Estatuto de Autonomía se somete, casi íntegramente, a la jurisdicción constitucional nos obliga a refrescar una serie de ideas básicas. Nos referimos a la tensión dialéctica que late en el Derecho constitucional entre Derecho y

Política¹, y que aunque el TC recabe para sí una naturaleza *jurisdiccional* en estado puro², lo que incluso se elevó a la categoría de axioma por un jurista de prestigio cierto, el prof. Rodríguez Bereijo³, la *dimensión política* del Tribunal Constitucional emerge como factor que complementa sin desvirtuar su carácter jurisdiccional, y ello no es desconocible por ningún constitucionalista dotado de realismo⁴. Es más, en ciertos grandes casos el TC ante un conflicto cuya solución se somete a su *arbitrio judicial*, puede verse en el trance de convertirse, como dijera Stone, en *el gran legislador*⁵. Y este ha sido, en buena medida el caso que nos ocupa. A ello habremos de volver en las páginas finales de este trabajo.

Para acercarnos al *análisis científico político sistemático* que ha podido gravitar, como complemento de la hermenéutica jurídico pública, a la hora de dictar sentencia, estimamos pertinente empezar por unas breves consideraciones y por una visión panorámica de ese

¹ Vid. TRIEPEL, Heinrich: *Derecho público y política*, Trad. esp., Ed. Civitas, 1974, pp. 15 y concordantes. También, LIMBACH, Jutta: "Papel y poder del Tribunal Constitucional", en *TYRC*, núm. 4, 2º semestre 1999, p. 96 y concordantes.

² STC 194/1992, de 16 de noviembre.

³ RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro: "Constitución y Tribunal Constitucional", en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 91, año 1996, pp. 371, 375 y 376.

⁴ Vid. ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: "Sobre la composición del Tribunal constitucional", en *TYRC*, núm.10-11, 1º semestre 2003, pp. 149 y ss.

⁵ STONE, SWEET, A., quien llega a sostener, desde el debido realismo, que "los jueces constitucionales se comportan más como legisladores sofisticados y los legisladores actuarán de acuerdo con lo que los Jueces Constitucionales hagan", en *Governing with Judges*, Oxford, 2000.

Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando: "La elaboración de las sentencias del Tribunal Constitucional: Una experiencia personal", en *TYRC*, núm. 10-11, 1º semestre 2003, p. 61.

género literario específico que constituyen los preámbulos en Derecho constitucional, bien diferenciable del de los preámbulos de las leyes ordinarias que, por lo general, se limitan a exponer, a modo de “exposición de motivos”, los fines que persigue abordar el proyecto de ley y, después, los fines de la norma que alcanza vigencia con rango de ley⁶; constituyendo un factor más o menos significativo, según los casos, a la hora de abordar una interpretación teleológica de la disposición de que se trate⁷. Si bien es cierto que los preámbulos de las *leges superiores*, entre otros cometidos más relevantes, también pueden reflejar “los motivos capitales de la ley fundamental”, en palabras de Wittmayer.

Empezemos por dejar claro que los preámbulos de las leyes ordinarias pertenecen a una galaxia jurídica muy distante de la que configuran los preámbulos de las grandes fuentes jurídicas propias de nuestra disciplina, como alejado se encuentra el alcance de la Ley fundamental del de las fuentes que conforman *el resto del ordenamiento jurídico*.

Pero la distinción alberga algunas complejidades cuando se trata de la singular posición de los preámbulos de las Constituciones de los Estados federales, sujetos de soberanía en el Derecho internacional público, respecto de los preámbulos que encabezan las constituciones de los estados federados en el seno de una Federación regida por una Constitución que se sitúa en la cúspide de la pirámide del

⁶ Vid. GARRIDO FALLA, Fernando: *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, pp. 17 y 18.

⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis María: “Los preámbulos de las leyes (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLV, Fasc. II, Abril-Junio MCMXCII, pp. 502 y ss.

Ordenamiento jurídico⁸. En el caso del Derecho constitucional español la diferencia es más nitida, por conceputar nuestra Constitución de 1978 a las leyes que aprueban los Estatutos de Autonomía como leyes orgánicas, en su art. 81.1. Pero cuando se pretende, como ha ocurrido en el proceso de elaboración del nuevo Estatuto de Cataluña, situar a este en un plano no *infra constitutionem* sino *praeter constitutionem*, y tal esfuerzo se despliega a partir de la concepción y redacción del preámbulo, no es suficiente traer a colación el valor de los preámbulos de las leyes ordinarias y hemos de diseccionar la singular problemática de los preámbulos constitucionales propiamente dichos.

2. El género literario-jurídico de los preámbulos constitucionales. Hitos del Derecho comparado.

Sería inútil pretender reducir a una clasificación los preámbulos de los grandes textos políticos que han regido la historia de los países occidentales. Pero es factible otear el panorama que ofrecen las cartas magnas y fijar nuestra atención en algunos supuestos de preámbulos encarnados en momentos singulares del devenir de un pueblo, que se han convertido en hitos relevantes de entre los que jalonan el curso del Derecho constitucional comparado. Estos textos quizás sean considerables como arquetipos. La visión del ancho horizonte del Derecho constitucional comparado permite establecer una distinción primaria, en atención a su extensión: junto a preámbulos breves, que suelen limitarse a constatar el poder constituyente y se funden, en

⁸ No es posible, por razones de espacio, abordar el singular estilo y alcance de estas constituciones, que en ocasiones, como es sabido, han sido previas a la respectiva Constitución federal.

términos solemnes, con la formula de promulgación de “la siguiente Constitución”⁹, encontramos preámbulos dotados de extensión notable. Al primer tipo responden la práctica totalidad de los preámbulos de las *leges superiores* que hemos conocido en el constitucionalismo histórico español, aunque, desde luego, el preámbulo del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, lejos de situarse en esa trayectoria, apuesta por una prolijidad doctrinaria e historicista. El segundo grupo, está formado por los preámbulos constitucionales extensos, es decir, los que abordan con cierta amplitud muy variados temas sobre antecedentes, origen de la norma, fines que se persiguen, contexto internacional en que se dicta la nueva Constitución...

Abocetamos esos dos términos básicos de clasificación, porque el estudio de los preámbulos de la segunda clase nos lleva a establecer una distinción conceptual: la diferenciación en el seno de los preámbulos de las leyes políticas fundamentales de lo que denominaremos su pronunciamiento capital frente a sus meras manifestaciones complementarias.

⁹ De esta expresión algunos autores deducen que la Constitución propiamente dicha empieza a continuación, es decir con su art. 1º, “sin que el Preámbulo sea parte de la Constitución misma”. En este sentido, Véase: HERRERO DE MIÑÓN, Miguel: “Comentario al Preámbulo de la CE”, en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Madrid, 2008, p.3.

Nosotros no comulgamos con esta respetable opinión, que –según creemos- no tiene más apoyatura que la semántica. Compartimos la tesis ampliamente mayoritaria según la cual el preámbulo es parte integrante y significativa de la norma a la que pertenece y encabeza. Pero al hablar, más adelante, de la eficacia jurídica del contenido de los preámbulos, tendremos ocasión de abordar con mayor atención esta materia.

2.1. El pronunciamiento capital de todo preámbulo.

De entre todos los pronunciamientos que podemos encontrar en estos magnos preámbulos emerge siempre, sobre todos los demás, la constancia de la autoría. En otras palabras, tiene la mayor relevancia la aparición, en la cabecera del texto, de la colectividad depositaria de la soberanía política, que ostenta y ejerce el poder constituyente. Este enunciado es de trascendencia capital para la comprensión de la legitimidad del sistema jurídico político que pasa a instaurar y a regir, amén de para definir el rango de la propia norma como fuente del resto del ordenamiento jurídico y para entender debidamente su alcance normativo¹⁰. Y esta afirmación que siempre contiene un preámbulo constitucional es la única huella formal que deja a su paso el poder constituyente, a cuya condición se refería Donoso Cortés cuando afirmaba en términos excesivos: “el poder constituyente no puede localizarse por el legislador, ni formularse por el filósofo; porque no cabe en los libros y rompe el cuadro de las constituciones; aparece como el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere a la víctima y se extingue”¹¹. Pero en el preámbulo, añadimos nosotros, queda su sello.

¹⁰ Cabe recordar que Gil Robles, José María, sostuvo en las constituyentes de 1931 que el preámbulo resolvía los siguientes problemas: Quién realiza la función constituyente; en que concepto lo hace; por conducto de qué órgano actúa, y de qué modo la realiza. Citado por PÉREZ SERRANO, Nicolás: *La Constitución española (9 diciembre 1931). Antecedentes, texto, comentarios*; Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932.

¹¹ CORTÉS, Donoso: *Lecciones de Derecho político*, Lección VI, dictada en el Ateneo de Madrid el 10 de enero de 1837. En *Obras Completas*, Ed. BAC, Madrid, 1970, p. 390.

Su negación a que el legislador pueda constatar el poder constituyente sólo se explica por su visión del mismo como “hecho histórico” y por su visión conservadora y doctrinaria de la Constitución.

La firma que estampa el Poder constituyente en el Preámbulo es lo más relevante del mismo dado que la Constitución es la única y gran obra de aquel. En los albores del movimiento constitucionalista se trataba de la expresión de la voluntad política de un pueblo –también denominable nación- preexistente, que inauguraba el ejercicio de su voluntad colectiva al darse a sí mismo una Constitución política. Este ejercicio de voluntad soberana es lo que permitirá a Carl Schmitt considerar toda Constitución como “una decisión política del titular del poder constituyente”¹²; lo que formula en esquema anti formalista, pero que es menos original de lo que de ordinario se piensa, por ser altamente tributario de la venerable doctrina del poder constituyente asentada por los padres de la teoría del “*pouvoir constituant*” durante la revolución francesa.

Hemos de retener que la legitimidad del poder constituyente está irremisiblemente conexa con la legitimidad del sistema político que establece. Y su nítida diferenciación de lo que en el Derecho constitucional español vigente es el muy respetable pero bien distinto *poder estatuyente*, poder constituido por la propia Constitución de 1978 y sometido al imperio de la misma. Sus respectivos frutos normativos se ordenan en base al principio de jerarquía.

A este pronunciamiento de los preámbulos sobre su autor, que damos en adjetivar de capital, vamos a dedicar buena parte de las reflexiones centrales de este trabajo.

¹² SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*, Trad. esp., Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 47.

2.2. Las manifestaciones complementarias.

El solemne pósito de la Constitución ha cobijado a lo largo de la historia del constitucionalismo occidental declaraciones de muy diversa naturaleza. Sin pretensión de exhaustividad aludiremos a algunas:

- a. La mención solemne de Dios, como creador, en cuanto se actúa en su nombre, o su invocación como origen próximo o remoto del poder político; o bien, la omisión de tal mención.
- b. Las pistas técnico jurídicas sobre si se acomete un proceso de continuidad o ruptura con el sistema político anterior, que se refleja frecuentemente en la referencia (o el silencio voluntario) a la Constitución previa; cuestión que, a veces, se complementa con una disposición derogatoria incorporada en la parte final de la *Lex Superior* de que se trate.
- c. Como correlato de lo anterior, en ocasiones, una breve alusión al período político precedente, que se ensalza o lamenta, generalmente en la medida en que ello se correlacione con la propia legitimación de la nueva Ley Fundamental.
- d. Expresión, por lo general sucinta, de la orientación ideológica desde la que se redacta todo el texto fundamental, con expresión de los valores que lo presiden. Es el contenido axiológico de la Constitución, que aspira a ser un factor de integración que se proyecta hacia el

futuro, por decirlo en palabras de Smend¹³. Si es de carácter demoliberal no suele faltar la mención al Estado de Derecho y a alguno de sus aspectos más esenciales como el debido respeto a los derechos humanos; si se trata de una constitución totalitaria (fascista, comunista...) se apuntarán las paredes maestras de la correspondiente ideología.

- e. Con frecuencia encontraremos mención de los fines que se propone alcanzar la comunidad política, lo que puede incluir referencias muy diversas de política interior y exterior, políticas económico-sociales, extensión de la educación y tantas otras.
- f. Alusión a la estructura federal de ordenación territorial del poder político: En nuestro caso, referencia a la condición autonómica del Estado.
- g. Un cierto carácter didáctico con el que la norma se presenta a los diversos sectores de la ciudadanía para exponer su *razón de ser* y la *legitimidad* que preside esa *lex superior*, que aspira a regir la vida pública¹⁴. Como ha escrito Javier Tajadura, apoyándose en Pablo Lucas

¹³ SMEND, Rudolf: *Verfassung und Verfassungsrecht*, Múnich – Leipzig, 1928. Hay trad. Esp.: *Constitución y Derecho constitucional*, Ed. CEC, Madrid, 1986, pp. 62 y ss.

¹⁴ Ello explica que en ciertos países los preámbulos constitucionales, o el núcleo esencial de los mismos, se enseñan a los niños en las escuelas y quizás estemos entonces ante una circunstancia atenuante concurrente en ciertos preámbulos doctrinarios que se deslizan hacia un estilo catequético.

Verdú¹⁵: “Una enseñanza de la Constitución que aspira a acercar ésta al ciudadano medio necesita recurrir al Preámbulo dada la mayor facilidad de comprensión de los conceptos allí recogidos”¹⁶.

La fría enumeración precedente no puede ser buen reflejo de la realidad de unos textos jurídicos *cálidos* como son esta suerte de preámbulos. Nos aproximaremos mejor a sus contenidos si observamos ciertos preámbulos arquetípicos de la historia del constitucionalismo comparado occidental.

2.3. Hitos del Derecho comparado.

La Constitución de los Estados Unidos de América, según sabemos, acuñó el primer preámbulo constitucional de la historia contemporánea. Ejemplo de solemne laconismo, un solo y breve párrafo iniciado con estas palabras: “Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de hacer nuestra unión más perfecta...”, con lo que se definía el poder constituyente y el paso de la antigua Confederación a una Federación que progresivamente avanzaría hacia una mayor compenetración de sus estados miembros.

En Europa, como todos conocemos bien, los primeros preámbulos constitucionales germinan en Francia. La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 (que en su versión de 1791 sirve

¹⁵ *Vid.* LUCAS VERDÚ, Pablo: *El sentimiento constitucional* (Ed. Reus, Madrid, 1985), p.147 y concordantes.

¹⁶ TAJADURA TEJADA, Javier: *El Preámbulo constitucional*, Ed. Comares, Madrid, 1997, pp. 75 a 80.

de pórtico a la Constitución de 3/9/1791) contenía un Preámbulo con esta apertura: "Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea nacional, considerando que..." y se cerraba mediante fórmula solemne: "En consecuencia, la Asamblea nacional reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano". A la par, este Preámbulo de la Constitución francesa y monárquica de 1791 es el texto en que los liberales, representantes de la burguesía emergente declaran -entre otras afirmaciones conducentes a hacer una declaración negativa sobre el Poder constituyente que en el mismo no participa la nobleza, pues estamos asistiendo al enterramiento del régimen nobiliario: "Ya no hay nobleza, ni pares, ni distinciones hereditarias, ni distinciones de órdenes, ni régimen feudal, ni justicias patrimoniales, ni ninguno de los títulos, denominaciones y prerrogativas que derivaban de ellas, ni órdenes de caballerías, ni corporaciones o condecoraciones para las cuales se pudieran exigir pruebas de nobleza o que supusieran distinciones de nacimiento; no existe otra superioridad que la de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones". Lo anterior tenía un desarrollo coherente en un relevante art. 1  del Título III: "La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la nación; ninguna sección del pueblo, ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio". Una lectura conjunta e integradora del preámbulo y de este precepto clarifica por entero lo que se dispone: el poder constituyente originario, titular de la soberanía, corresponde a la Nación (encarnada en la Asamblea nacional) no al Rey ni a ninguna clase o grupo privilegiado.

Recordamos, dando un salto mental olímpico, que el preámbulo de la vigente Constitución francesa de 1958 es breve. Parte de que el poder constituyente pertenece al pueblo francés y asume la estela de la

historia constitucional francesa al declarar: "El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946". Se completa en el art. 3º, ap. 1º, que establece: "La soberanía nacional reside en el pueblo, que la ejerce a través de sus representantes y por medio del referéndum".

Lo anterior es buena prueba de que los ríos de tinta que han procurado deslindar los conceptos de pueblo y de nación fluyen de los mismos manantiales del primer constitucionalismo liberal a la hora de residenciar la titularidad del poder constituyente. Nos referimos a dos conceptos-fuerza de la historia del constitucionalismo, los mencionados de *pueblo y nación*, como expresiones que fueron originariamente entendidas como diferentes en su forma de asumir el poder constituyente¹⁷.

Según hemos enfatizado, el primer hito se debe a los Estados Unidos de América donde "el llamado *pacto de gracia puritano* se transformó en *pacto político*" (recuérdese como los colonos redactaron los célebres "convenants" en tal forma que diríase que el acto constitucional se canalizaba a través del *contrato social*) y el poder constituyente se afirmaba que se ejercía por el pueblo *de forma directa*,

¹⁷ Nos referimos a una vieja matización que formularon, entre otros muchos autores, HELLER, Herman, que sostiene que el pueblo es una formación cultural amorfa, que se convierte en nación cuando la conciencia de pertenecer al conjunto llega a transformarse en una conexión de voluntad política (en : *Teoría del Estado*, Trad.- esp., Ed. Fondo de Cultura Económica, 5ª ed., Mexico, 1963, pp. 174 a 183), o SCHMITT, Carl, para quien "la palabra *nación* designa en sentido expresivo un pueblo con capacidad de actuar, despierto a la conciencia política", en *Teoría de la Constitución*, Trad. esp. Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1982, pp. 71 y 96.

sin que mediase delegación a favor de representantes¹⁸, de donde se deducía la idea de que en las Asambleas no residía el poder constituyente, por lo que se necesitaba una ratificación final del pueblo, en cuanto único titular del poder constituyente.

Francia ofreció, como es bien conocido, el contra modelo, pues *la Nación soberana* era encarnada por *una Asamblea nacional*, que ejercía el poder constituyente: Recordemos que Zweig subrayó con énfasis¹⁹ que al debatirse la Constitución francesa del año III (1793), en la sesión del día 2 del mes Thermidor, Siéyes sistematizó *una idea fuerza revolucionaria*, a saber: Francia es una "nación"; *la nación* es el origen del poder político, es decir en ella reside el poder constituyente, en cuanto su voluntad es ley suprema; y la nación no está, ni puede estar, sometida a la Constitución, sino que puede modificar esta cuando y como le plazca. El poder constituyente de la nación es el originario, a diferencia del mero poder constituyente constituido²⁰. Menor aplauso merece el elogio de Siéyès, como un gran logro revolucionario francés, de la diferenciación entre poder constituyente y poderes constituidos²¹.

¹⁸ Vid. DE VEGA, Pedro: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 24 a 76.

¹⁹ ZWEIG, Egon: *Die Lehre von "Pouvoir constituant". Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Ed. Verlag von J.C.B. Mohr, Tubinga, 1909, pp. 1 y ss.

²⁰ Cfr. PÉREZ SERRANO, Nicolás: *cit* en n.10, pp. 16 y 17.

²¹ Vid. SIÉYÈS, Emmanuel Joseph: *¿Qué es el tercer estado?*, Trad. Esp., Ed. Aguilar, Madrid, 1973, pp. 76 y 77.

Al respecto, apostilló Pérez Serrano socarronamente que "aún añadió el poco modesto abate y fabricante de constituciones, que ese descubrimiento, muy importante para la ciencia, era de origen francés, fijando para más señas en el año 1788 la aparición de tan sano y fecundo pensamiento; con lo cual y como en esa fecha se publicó su famoso estudio sobre el *tiers état*, fácil es averiguar a quien corresponde la gloria de tan venturoso hallazgo". PÉREZ SERRANO,

La réplica se la proporcionó La Fayette, al recordarle que ya en Norteamérica se había partido de la idea de la existencia de un poder constituyente distinto de los constituidos, aplicando la distinción con aun mayor pulcritud a como lo habían hecho las Asambleas francesas²².

El vigor del mito de *la nación* es un fenómeno complejo que alberga, entre otros factores, lo que Max Weber denominó “una sugestión emotiva que se basa en el sentimiento de prestigio que con frecuencia penetra de modo profundo en las masas pequeño burguesas” lo que –sostiene Weber- “por quienes lo utilizan (conlleva) el siguiente significado indudable: la *posesión* por ciertos grupos humanos de un sentimiento específico de solidaridad frente a otros”²³. Añadiríamos nosotros que esa solidaridad interna y falta de solidaridad *extramuros* se basa en la enseñanza y comprensión de la historia propia en términos de autosatisfacción y de superioridad sobre el vecino. Lo que nos asoma al gran pasivo que ofrece en su balance todo nacionalismo.

Pero la fuerza del mito de la Nación explica que los revolucionarios liberales españoles lo hicieran suyo precisamente contra los franceses, y el que se esgrimiera como bandera del liberalismo progresista español durante toda la historia de nuestro constitucionalismo, incluyendo nuestra vigente Constitución de 1978, así como que lo deseen hacer propio, tanto tiempo después los

Nicolás: *El poder constituyente*. Discurso de recepción en la R. Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1947, p. 12.

²² Vid. FAYETTE, Marqués de la: *Memoires*, París, 1938, Vol. IV, p. 36.

²³ WEBER, Max; *Economía y Sociedad*, Tubinga, 1922. Citamos por la trad esp. Ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª ed, México, 1964, Vol. II, pp. 678 y 679.

miembros del *Parlament*, a la hora de escribir su Preámbulo del *Estatut*. Sobre ello volveremos.

Completemos estos brochazos introductorios con unas parcas pinceladas. Carré de Malberg, al analizar el origen de estas construcciones doctrinales entendía que la noción de *soberanía popular* implicaba un concepto de *pueblo* equivalente al conjunto de ciudadanos de la generación presente; mientras que la *soberanía nacional* descansaba en un concepto más abstracto, el de *nación*, que podía no sólo incluir a la ciudadanía actual, sino sus recuerdos y su historia, pero siempre interpretada y representada por la Asamblea. ¿Existe la nación antes de que así se declare por la Asamblea nacional? Díficil pregunta, ya que la respuesta válida será la que de la propia Asamblea. La voluntad de la nación a la postre es la de sus representantes, según teoriza Carré de Malberg al diseccionar la idea revolucionaria de la soberanía nacional²⁴. Más tarde diversos autores, como Guillaume Bacot²⁵, han entendido que a la postre, en la Francia revolucionaria de 1789 a 1794 late un único concepto de soberanía, aunque unas veces se atribuya al pueblo y otras a la nación²⁶. En nuestra opinión esta tesis es por entero certera y el que ambos términos son sinónimos a efectos

²⁴ CARRÉ DE MALBERG, R.: *Contributions à la Théorie générale de l'État*, Librairie Recueil Sirey, Paris, 1920; Tomo I, pp. 73 y ss., y Tomo II, pp. 152 y ss.

Vid., también, del mismo autor: *La loi expression de la volonté générale*, Ed. Sirey, Paris, 1931.

²⁵ BACOT, Guillaume: *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre la souveraineté et souveraineté nationale*, Paris, CNRS, 1985.

²⁶ *Cfr.* MAÍZ, Ramón: "Los dos cuerpos del soberano: El problema de la soberanía nacional y la soberanía popular en la revolución francesa", en PUNSET BLANCO, Ramón, BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. y VARELA SUANZES, Joaquín (Directores): *soberanía y Constitución*, Ed. Inst. de Estudios Parlamentarios Europeos; Principado de Asturias, Oviedo, 1998, pp. 167 y ss.

jurídico públicos se encuentra asumido por el léxico de todo el Derecho constitucional contemporáneo incluido el francés. Nación y pueblo equivalen en nuestra ciencia a *la colectividad*, titular de la soberanía y, consiguientemente, del poder constituyente²⁷. Pero no podemos desconocer que el historicismo –tan amado por todo nacionalismo– siente un especial apego por las connotaciones de una expresión mágica: *La Nación*. No en vano la doctrina de *las nacionalidades con derecho a Estado propio* algunos la siguen considerando un dogma laico de eterna vigencia, aunque pueda conducir a una relectura interesada de la historia con afán nada moderno de abandonar los procesos de integración en grandes naciones.

En el siglo XX hay algunos hitos del Derecho constitucional comparado que, al hilo de lo anterior y con la vista puesta en el Estatuto de Cataluña de 2006 merecen ser traídos a colación. De entre todos ellos destacaremos dos precedentes: El de la Constitución de 27/10/1968 de la República Socialista de Checoslovaquia, que incorpora un preámbulo mucho más sucinto que los de las restantes “Democracias Populares”²⁸, y el de la Constitución de 1974 de la

²⁷ En la Teoría del Estado, en cuyo seno las aportaciones sociológicas e historicistas son verdaderamente importantes, el debate puede permanecer abierto. Pero a efectos jurídico constitucionales estamos ante términos sinónimos.

²⁸ Se caracterizan tales preámbulos por su prolija retórica donde no suele faltar la referencia tópica a una historia de lucha heroica del pueblo oprimido contra las clases opresoras a las que han vencido para establecer una República Popular. Buen ejemplo lo constituye la Constitución de la República Popular de Hungría de 1949, en que el primer párrafo de su preámbulo establece: “Durante más de un milenio, Hungría se mantuvo viva gracias al trabajo, a los sacrificios y a las fuerzas sociales creadoras de su pueblo. Entre tanto, el poder del Estado permanecía en manos de las clases dominantes, que lo empleaban como medio para explotar y oprimir al pueblo, privado de derechos. Nuestro pueblo dirigió una encarnizada lucha por el progreso social y por la independencia nacional, y tras innumerables sacrificios logró mantener y defender nuestra existencia nacional”.

República Socialista Federativa de Yugoslavia. Ambos tienen en común la concepción de sus estados como plurinacionales.

En efecto, la Constitución checoslovaca de 1960 proclamaba en su preámbulo que: "Los dos pueblos que han creado la República Checoslovaca, Checos y Eslovacos, viven en concordia fraternal", lo que tenía su trasunto en el Art. 2º, que consagraba el *Consejo Nacional Checo* y el *Consejo Nacional Eslovaco*. Pero en la Constitución de 1968, una nueva redacción de su preámbulo daba un significativo paso para afirmar: "Nosotros, las naciones checa y eslovaca..."

Paralelamente cabe leer en el encabezamiento del Título Preliminar de la que fue Constitución yugoslava de 1974, un enunciado aún más rotundo que el checoslovaco, aunque anunciador también de un proceso disgregador: "Partiendo del derecho de cada pueblo a la autodeterminación, comprendido el derecho de secesión..."²⁹

Salta a la vista que cuando los nacionalismos infraestatales han logrado que los preámbulos de las respectivas constituciones declaren que estas son obra de una *nación de naciones*, se reconoce a las últimas la cotitularidad del poder constituyente, con lo que se busca y

También se distinguen por otorgar carta de naturaleza a su condición de países satélites de la órbita de una URSS con la que se creen obligados por una deuda impagable (*Vid.* El citado Preámbulo de la Constitución húngara y, entre otros, los de Albania (1946 y 1976); Bulgaria (1947 y 1971); Polonia (1952 y 1976); Rumanía (1948)...), pudiéndose citar como excepción puntual a estas cláusulas de estilo prosoviéticas, la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia (1974).

²⁹ Este enunciado proseguía así: "...sobre la base de la voluntad de todos los pueblos y las nacionalidades, expresada libremente..., los pueblos de Yugoslavia, junto a las nacionalidades con las que viven, se ha unido en un República...", con lo que se partía de la existencia de Pueblos-Naciones y de nacionalidades agrupados en la Federación.

logra que de ello se derive el reconocimiento constitucional del derecho de autodeterminación, es decir, del derecho de secesión. De cara al objetivo final: su ejercicio.

3. El pronunciamiento capital de los preámbulos de nuestras Constituciones históricas.

Interesa disponer de una visión retrospectiva, dado que en nuestro constitucionalismo histórico, los preámbulos fueron el emplazamiento sistemático donde se ubicó al poder constituyente, que en nuestra tradición liberal se conceptuó como *La nación española*. Es más en la mayoría de nuestros preámbulos históricos encontramos pocas más manifestaciones junto con este que venimos considerando el *pronunciamiento capital* de estos encabezamientos de las *leges políticas superiores*.

Poco puede interesarnos el preámbulo de la Carta de Bayona de 1808. No aspiraba a ser una Constitución normativa, ni se aplicó como tal. Amén de que su preámbulo reconocía su condición de mera Carta otorgada por el invasor, único poder soberano³⁰.

³⁰ En efecto, el mencionado preámbulo, como sabemos, se reducía al siguiente texto: “En el nombre de Dios Todopoderoso: Don José Napoleón, por la Gracia de Dios, Rey de las Españas y de las Indias:

Habiendo oído a la Junta nacional, congregada en Bayona de orden de nuestro muy caro y muy amado hermano Napoleón, Emperador de los franceses y Rey de Italia, protector de la Confederación del Rin, etc.

Hemos decretado y decretamos la presente Constitución, para que se guarde como ley fundamental de nuestros Estados y como base del pacto que une a nuestros pueblos con Nos, y a Nos con nuestros Pueblos”.

La Constitución de Cádiz de 1812, primera piedra de nuestra historia constitucional, en su preámbulo y en el articulado sitúa a la nación como principio elevado al rango de dogma político liberal y, al tiempo, como la fuente de su legitimidad. El proceso se origina al abdicar Fernando VII la corona, en abril de 1808 a favor de su padre, que la cedió a Napoleón, quien la depositó en la cabeza de su hermano José. La resistencia frente al ejército francés invasor fue la resistencia de "le petit peuple" -de la mano de los notables burgueses del lugar y en bastantes ocasiones del clero (en medida muy inferior de los aristócratas, estamento aún vinculado a Fernando VII)-, que se coordina formalmente por unas *Juntas* que operan como soberanas, en cuanto actúan en nombre del pueblo español (los términos pueblo y nación se utilizaron indistintamente como sinónimos), encarnando la bien llamada "Revolución española"³¹. El *levantamiento juntero* -pese a sus contradicciones por la pervivencia en su seno de aportes del viejo absolutismo borbónico- encuentra su legitimación en una soberanía de

Fácil es observar que se ha creído conveniente cumplir el trámite de *oir* a una Junta que se adjetiva retóricamente de *nacional*, aunque fue convocada y compuesta según la voluntad soberana de Napoleón. Igualmente es constatable que en el tercer y último párrafo del preámbulo emerge la idea *roussoniana* del *pacto*, pero reciclada en mero pacto de adhesión a la omnímoda voluntad del invasor.

³¹ *Vid.*, sobre el profundo sentido revolucionario que impulsa la sublevación popular contra la invasión francesa, entre los autores de la época: FLOREZ ESTRADA, Álvaro: *Introducción para la historia de la revolución de España*, Londres, 1810; puede consultarse la ed. de Ed. Espasa, 2009. CONDE DE TORENO: *Historia del levantamiento, guerra y revolución de España*, 1835-1837; puede consultarse la ed. de Urgoiti, Pamplona, 2008. PRADT, M. de: *Mémoires historiques sur la révolution d'Espagne*, Ed. Chez Rosa, Paris, 1816. LE BRUN, Carlos: *Retratos políticos de la Revolución de España*, Filadelfia, 1826.

Entre los autores más recientes, PÉREZ GARZÓN, Juan Sisinio: *Las Cortes de Cádiz: el nacimiento de la nación liberal (1808-1814)*, Ed. Síntesis, Madrid, 2007 y MORENO ALONSO, Manuel: *El nacimiento de una nación*, Ed. Cátedra, Madrid, 2010, especialmente, pp. 71 y ss.

que ya no es titular el Rey sino *la Nación*, una nación de patriotas guerrilleros -aunque con una básica lealtad hacia Fernando VII- como evidencian estas palabras de Jovellanos sobre su etapa de miembro de la *Junta Central*: "Los que disfrutábamos el alto honor de estar al frente de *la nación más heroica del mundo*, y aclamados en ella por padres de la patria, ¿Irábamos a postrarnos a los pies del soldán de la Francia para que nos pusiese en la lista de sus viles esclavos?..."³². Esta es la herencia que reciben las Cortes gaditanas tras los balbucesos de la Junta Suprema (y luego de la Junta Central) entre el 20 de octubre de 1809 y enero de 1810.

La guerra de la independencia la inicia y prosigue el pueblo español; y la obra constituyente de Cádiz se aborda en nombre del mismo, es decir, de la nación española. Ello es claro en el *Discurso Preliminar*³³, que, en nuestra opinión, no tiene formalmente rango de preámbulo³⁴, de cuyos numerosos párrafos queremos enfatizar estos:

“La Comisión ha dividido la Constitución en cuatro partes que comprenden: Primera, lo que corresponde a la nación como soberana e

³² JOVELLANOS, Gaspar Melchor de: *Defensa de la Junta Central*, Santa Cruz de Ribadulla, 1811, art. III, inicio.

³³ Como hoy ya no se discute, no considerable obra de Agustín de Argüelles (como tradicionalmente se sostuvo), sino fruto del trabajo colegiado de una Comisión formada al efecto, que nombró a Argüelles portavoz de la misma para exponerlo ante el Pleno.

³⁴ De opinión contraria parece ser TAJADURA TEJADA, Javier: *El preámbulo constitucional*, Ed. Comares, Granada, 1997, pp. 113 y ss. Obra de referencia, en español, sobre la materia.

independiente...que comienza declarando a la nación española libre y soberana, no sólo para que en ningún tiempo y bajo de ningún pretexto puedan suscitarse dudas, alegarse pretensiones ni otros subterfugios que comprometan su seguridad e independencia, como ha sucedido en varias épocas de nuestra historia, sino también para que los españoles tengan constantemente a la vista el testimonio augusto de su grandeza y dignidad, en que poder leer a un mismo tiempo el solemne catálogo de sus fueros y de sus obligaciones sin necesidad de expositores ni intérpretes. La nación, Señor, víctima de un olvido tan funesto, y no menos desgraciada por haberse dejado despojar por los ministros y favoritos de los reyes de todos los derechos e instituciones que aseguraban la libertad de sus individuos, se ha visto obligada a levantarse toda ella para oponerse a la más inaudita agresión que han visto los siglos antiguos y modernos; la que se había preparado y comenzado a favor de la ignorancia y oscuridad en que yacían tan santas y sencillas verdades. Napoleón, para usurpar el trono de España, intentó establecer, como principio incontrastable, que la nación era una propiedad de la familia real, y bajo tan absurda suposición arrancó en Bayona las cesiones de los reyes padre e hijo. V.M. no tuvo otra razón para proclamar solemnemente en su augusto decreto de 24 de septiembre la soberanía nacional y declarar nulas las renunciaciones hechas en aquella ciudad de la corona de España por falta del consentimiento libre y espontáneo de la nación, sino recordar a ésta que una de sus primeras obligaciones

debe ser en todos tiempos la resistencia a la usurpación de su libertad e independencia...”.

También fluye la soberanía nacional de forma escueta pero bien inteligible en el Preámbulo propiamente dicho de esta Constitución, donde tras un párrafo introductorio con la *sanción regia*, emerge el poder constituyente: “Las Cortes generales y extraordinarias de la Nación española...el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nación³⁵, decretan la siguiente Constitución política³⁶; y –en coherencia con lo anterior- en un Título I de expresivo rótulo, “De la Nación española y de los españoles”, cuyo artículo 2 desautorizaba las abdicaciones de Fernando VII y Carlos IV al establecer: “La Nación española es libre e independiente, y no es ni

³⁵ Este inciso mereció el siguiente elogio de Salas: “Lo mejor que...tiene el preámbulo de nuestra Constitución, que tiene tantas cosas admirables, es que desde el principio enuncia con claridad cuál debe ser el objeto único de la ley fundamental: promover la gloria, la prosperidad, y el bien de toda la nación”.

En: *Lecciones de Derecho público constitucional*, obra editada en Madrid durante el trienio liberal. Citamos por la ed. CEC, Madrid, 1982, p. 165.

³⁶ El que la Constitución no mane de la voluntad del Rey, sino de la de la Nación, fue siempre el principal motivo de descalificación de la misma por los absolutistas. Llegado su segundo periodo de vigencia, HELLER, Mr. De: *Análisis de la Constitución española*, Trad. esp. Imprenta de José del Collado, Madrid, 1823, pp. 2 y ss. escribirá sobre esta Constitución: “(merece) examen, no por sí misma, sino como un monumento notable de la ciencia del siglo, como una prueba plausible del imperio inaudito que han usurpado los falsos principios filosóficos, aun en el país y en circunstancias que parecían menos propicias. ¿A dónde pues irá a establecerse el jacobinismo?...La exposición que precede (al articulado) renueva la memoria de las de Condorcet y otros Solones de su especie”.

Análogas descalificaciones pueden leerse en el opúsculo anónimo: *Reflexiones sobre la Constitución política de la Monarquía Española publicada por las Cortes de Cádiz en 1812*. Reimpreso en la Oficina de la Viuda é hijos de Brusí, Barcelona, 1823.

puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona”³⁷, ampliamente glosado por Ramón Salas, para quien “esta verdad, incontestable en Derecho, ha sido hasta ahora falsa en el hecho”³⁸.

Subrayemos que desde el tenor de las Actas de las diversas Juntas, posteriormente de las de las propias Cortes de Cádiz y desde el contenido de la documentación que sobre las comisiones de las mismas se conserva hoy en la Biblioteca del Congreso de los Diputados, es imposible asumir la tesis del profesor Álvarez Junco, por lo demás expuesta en las páginas de un interesante libro³⁹, acerca de que la guerra de independencia fue una mera guerra dinástica. Más bien, esta guerra por la independencia fue, de un lado, la primera guerra moderna de guerrillas⁴⁰, que revoluciona el arte de la guerra en términos

³⁷ Lo que se complementaba con un art. 3 que rezaba así: “La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a esta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales”.

Este precepto motivó un debate doctrinal muy fino entre *realistas* y *liberales* sobre las paredes maestras de la Teoría del Estado de los albores del Siglo XIX, que contribuye a que el término “liberal” sea objeto de exportación desde Cádiz al resto de la Europa de su tiempo.

Vid. Diario de Sesiones de las Cortes, Cádiz, Imprenta Real, 25 de agosto de 1811, Tomo 8, pp. 15 y ss. a partir de la intervención de los Srs. Llamas, Alcocer, Bárcena, Inguanzo, Argüelles, Espiga, Llaneras, Gómez Fernández, y días sucesivos...

³⁸ SALAS, Ramón: *Lecciones de Derecho público... cit.*, p. 167.

³⁹ ÁLVAREZ JUNCO, José: *Mater dolorosa. La idea de España en el Siglo XIX*, Ed. Taurus, Madrid, 2001, pp. 119 y ss.

Como contrapunto, *Vid. FRASER, Ronald: La maldita guerra de España. Historia social de la guerra de la independencia, 1808 – 1814*. Ed. Crítica, Barcelona, 2006, pp. 79 y ss.

⁴⁰ *Vid. ROURA I AULINAS: “Guerra pequeña y otras formas de movilización armada en la Guerra de la Independencia” en ARMILLAS VICENTE, José A.: La Guerra de la Independencia*, Zaragoza, 2001, Vol. I, pp.281 y ss.

inasumibles para el mejor ejército de élite de su época⁴¹; y, de otro –y es lo que aquí nos interesa–, la primera guerra moderna de resistencia popular en nombre de una Nación, lo que refleja la generosa heroicidad de las cuadrillas que forma el pueblo llano. La relación entre la guerra y la idea revolucionaria de la Nación española, titular de la soberanía, fue estrecha y quizás sea hoy difícil de exponer didácticamente, hemos de reconocer que en la historia política, unas veces los hechos van delante del pensamiento político y otras el pensamiento crea conceptos abstractos que luego se realizan en la historia real, de manera que en la interrelación pensamiento *versus* realidad histórica el posicionamiento de las causas y de los efectos es complejo, máxime cuando ideas y hechos son hijos del mismo tiempo.

A lo anterior hemos de añadir que del texto de la Constitución de 1812, lo primero que salta a la vista es que pese a la negada, pero evidente, influencia de la Constitución francesa de 1791, es notorio que nuestros prohombres liberales no incorporaron a aquella Ley fundamental ninguna declaración de derechos “del hombre y del ciudadano”. Bien sabemos que en Francia tal dicotomía traía causa de pensar que los ciudadanos franceses, en cuanto protagonistas de la Revolución, habían conquistado unos derechos adicionales a los que se reconocía a la generalidad de los hombres, en cuanto dimanantes de su propia dignidad.

⁴¹ Napoleón lo acabó por reconocer en su postrer exilio en la Isla de Santa Elena: “Cette malheureuse guerre d’Espagne a été la cause première de tous les malheurs de la France. Toutes les circonstances de mes desastres viennent se rattacher à ce noeud fatal: elle a détruit ma moralité en Europe, compliqué mes embarras...Cette malheureuse guerre m’a perdu...”

Pero nuestro texto doceañista no sólo carecía de parte dogmática, sino que los derechos que se reconocían puntualmente a lo largo del extenso articulado no tenían otro titular que los españoles. España había dejado de ser una colectividad de súbditos de una dinastía, para ser una “Nación de ciudadanos”, pero en la misma no se reconocían derechos a los hombres que no gozaban de tal condición y especialmente a los extranjeros (salvo que se les otorgase discrecionalmente carta de naturaleza). Todo ello era así porque para nuestros primeros liberales, los invasores franceses carecían de derechos; eran simples enemigos, lo que implicaba una relación de *hostilidad* que presuponía *la guerra*, tendente a su destrucción. Quedaban, por la tácita, normalizadas por ambos bandos cualesquiera prácticas bélicas, en el frente y en la retaguardia, que inspiraron buen número de los aguafuertes de Francisco de Goya; nos referimos a los conocidos como “los desastres de la guerra”, cuyo rotulo original era otro⁴² y que no quiso editar en vida, según intuimos, porque su humanismo –de cierta orientación afrancesada- le había conducido a una crítica ambivalente, ante la crueldad de un ejército francés que suponía *ilustrado*⁴³ y los numerosos excesos de los *patriotas guerrilleros*.

Aquella primera Constitución española partía de distinguir entre *españoles ciudadanos*⁴⁴ y *españoles carentes de derechos políticos*

⁴² A saber: “Fatales consecuencias de la Sangrienta Guerra de España con Bonaparte y otros caprichos enfáticos”.

⁴³ Bonaparte creó los “Tribunales Extraordinarios del Crimen”, en 1809, para juzgar a los guerrilleros que eran detenidos (otros obviamente eran pasados por las armas, sin más trámite), siendo ejecutado, como media estadística, un detenido cada tres días.

⁴⁴ El art. 5 de la Constitución de 1812 disponía: “Son españoles:

(principalmente los derechos electorales⁴⁵). Ningún artículo de la Constitución de 1812 establecía la igualdad de los españoles ante la ley. La Nación, en verdad, lo era de varones, libres, propietarios e instruidos. Cerca del noventa y cinco por ciento de la población pertenecía a ella pasivamente y sin embargo constituía el *pueblo heroico*⁴⁶ que traía en jaque al más potente ejército de su tiempo⁴⁷. Pero la idea fuerza de Nación, que emergía en el preámbulo constitucional como poder constituyente- había arrumbado con el sentimiento de vasallaje, con los privilegios de la nobleza y, pese a estar impregnada del *propietarismo* inherente al liberalismo europeo de

Primero. Todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de éstos.

Segundo. Los extranjeros que hayan obtenido de las Cortes carta de naturaleza.

Tercero. Los que sin ella lleven diez años de vecindad, ganada según la ley en cualquier pueblo de la Monarquía.

Cuarto. Los libertos desde que adquieran la libertad en las Españas.”

Obviamente tal precepto excluía de la consideración de españoles a los esclavos, que abundaban en Indias.

⁴⁵ Se negaban los derechos de sufragio activo y pasivo a los sirvientes domésticos, a cuantos no tuviesen “empleo, oficio o modo de vivir conocido” y a las mujeres, que no eran mencionadas pero se las estimaba incluidas en el conjunto de las personas carentes de independencia económica.

⁴⁶ Naturalmente, no negamos la decisiva colaboración del ejército inglés, bajo el mando de Wellington. Pero ello, siendo militarmente muy significativo en el campo de batalla, es irrelevante aquí para tratar la materia que nos ocupa.

⁴⁷ En atención al mismo, nuestros antepasados liberales pospusieron la exigencia efectiva del requisito de saber leer y escribir para ejercer los derechos electorales hasta 1830.

la época, había reconocido en diversos órdenes unos derechos que hasta entonces al pueblo llano le habían estado vetados. La Nación española compartía historia, sentimientos y personalidad propia y diferenciada de la de otros pueblos. De ahí se derivaban la grandeza y las servidumbres de aquel nacionalismo, como –en su justa medida– de todo nacionalismo. Esa nación española era sólo una: y así a lo largo de nuestra historia constitucional no se ha consagrado nunca el concebir a España como nación de naciones, por mucho que tal tesis aduzca raíces históricas en su favor.

No corresponde a estas páginas adentrarnos en la azarosa vida de la Constitución de 1812. Sólo interesa constatar que cuando, pasados unos lustros y retornadas del exilio varias de las figuras descolantes del esfuerzo doceañista para acometer la obra constituyente de 1837, se cree posible impulsar un gran partido liberal de centro, superando la dicotomía entre exaltados y moderados, hay consenso en torno a la idea de sustituir la carta *otorgada* de 1834 por una Constitución situada en la estela de la de 1812, y *aggiornada*. Que había de ser hija de unas Cortes extraordinarias, reflejo del poder constituyente de la Nación. De esta forma el preámbulo de la Constitución liberal de 1837, tras una breve fórmula de Sanción por la reina Isabel II, dispone: “Siendo la voluntad de la Nación revivir, en uso de su soberanía, la Constitución política promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, las Cortes Generales, congregadas a este fin, decretan y sancionan la siguiente Constitución”.

Estamos ante un texto telegráfico. Coherente con el propósito de aquellas constituyentes de adaptar la Constitución de Cádiz a una versión abreviada, pero que formula el pronunciamiento capital de un preámbulo constitucional al reconocer solemnemente que bebía del mismo concepto de nación soberana, titular del poder constituyente,

que se fraguó en la isla de León⁴⁸, y, para decirlo todo, se inspiraba también en las fuentes del pensamiento de Bentham⁴⁹. A este pensador inglés le habían dedicado las Cortes de 1820 toda una sesión⁵⁰ y a él se debía una gran influencia en los más prestigiosos liberales doceañistas⁵¹.

El preámbulo de las Constitución de 1845, como contrapunto, fue reflejo de la visión doctrinaria acerca de la llamada Constitución interna;

⁴⁸ Vid. "Presentación por la Comisión a las Cortes Constituyentes del proyecto de Constitución", en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, 24 de febrero de 1837, apéndice primero al núm. 124, p. 1753.

También: Intervención del Sr. Vila, en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, 14 de marzo de 1837, núm. 142, pp. 2131 a 2133.

⁴⁹ Jeremy Bentham, como es sabido, fue un prestigioso ius publicista británico que fundó el *utilitarismo* y tuvo gran ascendiente sobre la dirección del partido *whig*, hasta su fallecimiento en 1832. En España su obra fue muy difundida. Vid. MARTÍNEZ MARINA, Francisco: *Los Principios naturales de la moral, de la política y de la legislación*, Zaragoza, 1823; hay ed. J G Principado, Oviedo, 1993, en cuya p. 142 leemos que para Marina Bentham era un "autor recibido en España con mucho aplauso". Pero su influjo en España se incrementa tras entrar los liberales españoles exiliados en Londres en contacto con las obras de Bentham. Toribio Núñez escribió en 1820 el libro: *Espíritu de Bentham y sistema de ciencia social*. Poco después Ramón Salas tradujo al español y anotó su *Tratado de legislación civil y penal*. Su relación fluida con Argüelles está documentada.

⁵⁰ Vid. *Diario de Sesiones* de 20 de octubre de 1820.

⁵¹ Como Agustín de Argüelles o el Conde de Toreno; algunos, como Alcalá Galiano, incluso confesaron pertenecer al grupo de los benthamistas.

Efectivamente, el Conde de Toreno le consultó expresa y ampliamente sobre un proyecto de Código Penal.

Vid. ALCALA GALIANO, Antonio: *Lecciones de Derecho Político*, Madrid 1838. En la ed. Del CEC, Madrid, 1984, Lección primera.

de manera que en aquel leemos “D^a Isabel II...hemos venido, en unión y de acuerdo con las Cortes actualmente reunidas, en decretar y sancionar la siguiente Constitución”. Estamos ante el fruto capital del pensamiento doctrinario⁵², expresado por la pluma de un joven Donoso Cortés⁵³. Pero subrayemos que en las palabras de aquel preámbulo se contenían dos principios significativos: de un lado, la negación –por la tácita- de la soberanía nacional y del poder constituyente del pueblo, y, de otro, que la Constitución era obra de dos instituciones preexistentes, la Corona y las Cortes, cuyas relaciones son reguladas en la nueva *Lex superior*.

Ahora bien, la tradición liberal resurge en la Constitución no promulgada de 1856, cuyo artículo 1º establecía: “Todos los poderes públicos emanan de la Nación, en la que reside esencialmente la soberanía, y por lo mismo pertenece exclusivamente a la Nación el derecho de establecer sus leyes fundamentales”.

La Revolución de septiembre de 1868, que obviamente representa bastante más que un pronunciamiento militar, se alumbró con un *manifiesto de Cádiz*, debido a la fluida pluma de López de Ayala, que serviría de pórtico a unas Cortes Constituyentes, cuya construcción tomaba como basamento la idea liberal de la soberanía nacional a la que sumaba *la democracia*, mediante la consagración del sufragio universal. Se reúnen estas Constituyentes tras la caída en desgracia de

⁵² Se perciben ecos del foralismo carlista y especialmente del doctrinarismo francés. Sobre el doctrinarismo francés y español, por todos: DÍEZ DEL CORRAL, Luis: *El liberalismo doctrinario*, Ed. IEP, Madrid, 1956, Cap. XXIV, pp. 479 y ss.

⁵³ Su influencia está fuera de toda duda. Pese a su juventud, fue el secretario de la Comisión que redactó esta Constitución. Y puso las bases de la ulteriormente denominada doctrina de la *Constitución interna*.

la dinastía borbónica, por lo que destila lógica que el Dictamen de la Comisión, presidida por Olózaga, que presenta el proyecto de Constitución, arremeta contra la dinastía saliente⁵⁴.

No cabe ignorar el paralelismo que se observa entre aquellas Cortes Constituyentes y las de Cádiz: En ambas se elaboraba una Constitución monárquica sin un Rey en suelo español que la pudiese firmar. Obviamente ambas no podían ser constituciones que respondiesen al ideal del pacto doctrinario entre la Corona y las Cortes. Eran sólo obra de estas últimas, en cuanto encarnaban la soberanía nacional. Dejando a un lado ahora los resabios con que aquel texto constitucional fue recibido por diputados republicanos⁵⁵ y por los dinásticos conservadores⁵⁶, lo que importa aquí es destacar que el preámbulo de la Constitución de 1869 funde, por primera vez, liberalismo y democracia y lo hace desde el patriotismo del viejo liberalismo de sus abuelos para decir sucintamente: "LA NACIÓN ESPAÑOLA"⁵⁷ y en su nombre las Cortes Constituyentes, elegidas por

⁵⁴ Con afirmaciones como estas: "encontró la dinastía caída el medio de falsear constantemente la representación nacional", "...estas Cortes, que vienen a legislar para una nueva dinastía...". Y bien cierto era esto último a la luz de la exótica disposición transitoria que cerraba el texto de aquel proyecto: "La ley que en virtud de esta Constitución se forme para la elección de la persona del Rey y para la resolución de las cuestiones a que aquella diere lugar, formará parte de la Constitución" *Con* secundarios matices, se incorporó como Disposición transitoria primera a la Constitución de 1 de junio de 1869.

⁵⁵ *Vid.*, por todas, Intervención, *en contra*, del diputado republicano Sr. SÁNCHEZ RUANO, en el debate de totalidad, en *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes*, 6 de abril de 1869, pp. 855 a 859.

⁵⁶ Véase también, desde la ladera conservadora, la intervención, *en contra*, en el Pleno del diputado, Sr. CÁNOVAS DEL CASTILLO, *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, 8 de abril de 1869, pp. 928 a 930.

⁵⁷ En mayúsculas en el texto oficial.

sufragio universal, deseando afianzar la justicia, la libertad y la seguridad, y proveer al bien de cuantos vivan en España, decretan y sancionan la siguiente Constitución”.

Sabido es que tras la abdicación de Amadeo de Saboya, el 11 de febrero de 1873, las Cámaras, reunidas en Asamblea nacional proclamaron la república. Se enterró la Constitución de 1869 y se inició la corta experiencia de la I República, de cuyo proyecto de Constitución pasamos a dejar constancia -con la misma brevedad que acompañó al fallido intento- de su preámbulo: “LA NACIÓN ESPAÑOLA, reunida en Cortes Constituyentes, deseando asegurar la libertad, cumplir la justicia y realizar el fin humano a que está llamada en la civilización, decreta y sanciona el siguiente Código fundamental”. Así, la Nación soberana, como ya era habitual para nuestros liberales decimonónicos en los trances difíciles, emergía con plena potestad constituyente⁵⁸.

Recordemos que Pi Y Margall, prócer republicano barcelonés, Ministro de la Gobernación en el gabinete de Figueras y acto seguido Presidente del Consejo de Ministros, hasta que la insurrección cantonalista lo derribó del poder, era federalista, pero consideraba a España como una nación, integrada por provincias que tenían que relacionarse en términos federales⁵⁹. Su catalanismo no era un

⁵⁸ De los debates constituyentes al respecto no cabe traer a colación la menor cita. El mismo día que comenzaron hubieron de suspenderse ante las azarasas noticias que llegaban del “frente del norte”. Castelar desde su escaño pronunció unas breves palabras sobre el deber de la Cámara de posponerlo todo a la defensa de la patria, que fueron acogidas con general asentimiento. Y la azarosa y breve vida de aquella I República Federal no permitió, como sabemos, reiniciar los debates constituyentes.

⁵⁹ *Vid.* MOLAS, Isidre: *Ideario de Pi y Margall*, Ed. Península, Madrid, 1966, pp. 136 a 153.

nacionalismo: no defendía la tesis de que España era una *nación de naciones*.

No interesa especialmente, al hilo de nuestra reflexión, el preámbulo de la Constitución de 1876. Es heredero del de la de 1845 y del pensamiento doctrinario, pero Cánovas lo rebautiza. Expone que su texto (“DON ALFONSO XII...sabed: Que en unión y de acuerdo con las Cortes del Reino actualmente, hemos venido en decretar y sancionar la siguiente Constitución”) es expresión de la *Constitución interna* de España⁶⁰. Cánovas no niega que las naciones sean dueñas de sí mismas⁶¹, pero busca una fórmula que considera de equilibrio para sumar apoyos de todo tipo a favor del trono, incluidos los carlistas⁶².

No nos detendremos en los textos políticos (más bien, proyectos) del General Primo de Rivera donde nunca se acogió a la “Nación española” como titular de la soberanía o del poder constituyente. Difícilmente podía hablarse de tal en puridad en un estado de cosas que renunciaba a una Constitución normativa y donde, el poder último residía en un Directorio militar.

⁶⁰ Para una exposición actual de la posición canovista, Vid. BERGARECHE GROS, Almudena: *El concepto de constitución interna en el constitucionalismo de la Restauración española*, Ed. CEPYC, Madrid, 2002, especialmente, pp. 136 y ss.

Para una crítica en profundidad de este concepto, Vid. GINER DE LOS RÍOS, Francisco: “La política antigua y la política nueva”, en *Estudios jurídicos y políticos, Obras Completas*, Vol. V, pp. 63 a 189.

⁶¹ Vid. SÁNCHEZ AGESTA, Luis: *Historia del Constitucionalismo español*, 2ª ed, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 321.

⁶² Entre otras intervenciones de CANOVAS, Antonio, Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes*, 1876, pp. 492, 495 y 722 a 724.

La literalidad del preámbulo de la Constitución de 1931 es pura transcripción del texto previamente redactado por la Comisión Jurídica Asesora, sólo que esta –bien consciente de la mejor tradición liberal española- lo encabezaba con la expresión “La Nación española”, mientras que la redacción definitiva la sustituye por la palabra “España”⁶³. Ello fue posible, al parecer, por el empeño que puso, de un lado, Gil Robles, que al representar en aquellas Cortes constituyentes a la tradición conservadora heredó las prevenciones de esta sobre el término nación, lo que cobijó bajo la excusa de que España quería decir algo sustantivo, y no cosa adjetival como sucedía en la forma Nación español; y, de otro lado, por el esfuerzo de los representantes del nacionalismo catalán, que posiblemente querían interpretar, siguiendo a Prat de la Riba, que “España” era una mera expresión geográfica, mientras Cataluña era una “Nación”. Esto explica que el profesor Pérez Serrano escribiese: “No vemos sin pena desaparecer una expresión tradicional, de noble abolengo y de perfecto cuño científico; que tememos mucho, sin implicar ello recelo apasionado, que haya influido la problemática existencia de alguna Nación regional para negar la realidad evidente de la Nación española”⁶⁴.

⁶³ El sucinto texto quedó así: “España, en uso de su soberanía, y representada por las Cortes Constituyentes, decreta y sanciona esta Constitución”

⁶⁴ PÉREZ SERRANO, Nicolás: *La Constitución española (9 Diciembre 1931). Antecedentes. Texto. Comentarios*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, p. 49.

4. El pronunciamiento capital del preámbulo del proyecto de Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1931. Y su supresión por las Cortes en 1932.

Antes de entrar en el estudio del preámbulo del proyecto de 1931 de *Estatut*, hay que tomar conciencia de que recorría por sus venas savia aportada por *Esquerra Republicana de Catalunya*, que, a su vez, heredaba ideas y posiciones decantadas por Prat de la Riba sobre *La Nacionalitat Catalana*⁶⁵ y por sus seguidores tardíos que a la altura de 1922 plantearon la revisión de la política de la *Lliga* de asunción de responsabilidades en la política española⁶⁶, promoviendo la "Conferencia Nacional Catalana", y la escisión que conllevó crear el partido denominado *Acció Catalana* en junio de 1922. Este y el Partido

⁶⁵ PRAT DE LA RIBA, Enrique: *La nacionalidad catalana*, traducción al castellano, Valladolid, 1917, especialmente Capítulos III y VIII, pp. 37 y ss. y 109 y ss.

La obra de Prat de la Riba es, en lo esencial, una mera adaptación e importación a Cataluña del *Principio de las Nacionalidades*, enunciado por P. S. Mancini en la conferencia que tituló: *Della nazionalità come fundamento del diritto della genti*, Turin, 1851.

Para un buen análisis de la aportación de Prat de la Riba, véase: SOLÉ TURA, Jordi: *Catalanisme i revolució burgesa*, Ed.62, Barcelona, 1967 (Hay edición castellana de 1970); el autor analiza en esta obra el primer nacionalismo catalán en cuanto manifestación de los intereses burgueses, lo que no es una artificiosidad, ya que el propio Prat de la Riba considera el "espíritu mercantil" como un hecho constitutivo de la que denomina *nacionalidad catalana*.

Con realismo J. J. Solozabal ha escrito sobre los nacionalismos infraestatales: "la *felicitas* del grupo, su bienestar económico y su plenitud cultural, consiste primordialmente en el cultivo de sus rasgos propios y exclusivos", en: "Problemas en torno al estudio del nacionalismo. Formación y crisis de la conciencia nacionalista", en *Rev. De Estudios Políticos*, núm. 17, año 1980, pp. 69 y ss.

⁶⁶ Como sabemos Francesc Cambó asumió la cartera de Fomento en el Gabinete presidido por Antonio Maura del 22 de marzo al 6 de noviembre de 1918 y fue Ministro de Hacienda del Gobierno, también presidido por Antonio Maura, del 13 de agosto de 1921 al 7 de marzo de 1922.

Republicano Radical participaron, con éxito, en las elecciones provinciales de un año después con programas y mensajes que compartían un nacionalismo soberanista catalán y una agresividad mal disimulada contra el regionalismo de la *Lliga*⁶⁷. Es este catalanismo radical el que desemboca en la “Revolución de octubre de 1934”⁶⁸

Pues bien, debemos recordar que la Diputación provisional de la *Generalitat* de Cataluña en 1931, antes de aprobarse la Constitución de la II República, procedió a redactar lo que se denominó el “Projecte únic d’Estatut”, más conocido como *Estatuto de Nuria*, que según se afirmaba en el primer párrafo de su preámbulo “ha partit del dret que té Catalunya, com a poble, a l’autodeterminació”.

Del extenso preámbulo de aquel proyecto (edulcorado con un historicismo, menos pretencioso que el del Proyecto de 2005, pero que pretende reescribir en Cataluña las raíces de nuestra historia constitucional común), a los efectos de nuestra exposición interesa traer a la memoria dos párrafos: “Catalunya vol que l’Estat espanyol s’estructuri d’una manera que fes possible la federació entre toits els pobles hispànics”. Y, más adelante: “Els pobles d’Espanya, que són els més nous en la comunió de les *nacions lliures*, on entraren per una revolució sense altra empena que la viril i irresistible reivindicació de la *propia sobirania* en les urnes electorals, voldriem els catalans que fessin en la Constitució de la República la declaració més humana a favor d’aqueixa aspiració universal que és la pau entre *les nacions*”.

⁶⁷ Vid. PABÓN, Jesús: *Cambó*, Ed. Alpha, Barcelona, 1969, Tomo II, Parte Primera (1918-1930), pp. 357 y ss. Y Tomo II, Parte Segunda (1930-1947), pp. 165 y ss.

⁶⁸ Sigue siendo interesante el librito *oficial* que publicó para narrar tales hechos el propio Gobierno de la República bajo el título: *La revolución de octubre en España. La rebelión del Gobierno de la Generalidad, con 119 fotografías*, Madrid, 1934.

Salta a la vista de estos y otros incisos que el preámbulo define a Cataluña como pueblo y/o nación, titular de la soberanía política. Coherentemente en el art. 2 de aquel proyecto de *Estatut* de Nuria se dispone: "El poder de Cataluña emana del pueblo"; es decir, se veía al pueblo de Cataluña como soberano y dotado de un poder constituyente que voluntariamente limitaba para asumir el papel de poder estatuyente; no se sostenía que tal poder derivase de la Constitución de 1931, que consagraba un Estado integral regionalista, aunque cierto era que la elaboración de este proyecto es anterior a la entrada en vigor de la Constitución de 1931.

El Proyecto fue presentado en Madrid por Maciá. Se recibió con reservas y prevenciones bien claras. La Comisión parlamentaria, compuesta por veintiún miembros emitió su dictamen el 9 de abril de 1932, provocando una reacción desilusionada y ruidosa de *Esquerra* y de sus seguidores. Cambó defendió la posición de las Cortes en el artículo que publicó bajo el título "Davant de l'Estatut"⁶⁹, que tuvo particular resonancia⁷⁰. Y Plá resumió la situación en frase escueta: "El proyecto considerado maximalista, fue reducido y recortado"⁷¹.

En la tramitación parlamentaria de tal proyecto el debate y las enmiendas afectaban a sus paredes maestras. Azaña, como Presidente del Gobierno, en su discurso en las Cortes dice: "...la consecuencia está bien clara, señores diputados: el Estatuto de Cataluña lo votan las

⁶⁹ En *La Veu*, 18 de abril de 1932.

⁷⁰ Vid. Ecos favorables en los días inmediatamente siguientes en *La Publicitat*, *L'Opinió*, *La Nau* y *El Matí*.

⁷¹ PLA, Josep: *Historia de la Segunda República*, Barcelona, 1940, Vol. II, p. 91.

Cortes en uso de su libérrimo derecho, de su potestad legislativa y en virtud de facultades que para votarlo les confiere la Constitución. El Estatuto sale de la Constitución, y sale de la Constitución porque la Constitución autoriza a las Cortes para votarlo”⁷². La opinión de Azaña era expresión de una *comunis opinio* en el seno de los políticos y juristas más preclaros del momento, como es el caso de Jiménez de Asúa⁷³. Así las Cortes lo aprueban en 1932⁷⁴, con modificaciones verdaderamente sustantivas. La primera que debemos subrayar es que desapareció la totalidad del preámbulo. El artículo 1º pasó a disponer: “Cataluña se constituye en Región autónoma dentro del Estado español, con arreglo a la Constitución de la República y el presente Estatuto”. Se suprimió toda calificación de Cataluña como pueblo dotado de una independencia originaria, o calificable de nación soberana. El Estatuto de Cataluña de 1932, en su versión definitiva, simplemente traía causa de la Constitución de la República,

⁷² Véase íntegramente este Discurso parlamentario en los textos de AZAÑA, Manuel, recopilados bajo el título: *Sobre la autonomía política de Cataluña*, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, p.p. 124 y concordantes.

⁷³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis sostuvo esta tesis en el curso que, ya exiliado, en 1940, impartió en Buenos Aires, utilizando materiales de sus conferencias dictadas durante la II República en España. Recogido en su libro: *La Constitución de la Democracia Española y el problema regional*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1946, en cuyas pp. 96 y 97 leemos: “La soberanía corresponde íntegramente al Estado...Por eso ha de suprimirse del Estatuto la denominación de Estado que Cataluña se arroga y las declaraciones que figuran en el artículo 2º del Dictamen, en que se dice que *el poder de Cataluña emana del pueblo*, y en el artículo 8º donde se habla de la *ciudadanía catalana*.”

⁷⁴ Ley de 15 de septiembre de 1932. Gaceta del 21.

autodefinida (art.1) como “un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones”⁷⁵.

5. El preámbulo de la Constitución española de 1978.

No haremos mención de las Leyes fundamentales del franquismo, donde es verdad que se menciona marginalmente, en ocasiones, a la “Nación”⁷⁶, pero no como titular de la soberanía o del poder constituyente, lo cual era lógico en un sistema de *caudillaje*, que prescindía de regirse por una Constitución normativa.

Ya en el contexto del *consenso pro transición*, subrayemos la invocación a la nación en el Preámbulo de la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, y la coherente disposición en su art. 1º sobre que “la ley es expresión de la voluntad soberana del pueblo...”, lo que conecta con nuestra tradición constitucional de emplear los términos nación y pueblo como sinónimos a efectos jurídico políticos.

La Ponencia constitucional designada por el Congreso elaboró un primer Anteproyecto de Constitución⁷⁷ huérfano, por error, de

⁷⁵ No obstante véanse las reservas de ALCALÁ ZAMORA, Niceto, cerca de los plebiscitos sobre los proyectos de estatutos y sobre los procedimientos de aprobación y alteración de los Estatutos. En: *Los defectos de la Constitución de 1931*, Madrid, 1936, pp. 67 y ss.

⁷⁶ Cabe recordar, de entre sus *Leyes Fundamentales*, las siguientes menciones: Art. III del Fuero del Trabajo, de 9 de marzo de 1938; el Preámbulo de la Ley de Referéndum; de 22 de octubre de 1945; el Principio V de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958; y el artículo 2 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967.

⁷⁷ *Boletín Oficial de las Cortes*, 5 de enero de 1978, núm. 44.

preámbulo y tampoco lo aportó en su informe de 17 de abril⁷⁸ al que se incorporaba un voto particular del Grupo mixto. En efecto, la inclusión de un Preámbulo en la Comisión del Congreso, que no difería mucho del definitivo, se debió a la iniciativa de los diputados del Grupo Mixto (excluidos de la ponencia⁷⁹) y catedráticos de Derecho político, profesores, Enrique Tierno y Raúl Morodo⁸⁰.

No procede aquí extenderse sobre lo oportuno de esta incorporación, ni sobre que el debate se centró especialmente en un inciso *rupturista* de la enmienda⁸¹, lo que provocó la oposición reactiva de Fraga⁸². Pero era innegable que tras cuarenta años de dictadura, la Constitución –aunque se hubiesen salvado, con buen criterio, los requisitos formales para una “reforma” de las llamadas leyes fundamentales- estaba enterrando una autarquía y devolviendo a los españoles la posibilidad de convivir como ciudadanos de pleno derecho.

⁷⁸ *Boletín Oficial de las Cortes*, 17 de abril de 1978, núm. 82.

⁷⁹ Vid. referencia a esta desafortunada exclusión (como también lo fue la de los nacionalistas vascos) en: MORODO LEONCIO, Raúl: *La transición política*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, p..174.

⁸⁰ Véase una detallada exposición del proceso en MORODO LEONCIO, Raúl: “Comentario al Preámbulo”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (Director): *Comentarios a las Leyes políticas*, EDERSA, Madrid, 1983, Tomo I, pp. 3 y ss.

⁸¹ Donde se decía: “El pueblo español, después de un largo período de carencia de régimen constitucional, de negación de las libertades públicas y de desconocimiento de los derechos de las nacionalidades y regiones que configuran la unidad de España...”

⁸² FRAGA IRIBARNE, Manuel: “...es muy difícil saber en qué momento de la historia hay que echarse, digamos a nadar, porque algunos lo pondrían en el asesinato de Prim y otros, quizá, en el destronamiento de Wamba, que evidentemente fue un acto de notoria ilegitimidad”, en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas*, 20 de junio de 1978, núm. 93, p.3487.

Ninguna referencia sobrevivió en el preámbulo al sistema anterior, pero la disposición derogatoria de la Constitución no pudo ser más explícita.

Tampoco hemos de adentrarnos aquí en que a determinados sectores sociales molestó sensiblemente el que no se incluyese una solemne referencia a Dios, como la incorporada en otras constituciones occidentales⁸³.

Pero si debemos parar mientes para glosar brevemente que, una vez asumido que nuestra Carta Magna debía ir encabezada por un Preámbulo, se comprendió que la cuestión capital radicaba en la definición del Poder constituyente, habiendo tan solo vacilación terminológica entre las expresiones "Pueblo español" o "Nación española", a lo largo del curso de su tramitación por el Congreso, el Senado y la Comisión Mixta. Hubo una acertada asunción tácita de que ambas eran equivalentes, y se aceptó una fórmula de compromiso al iniciar la redacción del Preámbulo, compatible con lo mejor de nuestro constitucionalismo histórico liberal, con las palabras: "La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía,

⁸³ Sabido es que en las constituciones de países de significativa población protestante tal mención se incluye prácticamente siempre, al igual que en Grecia donde la religión ortodoxa desempeña un rol muy relevante en la vida pública. Menor unanimidad encontramos en el constitucionalismo de naciones de tradición católica: Mientras el Preámbulo de la Constitución Irlandesa de 1937 se abre "en nombre de la Santísima Trinidad...". En las Constituyentes de la Italia de 1947 la cuestión se encontró entre democristianos y comunistas, encontrándose como única salida transaccional la supresión de todo el Preámbulo. Y en otros casos, como el nuestro o como el de la Ley Fundamental del Estado de la Ciudad del Vaticano (1929), no se incluye tal mención, aunque ello no permite decir que la "Constitución es atea", como sostuvieron en nuestra tierra algunos radicales –al margen de la sensata actitud de la Conferencia Episcopal de la época-, que, al parecer, no consideraban relevante el art. 16 C.E.

proclama su voluntad de..."⁸⁴ y se cierra el texto así: "En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente Constitución".

Obvio es que *la Nación española* protagoniza el preámbulo, como poder constituyente del que emana el texto constitucional y los poderes constituidos del Estado, incluyendo los autonómicos. A los efectos que nos ocupan lo más interesante de esta declaración solemne es que concibe la soberanía como unitaria, la enraíza en la *Nación española* y descarta la pretensión formulada en las Constituyentes por los nacionalistas vascos⁸⁵ y por *Esquerra Republicana de Catalunya*⁸⁶ de elevar a rango constitucional la tesis de que la soberanía pertenece a los distintos pueblos de España. La soberanía se concibe como indivisible, y su titular es la nación española, que el mismo preámbulo, en su último apartado, identifica con el pueblo español.

El encabezamiento del preámbulo tiene su consecución, como sabemos, en los dos preceptos que abren el texto articulado: el art. 1.2 dispone: "La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado"⁸⁷. Y el art. 2 que establece: "La

⁸⁴ Fácil es observar el influjo del preámbulo de la Constitución de 1869 sobre el de nuestra *Lex superior* vigente.

⁸⁵ Vid. ARZALLUZ ANTIA, Xabier: "Intervención en la Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas del Congreso de los Diputados", *Diario de Sesiones*, 5 de mayo de 1978, pp. 2063 a 2066.

⁸⁶ Vid. BARRERA, Heribert: "Intervención en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados", el 8 de mayo de 1978, en *Diario de Sesiones*, núm. 60, pp. 2075 a 2083.

⁸⁷ Prontamente bien interpretado por la jurisprudencia constitucional, STC 6/81, en cuyo FJ 3º se declara que "el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución (...) es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política".

Constitución se fundamenta⁸⁸ 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 todas ellas”.

La palabra “nacionalidades” afluía por primera vez en la historia de nuestro constitucionalismo, y lo hacía no como sinónimo de nación, sino como parte integrante de esta. No obstante la invención provocó reservas en UCD⁸⁹, en especialistas prestigiosos en nuestra materia, como el profesor Murillo Ferrol⁹⁰, y, entre tantos⁹¹, en mi modesta persona que me pronuncié en 1978 por escrito⁹², dado que conocía tanto las tesis de Prat de la Riba y sus seguidores, como que

⁸⁸ Esta expresión está motivada en el deseo de esclarecer que la Nación española no es una creación de la Constitución de 1978, sino que es previa a ella, a la que sirve de causa en cuanto –como se explicita en el preámbulo- es su base natural.

⁸⁹ Vid. ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ed. del Foro, Madrid, 1978, pp. 91 y ss.

Significativo fue que *La Vanguardia*, dedicó especialísimo seguimiento a este punto.

⁹⁰ MURILLO FERROL, Francisco: “La nación y el ámbito de la democracia”, en *Sistema*, núm. 26, septiembre de 1978, pp. 8 y ss.

⁹¹ Con razón se señaló por entonces que la expresión *nacionalidad* no se debía emplear como sustantivo, ya que tenía un carácter adjetival que dimanaba del sustantivo nación, sin ser un concepto emancipado de este.

⁹² ALZAGA, O.: *Comentario sistemático...cit, pp. 97 y ss.*, donde expusimos: “El contenido concreto que se haya de atribuir a la palabra *nacionalidades*, que consagra la Constitución en este célebre artículo 2º, corra el riesgo de convertirse en caballo de batalla política, pues, aunque de su empleo en este precepto no se deriven efectos jurídico constitucionales inmediatos, ya que..., no es menos cierto que la batalla por el desarrollo ideológico de esta palabra es intuible en el horizonte...De aquí que –digámoslo con toda sinceridad-nos hubiera parecido preferible la ausencia del término que puede trocarse en no poco vidrioso, y hubiéramos visto con agrado cualquier otra solución transaccional...”

ciertas palabras en la dinámica política pueden llegar a encerrar una carga explosiva pues determinados términos en la vida pública se tornan en consignas aptas para manipular a las masas dispuestas a seguir una bandera sencilla. El art. 2 de la CE y sus concordantes ni enumeraron las nacionalidades ni expusieron los elementos diferenciales de una nacionalidad respecto de una región, de manera que pese al esfuerzo teórico por llenar este vacío⁹³ se creó un área de indefinición y sabido es que en las aguas ambiguas algunos nadan bien⁹⁴.

Recordemos que la solución constitucional supuso dejar fuera del marco constitucional la idea de que España era una nación de naciones. Y alguna otra cautela bien pertinente incorporamos los constituyentes en prevención de las pretensiones que en el futuro esgrimiesen algunos nacionalistas radicales. Destacaremos dos: El art. 147.1 se encabeza así: "*Dentro de los términos de la presente Constitución*, los Estatutos serán..."⁹⁵ (lo que aseguraba la concepción de los Estatutos como norma no situada en el nivel *superior* de la Constitución, sino subordinada a esta) y, de otro lado, la consagración de la expresión "la

⁹³ Vid., entre otros, CORCUERA, Javier: "La distinción constitucional entre nacionalidades y regiones en el decimoquinto aniversario de la Constitución", en *Documentación Administrativa*, núm. 232, año 1993, p. 18; SOLOZABAL, Juan José: "Nación, nacionalidades y Autonomías en la Constitución de 1978" en AAVV.: *Las bases constitucionales del Estado Autonomico*, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1998, p. 81. Y TUDELA, José: "El Estado autonómico treinta años después. Ensayo de una valoración", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24, Segundo semestre 2009, pp. 191 y ss.

⁹⁴ Vid. ALZAGA, O: *Comentario sistemático...*, cit., especialmente el "Comentario introductorio al Título VIII, pp. 819 a 825.

⁹⁵ Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago: "Dentro de los términos de la presente Constitución", en *El Cronista del Estado social y Democrático de Derecho*, núm. 15, octubre de 2010, pp. 4 y ss.

nacionalidad española" en los tres apartados del art. 11 para referirse a la adquisición, conservación y pérdida de dicha nacionalidad. Tampoco se reconoció un derecho a la autodeterminación a favor de las nacionalidades. Todo ello constituía una serie de valladares para contener pretensiones futuras de nacionalismos radicales, junto a otros complementarios de aquellos. Eran los puntos de apoyo con los que en el futuro podría trabajar un TC al que se le legaba la realidad de un Título VIII, técnicamente muy imperfecto y peligrosamente abierto a una dinámica reivindicativa desde los nacionalismos de vocación soberanista.

Como es bien sabido, nuestra Constitución vigente se aprobó por amplia mayoría, si bien no podemos olvidar que no obtuvo el respaldo de los nacionalismos intransigentes –la abstención del nacionalismo vasco fue lo más significativo- y gozó del voto favorable de los moderados (a los que algún autor ha adjetivado como “nacionalistas condescendientes”⁹⁶), aunque buena parte de la doctrina, con razón, llama la atención sobre el carácter *gradualista* de un nacionalismo *moderado* que esgrime unas pretensiones escalonadas que en última instancia no parecen renunciar a caminar hacia la antesala de la autodeterminación. Sobre ello hemos de volver. Pero ahora dejamos constancia de que en el período constituyente una clara mayoría de los nacionalistas catalanes optó por llevar sus pretensiones estatutarias hasta el límite de lo constitucionalmente posible, forzando ciertas interpretaciones, pero sin plantear excesivas cuestiones de principio que chocaran con los cimientos y las paredes maestras del pacto constituyente.

⁹⁶ RODRÍGUEZ ABASCAL, Luis: *Las fronteras del nacionalismo*, Ed. CEPYC, Madrid, 2000, pp. 198 y ss.

No obstante, creo que hoy ha de reconocerse que la introducción de la expresión *nacionalidades* ha servido de banderín político reivindicativo, en conflictos sin fin, planteando el interrogante de si no fue ingenua la pretensión de quienes habían sostenido que aquella fórmula *permitía que nacionalistas moderados y radicales se sintiesen a gusto en el seno del Estado*⁹⁷. Sólo recordaremos que ciertos sectores del nacionalismo catalán han visto en la expresión “nacionalidad” la escarpia perfecta para colgar de ella rótulos innumerables como *Museo Nacional de Cataluña, Orquesta nacional de Cataluña, himno nacional...*; pero, a la vez, ven en la noción de *nacionalidad* el factor diferencial del concepto de *nación* soberana, que se predica en el art. 2 de la Constitución Española, en relación con el enunciado de su preámbulo. Por lo que para ellos tal diferencia ha sido cuestión pendiente de enmienda, bien directamente de la Constitución, bien por la vía espuria de un Estatuto *contra constitutionem*, como pueda ser el caso del *Estatut de 2006*. Pero algo debemos decir antes de su predecesor.

6. El preámbulo del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979:

Tras un amplio diálogo triangular entre UCD, PSOE-PSC y CIU, se aprobó en Diciembre de 1979 el Estatuto de Autonomía de Cataluña⁹⁸. El autor de estas páginas era por entonces el portavoz de UCD en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados y, por ende, le correspondió ser miembro de la ponencia conformada en la Cámara

⁹⁷ Vid. TUDELA ARANDA, José: “El Estado Autonómico treinta años después. Ensayo de una valoración”, en *TYRC*, núm. 24, Segundo semestre 2009, pp. 191 y ss.

⁹⁸ Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, BOE de 22 de diciembre de 1979.

baja al efecto. Pero no queremos exponer nuestra visión de esta norma en base a nuestras experiencias personales en la negociación, debate y redacción del texto del preámbulo, por ser más riguroso deducir conclusiones de un texto que es de una parte breve; de otra esencialmente acorde con el preámbulo de la Constitución de 1978 y con su art. 2; y, por último, portador de algunas dosis de ambigüedad que son siempre inseparables del lenguaje propio del denominado *nacionalismo gradualista*.

Es breve y sobrio –siete párrafos- en comparación con el *Estatut de 2006*. Correctamente constitucional cuando en su segundo párrafo manifiesta: “Cataluña, ejerciendo el derecho a la autonomía que la Constitución reconoce y garantiza a las nacionalidades y regiones que integran España, manifiesta su voluntad de constituirse en comunidad autónoma”. Y aporta cierta ambigüedad cuando, más adelante declara: “El presente Estatuto es la expresión de la identidad colectiva de Cataluña y define sus instituciones y sus relaciones con el Estado en un marco de libre solidaridad con las restantes nacionalidades y regiones. Esta solidaridad es la garantía de la auténtica unidad de todos los pueblos de España”. Obsérvese que en el párrafo transcrito se evita, en forma constitucionalmente correcta, calificar la identidad de Cataluña de *nacional*. La ambigüedad emerge tímida pero agudamente al expresar, de un lado, que el Estatuto “define las relaciones (de Cataluña) con el Estado”, sin mencionar que ello lo hace también y con rango superior la Constitución, y al manifestar, de otro, que estamos en “un marco de *libre* solidaridad con las restantes nacionalidades y regiones”, puesto que Cataluña no despliega esa solidaridad en virtud de su libérrima y soberana voluntad, sino por imperativo del tantas veces citado art. 2 CE donde la Constitución reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones, a la par que

establece “la solidaridad entre todas ellas”, que no es de práctica *libre*, sino obligada en cuanto correlato de la propia autonomía. Lo que está reiterado con mayor énfasis, en el art. 138.1 CE⁹⁹.

Hay otro inciso de aquel preámbulo de 1979 que merece consideración. Efectivamente en el último de sus párrafos se menciona “...el derecho *inalienable* de Cataluña al autogobierno, los parlamentarios catalanes proponen...”, referencia que está transcrita en el texto del preámbulo del Estatuto de 2006, que –como tendremos ocasión de ver- fue objeto de impugnación ante el TC objeto de análisis por el FJ 8º de la STC 31/2010 y del consiguiente pronunciamiento interpretativo, que analizaremos más adelante, en cuanto matiza de contenido al adjetivo *inalienable*.

7. El preámbulo del Estatuto de Autonomía de 2006:

7.1. El pronunciamiento capital del Preámbulo de la Propuesta presentada por el Parlament.

Tenemos el deber de abordar el tema desde una difícil pretensión de objetividad y, claro es, *sine ira et studio*. Un hecho innegable es que en un momento dado el proceso impulsado durante lustros de

⁹⁹ 138. 1. “El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular”.

“2. Las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales”.

desarrollo del Título VIII CE en clave federalista asiste a la irrupción de dos fenómenos que no estaban hasta entonces en el guión. Hablamos del *Plan Ibarretxe* y del nuevo Estatuto Catalán, de los que afirmó con acierto Parejo que eran “verdaderas revisiones en *terra ignota* constitucional (que) portan inevitablemente la potencia de desvirtuación del modelo establecido desde luego por la norma fundamental y de asunción, por ello y materialmente, de un papel co-constituyente que no corresponde a la norma estatutaria”¹⁰⁰. Pero mientras el Plan Ibarretxe era una opción decisionista de inconstitucionalidad manifiesta, la Propuesta de nuevo *Estatut* encerraba mayores complejidades.

Pese a lo mucho que se ha escrito sobre los enfoques sutiles que explican el alcance del nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña – como contrapunto a la tosquedad del llamado “Plan Ibarretxe”-, hay que concluir, con Francesc de Carreras, que no pasa de responder a una lógica política muy elemental. Así sostuvo el Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona: “La explicación del origen de todo ello es bastante sencilla y tiene dos componentes principales. Primero, la reforma del Estatuto era innecesaria y sólo se emprendió por razones tácticas y electorales de los partidos, bastante al margen de los deseos mostrados por los ciudadanos catalanes”¹⁰¹. Segundo, aliarse con un

¹⁰⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano: “Respuestas a encuesta sobre el Estado autonómico”, en *TYRC*, núm. 24, 2º semestre 2.009, pp. 32 – 33.

¹⁰¹ Efectivamente, a comienzos de 2003 tener un mayor grado de autogobierno sólo preocupaba –según el CIS- al 3,9 % de los catalanes, mientras que para el 54,4 % el principal problema era el desempleo. Durante el verano de 2005, en pleno debate parlamentario sobre el nuevo Estatuto, sólo el 14 % de los encuestados estimaba que el mismo era uno de los principales problemas de Cataluña.

partido independentista para acometer una reforma estatutaria es temerario y disparatado”¹⁰².

Cabe recordar que este autor llevaba años subrayando que los principales partidos nacionalistas catalanes y vascos siguen enclavados en el principio de las nacionalidades y ello significa, en lo esencial, que a toda nación le corresponde un Estado propio. Para los nacionalistas, la autonomía –dice De Carreras- no es otra cosa que un simple paso hacia la única solución final admisible: tener un Estado propio...La fórmula actualmente preferida por los nacionalistas es que son *naciones sin Estado*, formulación claramente ideológica, ya que lleva implícita que son naciones a las que les falta algo (pues) a toda nación le corresponde un Estado. Desde estas posiciones la lealtad constitucional se hace muy difícil”¹⁰³.

¹⁰² CARRERAS SERRA, Francesc de: “El proyecto de nuevo estatuto de Cataluña”, en GARRIDO MAYOL, V (Director): *Modelo de Estado y reforma de los Estatutos*, Corts Valencianes, Valencia, 2007, p. 275.

Lo que con tales palabras quería transmitir el prof. De Carreras era muy claro: como primer ingrediente, un PSC, que tras las elecciones autonómicas del 16 de noviembre de 2003, quiso alzarse al Gobierno de la *Generalitat* pactando con el nacionalismo independentista de ERC un nuevo Estatuto –no una reforma del entonces vigente- que aprobó el *Parlament*, el 30 de septiembre de 2004, en términos chapuzados en una radicalidad que ponía en entredicho la futura viabilidad del Estado autonómico. Y confluyó, como sumando, a partir de 2004, la necesidad del propio PSOE de lograr apoyos parlamentarios entre las minorías nacionalistas para mantenerse en el Gobierno.

Vid. ALZAGA, Óscar: *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Ed. Trotta, Madrid, 2011, pp. 76 y ss., y 96 – 97.

¹⁰³ CARRERAS I SERRA, Francesc: “Respuesta a encuesta sobre dinámica del sistema autonómico”, en *TYRC*, núm. 3, Primer semestre 1999, p. 31.

El hecho es que por el PSC se le presentó a *Esquerra* la oportunidad de ser parte del *Govern* y coparticipe en la iniciativa legislativa para *reformar in radice* el Estatuto de 1979 desde sus viejos planteamientos; y no puede generar extrañeza que, dada su composición, por tal *Govern* se propugnase, no ya una reforma global estatutaria, sino una *reforma encubierta de la Constitución*, lo que ha permitido escribir a Luis Ortega que el texto de tal proyecto era “una LOAPA invertida”¹⁰⁴, técnicamente la expresión nos parece discutible, pero en la voluntad de los respectivos promotores de ambas normas puede escudriñarse lo que llamaríamos un *paralelismo inverso*.

Como primera medida, se redactó un preámbulo heredero del que en su día sirvió de pórtico al proyecto de Estatuto de Nuria, de 1931, pese a la problemática de inconstitucionalidad que encerraba. Ciertamente, los cimientos del proyecto de *Estatut* consistían en el reconocimiento del carácter plurinacional del Estado español a través del reconocimiento de la nación catalana y de los derechos históricos del pueblo catalán (expresión empleada reiterativamente como sinónimo de *nación catalana*) como fundamento de su soberanía, y, concretamente, de su singularidad competencial¹⁰⁵. Tal opción a favor de proclamar en el preámbulo *la nación catalana* tenía el respaldo académico, entre otros, del Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra y Director del *Institut d'Estudis Autònoms*, Carles Viver, que había escrito: “Es cierto que *nación jurídica* en sentido estricto sólo hay

¹⁰⁴ ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (Director): *La reforma del Estado Autonomico*, Ed. CEPC, Madrid, 2005, pp. 18 y ss.

¹⁰⁵ TORNOS MAS, Joaquín: “El Estatuto de Autonomía de Cataluña y el Estado Autonomico”, en: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, octubre 2010, pp. 18 y ss.

una en la Constitución, pero el término nación es suficientemente polisémico como para admitir que la proclamación de la existencia de una pluralidad de naciones, entendidas desde la perspectiva política, cultural o sociológica, no vulnera ningún precepto constitucional”¹⁰⁶; con este *juego de manos* se volvía a los argumentos utilizados por los nacionalistas vascos y los de Esquerra Republicana de Cataluña durante el proceso constituyente de 1978 con vistas a dar el paso *confederativo* hacia la “nación de naciones”, en que estas últimas se vincularían, en su caso y día, en ejercicio de su *soberanía*. Lo que el prof. Viver no podía negar es que en la dilatada historia del constitucionalismo español su tesis carecía de antecedente ni apoyatura alguna de Derecho positivo, y que el término nación tiene en nuestra Constitución vigente una lectura jurídico política, que conduce a que solamente se pueda predicar del colectivo español, único titular de la soberanía y de la potestad constituyente.

El proyecto de Estatuto pretendió -caminando mucho más allá de la andadura acometida por el de 1979- gozar del formato de una Constitución. Ello es notorio en un preámbulo de abultada extensión – catequético y doctrinario-, como también en todo el ropaje del texto y en su sistemática (que incluía declaración de derechos de los ciudadanos de Cataluña). Se aspiraba a un preámbulo que aportase argumentos para sostener la tesis de que ni el *Estatut* estaba subordinado jerárquicamente a la Constitución de 1978, ni la *nación catalana* era parte de la *nación española*.

¹⁰⁶ VIVER I PI-SUNYER, Carles: “La reforma de los Estatutos de Autonomía. Con especial referencia al caso de Cataluña”, Ed. CEPYC, Madrid, 2005, p. 30.

Los *derechos históricos del pueblo catalán* se aducen en términos ajenos a la fundamentación clásica del nacionalismo catalán. En efecto, de un lado, encontramos referencia a fechas que constituyen un hito en la historia de Cataluña y del resto de España, como el fin de la Guerra de Sucesión y los Decretos de Nueva Planta (1714), la Mancomunidad de 1914 y los Estatutos de 1932 y 1979. Es de destacar que no hay más referencias al Siglo XVIII ni ninguna al Siglo XIX en que Cataluña siempre se consideró parte significativa de la Nación Española, con excepción, claro está, de los belicosos carlistas que no aceptaban la idea de la soberanía nacional.

De otro lado encontramos en la propuesta de preámbulo un párrafo nada neutro: "Es en ese sentido que el Estatuto es depositario de una memoria y guarda el recuerdo de todos los que han luchado y de los que fueron exiliados e incluso de los que murieron por el reconocimiento de los derechos nacionales de Cataluña y los derechos sociales de los catalanes"; obviamente estamos ante una referencia a la guerra civil y a la dictadura franquista, pero lo significativo es que se incorporan a la *memoria de Cataluña* los exiliados y los muertos de un determinado período en la medida en que sus objetivos eran "los derechos nacionales de Cataluña y los derechos sociales de los catalanes", de manera que, como bien escribió Pérez Calvo, "quedan excluidos aquellos que pudieron resultar igualmente exiliados o muertos pero cuyo objetivo podían ser las libertades y derechos de todos los españoles. Incluso se niega un pequeño lugar para la lucha entre catalanes estando en juego esos mismos objetivos. O es que no ha habido luchas fratricidas entre los propios catalanes? ¿Ha sido la

historia de Cataluña tan unívoca como pretende hacer ver este preámbulo?”¹⁰⁷.

Sabemos que la respuesta debe ser negativa: Baste con recordar que, no mucho después de la “Semana trágica”, la CNT, a fines de 1918, tenía en Cataluña 345.000 afiliados y tras la huelga general iniciada en Cataluña el 24 de marzo de 1919, en unos días se afiliaron, con el impulso de la patronal, más de 8.000 voluntarios armados al somatén y empezaron las detenciones de centenares de obreros y una cruda represión. Es decir, la más cruenta dialéctica social (revolución sindical y contrarrevolución político-patronal) que se ha dado en la España de principios del Siglo XX. Pero era uno de los *capítulos borrados* en la historia de Cataluña en su nueva versión de la propuesta de preámbulo.

Tiene un cierto aspecto novedoso la apelación a los citados derechos históricos, que, según creemos, se explica al menos en parte, por el deseo de sacar partido a la singular Disposición Adicional Primera de la Constitución de 1978, pese a estar limitada a los “territorios forales” y pese a que los derechos históricos tengan cabida “en el marco de la Constitución”. Pero el proyecto no conectaba con derechos forales sino que declaraba: “El presente Estatuto sigue la tradición de las *Constitutions i altres drets de Catalunya*, que históricamente habían significado la articulación política y social de los catalanes y las catalanas”. Con lo que se desconocía que una cosa es que la palabra

¹⁰⁷ PÉREZ CALVO, Alberto: *Nación, nacionalidades y pueblos en el Derecho español (Al hilo de la propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña)*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 109 y 110.

constitución tiene muy antiguas y plurales raíces¹⁰⁸ y otra bien distinta que en su acepción política contemporánea sólo se puede aplicar a leyes políticas fundamentales a partir del Siglo XVIII con los padres del constitucionalismo republicano norteamericano y con las aportaciones que se destilan en ese gran laboratorio de las ideas jurídico políticas contemporáneas que fue la Revolución francesa.

El historicismo neorromántico ciertamente es caldo de cultivo para el retorno al distanciamiento de los próximos, a que aspiran los nacionalismos infra estatales, pero es inquietante como ingrediente de un proceso constituyente, según manifestó prontamente, desde su gran autoridad intelectual, Manuel García Pelayo.¹⁰⁹ También es preocupante porque la sublimación del sentimiento “identitario” se formula de espaldas al gran empeño supranacional que es el proceso de integración y modernización de Europa.

Mucho se ha escrito sobre las virtudes que ven los nacionalistas más radicales en reescribir la historia y seguidamente enraizarse en la Historia mítica resultante, que parte de una edad de oro en la noche de los tiempos, repleta de aciertos y bondades, en el largo peregrinar por parte de un pueblo heroico, cuya zona sombría la configuran los agravios de los pueblos vecinos que tienen sojuzgado a aquel, y se encamina hacia la recuperación de tal edad de oro mediante su

¹⁰⁸ Todos sabemos que fue un término empleado por Aristóteles y otros filósofos de la Grecia clásica. Y en el Derecho canónico de la Iglesia Católica se vienen empleando desde hace siglos las expresiones “Constitución Apostólica” o “Constitución Pontificia”. Y durante siglos hubo múltiples entes y personas jurídicas cuyos estatutos o reglas internas se denominaban “constituciones”.

¹⁰⁹ *Vid.* García Pelayo, Manuel: “El proyecto constitucional y los derechos históricos”, en *Obras Completas*, Ed. CEC, Madrid, 1991, Tomo III, pp. 3171 a 3177:

independencia de los opresores. Es la construcción de una cultura política, dotada de sus propios mitos, contruidos al servicio de movilizar a las masas en torno a un nacionalismo que ofrece avanzar hacia el ejercicio de un *derecho de autodeterminación*, hoy traducido por *derecho a decidir*, que permitirá la liberación de quienes oprimen a la nación catalana y el apogeo de la misma. Porque con razón escribió García Pelayo que “los mitos vinculados con la independencia contribuyen a configurar la conciencia nacional de ciertos pueblos”¹¹⁰. También, dicho sea de paso, estuvimos en fase constituyente ante el *pretexto historicista* que, en aras a los hechos diferenciales, impedía asumir un consenso federal. De modo que el historicismo de los nacionalismos menos convivenciales ya había logrado en sede constituyente impedir un consenso federal a la altura de nuestro tiempo e igualmente había contribuido a conseguir lo que años después el profesor Blanco Valdés adjetivó como *un compromiso apócrifo*¹¹¹.

Este proyecto de preámbulo tenía algo muy singular; a saber, se remataba con diez afirmaciones dogmáticas a modo de conclusiones. Constatemos brevemente las que aquí más nos conciernen: “Primero. Cataluña es una nación”; “Quinto. Cataluña considera que España es un Estado plurinacional” (lo que equivalía a negar la existencia de la nación española); y tras el décimo aserto, se establecía: “Por fidelidad a dichos principios y para hacer realidad el derecho inalienable de Cataluña al autogobierno, los parlamentarios catalanes proponen:...”. Arrancando a

¹¹⁰ GARCÍA PELAYO, Manuel: *Los mitos políticos*, Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1980, p. 26.

¹¹¹ BLANCO VALDÉS, Roberto: *El largo viaje de España: De la invención del Estado autonómico al impulso hacia la confederación*, en www.fundacionmgimenezabad.es, 2009, p. 2.

continuación la redacción del articulado, del que sólo mencionaremos que el artículo 1, reflejo directo del preámbulo, tenía como rótulo: “La nación catalana”; y su apartado 1, a modo de eco, disponía: “Cataluña es una nación”.

7.2. En el texto del Estatuto aprobado por las Cortes

Generales:

La propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña remitida por el *Parlament* se comenzó a tramitar en el Congreso de los Diputados el 18 de octubre de 2005¹¹², habiendo una conciencia generalizada de que había de ser sometida a amplias modificaciones, lo que planteó una problemática política de grueso calibre, que no abordaremos en estas páginas.

Solo apuntemos que en el PSOE, como partido en el Gobierno y como hermano de un PSC que había propiciado el proyecto, se juzgó pertinente convocar unas *Jornadas* sobre la materia en Sigüenza (en 2005), cuyos debates están publicados¹¹³. La proclamación de Cataluña como nación en el preámbulo fue abordada con el mayor realismo, entre otros, por José María Benegas: “Primero hay que descartar que se

¹¹² *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 21 de octubre de 2005.

¹¹³ Ed. Pablo Iglesias, Abril de 2006, 311 pp.

Asistieron a las mismas políticos cualificados del PSOE y profesores más o menos afines, como Enoch Albertí, José Álvarez Junco, Paloma Biglino, Andrés de Blas, Francisco Caamaño, Juan Cano Bueso, Francesc Carreras, Javier Corcuera, Elías Díaz, Luís Fajardo, Juan Fernando López Aguilar, Isidre Molas, Luis Ortega, Luciano Parejo, Jesús Prieto, Alvaro Rodríguez Bereijo, Juan José Solozábal, Carles Viver...

trate, como se dice en ocasiones, de un debate nominalista y por lo tanto secundario, más o menos irrelevante. La cuestión de fondo es de suma importancia porque afecta al ámbito de la soberanía, a la regulación del derecho de autogobierno, y a la atribución con carácter exclusivo de un marco estatal a la nación española”, para concluir: “¿Cuál es el problema de un nacionalismo reivindicativo progresivo si hacemos la concesión de la denominación *nación*? Que hoy se sentirán nación, pero mañana plantearán que toda nación, por su propia naturaleza, requiere un Estado”¹¹⁴.

El hecho es que, aunque nunca falten intelectuales orgánicos que ofrecen y prestan sus servicios –en este caso en pro de la tesis de que el contenido del preámbulo del *Estatut* era una cuestión del género epiceno y de efectos neutros *por carecer de valor dispositivo*-, es obvio en primer término el valor interpretativo que se reconoce al preámbulo de toda ley¹¹⁵ y, en segundo lugar, que en Derecho público la imputación de la autoría de la norma a una colectividad a la que se atribuye la soberanía jurídico constitucional es la primera piedra de cuya solidez derivará la legitimidad y alcance de la eficacia de la propia norma.

¹¹⁴ BENEGAS, José María: *Sigüenza, cit.*, pp. 44 y 74. Cfr. FAJARDO SPÍNOLA, Luis: “¿Hacia otro modelo de Estado? Los socialistas y el Estado autonómico”, Ed. Civitas, Madrid, 2009, pp. 179 y 180.

¹¹⁵ STC 36/1981, de 12 de noviembre, que reconoce a los preámbulos un valor jurídico hermenéutico.

Vease, también: HERRERO DE MIÑÓN, Miguel: “Preámbulo”, en CASAS, María Emilia y RODRÍGUEZ- PIÑERO, Miguel: *Comentarios a la Constitución Española*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 4 y ss, donde se recoge el valor jurídico que reconocen a los preámbulos de sus respectivas magnas leyes los TC de Argentina, Turquía, Portugal, Eslovenia, Chequia, Alemania, Francia y Polonia.

Por tanto no puede extrañar que el texto del preámbulo (que en el Congreso de los Diputados desembocaría en un largo texto, pero más breve que el remitido por el Parlamento de la *Generalitat*), conllevara un problema que sobresalía sobre los restantes. La proclamación de la *nación catalana*, a modo de "poder constituyente", *con derecho a decidir que límites de la Constitución de 1978 respetaba por el momento y cuales "reformaba" ya*. En directa relación con el uso de tales expresiones –concatenadas con la consideración de Cataluña como nación– emergían en el propio preámbulo otras conexas, como el empleo del término "realidad nacional", la referencia a los "derechos históricos de Cataluña", y la antes aludida, de que Cataluña es titular de "un derecho inalienable al autogobierno".

El profesor De Esteban escribió en un artículo de prensa: "(la) busca de una sentencia justa sobre la constitucionalidad del *Estatut* de Cataluña oculta una única cuestión. En efecto, no se trata ni más ni menos que de dar por buena la mención a una Nación catalana en su Preámbulo, porque lo demás son destellos que derivan de esa afirmación".

"Si Cataluña es una Nación –continuaba escribiendo Jorge de Esteban–, hay que reconocer en consecuencia sus símbolos nacionales; si se reconocen sus símbolos nacionales, hay que aceptar la soberanía del pueblo catalán; si se establece que el pueblo catalán es soberano, hay que adoptar la bilateralidad en sus relaciones con el Estado español; si se acepta la bilateralidad hay que respetar que las competencias que reconoce el Estatut están blindadas y no se pueden modificar; si se blindan las competencias de la Generalitat hay que asumir que la Constitución no es ya

la primera norma en Cataluña; y si la Constitución no rige ya en este territorio, hay que reconocer también como válidos unos órganos propios, diferenciados de los españoles, tales como otro Defensor del Pueblo y otro Tribunal Constitucional. En otras palabras: la independencia está ya al alcance de los nacionalistas catalanes, que en puridad no representan, en su versión radical, ni la mitad de la población”¹¹⁶.

Ciertamente, dejando ahora a un lado si creemos que la concatenación de causas que expone Jorge de Esteban aúna sus eslabones exactamente en la forma que el resume, lo que sería cuestión secundaria, es innegable que para cierto nacionalismo catalán la auto conceptualización de Cataluña como nación (negando, al tiempo, por la tácita, la existencia de una nación española) es la primera premisa de todo el silogismo estatutario, o, si se quiere, la clave de la bóveda de toda su estrategia para poner las bases del derecho de *autodeterminación*, a fin de alcanzar, en su caso y día, un Estado propio e independiente. No puede consiguientemente producir extrañeza que, llegado el momento de debatir el preámbulo en el Congreso de los Diputados, esta cuestión se encallase. Tras largo diálogo improductivo, se creyó ver una posible solución que fuese admisible tanto para los nacionalistas catalanes que habían dado el paso de adjetivar a Cataluña como nación, como para los representantes de las Cortes Generales que pensaban con buen criterio que con la Constitución en la mano sólo se podía considerar a Cataluña como una nacionalidad. Esta particular solución que contiene el preámbulo se incorpora a un párrafo singularísimo en la historia del

¹¹⁶ DE ESTEBAN, Jorge: “Una sola Nación: España”, en: *El Mundo*, 11 de enero de 2010.

Derecho público europeo. Con el siguiente tenor literal: “El Parlamento de Cataluña, recogiendo el sentimiento y la voluntad de la ciudadanía de Cataluña¹¹⁷, ha definido de forma ampliamente mayoritaria a Cataluña como nación. La Constitución Española en su artículo segundo, reconoce la realidad nacional de Cataluña como nacionalidad”. El párrafo no era en verdad la piedra filosofal: seguía pudiendo servir al nacionalismo catalán más radical como primera premisa de un silogismo cuya conclusión fuese que la propia Cataluña había decidido, desde su hipotética soberanía, que no era parte de España. Y, a la vez, se hacía decir a la Constitución de 1978 (art. 2) lo que no contiene; a saber, ni una mención expresa a Cataluña, ni un reconocimiento expreso de “la realidad nacional de Cataluña (léase *nación*)”, como “nacionalidad”.

Muy numerosos eran los textos del nuevo Estatuto de Cataluña cuya constitucionalidad era puesta en cuestión, pero los citados del preámbulo eran, si se nos permite parafrasear a Sadam Hussein, “la madre de todas las batallas” a ventilar en la sede del TC.

8. La STC 31/2010 sobre el “Estatut”.

A) Expresiones del Preámbulo recurridas.

- a. Fueron recurridas, por presunta inconstitucionalidad, diversas expresiones del preámbulo del Estatut. A saber:

¹¹⁷ Ello no era verdad si lo leemos a la luz de las encuestas efectuadas en la época sobre esta cuestión.

- b. La referencia a que “El autogobierno de Cataluña se fundamenta en la Constitución así como en los derechos históricos del pueblo catalán que, en el marco de aquella, dan origen en este Estatuto al reconocimiento de una posición singular de la Generalitat”.
 - c. La mención de que “El Parlamento de Cataluña recogiendo el sentimiento y la voluntad de la ciudadanía de Cataluña, ha definido de forma ampliamente mayoritaria a Cataluña como nación. La Constitución española en su artículo segundo, reconoce la realidad nacional de Cataluña como nacionalidad”.
 - d. Y las palabras con que se abre el último párrafo del preámbulo: “En ejercicio del derecho inalienable de Cataluña al autogobierno, los Parlamentarios catalanes proponen...”.¹¹⁸
 - e. Pero antes de abordar el tratamiento que da a tales cuestiones la Sentencia del Tribunal Constitucional parece pertinente esbozar alguna consideración previa.
- B) La doctrina sobre la relación jurídica que vincula a los Estatutos de Autonomía con la Constitución. El pronunciamiento capital del preámbulo y otras expresiones significativas.

Tales incisos (“derechos históricos”, “ciudadanía de Cataluña”, “nación”, así como “el derecho *inalienable* de Cataluña al autogobierno) reflejan una sola idea capital, a saber, la idea fuerza que sustenta a

¹¹⁸ La cursiva es nuestra, a efectos de indicar las expresiones más debatidas.

parte significativa del nacionalismo; a saber, Cataluña es una nación, hija de una dilatada historia en la que ha ostentado sus propios derechos adjetivables de históricos; y los integrantes de Cataluña son sus ciudadanos que han de protagonizar el derecho inalienable a un autogobierno que es propio a Cataluña y no fruto de la Constitución española. De manera que la mayor parte del preámbulo del *Estatut*, pese a la labor de pulimento llevada a cabo por las Cortes Generales, está escrita al servicio de tesis relativizadoras de que en la cúspide de la pirámide normativa reine en solitario la Constitución, expresión del poder constituyente de la nación española en el ejercicio de su soberanía. Se trata de cuestionar que los Estatutos de Autonomía se encuentren en un plano inferior al de la Constitución. Es el intento de sustituir la relación de jerarquía entre Constitución y Estatutos por la tesis de que estos son normas ubicadas en el mismo plano horizontal en que se encuentra aquella, a la que de forma imprescindible vienen a complementar. Todo ello estaba chapuzado en ideología y buscaba construir lo que Muñoz Machado ha denominado “el mito del Estatuto-Constitución”¹¹⁹.

Cuanto reflejamos en el párrafo anterior es el más intrincado problema que había de lidiar el Tribunal Constitucional y explica por entero la pertinencia de una serie de declaraciones previas – impregnadas de voluntad de *rechazo*– que el Tribunal Constitucional considera que debe empezar por incorporar al Fundamento Jurídico 3 de la Sentencia que nos ocupa. En nuestro criterio, el Tribunal Constitucional no confecciona un innecesario resumen de manuales al

¹¹⁹ MUÑOZ MACHADO, Santiago: “El mito del Estatuto-Constitución en la reforma del Estado autonómico”, en: *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, Vol. I. pp 65 a 84.

uso en nuestras universidades, en la disciplina de Derecho constitucional. Estamos ante algo de mayor enjundia: la cimentación de las bases de una argumentación bien concatenada, que desmonta todo el argumentario del nacionalismo catalán más radical en torno al *Estatut*. Y que se refiere tanto a su letra como, por la tácita, a la propuesta inicial. Así leemos en este apartado de la Sentencia: “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). Como norma suprema del Ordenamiento, la Constitución no admite igual ni superior, sino sólo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes.”

Más adelante, el TC sostiene: “Los Estatutos de Autonomía se integran en el Ordenamiento bajo la forma de un específico tipo de ley estatal: la ley orgánica, forma jurídica a la que los arts. 81 y 147.3 reservan su aprobación y su reforma. Su posición en el sistema de fuentes es, por tanto, la característica de las leyes orgánicas; esto es, la de normas legales que se relacionan con otras normas con arreglo a dos criterios de ordenación: el jerárquico y el competencial. En tanto que normas legales, el de jerarquía es el principio que ordena su relación con la Constitución en términos de subordinación absoluta”¹²⁰.

Esta exposición, si se quiere, didáctica pero sobre todo clarificadora desmonta la serie de esquemas teóricos que –según

¹²⁰ Vid. ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: “En torno al concepto de Ley Orgánica en la Constitución”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, Primer semestre 2000, pp. 115 y ss.

hemos narrado - pretendían reconvertir la naturaleza jurídica de los Estatutos de autonomía para relacionarlos horizontalmente con la Constitución, se complementa en el FJ 4 de la propia STC con asertos como los siguientes: “Es forzoso partir de la obviedad de que el Ordenamiento español se reduce a unidad en la Constitución”; para afirmar poco después: “La primera función constitucional de los Estatutos de Autonomía radica, por tanto, en la diversificación del Ordenamiento mediante la creación de sistemas normativos autónomos, todos ellos subordinados jerárquicamente a la Constitución y ordenados entre sí con arreglo al criterio de competencia”; y para añadir más adelante: “La inconstitucionalidad por infracción de un Estatuto es, en realidad, infracción de la Constitución, única norma capaz de atribuir (por sí o por remisión a lo que otra disponga) la competencia necesaria para la producción de normas válidas”.

Nos parece obvio que al sostener el alto Tribunal que un Estatuto es sólo parte de un solo ordenamiento jurídico, presidido por la Constitución, está afirmando al tiempo que ese único ordenamiento jurídico es el de un único Estado, a saber, el Estado Español. Ello es tanto como negar toda cobertura constitucional a la tesis confederal, que se ha intentado construir a la ligera desde las bases del dogma de que estamos “en presencia de tres naciones o quizás de alguna más...”, de lo que se deducía otro dogma vano: “es necesaria la evolución hacia un Estado confederal, compuesto por estados confederados, dotados de sus respectivos ordenamientos”¹²¹.

¹²¹ Vid. RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier: *Entre el federalismo y el confederantismo. Dificultades y problemas para la formulación de una Teoría constitucional del Estado de las Autonomías*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2010, especialmente, pp. 189 y ss.

Una vez que el alto Tribunal ha expuesto de forma meridianamente clara la relación de supeditación jerárquica en que se encuentran los Estatutos respecto de la Constitución, *lex superior* de nuestro Ordenamiento jurídico, cree, en el FJ 7, llegada la ocasión de abordar las impugnaciones que se contienen en los respectivos recursos respecto de los tres incisos del preámbulo reproducidos en el encabezamiento de este apartado del presente Estudio. Pero como ello se aborda en una interpretación *en bloque* de ciertos artículos del Estatut con estos textos del Preámbulo, resultan obligadas algunas consideraciones previas sobre el valor jurídico que el TC atribuye a este.

C) El valor jurídico a efectos hermenéuticos del preámbulo de un Estatuto.

También piensa el Tribunal, que ese es trance adecuado para precisar el valor que por la mejor ciencia jurídica se reconoce a los preámbulos, y que ello servirá de pórtico para el pronunciamiento, sobre la posible inconstitucionalidad de los párrafos del preámbulo puestos en cuestión. Así el TC empieza por admitir que "*un preámbulo no tiene valor normativo*, siendo por ello innecesario, y hasta incorrecto, hacerlo objeto de *una declaración de inconstitucionalidad expresa que se recogiera en la parte dispositiva* de una Sentencia de este Tribunal. Esa carencia de valor normativo tiene como consecuencia, en efecto, que, como afirmamos en la STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 2, los preámbulos *no pueden ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad (SSTC 36/1981, fundamento jurídico 7; 150/1999, fundamento jurídico 2; 212/1996, fundamento jurídico 15; y 173/1998, fundamento jurídico 4)*. Ahora bien, carencia de valor normativo no equivale a carencia de valor jurídico., del mismo modo que la imposibilidad de erigirse en objeto directo de un recurso de

inconstitucionalidad no supone que los preámbulos sean inaccesibles a los pronunciamientos de nuestra jurisdicción en tanto que posible objeto accesorio de un proceso referido principalmente a una disposición normativa”.

Acto seguido, y como más adelante habremos de ver, la Sentencia busca apoyo a la solución que adopta (de la que discrepan los cuatro votos particulares) en un precedente sentado por el mismo en su primera época, al exponer: “De hecho, en la propia STC 36/1981 hicimos una declaración expresa sobre el valor interpretativo del preámbulo entonces examinado, bien que proclamándola en la fundamentación jurídica y sin llevarla formalmente al fallo”. En suma para el supremo intérprete de la Constitución el valor jurídico del preámbulo consiste *en su cualificada condición como criterio hermenéutico*. Consiguientemente, entiende el TC que si ciertos conceptos y categorías que se recogen en el preámbulo se proyectan sobre preceptos que contravienen la Constitución, tal interpretación de ciertas expresiones del preámbulo resultará constitucionalmente inadmisibile, debiendo privar el Tribunal, en esos puntos, al preámbulo, del valor jurídico que le es característico, esto es, de su condición de interpretación cualificada, pero sin declaración expresa de inconstitucionalidad de párrafos o incisos que sean expulsados de la norma.¹²².

Sin adentrarse en debates académicos propios de Bizancio, constatamos que, el Tribunal Constitucional equipara, *de facto*, con buen criterio a efectos jurídico constitucionales, las menciones a la Nación catalana con Pueblo de Cataluña, lo que permite que sean

¹²² Vid. FJ 7, *in fine*.

objeto de análoga valoración. Así en el FJ 9 leemos: “no puede haber equívoco en la proclamación efectuada por el art. 2.4 EAC de que los poderes de la Generalitat emanan del pueblo de Cataluña, pues es obvio que, conforme al propio art. 1 EAC, la Comunidad Autónoma de Cataluña trae causa en Derecho de la Constitución Española y, con ella, de la soberanía nacional proclamada en el art. 1.2 CE, en cuyo ejercicio, su titular, el pueblo español, se ha dado una Constitución que se dice y quiere fundada en la unidad de la Nación española”. Y consecuentemente el TC delimita con claridad el concepto de “pueblo de Cataluña”¹²³.

Mediante la reflejada construcción la sentencia dice eludir un pronunciamiento directo sobre los términos míticos, cargados de la misma intencionalidad que latió en su día bajo el Estatuto de Nuria o de la propuesta remitida en 2005 por el *Parlament* a las Cortes. Pero, en realidad, no cree posible dejar de llevar al fallo un rechazo sobre las

¹²³ En el propio FJ 9 se sienta la siguiente doctrina: “El pueblo de Cataluña no es en el art. 2.4 EAC, sujeto jurídico que entre en competencia con el titular de la soberanía nacional cuyo ejercicio ha permitido la instauración de la Constitución de la que trae causa el Estatuto...El pueblo de Cataluña comprende así el conjunto de los ciudadanos españoles que han de ser destinatarios de las normas, disposiciones y actos en que se traduzca el ejercicio del poder público constituido en la Generalitat de Cataluña...Tal es el designio que justifica la expresión *pueblo de Cataluña* en el art. 2.4 EAC, por entero distinta, conceptualmente, de la que se significa en nuestro Ordenamiento con la expresión *pueblo español*, único titular de la soberanía nacional que está en el origen de la Constitución y de cuantas normas derivan de ella su validez”.

“Así entendido ha de desestimarse la impugnación del art 2.4 EAC”.

expresiones que considera más inadmisibles del Preámbulo. Así, efectivamente, la primera declaración del fallo afirma taxativamente que: “Carecen de eficacia jurídica interpretativa las referencias del Preámbulo del Estatuto de Cataluña a *Cataluña como nación* y a *la realidad nacional de Cataluña*”. Ello, a mi modesto entender es un proceder acorde con la mejor técnica jurídica, pese a que sea calificado de insuficiente en los respetables y muy elaborados votos particulares de los miembros del TC, Vicente Conde Martín de Hijas, Javier Delgado Barrio, Jorge Rodríguez Zapata y Ramón Rodríguez Arribas, y ser adjetivado de inclusión indebida en el voto particular del Magistrado, Eugeni Gay Montalvo; este último, según creo, constituye buena prueba de que tal primera declaración del fallo, como diría D. José Ortega “no pertenece al género epiceno”.

Ahora bien, no se realiza ninguna otra privación de eficacia hermenéutica respecto de otros incisos del Preámbulo. En nuestra opinión, el Tribunal Constitucional con ello parte tácita pero acertadamente de la distinción que nosotros hemos intentado asentar en este artículo entre *el pronunciamiento capital de un preámbulo* que es indubitado y trascendente, pues concierne a la titularidad de su autoría y a que la misma supone el ejercicio, bien del poder constituyente o bien meramente de un poder constituido, en este caso, el poder estatuyente de los restantes enunciados del preámbulo, condicionantes del rango y eficacia de la norma. Se ha subrayado el carácter novedoso de que un Fallo del máximo intérprete de la Constitución incluya un pronunciamiento de rechazo sobre términos del preámbulo de una Ley, aunque sea negándoles “eficacia jurídica interpretativa” y desde luego es la primera vez en que el TC lo hace con esta transcendencia, pero con ello, a nuestro juicio, no se ha extralimitado en las funciones que le encomienda la LOTC, ya que

según su art. 27.1 “mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad (ha de garantizar) la primacía de la Constitución y enjuiciar la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones o actos impugnados” y no es otra cosa lo que el alto Tribunal aquí ha hecho mediante una fórmula, a la par, precisa y nada agresiva.

Más arriba hemos hecho referencia a que en el párrafo último, que hace de broche de cierre del preámbulo del *Estatut* del 2006 se incluye una expresión heredada del Estatuto de 1979. Pero debemos subrayar que ahora fue objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional. Nos referimos al siguiente inciso: “En ejercicio del derecho inalienable de Cataluña al autogobierno, los Parlamentarios catalanes proponen...”. El alto Tribunal no acoge la impugnación y formula una interpretación interesante del adjetivo “inalienable”, que no lleva al fallo como “interpretación conforme”, pero que materialmente lo es cuando dispone: “El único sentido que cabe atribuir a la referencia del preámbulo del Estatuto al *derecho inalienable de Cataluña al autogobierno* es el de la afirmación de que tal derecho no es sino el que el art. 2 CE *reconoce y garantiza* a las *nacionalidades y regiones* que integran aquella. Derecho constitucional, por tanto, y, en virtud de esa cualidad inalienable, esto es indisponible para los poderes constituidos, y sólo al alcance del poder de revisión constitucional”. Es decir, el Tribunal Constitucional deja sentado que tales derechos no se sitúan *supra constitutionem*, pues traduce libremente –aunque velando oportunamente por la supremacía de la Constitución– la expresión “inalienables” por “indisponibles para los poderes constituidos”, pero “al alcance del poder de revisión constitucional”. Estamos ante una auténtica “interpretación conforme”, que sólo se explica que no se acumule al gran número de declaraciones de esta naturaleza que

contiene el fallo por tratarse de una expresión tomada de la literalidad del preámbulo del Estatuto de 1979 sin ser objeto en su día de recurso de inconstitucionalidad. Hay una concesión más formal, que material.

D) El juicio de inconstitucionalidad conjunto del preámbulo con ciertos preceptos.

El Tribunal Constitucional, como acabamos de apuntar, no elude cierta valoración de inconstitucionalidad sobre los contenidos del preámbulo, es decir, la que se efectúa conjuntamente con algún precepto del articulado. Y mediante este enjuiciamiento *en bloque* se hace el examen de constitucionalidad de ciertos artículos del Estatuto, a la luz del preámbulo.

Los principales términos que se recogen en los respectivos preceptos del Estatuto, que son objeto, por parte del Tribunal, de tratamiento conjunto con el Preámbulo son: Los "derechos históricos" (art. 5º EAC), la "ciudadanía de Cataluña" (art. 7º EAC) y los "símbolos nacionales" (art. 8º EAC).

Traigamos a nuestra memoria el tenor literal del art. 5º del *Estatut*: "El autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los *derechos históricos del pueblo catalán*, en sus instituciones seculares...que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del artículo 2, la disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución, de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat...".

Sobre tal precepto el Tribunal Constitucional se manifiesta en el Fundamento Jurídico 10, que empieza con un pronunciamiento negativo al disponer: "El art. 5 EAC sería manifiestamente inconstitucional si pretendiera para el Estatuto de Autonomía un fundamento ajeno a la

Constitución, aunque fuera añadido al que esta le dispensa”, que es – pensamos nosotros- lo que tal precepto estatutario precisamente pretende por la vía de la inequívoca palabra “también”. Pero a partir de esa declaración inicia el TC su “interpretación conforme” al establecer expresamente: “Sin embargo, el enunciado íntegro del artículo permite descartar esa interpretación, así como la de que con él se hayan querido traer a colación para la Comunidad Autónoma de Cataluña los derechos históricos a los que se refiere la disposición adicional primera de la Constitución....Se trata de derechos históricos en un sentido bien distinto del que corresponde a los derechos de los territorios forales a que se refiere la disposición adicional primera de la Constitución”. Esta contradicción del texto recurrido es así objeto de una “interpretación conforme, que se lleva a la parte dispositiva (fallo) de la Sentencia, declaración 3ª, en estos términos: “No son inconstitucionales, siempre que se interpreten en los términos establecidos en el correspondiente fundamento jurídico que se indica, los siguientes preceptos: el art. 5 (FJ 10)...”

Sobre lo correcto o *forzado* de esta y otras “interpretaciones conformes” volveremos más adelante pues el uso reiterativo de esta suerte de fórmulas merece que le dediquemos una reflexión más amplia.

Recordemos ahora el texto del impugnado art. 7.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: “Gozan de la condición política de catalanes o ciudadanos de Cataluña los ciudadanos españoles que tienen vecindad administrativa en Cataluña. Sus derechos políticos se ejercen de acuerdo con el presente Estatuto y las leyes”.

El TC dispone –con acierto, a nuestro entender- que “la ciudadanía catalana no es sino una especie del género *ciudadanía*

española, a la que no puede ontológicamente contradecir". Para añadir después: "Los ciudadanos de Cataluña no pueden confundirse con el pueblo soberano concebido como *la unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del Ordenamiento* (STC 12/2008, de 29 de enero FJ 10)". Por lo que se desestima correctamente la impugnación.

A su vez, el art. 8 del Estatuto dispone: "Cataluña, definida como nacionalidad en el artículo primero, tiene como símbolos nacionales la bandera, la fiesta y el himno". Y es objeto de recurso de inconstitucionalidad el adjetivo *nacionales*, que califica a los mismos. Mientras en la Constitución sólo se recoge como símbolo de España su bandera (art. 4.1) y exclusivamente se prevé que en los Estatutos se puedan "reconocer banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas" (art. 4.2)¹²⁴, hace lustros que la *Generalitat* puso énfasis en adjetivar estos símbolos como *nacionales*. Por vía de ejemplos, cabe mencionar: *La Diada* que es adjetivada de nacional por la ley autonómica 1/1980 y a su vez la Ley 1/1993 de la Comunidad Autónoma de Cataluña dispuso que *Els Segadors*¹²⁵ era el himno nacional. Y aún cabe añadir la aplicación del mismo adjetivo a una Orquesta, un Museo, etc. Son supuestos de construcción de mitos que van configurando una determinada mitología. No puede extrañar que el TC (FJ 12) anuncie que se llevará al fallo una *interpretación conforme* respecto del primer apartado del art. 8 EAC ("Cataluña, definida como

¹²⁴ Ni se constitucionaliza el himno nacional, ni se ha podido alcanzar un consenso para dotarle de letra, fundamentalmente por las objeciones insalvables de ciertos sectores nacionalistas. Vid. ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel (Coordinador): *El himno como símbolo político*, Universidad de León, 2008.

¹²⁵ Aunque se trata de una canción popular, con cuna en la sublevación de campesinos de 1640, a la que se le hizo un arreglo musical y puso letra en 1892-1899.

nacionalidad en el artículo primero, tiene como símbolos nacionales la bandera, la fiesta y el himno”) al declarar: “los términos “nación” y “realidad nacional”, referidos a Cataluña, utilizados en el preámbulo, carecen de eficacia jurídica interpretativa, *lo que dada la especial significación de un preámbulo estatutario*¹²⁶ así se dispondrá en el fallo; y el término “nacionales” del art. 8.1 EAC es conforme con la Constitución interpretado en el sentido de que el referido 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, y así se dispondrá en el fallo”.

El TC en su FJ 12 desarrolla su visión, antes aludida, de la nación y, aun aceptando que se está en presencia de un término proteico (realidad cultural, histórica, lingüística, sociológica y hasta religiosa) dispone que en sentido jurídico constitucional la Constitución no conoce otra nación que la nación española y que “(no se puede) referir el término *nación* a otro sujeto que no sea el pueblo titular de la soberanía”. Para pasar a afirmar: “Por todo ello, los términos *nación* y *realidad nacional* referidos a Cataluña, utilizados en el preámbulo, carecen de eficacia jurídica interpretativa, lo que dada la especial significación de un preámbulo estatutario así se dispondrá en el fallo¹²⁷” (léase, a nuestro entender: *dada la especial significación del pronunciamiento capital del Preámbulo del Estatuto*). Y concluyendo

¹²⁶ La cursiva es nuestra. Tratamos de resaltar como el TC no considera aplicable la hermenéutica jurídica tradicional sobre los preámbulos de las leyes ordinarias al preámbulo de un Estatuto de Autonomía. Y le asiste toda la razón, pues tiene otro alcance al incorporarse a lo que se ha denominado “el bloque de constitucionalidad”.

¹²⁷ Declaración 1ª del Fallo sobre que carece de eficacia jurídica interpretativa la referencia del Preámbulo a “la realidad nacional de Cataluña”.

que a los referidos símbolos sólo se puede adjetivar de *nacionales* en cuanto se refieren a una *nacionalidad*.

Tal razonamiento del Tribunal Constitucional nos parece acertado. De una parte, como sostuvo la *Generalitat* y la Abogacía del Estado el término nación puede referirse a realidades plurales, es decir tiene un carácter polisémico. Ahora bien ello es una característica que comparte con otras muchas expresiones del idioma español. Cualquier página del Diccionario de la Real Academia es prueba documental de esta verdad. Ahora bien, tras afirmar lo anterior, de otra parte, recordemos que en el ordenamiento jurídico ha de respetarse el principio de seguridad jurídica, consagrado en el art. 9. 3 CE, que implica esencialmente certeza y previsibilidad de los efectos que se derivan de las disposiciones normativas. Las palabras tienen con frecuencia varias significaciones según se usen en el lenguaje cotidiano, pero en el ámbito jurídico –en este caso en la rama del Derecho constitucional– una palabra como nación sólo tiene una acepción, la que constitucionaliza la CE en su preámbulo y en su art. 2¹²⁸, siguiendo la estela de nuestro Derecho constitucional histórico.

E) La no llevanza al fallo de declaraciones de nulidad por inconstitucionalidad de preceptos sobre los que sólo se formula “interpretación conforme”.

Obviamente, el Tribunal Constitucional como “intérprete supremo de la Constitución” (art. 1 LOTC) puede formular en los fundamentos jurídicos de sus sentencias “interpretaciones conformes”, en que se conserva una norma o un precepto en el seno del ordenamiento jurídico, siempre que se lea en los términos conformes con la

¹²⁸ Cfr. PÉREZ CALVO, Alberto: *Nación...cit*, pp. 110 a 112.

Constitución, que la sentencia establece en sus fundamentos jurídicos y puede llevar al fallo. Ciertamente respecto de una “interpretación conforme” cabe que un magistrado exponga otro criterio en su voto particular.

En esta ocasión la discrepancia se encarna en cuatro votos particulares¹²⁹. Alguna razón que ignoramos explicará –puesto que no hay efecto sin causa- que tales votos de substrato análogo no se refundiesen en uno sólo. Pero lo que aquí importa es el hilo conductor de sus respectivas reflexiones, que me permito resumir así: a) En principio, la técnica de que el TC formule “interpretaciones conformes” tiene base en el art. 1 LOTC y puede constituir práctica útil y no objetable, ya que el propio alto tribunal tiene asentado que sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de los preceptos “cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma”¹³⁰; b) La interpretación conforme tiene límites pues no puede alcanzar a desfigurar un enunciado legal manifiestamente inconstitucional para hacerle decir exactamente lo contrario de lo que afirma, al efecto de que el nuevo enunciado formulado por el propio TC pueda, al tiempo, ser declarado compatible con la Constitución.

Cierto es que el debate sobre los límites de las *interpretaciones conformes* no se inaugura con la sentencia 31/2010, que nos ocupa, pues ya estaba consolidada una doctrina del TC al respecto que, entre

¹²⁹ Votos particulares de CONDE MARTÍN DE HIJAS, Vicente (FJ 2 y 3), DELGADO BARRIO, Javier (FJ 1 y 2, y, en parte el 3); RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge (FJ 6,7,8 y 9); y RODRÍGUEZ ARRIBAS, Ramón (FJ 3 y 4).

¹³⁰ STC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8.

otras tesis, había asentado las siguientes: a) El respeto “al propio tenor literal de aquellos (preceptos impugnados)”¹³¹; b) No le es posible al TC desconocer o deformar el sentido de enunciados legales provistos de claridad meridiana¹³²; c) Tampoco es posible una reconstrucción *ex novo* del mandato imperativo de la norma enjuiciada¹³³; d) El TC no puede llegar a usurpar las funciones que corresponden al legislador¹³⁴. Doctrina a cuya invocación suma el Magistrado Rodríguez Zapata las tesis por el ya defendidas en su voto particular a STC relativamente reciente¹³⁵.

Adicionalmente es un hecho que hay un *intérprete último* (en lo temporal) de la Constitución y especialmente de la jurisprudencia constitucional; este no es otro que los constitucionalistas que estudian la jurisprudencia constitucional, investigan e imparten docencia en las universidades. Y buena parte de estos últimos intérpretes parece coincidir con los cuatro votos particulares en que la técnica seguida por la Sentencia 31/2010 es criticable por abusar de la “interpretación conforme” para expulsar del Ordenamiento jurídico contenidos dispositivos de textos (Preámbulo y artículos) varios del *Estatut*, sin llegar a declarar su nulidad. Se dice que para ello incurre en prácticas

¹³¹ SSTC 222/1992, de 11 de diciembre (FJ 2) y 238/2007, de 12 de julio (FJ 2).

¹³² SSTC 22/1985, de 15 de febrero (FJ 5); 341/1993, de de 18 de noviembre (FJ 2) y 24/2004, de 24 de febrero (FJ 6).

¹³³ SSTC 11/1981, de 8 de abril (FJ 4) y 24/2004, de 24 de febrero (FJ 6).

¹³⁴ SSTC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11); 96/1996, de 30 de mayo (FJ 22); 235/1999, de 20 de diciembre (FJ 13); 194/2000, de 19 de julio (FJ 4); 184/2003, de 23 de octubre (FJ 7); 24/2004, de 24 de febrero (FJ 6); 183/2005, de 26 de mayo (FJ 5) y 235/2007, de 7 de noviembre (FJ 7).

¹³⁵ VP (FJ 7) a STC 247/2007, de 12 de diciembre.

rocambolascas para decir que un precepto puede seguir en el ordenamiento jurídico en la medida que se entienda que preceptúa precisamente lo contrario de lo que dispone.

En la doctrina científica quien primero empuñó el estilete de la crítica académica sobre la literalidad de la sentencia fue el profesor Blanco Valdés. Y en esta ocasión de las tierras de Galicia no brotaron plantas de ambigüedad e indefinición. Su desacuerdo con la técnica esgrimida por el Tribunal era meridianamente claro. Como aquí hemos de circunscribirnos al ámbito del Preámbulo, traeremos a colación tan sólo su crítica sobre los FJ 10 y 12¹³⁶. Respecto del primero, sobre la mención en el art. 5 de los derechos históricos del pueblo catalán como fundamento jurídico del pueblo de Cataluña, este autor escribe: “No hay que ser, desde luego, muy sagaz para descubrir la *fórmula magistral* que ha encontrado la mayoría del TCE para sanar la inconstitucionalidad de lo que de otro modo lo sería: la consistente en hacer decir al Estatuto lo contrario de lo que manifiestamente afirma, para poder proclamar luego que tal interpretación es perfectamente constitucional...” Y concluye el profesor de Santiago: “El Estatuto proclama, en suma, un principio de doble legitimidad (la Constitución y los derechos históricos del pueblo catalán), algo que según el TCE sería manifiestamente inconstitucional de no ser porque, según la sentencia, el precepto no dice lo que, tras su lectura, todo el mundo puede interpretar que afirma con toda claridad”.

Y respecto del fundamento jurídico 12 (sobre el art. 8.1 EAC) acerca de los símbolos nacionales de Cataluña aduce Blanco Valdés que

¹³⁶ BLANCO VALDÉS, Roberto L: “El Estatuto Catalán y la Sentencia de nunca acabar”, en *CLAVES de la razón práctica*, núm. 205, septiembre 2010, pp. 4 y ss.

para el TC “las palabras significan algo diferente de lo que significan según el *Diccionario de la Lengua Española*”. Y añade: “el TCE resuelve uno de los asuntos más debatidos en su seno (el de la constitucionalidad o no de los términos *nación* y *realidad nacional* referidos a Cataluña, contenidos en el preámbulo de la norma) con la doctrina, que lleva al fallo, de que ambos términos carecen de eficacia jurídica interpretativa, lo que constituye un brindis al sol...”¹³⁷.

Las tesis de Blanco Valdés han sido respaldadas por el profesor Jorge de Esteban. Este lo hace apoyándose en los votos particulares y especialmente en el del magistrado Javier Delgado, para quien “entiende (la sentencia) que el examen del preámbulo ha de hacerse *al hilo del enjuiciamiento* de los preceptos impugnados (FJ 7) y yo creo que es al revés: al hilo del estudio del Preámbulo habrán de examinarse los preceptos recurridos. En efecto, el Estatuto de Cataluña aquí impugnado es una ley profundamente coherente: la quintaesencia está en el Preámbulo, que tiene su directo reflejo en el Título Preliminar, que a su vez se desarrolla en el resto del articulado”¹³⁸. De Esteban glosa así esas palabras: “De este modo, afirma, con toda la razón que la definición de Cataluña como nación es la clave esencial para entender lo que significa el Estatuto, por lo que el Magistrado sostiene que *con todo el respeto al pueblo catalán, es indudable que en un sentido jurídico-constitucional no hay más que una nación que es la Nación española –Preámbulo y art. 2º CE-, de suerte que la definición de Cataluña como nación y su consideración como realidad nacional –*

¹³⁷ BLANCO VALDÉS, R.: *Vid. locus cit*, p. 11.

¹³⁸ *Vid. “Voto particular”, p. 16.*

*párrafo 14 del Preámbulo del Estatut- resultan inconstitucionales*¹³⁹. Por consiguiente, Delgado no está de acuerdo con el punto primero del Fallo, redactado para tranquilizar algunas conciencias, pero que en el fondo –sostiene De Esteban– no es más que un brindis al sol”. Y apostilla: “Como es sabido, la propuesta de esta *aclaración* la hizo el Magistrado Manuel Aragón, para salir del *impasse* en que se encontraban y porque creyó, de buena fe, que serviría para algo. Dios le oiga”. Y concluye el Catedrático emérito de la Complutense: “Por tanto, se debería haber declarado la inconstitucionalidad de la definición de Cataluña como nación”¹⁴⁰.

Si se leen con desapasionamiento, de una parte, los contenidos de la Sentencia dictada por mayoría y, de otra, el texto de los votos particulares, pensamos que puede concluirse que la distancia es menor de lo que se ha venido sosteniendo. La distancia que separa a aquella de estos no es sideral. Lo veremos poco más adelante.

F) Epílogo.

Una Sentencia se puede valorar académicamente *in vitro* o en su contexto. Porque parafraseando a Ortega puede decirse que una STC es ella y *su circunstancia*. Está bien que enseñemos desde nuestras cátedras al alumnado que el Tribunal Constitucional es un órgano eminentemente jurisdiccional, que resuelve desde la luz del Derecho constitucional vigente las presuntas contravenciones de la Constitución,

¹³⁹ *Ibidem*, pp. 2 y 16.

¹⁴⁰ DE ESTEBAN, Jorge: “Reflexiones en torno al voto particular de Javier Delgado”, en *EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, octubre 2010, p. 15.

cuando sean impugnadas en forma hábil por quienes estén legitimados para ello. El propio TC prontamente afirmó la índole jurisdiccional de su naturaleza y de su función, a partir de su Sentencia 5/1981. Pero el sustrato encierra una mayor complejidad.

Desde los primeros pasos en que en occidente se experimenta en torno a un control de constitucionalidad del quehacer del poder legislativo, se planteó la cuestión de si un Tribunal Constitucional que revisa las soluciones legislativas de unas Cámaras parlamentarias legitimadas por el proceso electoral no es, en definitiva, contradictorio con el *principio democrático*¹⁴¹. Pero como la función hace al órgano, las Constituciones democráticas de nuestro tiempo han tenido que prever que los Tribunales constitucionales se deben componer no con personas elegidas a través del sufragio, sino con juristas de reconocido prestigio. Si bien no magistrados de la carrera judicial.

Recordemos que Alf Ross clasificó las normas jurídicas por razón de su contenido en normas de conducta y normas de competencia; y mientras las primeras serían objeto del juicio ordinario de legalidad por los órganos del Poder judicial, las normas de competencia tendrían como principal sujeto pasivo al Parlamento lo que explica que pueden carecer de sanción para el caso de su contravención¹⁴². Pero las

¹⁴¹ En los Estados Unidos de América, el Senador George Norris, en 1930, se quejaba de las funciones que en materia de anular leyes por inconstitucionalidad se había atribuido el Tribunal Supremo, cuando decía: "Disponemos de una Cámara legisladora, denominada *Cámara de Representantes*, de cuatrocientos miembros. La segunda cámara, que llamamos *Senado*, se compone de algo menos de cien miembros. Pero también tenemos una tercera cámara legislativa, el Tribunal Supremo, integrada por nueve magistrados". Cfr. WILSON, James Q.: *American Government*, 5ª ed., Ed. Lexington, Massachusetts, 1992, p. 228.

¹⁴² ROSS, Alf: *Sobre el Derecho y la Justicia*, Ed. Universitaria, Buenos Aires, 1970, pp. 29 y ss.

normas de competencia incorporadas a la Ley Fundamental, por la obvia supremacía de la Constitución en el seno del ordenamiento jurídico, pueden conllevar la nulidad de las disposiciones que las vulneren a través del pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Y sin duda ponderar conflictos entre normas competenciales y la norma suprema del ordenamiento, redactada a veces en términos impregnados de abstracción y de generalidad, puede no ser fácil de hacer tan solo con la hermenéutica jurídica tradicional, que quizás se muestre algo coja al efecto y precisada de la técnica de la valoración jurídico política, en que, junto a otros factores, los principios y valores, así como las concepciones filosófico jurídicas e incluso las adjetivables de ideológicas de cada miembro del Tribunal emergerán así con fuerza dirimente.

Cuando hay que resolver sobre un recurso de inconstitucionalidad del calado y alcance del resuelto por la Sentencia 31/2010, no faltan nunca los medios de comunicación y los políticos, que ven peligrar su obra legislativa impugnada, que plantean y cuestionan el "origen político" del nombramiento de los miembros que conforman el Tribunal. Es una forma de intentar deslegitimar la Sentencia que se teme, que desgraciadamente conlleva siempre un desgaste del propio Tribunal Constitucional. En la elaboración de la Sentencia que nos ocupa la clasificación por no pocos medios de los integrantes del Tribunal como *progresistas* o *conservadores*, ha sido tan reiterada como lamentable, porque la imagen que se estaba transmitiendo era la de la falta de independencia de unos juristas a los que se suponía sometidos a una disciplina de partido invisible, pero que se cree férrea. Aunque no es descartable que algunos políticos aspiren a que esa dependencia exista, no debe darse y la Constitución ha procurado evitarla con una

serie de frenos¹⁴³. Y, en lo esencial, en este caso no se ha dado, si nos atenemos al fallo; aunque esté generalizada la impresión de que se han ejercido presiones importantes sobre el Tribunal, lo que de ser verdad no permitiría imputar culpas a este sino a quienes las hayan ejercitado, pues ello se practica siempre indebidamente. Con razón ya a Kelsen le preocupaba la necesidad de evitar lo que denominaba *una influencia oculta e incontrolable de los partidos políticos sobre el Tribunal Constitucional*¹⁴⁴.

El problema a que nos referimos existe en la medida en que hay dos grandes e insolubles cuestiones, a saber, en primer lugar, la de que los miembros del TC no tienen su origen en un singular agujero negro de una lejana galaxia sino en la más terrenal dinámica mayoría – oposición que rige la vida política de una democracia parlamentaria de partidos y, en segundo término, la de la imposible independencia de los miembros del Tribunal respecto de si mismos y su propia visión del mundo. En efecto, hemos de aceptar que todo miembro de tan alto tribunal necesariamente tiene un sesgo en su formación, una escala de valores, y ciertos prejuicios en el sentido más literal de la expresión –en Alemania prefieren hablar de *Vorverständnis*, quizás traducible por *precomprensión*- lo que afecta a sus principios filosófico políticos y filosófico jurídicos y hace que los juristas, a la hora de enjuiciar la

¹⁴³ Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “Comentario al artículo 159”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (Director): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Ed. Cortes Generales y Edersa, Madrid, 1999, Vol. XII, pp. 79 a 161. Y ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: “Sobre la composición del Tribunal Constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 10 – 11, Semestre 1º de 2.003, pp. 149 y ss.

¹⁴⁴ KELSEN, Hans: “Quien debe ser el defensor de la Constitución”, en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 289 y ss.

constitucionalidad de una ley, si hemos de introducir un análisis político, no seamos en tales trances bienes fungibles¹⁴⁵.

Desde lo expuesto en los párrafos anteriores sólo parece parcialmente certera la introducción que formula en su voto particular el magistrado Javier Delgado mediante la afirmación de que el Tribunal Constitucional (léase: la mayoría de sus miembros) ha actuado no como un órgano jurisdiccional, que es lo que es, sino como un auténtico poder legislativo. Pero ello no siempre debe ser objeto de crítica, pues hay que entender que en ciertos trances el Tribunal Constitucional, tanto en España como en otras latitudes, se ve en el deber de comportarse como “el gran legislador”. Retornaremos sobre ello.

Con la difícil objetividad a que aspiramos al escribir estas páginas, procuraremos abocetar unas conclusiones sobre los pronunciamientos que la sentencia que nos ocupa ha dedicado al preámbulo del *Estatut*.

Primera: Cuando, como ha ocurrido en España, se obstruye, por falta de consenso entre las grandes fuerzas políticas- el cauce de la reforma de la Constitución¹⁴⁶, los intentos de *mutaciones constitucionales indebidas* discurren a través de regueros naturales hacia la jurisdicción del Tribunal Constitucional, en búsqueda de que su doctrina subsane la carencia de las reformas necesarias. Pero ello supone una andadura no digna de elogio, pues implica endosar al Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, no

¹⁴⁵ Cfr. ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: “Sobre la composición del...” *locus cit.*, pp. 151 a 157.

¹⁴⁶ Vid. ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Ed. Trotta, Madrid, 2011, pp. 36 y ss; 56 y ss; 65 y ss; 76 y ss; 84 y ss y 96 y ss.

ya una potestad meramente *nomofiláctica*, sino *nomotética*¹⁴⁷, un verdadero poder constituyente permanente. Y si la falta de altura de miras y de capacidad de diálogo y compromiso entre los grandes partidos nos lleva a este extremo la responsabilidad que se hace gravitar sobre el Tribunal es excesiva. Lo menos que el mismo se merece en esta dura posición es comprensión de los especialistas en Derecho público.

Es cierto, como hemos de anotar, que la Sentencia incorpora alguna opción técnica muy opinable, pero la responsabilidad está en los padres de la causa de la causa. Y no se me diga que Dorado Montero me habría replicado que por esa vía de establecer culpabilidades la responsabilidad de un adulterio acaba recayendo en el carpintero que hizo la cama.

Segunda: La doctrina que sienta el Tribunal Constitucional en esta sentencia sobre la posición de los estatutos de autonomía respecto de la Constitución es muy esclarecedora. Aunque sigue la estela de alguna sentencia suya previa, arroja una dosis de luz adicional que no es intrascendente. Un constitucionalista catalán de prestigio cierto y de catalanismo nada dudoso, el profesor Albertí, ha escrito: “Mayor influencia operativa, aunque no sentimental, en el desarrollo del Estado Autonómico puede tener la posición disminuida y desvalorizada, que la STC 31/2010 asigna a los Estatutos de Autonomía¹⁴⁸...Y reduce hasta la

¹⁴⁷ *Vid.* PUNSET BLANCO, Ramón: “Prólogo” a ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Luis: *La lealtad constitucional en la Constitución española de 1978*, Ed. CEPC, Madrid, 2008, p. XVI.

¹⁴⁸ El sistema de Estatutos ha tendido a desaparecer en el Derecho constitucional comparado, hoy ya no se mantiene ni siquiera por Italia, con carácter general, desde la reforma constitucional de 2003, que trasladó la función de distribuir las competencias entre el Estado y las Regiones (al menos, las ordinarias) de los Estatutos a la Constitución.

casi irrelevancia la función constitucional de los Estatutos de Autonomía y niega prácticamente cualquier posición especial de los mismos en el ordenamiento español, especialmente respecto de las leyes estatales, y singularmente las orgánicas”¹⁴⁹.

Tercera: El privar de “eficacia jurídica interpretativa a las referencias del Preámbulo del Estatuto de Cataluña a *Cataluña como nación* y a *la realidad nacional de Cataluña*” es jurídico políticamente necesario y técnico jurídicamente correcto, aunque se trate de un texto inserto en el preámbulo, es decir, carente de fuerza normativa directa. Se hace invocando un caso de perfiles suficientemente análogos. Nos referimos a la STC 36/1981¹⁵⁰. Pero en tal precedente el pronunciamiento se hizo en el correspondiente Fundamento Jurídico, sin llevarlo al fallo, lo que sin embargo en la STC 31/2010 se hace mediante un paso adelante enteramente justificado por afectar a lo que en este artículo hemos dado en llamar *el pronunciamiento capital* del preámbulo de una norma política superior: su autoría, es decir, por

¹⁴⁹ Vid. ALBERTÍ, Enoch: “El Estado de las autonomías después de la STC sobre el Estatuto de Cataluña”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, Octubre de 2010, pp. 94 y 95.

¹⁵⁰ STC 36/1981, de 12 de noviembre, en cuyo Fundamento Jurídico se declaró: “Una precisión final se refiere al preámbulo de la ley 2/1981 (C. A. del País Vasco) en el que se contienen afirmaciones que contradicen o interpretan erróneamente preceptos de la Constitución Española y del Estatuto del País Vasco. En la medida en que el Preámbulo no tiene valor normativo, consideramos que no es necesario, ni incluso resultaría correcto, hacer una declaración de inconstitucionalidad expresa que se recogiera en la parte dispositiva de esta Sentencia. Sin embargo, consideramos conveniente, en cuanto los Preámbulos son un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las leyes, manifestar el Preámbulo de la ley 2/1981 carece de valor interpretativo alguno en la medida en que el mismo se refiere a preceptos que sean declarados inconstitucionales y nulos en la Sentencia o sean interpretados en la misma conforme a la Constitución y al Estatuto de Autonomía y de manera contraria a lo expresado en dicho Preámbulo”.

afectar a la idea capital de si el Estatuto es obra de un poder soberano ("la Nación") o de un poder constituido ("la nacionalidad catalana". Se comenta que este paso trascendente y enteramente clarificador de llevar a la cabecera del fallo que no es estatuye una nación en el seno de un Estado de naciones se debe al buen juicio y a la tenacidad del magistrado Manuel Aragón; de ser así, a mi juicio, merece un reconocimiento expreso. Aunque casi nada se de tauromaquia, me permito discrepar, con el debido respeto, de quienes han sostenido que ello es un mero "brindis al sol". Es un pronunciamiento que desactiva el detonador de un texto con potencialidades explosivas

Ciertamente, el aludido pronunciamiento del primer apartado del fallo pone punto final al intento de construir la tesis de que en el modelo constitucional del Estado Autonómico cabe la "Nación de naciones" (que demandaría naturalmente el paso a una Confederación). No lo reconoce sólo así mi modesta cabeza sino la más autorizada de Enoch Albertí, quien ha escrito: "Bajo la fórmula del Estado Autonómico cabía, ahora no se sabe si de forma un tanto ingenua o de modo completamente equivocado, una concepción plurinacional de España...Pero esta concepción, al menos en germen, no se hallaba excluida sino que formaba parte de las inteligencias posibles del Estado Autonómico...Con la STC 31/2010, que despliega aquí principalmente su carga preventiva, se cierra el paso a esta posible concepción del Estado Autonómico". Ciertamente en el FJ 12 el TC es de una notorio carácter profiláctico y sólo admite una concepción uninacional del Estado. Aun comprendiendo las buenas intenciones que laten bajo la letra de los cuatro votos particulares creemos que el pronunciamiento de la sentencia sobre el particular es bastante en sus propios términos.

Cuarta: De otro lado, el que la sentencia haga *interpretaciones conformes con la Constitución* "en bloque" del preámbulo con diversos

preceptos del Estatuto (Arts. 5º, 7º y 8º) puede ser, en principio, correcto, tanto si la interpretación conforme del TC es *positiva* (expresando la única interpretación constitucionalmente admisible) como si es *negativa* (o de rechazo de las interpretaciones que entiende inadmisibles). Con ello el alto tribunal ejercita la función interpretativa que le encomienda el art. 1 LOTC y actúa de forma análoga a como lo hacen la mayoría de los Tribunales Constitucionales europeos. El problema surge de que en este cometido el propio Tribunal tiene reconocido que no debe sobrepasar ciertos límites.

Quinta: Llegados a este punto, nuestra reflexión desemboca en que asiste la razón a los cuatro miembros del Tribunal que han emitido voto particular, en cuanto en los mismos sostienen que se ha resuelto la inconstitucionalidad de preceptos inconstitucionales haciéndoles decir algo completamente diferente o contradictorio de lo que en su tenor literal se dispone Y con ello la sentencia entra en contradicción con la propia jurisprudencia del TC¹⁵¹.

Las preguntas que, según creo, se hará todo estudioso son dos. La primera es por qué no se optó en los casos en que la “interpretación conforme” sólo permitía conservar un precepto estatutario en el ordenamiento haciéndole disponer justo lo contrario de lo que el legislador había pretendido y se deducía de su tenor literal, por un pronunciamiento de inconstitucionalidad. Y no tiene fácil respuesta para quienes no hemos asistido a las deliberaciones secretas del Tribunal. Quizás una explicación plausible radique en que la mayoría del Tribunal ha buscado una solución de *diplomacia jurídica* para reducir el ya abultado número de artículos de un Estatuto ratificado en referéndum

¹⁵¹ *Vid.* las SSTC reflejadas en las notas 130 a 135 del presente artículo.

que el fallo declara inconstitucionales. La causa última del problema la volveríamos a encontrar en aquel sector de la clase política que irresponsablemente ha puesto al TC ante una situación límite. No afirmo que el rebuscado proceder del tribunal en estos casos sea digno de elogio, porque no lo comparto, sólo pretendo entender la posición de un tribunal al que se ha situado al borde de un escenario político disparatado.

La segunda pregunta que surge con espontaneidad es cuales resultan ser los efectos jurídicos del retorcido curso semántico de la sentencia en estos supuestos en que lee, a la luz del preámbulo, como constitucional en un precepto todo lo contrario que el mismo establece. En mi opinión es que en el fondo –no en su forma- son tranquilizadores, pues el Tribunal Constitucional no admite como constitucional lo que el legislador estatuyente, aun siendo inconstitucional, pretendía incluir como válido en nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, me temo que hay un efecto negativo, el que tales fórmulas rocambolescas en nada contribuyen a restañar las heridas abiertas en el prestigio del alto tribunal. Y ello es de lamentar pues el TC tiene *potestas* pero necesita de la máxima *auctoritas*.

Sexta: Consecuentemente, hay que asumir que la Sentencia ha “desactivado” el preámbulo del Estatuto y la mayor parte de este. A tal conclusión llegan, con razonamientos diversos pero no contradictorios, los catedráticos de Barcelona Marc Carrillo¹⁵² y Enoch Albertí¹⁵³. Siento con pesar que los medios de comunicación politizados hayan

¹⁵² CARRILLO, Marc: “Después de la sentencia, un estatuto desactivado”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, Octubre de 2010, pp. 26 y ss.

¹⁵³ ALBERTÍ, Enoch: *locus cit.* pp. 90 y ss.

transmitido en muchos casos a la opinión todo lo contrario. Lo anterior constituye una afirmación que formulo a sabiendas de que cada uno de nosotros puede pensar en su fuero interno que si él hubiese sido el ponente de la sentencia la habría elaborado y redactado en términos más afortunados. Pero la perfección no es planta que crezca sobre la tierra.

Séptima: No se puede desconocer que toda la sentencia –no sólo aquellas consideraciones de la misma relativas al preámbulo- está escrita desde el conocimiento de los objetivos mediatos de determinados sectores nacionalistas; y que el Tribunal procura, dentro de sus posibilidades, salir al paso de sus pretensiones inconstitucionales de futuro. En otras palabras la sentencia asume funciones preventivas e incluso aspira a marcar una vez más –los esfuerzos del TC en este sentido han sido innumerables- una trayectoria federalizante para nuestro Estado Autnómico¹⁵⁴. Sucede cuando cierra el paso a las tesis confederativas al negar que España sea una nación de naciones, como se pretendía dejar apuntado en el preámbulo y se da también cuando atribuye las competencias al Estado y la interpretación de los hipotéticos conflictos, en exclusiva, al propio Tribunal.

Ciertamente la línea de futuro que cree asumible, en el marco de la Constitución, el Tribunal Constitucional es la única compatible con la modernidad para un Estado miembro de la Unión Europea, pero ha sido objeto por el nacionalismo catalán más endurecido de un rechazo que ha bordeado la insumisión. La convocatoria y celebración, con el respaldo institucional de la *Generalitat* y de incontables instituciones

¹⁵⁴ Vid. RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier: "Capítulo VI: La Teoría Constitucional del Estado de las Autonomías como búsqueda en lo devenido de lo que está por devenir", en *Entre el federalismo y el confederantismo*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2010, pp. 307 y ss.

subvencionadas por la misma, encabezada por una pancarta con el lema "somos una nación", tras la cual se portaba otra con el *subtitular* "tenemos derecho a decidir", fue, a la par, la prueba inequívoca de cuál era el pronunciamiento capital del preámbulo y de su inconstitucionalidad. También acreditaba que cierto nacionalismo no iba a aceptar el estado de cosas que establece el Tribunal Constitucional; la reciente ley de Cataluña 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum¹⁵⁵ parece ser el intento de poner otra primera piedra hacia la autodeterminación.

La clase dirigente de la vida política española tiene que asumir la imprescindible de un gran esfuerzo de consenso para abordar una reforma de la Constitución, a través del procedimiento de su art. 167, que permita sustituir el Capítulo III del Título VIII y su régimen autonómico por una estructura federal estable y carente de ambigüedades incompatibles con el principio de seguridad jurídica. El negarse a extraer lecciones de la experiencia no es nunca inteligente y en algún caso puede ser temerario. Y el endosarle las responsabilidades de esta deriva, ante la que sólo se ofrece pasividad, al Tribunal Constitucional no es ni sensato ni honrado. A nadie se le puede ocultar la dificultad del empeño; tampoco la urgente necesidad de dedicar al mismo el mejor y más preclaro esfuerzo.

TITTLE: The Nation in the Preambles of the "*leges superiores*".
The "*Estatut*" of

2006 and the Judgement of the Constitucional Court 31/2010

¹⁵⁵ Que ya ha sido objeto de resolución del Tribunal Constitucional, de fecha 15 de febrero de 2011., acordando su suspensión cautelar.

ABSTRACT: In the preambles of the fundamental political laws there is a key statement: the declaration of where sovereignty is vested, because there is placed the constituent power. The main cases to be analyzed in the comparative Constitutional Law and the most significant steps given by the history of the Spanish Constitutions until the preamble of the Constitution of 1978. The problems within the preambles of the Autonomy Estatut of Catalonia of 1932, 1979 and 2006. And the treatment of this one in the Judgement of the Constitutional Court 31/2010.

RESUMEN: Los preámbulos de las leyes políticas fundamentales (*leges superiores*) solemos encontrar, entre otros, un pronunciamiento capital: su autoría, que en las constituciones corresponde a quien ostenta la soberanía y es el titular del poder constituyente. Se analizan diversos supuestos significativos del Derecho constitucional comparado y los más significativos hitos del Constitucionalismo histórico español, hasta la Constitución de 1978. La problemática de los Estatutos de Autonomía de Cataluña de 1932, 1979 y 2006. Y el tratamiento de este último en la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010.

KEY WORDS: Preambles of the Constitutions, Constituent power, Nation, People, Catalan Estatut of 1932, Catalan Estatut of 1979, Catalan Estatut of 2006, Judgement of the Constitutional Court 31/2010.

PALÁBRAS CLAVE: Preámbulos, Preámbulos constitucionales, Poder constituyente, Nación, Pueblo, Estatuto de Cataluña de 1932, Estatuto de Cataluña de 1979, Estatuto de Cataluña de 2006, Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.12.2010. FECHA DE ACEPTACION:
26.01.2011