

## Ponencia “Reparto competencial y democracia”

11 de febrero de 2015

D. Claro J. Fernández-Carnicero

El acento crítico, nunca sectario, que aquí se cultiva, tiene a mi juicio un valor singular. La crítica pretende racionalizar y mejorar los instrumentos de nuestra convivencia haciendo balance del camino recorrido en los últimos 40 años. Un balance que debe ser completo para que pueda identificar ciertos errores, huyendo siempre de la estéril impostación de lo políticamente correcto. Un balance que es condición y premisa para abordar con solvencia cualquier proceso de reforma. Porque sin ese balance, con el consiguiente alto en el camino, carece de sentido hablar de reforma constitucional. Más aún, esa es imposible, porque para que fragüe el consenso que le sirva de fundamento, hay que reconocerse en la realidad, en el camino transitado en el tiempo o contexto en que vivimos.

Desde esa perspectiva, que sólo pretende situarse en la lógica del análisis, entiendo que puede resultar de utilidad contribuir al corpus crítico que el Aula viene elaborando con algunas reflexiones sobre la dinámica seguida por el principio de competencia al configurar y desarrollar nuestro sistema democrático. Hace 30 años, en las Jornadas que organizó la entonces Dirección General de lo Contencioso del Estado sobre “Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)”, presenté una comunicación sobre el “principio de competencia y la nueva organización territorial del Estado”. En un breve examen de los límites constitucionales de ese principio, entendía y sigo entendiendo que el Título VIII de nuestra Constitución puede calificarse de verdadera piedra de toque de la eficacia funcional y por ello fundante de nuestra Ley de leyes. Todo ello por cuanto que el ser mismo del Estado depende de la articulación del poder soberano en el territorio, entendido éste siguiendo a Kelsen como *“espacio al que se circunscribe la vigencia del orden jurídico estatal”*. Matizaba entonces esta premisa con mi convicción de que en el actual contexto de globalización y de pertenencia a la Unión Europea, el Estado ha dejado de ser “plenitudo potestatis” pero sigue siendo ad intra “summa potestas”, acogiendo la expresión de Bodino en “Los seis libros de La República”. Esto supone en mi opinión, que la soberanía se mantiene como prerrogativa indisociable del ser del Estado y es, por ende, indivisible. De ahí que el principio de competencia pueda servir como instrumento para compartir el ejercicio del poder con otros entes públicos, no para su reparto que conduce a la marginalidad o residualidad del Estado, si por reparto se entiende el desguace irreversible de ese poder central.

En este caso nos encontramos con la imposibilidad de contar con un instrumento, con una técnica como es la de la llamada cláusula de supremacía o de cierre del ordenamiento jurídico del Estado en cuanto que es definidora de su plenitud y ello en los términos del artículo VI de la Constitución Americana, el artículo 31 de la Ley Fundamental de Bonn, siguiendo el principio de que el Derecho Federal se impone y rompe el Derecho de los Länder (Bundesrecht bricht Landesrecht), y con un alcance más mitigado el artículo 149.3 de la Constitución Española, huérfano de la claridad interpretativa que pretendió infundirle la frustrada LOAPA, frustrada por tratarse de una alternativa que desechó el Tribunal Constitucional en su Sentencia de agosto de 1983. Anticiparé la tesis que pretendo desarrollar.

El derecho de la autonomía que reconoce nuestra Constitución en su artículo 2º, debiera entenderse exclusivamente en un sentido funcional y no fuerista o soberanista como en tantas ocasiones se ha hecho. La propia norma fundamental acoge ese significado funcional en su artículo 137 al justificar la autonomía como vía para la gestión de sus respectivos intereses, referencia a intereses, por definición particulares, que implícitamente reconoce la necesaria intervención de una instancia superior encargada de garantizar el interés general. Recuerdo la doctrina alemana que es muy expresiva en este sentido, concretamente al Profesor Ernst Böckenförde que nos dice que es necesario contar con instancias superiores a la manera en que actúa el Parlamento inglés cuando se produce cualquier conflicto dentro de la comunidad política.

Este interés general es indisociable del principio de solidaridad cuya garantía corresponde al Estado de acuerdo con el artículo 138.1 de la Constitución o por la referencia que a él se hace en las leyes armonizadoras del 150.3 o, en caso de conflicto, la previsión contenida en el artículo 155. Realmente es una desgracia, en mi opinión, el que el desarrollo de nuestra Constitución, hecho en un contexto de desprestigio creciente del Estado, haya prevalecido en ese desarrollo, como reconoció entre otros el Profesor García de Enterría, al denunciar *“la mitología de la exclusividad y la separación como correlato necesario de la autonomía”*. Esta desviación me lleva a cuestionar la autenticidad del consenso constitucional en aquellos que, al día siguiente de la entrada en vigor de la Constitución, impulsaron un proceso de distanciamiento, estanqueidad y uso alternativo o espurio e interesado de sus principios. La dinámica competencial, seamos inequívocos en este tema, no puede entenderse al margen del principio de unidad del ordenamiento jurídico del Estado, principio vivificado por los valores superiores que enuncia el artículo 1.1 de la Constitución, y que refuerza la previsión de su artículo 147.1 que integra los estatutos de las Comunidades Autónomas, con su doble naturaleza de normas autonómicas y normas estatales, en el ordenamiento jurídico del Estado. De ahí que este precepto, a mi juicio, conjuga y no contrapone ese orden jurídico con los sistemas normativos de las Comunidades Autónomas,

algo que como conclusión debiera conllevar el reconocimiento del ordenamiento jurídico del Estado como un único sistema legal, plural o complejo, pero no identificable como una pluralidad de ordenamientos jurídicos; principio éste de unidad que abona la previsión de la Constitución de los denominados conflictos de competencias o atribuciones, conflictos que se resuelven reconociendo el ámbito propio del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Me limitaré a apuntar este concepto material de ámbito, un concepto que supera el más formal de competencia recogido en el artículo 59 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, un principio que debe ajustarse a lo establecido en el artículo 161 de la Constitución Española para estos conflictos. En la doctrina del Tribunal Constitucional ya desde las Sentencias de 28 de enero y 4 de mayo de 1982, se nos dice que “al Estado corresponde establecer un régimen legal uniforme y común en todo el territorio, de modo que cuanto pueda afectar a esa unidad sustancial, pertenece a la competencia estatal”. Esto se había traducido antes en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su artículo 28.1, al disponer que para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una ley, el Tribunal considerará además de los preceptos constitucionales, las leyes que dentro del marco constitucional se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y de las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas. Precepto que al consagrar el bloque de constitucionalidad como manifestación de la unidad sustancial o material del ordenamiento jurídico, reconoce explícitamente la primacía del arbitraje consustancial al Derecho del Estado. Esta reivindicación de la unidad del ordenamiento jurídico aflora recientemente en el estudio sobre “*Pautas para una reforma constitucional*” que ha coordinado y editado el Profesor Javier García Roca. En él se propone clarificar las competencias del Estado enunciándolas y definiéndolas en la propia Constitución y no en ese inabarcable y cada día más confuso bloque de competencias, a veces incurriendo en competencias en blanco, como por ejemplo, en materia de dependencia al no tener éstas la cobertura económica correspondiente.

En el fondo volvemos a la advertencia del informe de la Comisión de Expertos de 1981 en el que se aconsejaba no entender la autonomía como separación sino como participación y cooperación. Todo ello en el espíritu ya clásico del federalismo cooperativo o de lo que hoy en Francia al hilo de la reforma territorial en curso se denomina mutualización de competencias. Quizás no haya favorecido la necesaria dinámica constitucional de unidad la influencia que ha tenido el concepto jurídico-administrativo de competencia. Así este se ajusta a una pauta de irrenunciabilidad en los términos previstos por el artículo 12.1 de la Ley 30/1992 sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Un precepto que dispone

que la competencia se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia. Propiedad unilateral que, al trasladarse al ámbito constitucional, debilita o neutraliza la potencialidad de tipos de competencias imbricadas como las compartidas, las concurrentes o las alternativas. Quizá lo que nos falta es conciencia de los límites del principio jurídico de competencia, siendo ello signo de las limitaciones del Derecho mismo.

Como advirtió Ignacio de Otto, la cláusula de competencia es una norma de colisión no una norma ordinaria de competencia. Solo actúa, decía De Otto, cuando se produce una colisión de normas declarando la llamada competencia de competencias, expresión clásica en el Derecho alemán, competencia insustituible del Estado que, repito, nos conduce a la unidad de su ordenamiento, algo que aflora también en las competencias armonizadoras de la Unión Europea, si acudimos al artículo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión.

Han pasado los años, en mi opinión muchos de ellos perdidos, y hoy la doctrina al analizar la posición del Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, se encuentra por ejemplo con análisis como el que hace el Profesor Santiago Muñoz Machado cuando estudia la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña de 2006. En ese análisis Muñoz Machado concluye que la congelación o petrificación de la doctrina jurisprudencial, traduciendo su contenido en normas estatutarias, es una operación fraudulenta porque aspira a restringir la función del intérprete supremo, pretendiendo reducirle a la resolución solo de un caso concreto, algo que conduciría a consagrar una visión entomológica o taxidérmica de su función. Algo que algunos sitúan en esa manipulación nacionalista pretendida de blindaje constitucional. El Tribunal Constitucional no es el instrumento para la definición de las competencias transferidas; tampoco basta la actual lista en la Constitución, tal y como se nos ofrece en los preceptos que conocemos, el artículo 148 y 149. Por encima de listas, lo importante es que exista lealtad constitucional y esto posiblemente es lo que falta.

La convivencia democrática no se garantizará en España, como advierte el preámbulo constitucional, más que dentro de la Constitución y de las leyes, es decir, si se consolida un verdadero Estado de derecho. Asumo con plena convicción la afirmación de Konrad Hesse, exponente de la doctrina constitucional alemana, de que en un Estado descentralizado el principio estructural central y omnicompreensivo es el de confianza federal, la conocida *Bundestreue*, principio que se sitúa en las antípodas del clima de hostilidad, de improvisación y de provocación que discurre por estos pagos. Para la solución del problema de la articulación territorial del Estado, no basta la dispersión o reparto generoso de competencias. Si no se cuenta con un verdadero consenso reiterado de élites políticas responsables, los malabarismos normativos, muchos de ellos precedidos del recurso al famoso “sin perjuicio”,

solo sirven para disfrazar o maquillar las tensiones y a la larga para perder el tiempo. Se vio históricamente con el Estado integral de 1931, que incluso vino precedido por la dinámica competencial de la Mancomunidad de Cataluña de 1914, Mancomunidad que como ha confirmado un reciente estudio del Profesor Martín Bassols, al amparo del principio de delegación, forzó con amenazas la transferencia de las competencias no delegadas del Estado, algo que en el caso catalán parece que responde a un espíritu o tensión expansiva que permanece. Como reflexión primaria pero ineludible, no puedo dejar de apuntar que lo que quizás nos falta es conciencia de los límites de la técnica jurídica que articule la capacidad de obrar a través de un título competencial y, en consecuencia, hay que reconocer la limitación del Derecho mismo. A ello se suma la conciencia de la necesidad de que las competencias deben simplificarse en cuanto a su atribución, simplificación que evite la superposición y el desconcierto mismo de los ciudadanos. Ello hace inevitable una consideración del principio de subsidiariedad tal como se ha enunciado doctrinalmente, con sus orígenes en el pensamiento social cristiano y consagrado hoy en el Derecho de la Unión Europea.

Termino recordando a D. José Ortega en su "*España invertebrada*", que nunca defrauda. Estamos ante un debate político estéril, sin altura, en el que lo que prima es la competencia de los territorios, en un sentido fuerista y no funcional. Basta ojear los Diarios de Sesiones de las Cámaras para darse cuenta de que muchas veces se habla más del fuero que del huevo, más de la competencia que de la materia propia sustantiva de la iniciativa parlamentaria. De ese debate que se centra en la competencia y no en la materia no cabe esperar verdaderas soluciones. Las grandes naciones, decía Ortega, no se han hecho desde dentro sino desde fuera. A su juicio, solo una acertada política internacional, política de magnas empresas, decía él, hace posible una fecunda política interior. Pero si somos realistas y sin quitarle la razón a D. José, tenemos que reconocer que hoy, en nuestro tiempo, el de esta España real que es la única que tenemos, es muy difícil definir con ambición una política internacional, una política que nos movilice como nación, como nos han movilizado históricamente otros grandes proyectos. Tendremos que asumir el legado de nuestra historia para aprender y entender lo que somos, no para mantener o reivindicar competencias que sigan instrumentando o que tiendan a instrumentar privilegios que quiebren la igualdad ciudadana.

Tendremos que remover el poso de la historia para conocer su sedimento, no para crear, por decirlo de alguna manera, agitación innecesaria, sino para partir de nuestras realidades y no de voluntarismos expresados con mayor o menor buena fe. Con humildad, los españoles debemos asumir, si no magnas empresas, proyectos razonables, factibles, en los que insisto podamos reconocernos como pueblo y encontrarnos en paz y libertad. Quizás éste sea tiempo en que tengamos que armonizar el *plus ultra del escudo* con el *plus huc*.