

UN DIAGNÓSTICO NADA COMPLACIENTE DEL ESTADO AUTONÓMICO (A PROPÓSITO DEL *INFORME SOBRE ESPAÑA* DE SANTIAGO MUÑOZ MACHADO¹)

JAVIER GARCÍA FERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

El *Informe sobre España* de Santiago MUÑOZ MACHADO plantea la crisis del Estado en España. Esta crisis tiene especial trascendencia en la estructura territorial del Estado. El presente trabajo constituye un análisis del diagnóstico aportado por MUÑOZ MACHADO y, a la vez, un diálogo con el *Informe* en lo que se refiere a la regulación infraconstitucional de las Comunidades Autónomas, al modelo de distribución competencial y a la organización de éstas.

Palabras clave: Estado español; Constitución; Comunidades Autónomas; competencias.

ABSTRACT

The *Report on Spain* by Santiago MUÑOZ MACHADO raises the crisis of the State in Spain. This crisis has special significance in the territorial structure of the State. The present work is an analysis of the diagnosis provided by MUÑOZ MACHADO and, at the same time, a dialogue with the *Report* in regards to subconstitutional regulation of the Autonomous Communities, to the distribution of competences model and their organization.

Key words: Spanish State; Constitution; Autonomous Communities; competences.

Dentro de la continua producción doctrinal de MUÑOZ MACHADO no ha sido inhabitual que aborde temas jurídicos de inmediata incidencia política y práctica como es la organización territorial del Estado. Quizá el ejemplo más completo de este interés por el Derecho autonómico fue su *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, que publicó, en 1982 y 1984, en el momento más oportuno, cuando empezaba a despegar el nuevo modelo territorial instaurado por la Constitución², o, más recientemente, *El problema de la vertebración del Estado en España. Del siglo XVIII al siglo XXI*³. En un momento de tanta trascendencia para la pervivencia del Estado en España, MUÑOZ MACHADO ha abordado otra vez el tema de la estructura territorial de España, pero esta

¹ Santiago MUÑOZ MACHADO, *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Ed. Crítica, Barcelona, 2012, 254 págs.

² El *Derecho Público de las Comunidades Autónomas* ha sido reeditado por la Ed. Iustel en 2006.

³ Ed. Iustel, Madrid, 2006.

vez no con un enfoque académico, sino mucho más político (aunque no partidista) y práctico. El momento y el enfoque están justificados: desde opiniones maximalistas que quieren derogar el Estado autonómico hasta un incipiente proceso independentista en Cataluña, pasando por una opinión pública muy crítica con los excesos de la Administración autonómica. Y todo ello en medio de la peor crisis social y económica que ha conocido la España democrática que nació con las elecciones de 1977.

El *Informe sobre España* no es un trabajo académico, sino un informe básico que aspira a «ser el punto de partida de un debate en profundidad sobre el manifiesto deterioro de las instituciones públicas en España» (pág. 7), debate que para el autor debe conducir a alumbrar salidas de la situación. Si bien el *Informe* tiene una vocación de análisis y subsiguiente reforma de todo el Estado en España, esta vocación se canaliza en esta obra a través del tema más candente dentro del Derecho público, que es la organización territorial del Estado, y más concretamente del modelo regional, sin apenas descender a la organización municipal y provincial ni, mucho menos, a otros problemas estatales como los órganos constitucionales, los derechos e incluso la vigencia del Estado social.

El primer capítulo («Crisis constitucional») se inicia en términos contundentes —«Avanza inexorablemente el proceso de deterioro de las instituciones constitucionales» (pág. 9)—, pues el autor considera que ninguna institución funciona adecuadamente, y ello coincidiría con la convicción de los ciudadanos, expresada en las encuestas, sobre la necesidad de reformas amplias y profundas.

Como conclusión del capítulo introductorio, MUÑOZ MACHADO formula una constatación que los profesionales del Derecho público conocen pero se han resistido a reconocer: «el Título VIII de la Constitución... es un desastre sin paliativos, un complejo de normas muy defectuosas técnicamente, que se juntaron en dicho texto sin mediar ningún estudio previo ni una reflexión adecuada sobre las consecuencias de su aplicación» (págs. 19-20).

En este punto, el diagnóstico quizá sea excesivamente severo. En primer lugar, porque no todos los órganos constitucionales están tan deteriorados. Como entes que ejecutan sus competencias, ni el Gobierno ni las Cortes son aparatos inútiles, aunque es posible que el juicio se aproxime más en el caso del Tribunal Constitucional (por la tardanza de sus fallos y el excesivo academicismo de sus sentencias) y del Consejo General del Poder Judicial (por el siempre controvertido modo de elección). Y lo mismo puede decirse sobre el Título VIII. Como dijo Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO al comentar recientemente esta obra, las

imperfecciones de un modelo de distribución territorial son siempre inevitables en sus comienzos y la crisis autonómica ha estallado sólo hace algunos años⁴. En cualquier caso, si en su génesis y primeros momentos el modelo autonómico contribuyó a reforzar la democracia, ahora está en crisis, en los justos términos con que lo ve el autor.

Los títulos de los dos capítulos siguientes («El error originario» y «Pero ¿quién ha inventado esto?») son muy expresivos del razonamiento del autor para explicar la génesis y el sentido del Título VIII de la Constitución. Para entender cómo se elaboró éste se recuerda cómo se redactaron la Constitución de 1931 y el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1932. MUÑOZ MACHADO hace un rápido recorrido histórico en el que el lector a veces duda si se está refiriendo a 1931/1932 o a 1977/1980, a causa de sus similitudes. Dicho en pocas palabras, el autor recuerda cómo el Pacto de San Sebastián, de agosto de 1930, estableció un compromiso de resolver la cuestión catalana en base al principio de autodeterminación. A este posible compromiso se agregó la proclamación de la República catalana por Maciá, el 14 de abril de 1931, y la inmediata redacción del denominado «Estatuto de Nuria», que obligó a redactar una Constitución mal planteada en lo que se refería a las autonomías regionales, de manera que: «[L]a anticipación a la Constitución determinó que el Estatuto no sólo fijara las condiciones de autogobierno de Cataluña, sino que también regulara directamente las “atribuciones de la República”... La autodeterminación también comprendió esa singular heterorregulación» (pág. 29).

En 1977 se siguió esa misma senda. En parte, porque la izquierda era ingenuamente proclive a todo derecho de autodeterminación que alguien reivindicara, pero, en parte también, porque la operación Tarradellas abrió una dinámica de regímenes preautonómicos y de preparación inmediata de proyectos de Estatuto (que en la memoria constitucional eran los de la Segunda República). Lo cierto es que las Cortes Constituyentes optaron por el modelo de descentralización territorial de 1931 y se «entregó la función de disponer sobre la organización, régimen y competencias de las futuras Comunidades Autónomas a un instrumento normativo singular, invento genuino de la Constitución republicana y sin parangón entonces en ningún sistema federal o asimilable del mundo: el Estatuto de autonomía» (pág. 26). MUÑOZ MACHADO es muy rotundo sobre las consecuencias de esta opción:

«Puede decirse, sin ningún riesgo de error, que en las deficiencias de los Estatutos como normas en que pueda

⁴ Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO, «Cambio de modelo», *El País*, 24 de noviembre de 2012.

fundarse la organización de un Estado federal o autonómico radica, en muy buena medida, la crisis constitucional que ahora padecemos» (pág. 27).

Y ello porque el autor apunta que el modelo de Estatuto de Autonomía, copiado de la Constitución republicana, es un tipo de norma singularísima que se forjó improvisadamente para resolver la cuestión de la autonomía de Cataluña y que se situaba, además, en un contexto de desconstitucionalización de la regulación de las regiones (como explicó muy pronto Pedro CRUZ VILLALÓN⁵), regulación de la que quedaron excluidas las mismas leyes del Estado. Así apareció el denominado principio dispositivo, fundado en dos elementos (la libre creación de una Comunidad Autónoma sin acomodarse a previos criterios territoriales o históricos y la libre configuración de sus instituciones, que pueden ser incluso similares a las del Estado), que el autor analiza con perspicacia tanto en su génesis como en su eficacia.

MUÑOZ MACHADO presenta una interpretación que pocos habían formulado con esa claridad y rotundidad: el derecho de autodeterminación, que ejerció Cataluña en 1931, se convirtió, despojado de algunos atributos, en el principio dispositivo, reapareció en la Constitución de 1978 con dos agravantes, a saber, que se universalizó y que estimuló a ejercitarse mediante las «preautonomías». A partir de ahí, el autor narra sucintamente la trayectoria que siguió el Estado autonómico: el *Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías*, de 1981; los Pactos Autonómicos UCD-PSOE, del mismo año; la LOAPA; la sentencia constitucional sobre la LOAPA, de 5 de agosto de 1983, y los Pactos Autonómicos de 1992. Para MUÑOZ MACHADO, hasta el siglo XXI la aplicación del principio dispositivo no produjo consecuencias caóticas porque la emulación de todos los territorios por tener un régimen de autonomía similar al de Cataluña y el País Vasco corrigió la diversidad y condujo al uniformismo. Pero a partir del fracasado proyecto de Estatuto vasco de 2004

«se volvió a recurrir a él [al principio dispositivo] para replantearse el equilibrio general del Estado. Se concibió el principio dispositivo como un derecho permanentemente activo, jamás satisfecho, siempre ejercitable para reclamar el cambio» (pág. 47).

Para concluir en la reforma del Estatuto de Cataluña, que «volvió a activar el principio dispositivo, pero en la versión más genuina y ori-

⁵ Pedro CRUZ VILLALÓN, «La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa» (1981), ahora en su *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, 2.^a ed., págs. 377-389.

ginaria, como derecho de autodeterminación» (pág. 48), con un texto estatutario cuyo contenido tuvo que ser modulado por el Tribunal Constitucional, como es sabido.

El siguiente capítulo, el IV («Los intereses creados. ¿Y ahora qué hacemos?»), es un texto de veinticuatro páginas de una sorprendente densidad pues toca, nada menos, que cinco cuestiones capitales: i) el análisis de los últimos Estatutos de Autonomía, los que se aprobaron en la pasada década; ii) la justificación de los «derechos históricos» tal como figura en los preámbulos de los nuevos Estatutos andaluz, aragonés y extremeño; iii) las doctrinas que quieren derogar el Estado autonómico; iv) el contenido y las vías de reforma del Estado autonómico; y v) en contraposición al punto iii), las doctrinas federalistas que empiezan a difundirse en la actualidad. En un comentario como éste puede parecer desmesurado extenderse tanto en un capítulo, pero entiendo que todos los temas que avanza MUÑOZ MACHADO en el capítulo IV de esta obra merecen una mínima glosa.

Para el análisis de los últimos Estatutos, los del siglo XXI, el autor se centra en los tres temas novedosos que aportaron, es decir, las largas relaciones de derechos sociales, la ampliación de las instituciones autonómicas y los minuciosos listados de competencias. En muy pocas líneas, MUÑOZ MACHADO aporta un preciso juicio sobre estas tres innovaciones: los artículos dedicados a los derechos sociales son sólo preceptos programáticos que han conseguido petrificar derechos muy coyunturales; las nuevas instituciones son «de utilidad discutible» (pág. 56) y en algún caso se interfieren en el campo del legislador competente, que es el estatal (los municipios en el Estatuto andaluz); y el «blindaje» de las competencias⁶ es un ejercicio inútil porque las competencias del Estado no corresponden al legislador ordinario, sino a la Constitución, y su contenido «no puede ser bloqueado a través de regulaciones estatutarias» (pág. 57), de modo que son expansiones inútiles. En este punto se agradece al autor la claridad, pues hay temas tan infiltrados por una ideología pseudoprogresista y pseudo-autonomista que durante mucho tiempo poner en cuestión los nuevos derechos autonómicos era como negar todo el Título I de la Constitución, y mencionar excesos competenciales de los nuevos Estatutos era como pedir la derogación del Título VIII. Es bueno aclarar estas cuestiones en la línea de algunos comentaristas de la sentencia 31/2010, de 28 de junio, frente a los autores radicados en Comunidades cuyos

⁶ El comentarista se disculpa por utilizar una expresión muy querida por ciertos constitucionalistas catalanes y que es conceptualmente basta pero que expresa bien lo que estaba en la mente de los redactores de los nuevos Estatutos.

Estatutos se modificaron, que en general aplaudían los nuevos derechos y las nuevas competencias.

En lo que se refiere a la justificación de los «derechos históricos» tal como figura en los preámbulos de los nuevos Estatutos andaluz, aragonés y extremeño, el autor se limita a reproducir fragmentos de esos preámbulos y con eso es suficiente para resaltar la invención de la tradición, que dirían HOBBSAWN y RANGER, y para que toda Comunidad Autónoma puede invocar títulos histórico-culturales similares. MUÑOZ MACHADO es bastante escueto en la valoración y no señala lo que es evidente al leer los fragmentos seleccionados: la literatura fantástica de la que están sobrados.

Más importancia tienen los tres puntos restantes que componen el capítulo IV, es decir, las doctrinas que quieren derogar el Estado autonómico, las doctrinas federalistas que empiezan a difundirse en la actualidad y, frente a unas y otras, el contenido y las vías de reforma del Estado autonómico, temas sobre los que volverá el autor en el penúltimo capítulo. Frente a las opiniones que proponen suprimir el Estado autonómico, MUÑOZ MACHADO es muy rotundo —«Son exageraciones difícilmente practicables porque una cosa es organizar el sistema y racionalizarlo, y otra desconocer que las Comunidades Autónomas también han traído ventajas democráticas y un mejor conocimiento de los problemas territoriales» (pág. 61)—, en tanto que frente a las opiniones que propugnan un Estado federal el autor recuerda que no sólo se trata de reformar la Constitución, sino de adaptar los Estatutos y las instituciones —«el esfuerzo de la modificación es ímprobo y los costes políticos desmesurados» (pág. 65)—, y todo ello, además, para que las nacionalidades históricas no quisieran formar parte de un Estado federal en condiciones de igualdad con los demás miembros de la federación. Amén de que «aparte de un cambio nominal, [la opción federal] no asegura innovaciones sustanciales en el reparto del poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas» (pág. 65).

Por eso, frente a las iniciativas que plantean retornar al Estado unitario y a los nuevos federalismos, MUÑOZ MACHADO apunta vías intermedias, aun constatando que la reforma total del Título VIII es casi imposible. Esas vías pasan por reformas parciales de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía que deberían ir en las líneas siguientes: i) retocando aquellos aspectos en los que, conforme a la jurisprudencia constitucional, se han excedido de las funciones normativas que les corresponden y contienen regulaciones normativas «simbólicas, programáticas, enunciados inútiles o normativamente vacíos» (pág. 63); ii) extraer de los Estatutos las instituciones prescindibles; y iii) reestructurar el mapa autonómico refundiendo algunas

Comunidades Autónomas. No obstante, el autor reconoce que estos cambios quizá no se acometan nunca porque dependen de la voluntad de las Comunidades Autónomas.

* * *

Después de la génesis y del diagnóstico general, MUÑOZ MACHADO examina siete cuestiones que constituyen el meollo problemático del modelo autonómico español.

En primer lugar, se aborda el tema de los hechos diferenciales y el autor empieza señalando una paradoja: aunque los partidos nacionalistas catalanes, vascos y gallegos, apoyándose en la lengua y en la cultura, desean una mayor diversificación, «es extraordinariamente difícil consolidar posiciones privilegiadas utilizando como base aquellos valores» (pág. 69), porque el Estado autonómico ha alcanzado una uniformización tan elevada que no es posible satisfacer aspiraciones que relajen aquélla: ninguna Comunidad Autónoma ha perdido ninguna oportunidad de asumir competencias iguales a las restantes. El problema, como vieron en su momento GARCÍA ROCA y LÓPEZ AGUILAR, tiene origen constitucional porque la Constitución no estableció diferencias entre las competencias que pueden corresponder a los dos tipos de Comunidades que preveía el texto constitucional. Al final, sólo dos hechos diferenciales relevantes se encuentran en la Constitución, que son la lengua y la consagración de los derechos históricos de los territorios forales. El primero no es exclusivo de Cataluña y del País Vasco, y el segundo sólo lo comparten el País Vasco y Navarra, donde sí se observan diferencias muy marcadas con el sistema general de financiación de las Comunidades Autónomas, cuyas líneas generales están fijadas en los artículos 156 a 158 de la Constitución.

Tras el análisis de los hechos diferenciales, Muñoz Machado se enfrenta a la más reciente iniciativa relacionada con éstos, que es la propuesta de «Pacto Fiscal» que formuló el Gobierno catalán, aunque parece superado en el imaginario político nacionalista. Precisamente porque Cataluña no tiene encaje en el modelo de concierto, el Gobierno catalán encargó en 2011 un informe al Instituto de Estudios Autonómicos, informe emitido bajo la firma del constitucionalista VIVER PISUNYER y que venía a proponer un modelo de financiación próximo al modelo de concierto, denominado «Pacto Fiscal», con la peculiaridad de que se debería alcanzar mediante ley de delegación, sin modificar el Estatuto de Autonomía ni, menos aún, la Constitución. MUÑOZ MACHADO analiza ese informe y algún otro producido por la Administración autonómica catalana, y desbroza los principales problemas de lo que,

al menos hasta septiembre de 2012, parecía una propuesta política programática del Gobierno catalán. Entre otros puntos, se pueden señalar, como críticas más significativas: a) salvo la excepción de la disposición adicional primera de la Constitución, el régimen de financiación de las Comunidades Autónomas es común y ha de ser regulado unitariamente por la LOFCA; b) los derechos históricos de Cataluña son actualizables a través de su Estatuto, siempre que sean compatibles con la Constitución; c) en Cataluña no existe tradición de conciertos económicos; y d) si, tras Cataluña, se generalizara el sistema de conciertos se quebrantaría la Hacienda general del Estado. Para concluir: «[N]o es posible que una simple ley del Estado introduzca una variación tan sustancial; la regulación esencial del sistema de financiación tiene que estar previsto en la propia Constitución» (pág. 93). Por eso, el autor acaba señalando que un modelo de concierto sólo puede acordarse para Cataluña si se reforma la Constitución.

Como se ve, el capítulo de los hechos diferenciales desemboca en la propuesta de Pacto Fiscal auspiciado por el Gobierno catalán en la anterior legislatura autonómica. Aunque tras las elecciones de noviembre de 2012 parece ya rebasado, el análisis de la propuesta del Instituto de Estudios Autonómicos es muy atinado porque la sitúa en la realidad jurídica, sin derivaciones de muy escasa cobertura constitucional, por lo que iniciativas de esta clase sólo se pueden suscitar a partir de una reforma constitucional. En todo caso, de la lectura del capítulo se desprende que caben soluciones técnicas distintas del cupo vasco-navarro, a las que podría acogerse Cataluña.

La tercera cuestión problemática del Estado autonómico es el «inextricable universo de las competencias». El capítulo dedicado a este tema es uno de los más incisivos y críticos de todo el *Informe*. Para abordar la cuestión, MUÑOZ MACHADO formula un juicio rotundo, que tiene una sólida carga técnica: «ya va siendo hora de proclamar que el Título VIII de la Constitución es, de principio a fin, incorrectísimo técnicamente» (pág. 102). No es nuevo el diagnóstico, pero esta vez se fundamenta en un análisis jurídico que se basa en las evidentes deficiencias de los artículos 148 y 149: competencias exclusivas del Estado asumibles por las Comunidades Autónomas; un artículo 150.2 pensado para rehacer todo el cuadro de transferencias y que se ha aplicado, además, de manera expansiva —«desapodera a la Constitución de la función de establecer el reparto y permite su continua reconsideración» (pág. 109)—; creación de las nociones de desarrollo legislativo y de ejecución por parte de los Estatutos vasco y catalán, nociones que el Tribunal Constitucional ha independizado de la legislación estatal; y tolerancia del Tribunal Constitucional hacia los excesos autonómicos

en el desarrollo legislativo hasta provocar «un cambio constitucional muy sustancial» (pág. 113). El resultado es un modelo de reparto de competencias «tan corrompido e ineficiente» (pág. 117) que no parece mejorable y que debería conducir a una reforma constitucional.

Aunque posiblemente sea una de las partes del *Informe* que más polémica suscite, creo que este apartado es necesario y acertado porque la convergencia de tres fenómenos —dos preceptos constitucionales deficientes (los arts. 148 y 149), unos Estatutos de Autonomía que en materia competencial no sólo eran expansivos, sino con vocación constitucional, y, en fin, una jurisprudencia dictada para asentar a las Comunidades Autónomas a costa del Estado— ha provocado una confusión práctica tan notable sobre el marco competencial que va siendo necesario detectar el problema y resituar las potestades de cada nivel.

La cuarta cuestión problemática es la naturaleza de la ley autonómica («¿Todas las leyes son iguales?») y parte del proceso que condujo desde la práctica omisión constitucional sobre las potestades legislativas autonómicas a la rápida interpretación favorable a esta potestad (en la que el autor tuvo cierta participación en 1979). MUÑOZ MACHADO recuerda que la tesis favorable a la potestad legislativa autonómica se levantó sobre pruebas constitucionales indirectas, pero es cierto que la Constitución no las prohibía. El resultado es que pesó mucho el principio de emulación de los modelos vasco y catalán y «el ordenamiento jurídico fue llenándose de leyes de procedencia autonómica a una velocidad inusitada» (pág. 121). El autor señala que esta proliferación legislativa no era inconstitucional, pero cree que tenía inconvenientes serios: contenidos no normativos o repetitivos de la normativa estatal, parlamentarización de los asuntos administrativos para «blindarlos» jurisdiccionalmente frente a los ciudadanos y posibilidad de alta conflictividad porque la articulación de ordenamientos no responde al fácil principio de jerarquía.

A esos inconvenientes se añaden otros que proceden de la práctica autonómica, como la falta de templanza en los decretos-leyes, la incorporación de contenidos estatales básicos a la legislación de desarrollo, la conversión de la ley estatal como límite o vinculación negativa del legislador autonómico y, en fin, la dualidad de competencias legislativas autonómicas (exclusivas y de desarrollo legislativo), que, por mor de la jurisprudencia constitucional, ha provocado que el régimen de las competencias exclusivas y el de las de desarrollo legislativo se aproximen mucho. El resultado es:

«el legislador autonómico ha ido prescindiendo cada vez más de los condicionamientos de la legislación estatal, y

ha formulado leyes completas sobre cualquier materia» (pág. 127).

Estos problemas de articulación de normas se han visto, además, agravados por la interpretación del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, cuando ha establecido que el desarrollo legislativo no es ejecución de la legislación básica y que ésta ha de limitarse a un mínimo común denominador normativo, sobre lo que MUÑOZ MACHADO se pregunta en qué se fundamenta esta doctrina si la Constitución no ha definido las competencias compartidas ni ha señalado cómo deben articularse éstas.

Por todo ello, MUÑOZ MACHADO propone reconstruir los conceptos de exclusividad y de compartición legislativa, reconducir las potestades normativas autonómicas a los términos de las habilitaciones positivas del legislador estatal, convirtiendo así la legislación de desarrollo en legislación de ejecución. En definitiva, romper el monopolio de la fórmula «legislación básica-legislación de desarrollo» en beneficio de otras fórmulas conforme a la naturaleza de cada materia, como en Alemania tras la reforma constitucional de 2006.

Dentro de los problemas de la ley autonómica, el autor aborda también otros temas para los que ofrece soluciones que no conllevan reformas constitucionales ni estatutarias. De forma muy sintética, estos temas son:

- i) La aplicación de la cláusula de prevalencia, cláusula que, si bien se origina en el federalismo suizo y alemán, ha sido entendida por el Tribunal Constitucional desde una visión «kelseniana» o «austriaca», es decir, reservándose el monopolio de la valoración de la validez de la ley, sin margen para que los jueces o tribunales inapliquen la ley autonómica. La consecuencia de esta línea jurisprudencial ha sido vaciar de contenido dicha cláusula. En este punto se propone un giro en la jurisprudencia para que, en la línea del Derecho comunitario, los órganos del Poder Judicial puedan inaplicar la ley autonómica si aprecian contradicción con la ley estatal.
- ii) Las leyes de armonización, «abrasadas» por la sentencia constitucional 76/1983, de 5 de agosto, son un instrumento que debería utilizarse si el Tribunal Constitucional rectifica su doctrina sobre las armonizaciones preventivas.
- iii) La posibilidad de que el legislador estatal sustituya la inactividad autonómica. Es una posibilidad excluida expresamente por la sentencia constitucional 134/2011, de 20 de julio, pero

parece aconsejable para asegurar el cumplimiento del Derecho comunitario, como han entendido algunas Constituciones europeas.

- iv) Aplicar con más frecuencia la legislación asimétrica, diferenciando las habilitaciones que se otorgan a cada Comunidad Autónoma.

Este capítulo, sin el carácter incisivo del anterior, dedicado a las competencias, formula, como hemos visto, unas consideraciones muy críticas sobre las facultades legislativas autonómicas. Esta crítica es valiosa porque no proviene de las opiniones que quieren derogar el Estado autonómico, sino de un jurista académico y práctico a un tiempo que pasa revista a problemas prácticos graves que han convertido el ámbito de la legislación autonómica en el campo del «todo vale», donde los límites del legislador estatal se rebasan sin que éste reaccione y, si lo hace, no suele encontrar respuesta en el Tribunal Constitucional. A este respecto hay que señalar que las propuestas reformadoras del *Informe*, siendo atinadas, son en cierto modo una aporía: si el autor no pretende reformas constitucionales o estatutarias por su dificultad política⁷, éstas deberán proceder del Tribunal Constitucional, pero yo entiendo que no es nada fácil una rectificación tan rotunda de un órgano que, como dice el propio MUÑOZ MACHADO, «se inclinó por la pendiente de las virguerías jurídicas» (pág. 114).

La quinta cuestión problemática se expresa en el título del capítulo que la describe: «El problema de la ejecución de la legislación estatal. Especialmente en tiempos de crisis». Se trata de uno de los capítulos más técnicos y, por ello quizá, resulte más árido para los no juristas, pero está muy bien planteado, con resultados demoledores para el buen gobierno del Estado. El capítulo, en realidad, es doble pues, por una parte, analiza el tema de la ejecución autonómica pero, por otro lado, contiene un muy largo excurso sobre la política presupuestaria auspiciada por la reforma del artículo 135 de la Constitución y por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Este excurso puede parecer que nos desvía del tema de la ejecución de la legislación estatal, pero tiene más conexiones de lo que parece.

MUÑOZ MACHADO inicia el capítulo recordando que la Constitución no ha establecido criterios claros respecto de las competencias de ejecución: «[N]i las define, ni las distribuye directamente, ni establece su

⁷ Una de las claves de la obra está en la pág. 120, cuando se dice que se debe plantear la mejora del ordenamiento «con otras herramientas distintas de la reforma constitucional o incluso estatutaria».

régimen» (pág. 145), a lo que se añade el error inicial de no distinguir la doble proyección (originaria y delegada) de esta competencia. Tras estos problemas de carácter dogmático emerge enseguida un problema práctico: no es concebible que el autor de la ley (el Estado) «no tenga suficientes atribuciones para vigilar y comprobar su efectivo cumplimiento» (pág. 146), cuando en otros ordenamientos, como el alemán, el Gobierno federal puede controlar a los *Länder*. Por el contrario, en España, aunque el Tribunal Constitucional no ha puesto en cuestión los poderes de supervisión y control del Estado y, además, los primeros Estatutos los previeron bajo la denominación de «alta inspección», lo cierto es que el propio Tribunal formula tales admoniciones que al final el Estado tiene la facultad de supervisar... sin controlar, hasta el extremo de que, en la práctica, el incumplimiento de las leyes estatales aboca al Estado al contencioso-administrativo. Se trata, como dice con ironía el autor, de que el Estado no pueda «adoptar ninguna decisión que incomode a las Comunidades Autónomas» (pág. 150). Así pues, en materia de la ejecución autonómica de la legislación estatal los mecanismos jurídicos de control estatal se han esfumado, a lo que ha contribuido no poco la reducción de las competencias exclusivas del Estado por obra del Tribunal Constitucional. Acredita esta opinión el escaso interés doctrinal español por el tema, que, tras las primeras construcciones doctrinales (GARCÍA DE ENTERRÍA, IGNACIO DE OTTO, el propio MUÑOZ MACHADO), apenas ha vuelto a tratar el problema, por lo que en la doctrina española, aparte de dichos autores, no tenemos muchas más referencias que las elaboraciones que transponen el Derecho alemán.

En conclusión:

«[L]a relación entre la legislación estatal y la ejecución autonómica ha quedado francamente desarticulada en nuestro sistema constitucional» (pág. 151).

Este diagnóstico, certero y nada complaciente, nos muestra que esta inconstitucional competencia de ejecución, interpretada con tanta benevolencia autonómica por el Tribunal Constitucional, ha sido una desgracia para el ordenamiento español tanto por razones dogmáticas (si los Estatutos han creado esta categoría competencial, parece que debería hacerse efectiva) como por razones prácticas, pues una correcta articulación legislación estatal/ejecución autonómica hubiera evitado muchos conflictos, muchos falsos agravios y, sobre todo, los intereses públicos se hubieran gestionado mejor.

Tras el demoledor diagnóstico, MUÑOZ MACHADO analiza la ejecución de la política estatal de estabilidad presupuestaria, como paradigma de

los problemas de esta categoría competencial. El análisis, que incluye antecedentes históricos y de Derecho comparado, es correcto y no nos vamos a detener en el mismo, salvo en un tema que merece un comentario. El autor se muestra crítico con el recurso al artículo 155 de la Constitución que contempla el artículo 26 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, y además recuerda el dictamen del Consejo de Estado, que exigió medida y proporción en su aplicación. Pero la conclusión que se desprende del discurso de MUÑOZ MACHADO, aunque él no la señale, es muy clara: con independencia del escaso acierto de regular la aplicación del artículo 155 de forma desmañada (sin criterios objetivos, sin precisar las medidas a adoptar, sin una mínima garantía judicial, etc.), si desde 1979 se hubiera regulado minuciosamente el régimen jurídico de la ejecución autonómica, especialmente en lo que se refiere a los mecanismos de control estatal con rapidez y eficacia, no hubiera sido necesario acudir a los cañonazos que matarán a las moscas en la ejecución autonómica de la estabilidad presupuestaria, porque estaríamos, simplemente, ante un supuesto más de ejecución autonómica con unos bien rodados procedimientos de control. En definitiva, por haber sofocado desde la misma Constitución y por parte del propio Tribunal Constitucional el lícito ejercicio de la «ejecución federal» ha habido que acudir, indebidamente, a la «intervención federal»⁸, que comporta, al menos conceptualmente, un cambio cualitativo que nunca se debería haber dado.

La sexta cuestión problemática del Estado autonómico es, para MUÑOZ MACHADO, la multiplicación arbitraria de los organismos públicos. El autor inicia este capítulo recordando cómo, al formalizarse las transferencias, fracasó la idea inicial de simplificar la organización administrativa del Estado porque la Administración central no quiso reducir su aparato ministerial. El autor señala dos temas normativos que han estimulado el problema. Por una parte, el artículo 154 de la Constitución, que crea la figura del delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas: es una figura sin precedentes ni en la Constitución de 1931 ni tampoco en el federalismo alemán, donde los *Länder* ejecutan el Derecho federal. Para MUÑOZ MACHADO: «[U]n delegado permanente del Gobierno en las Comunidades Autónomas no es una solución administrativa acorde con el sistema autonómico sino con el centralista» (pág. 183). Por otro lado, la LOFAGE de 1997 reorganizó con ambición la Administración periférica sobre el presupuesto de mantener órganos periféricos de la Administración estatal. Por eso es un acierto

⁸ Para las diferencias entre la «ejecución federal» y la «intervención federal», véase Jean-François AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Eds., Ides et calendes, Neuchatel, 1967, vol. I, págs. 303-309.

señalar la incongruencia de la figura del delegado del Gobierno, máxime cuando, por lo general, la doctrina suele aceptar acríticamente esta figura.

El problema de la multiplicación arbitraria de organismos públicos aparece en el *Informe* en los tres escalones administrativos, estatal, autonómico y local. En lo que se refiere a la Administración General del Estado, MUÑOZ MACHADO describe la evolución desde la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 hasta la Ley de Agencias Estatales de 2006, y es especialmente crítico con las nuevas figuras organizativas como las fundaciones y las agencias estatales, que se zafan de las rigideces del Derecho administrativo. El problema es: «[T]odos estos malos ejemplos de la Administración estatal fueron copiados por las Comunidades Autónomas, con una velocidad y ansiedad extraordinarias» (pág. 185), máxime cuando todas estas figuras organizativas, como recuerda el autor, respondían al modelo que ROYO VILLANOVA bautizó como «descentralización funcional», que, precisamente, era una alternativa a la insuficiente descentralización, lo que no es el problema actual. Y a la multiplicación de agencias, fundaciones y organismos reguladores se ha añadido, *ex* Estatutos de nueva generación, la creación de instituciones a imitación de los estatales Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, etc.

Por último, aunque en menor grado, tampoco el régimen local se ha librado de esta proliferación. Al amparo de que el régimen local es cada vez más una competencia autonómica por causa de unos Estatutos expansivos, también encontramos el fenómeno de las comarcas y demás entidades supramunicipales que añaden burocracia a la gestión local.

El capítulo sobre la multiplicación de organismos es más descriptivo, menos doctrinal que los anteriores, pero es suficiente para entender un fenómeno que ningún partido ha querido detener. Afortunadamente, los medios para invertir la situación son más simples porque el problema no tiene cobertura constitucional y bastaría una reforma estatutaria o incluso legislativa para reconducir el modelo.

Igualmente práctico es el capítulo que analiza el séptimo problema que sufre el Estado autonómico, a saber, la hiperregulación que dificulta la unidad de mercado. Para el *Informe*, más que romperse la unidad de mercado, el problema se centra «en la abundancia de leyes, que inciden en la unidad de mercado o en las libertades económicas esenciales, y lo hacen acumulando limitaciones o requerimientos diferentes» (pág. 195). El problema constitucional que ayuda a entender esta situación es que las Comunidades Autónomas, a diferencia del Estado, no pueden renunciar a sus competencias estatutarias. Ante esta situa-

ción, MUÑOZ MACHADO apunta perspicazmente que el Estado podría armonizar la actividad económica mediante las inaplicadas potestades que le confiere el artículo 149.1.13 de la Constitución, que son de mucho más fácil empleo que la armonización prevista en el artículo 150.3. La idea es inteligente y de fácil aplicación jurídica, pero, como nos indica el autor a continuación, el problema es político: al amparo de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, de servicios, las Comunidades Autónomas ya han producido una especie de «contrarreforma» y la transposición autonómica ha tenido como efecto la aparición de nuevos regímenes de autorización de actividades, es decir, lo contrario de los fines de la Directiva.

* * *

Tras la génesis y el diagnóstico de las principales enfermedades del modelo autonómico, MUÑOZ MACHADO concluye su *Informe* con dos capítulos de conclusiones, aunque el autor no los denomina así.

El primero tiene el kelseniano título «¿Quién defiende la Constitución?» y pone en cuestión claramente el vigente modelo de justicia constitucional concentrada, cuya aplicación práctica en temas autonómicos ha criticado en capítulos anteriores. MUÑOZ MACHADO considera que el modelo ha entrado en crisis por razones políticas (elección ideologizada de los magistrados, actuación igualmente ideologizada, abuso del recurso de inconstitucionalidad, politización de los recursos que se interponen) y por razones técnico-jurídicas (vigencia de la ley inconstitucional por varios años, hasta que el Tribunal resuelve; abuso de las sentencias interpretativas, que hace difícil su cumplimiento). Y por ello propone el retorno a la justicia constitucional difusa. Aparte de defender con vehemencia el modelo de justicia constitucional difusa, de origen estadounidense (a partir del artículo de HAMILTON en el número 78 de *El Federalista*), y de criticar con igual vehemencia la construcción excesivamente intelectual de KELSEN, MUÑOZ MACHADO apunta «que el Tribunal Constitucional ha dejado de actuar como legislador negativo» (pág. 217), pues apenas dicta sentencias de expulsión de leyes del ordenamiento, lo que tiene el efecto de que es la argumentación, más que el fallo, lo que vincula a los jueces. El resultado, para el autor, es que los jueces disponen de un amplísimo margen de interpretación que provoca que ya no trasladen al Tribunal Constitucional sus dudas de inconstitucionalidad, sino que las resuelven ellos mismos.

MUÑOZ MACHADO agrega argumentos adicionales para el cambio de modelo de justicia constitucional en España. Por una parte, los conflictos de competencias, al no afectar a normas con rango de ley, no son

necesarios porque los puede resolver, y de hecho los resuelve a veces, la jurisdicción ordinaria. Por otro lado, la inaplicación de las leyes por los jueces tiene cierta tradición en España y, en general, en Europa, y forma parte de sus funciones. Por eso, el autor acaba propugnando el mantenimiento del recurso directo y de la cuestión de inconstitucionalidad, pero permitiendo a los jueces y tribunales la inaplicación de la ley si la consideran inconstitucional, al menos en los supuestos de la ley autonómica que contradiga la ley estatal en materia de competencia exclusiva del Estado, limitando el resto de los casos a la aplicación de técnicas similares del Derecho comunitario (doctrinas del «acto claro» y del «acto aclarado»). Este capítulo quizá sea el más polémico, no tanto por la quiebra del modelo de organización constitucional que conlleva, sino porque, siendo entendibles las razones de MUÑOZ MACHADO en favor de la justicia constitucional difusa, no evita la función de legislador negativo de un Tribunal Constitucional. Más útil sería replantearse la composición y el funcionamiento del Tribunal actual.

En el capítulo final («Epílogo para inmovilistas, reformistas y separatistas»), MUÑOZ MACHADO enlaza con el primero y vuelve a las posturas que han emergido sobre el Estado autonómico. Los «inmovilistas» son los que no quieren reformar la Constitución porque el funcionamiento del Estado es correcto. El autor considera que aferrarse al texto constitucional sin plantearse reformarlo es irresponsable y temerario porque comporta no querer ver las enfermedades del sistema.

Los reformistas se dividen en dos categorías opuestas. En primer lugar, quienes creen que el modelo debe ser totalmente sustituido por el antiguo Estado centralista, permitiendo a lo sumo cierta autonomía a Cataluña, País Vasco y Galicia. El autor apunta que sólo podría hacerse ese cambio con una gran reforma constitucional de mucho calado, lo que es inviable y, además, conduciría a una confrontación abierta.

El otro modelo reformista correspondería a quienes actualmente defienden un Estado federal. MUÑOZ MACHADO recuerda que los principales Estados federales tienen rasgos comunes con el Estado autonómico español, o, dicho de otra manera, el punto de partida y las técnicas constitucionales de unos y del otro son básicamente iguales, por lo que cree que «el Estado federal uniforme no aportaría grandes innovaciones sustanciales al Estado de las autonomías» (pág. 233)⁹. Es cierto que sería la ocasión de introducir las reformas que el *Informe* propugna, si bien «está claro que también pueden llevarse a cabo tales reformas sin ponerle nuevas etiquetas a la organización del Estado»

⁹ No debe olvidarse que una obra de síntesis como es *Una introducción al federalismo*, del canadiense George ANDERSON (Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 20 y 23), incluye a España entre los Estados federales que evitan la denominación «federal».

(pág. 233). Más difícil ve un federalismo asimétrico, pues no es fácil determinar cuáles son los hechos diferenciales que justificarían la asimetría, e incluso resultaría frustrante para las Comunidades que lo propugnan. Y concluye: «mi conclusión es que el simple uso del nombre [Estado federal] no aportará ninguna mejora sino que sólo generará debates innecesarios y requerirá un gasto de energías políticas que podrían tener mejores aplicaciones» (pág. 240).

Finalmente, el *Informe* examina las posturas separatistas que han emergido recientemente en Cataluña. El análisis de lo que significa y lo que comporta un proceso independentista en el seno del Estado español no es fácil porque, señala el autor, hay pocos ejemplos comparados para estudiar¹⁰. Y dentro de ejemplos comparados era inevitable referirse al proceso canadiense, tan mitificado por los juristas nacionalistas catalanes, que ofrece interesantes ideas sobre lo difícil que es organizar una secesión y que, en todo caso, poco tiene que ver con España. En cualquier caso, y dejando aparte la gran cantidad de cuestiones que habría que dilucidar si se celebrara un referéndum de autodeterminación, hay dos temas a tener en cuenta: el efecto emulación que provocaría en otras Comunidades Autónomas y el necesario respeto a la legalidad constitucional.

* * *

Aunque va dirigido a quienes no son profesionales del Derecho, el *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo* es una obra jurídica de gran calado doctrinal y práctico y, quizá por ello, sea de más difícil comprensión para los no juristas. Por su contenido, marca una línea divisoria en la interpretación del Estado autonómico, porque hasta ahora los cultivadores del Derecho público se han aproximado al tema territorial con actitudes asépticas y acríicas (o críticas con el detalle, no con el modelo) o con actitudes fraudulentas que pretendían reescribir el Título VIII sin confesarlo. MUÑOZ MACHADO aporta, en primer lugar, una visión práctica que muestra la crisis del modelo territorial que la Constitución evitó regular, crisis que se expresa sobre todo en la confusión competencial, en el ya imposible control de la ejecución de la legislación estatal por parte de las Comunidades Autónomas y en la desmesura de organismos autonómicos que duplican los del Estado. Esta parte del análisis compendia lo que muchos juristas y muchos políticos piensan pero no han sido capaces de exteriorizar. En segundo lugar, el

¹⁰ Para ejemplos de política comparada, acaba de publicarse en Cataluña una obra de orientación independentista que pretende dar no sólo información, sino ideas. Se trata del libro de Martí ANGLADA, *Cuatro vies per a la independència*, Pòrtic, Barcelona, 2013.

Informe juzga sin benevolencia la obra del Tribunal Constitucional, en lo que al Estado autonómico se refiere. Aunque sólo hay un capítulo dedicado específicamente al tema, la aportación del Tribunal aparece con gran extensión en varios capítulos, aportación que ha contribuido a reescribir el Título VIII con cierta tendencia a debilitar las atribuciones del Estado, como hemos visto más arriba.

Partiendo de la necesidad y urgencia de reformar el Estado para salvar el Estado autonómico, muchos lectores sacarán una primera conclusión, a saber, que esa reforma no es posible sin un cambio constitucional, pues es difícil que el Tribunal Constitucional sea capaz de girar en su trayectoria. Como hemos visto, la reforma constitucional comporta, para MUÑOZ MACHADO, un cambio importante en las atribuciones del propio Tribunal, pero, aunque lo lamenta, el autor no se refiere a algo mucho más simple, que es la reorganización interna del mismo para que no se produzcan las injustificables tardanzas de diez años en resolver los recursos de inconstitucionalidad. Tampoco se refiere a otra de las causas de la parálisis del Tribunal, que son los recursos de amparo, que podrían residenciarse en el Poder Judicial.

Hace unos pocos años, en 2005, se publicó en Bélgica y en Canadá un *reading*, producto de un congreso celebrado años antes, titulado *Le fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*¹¹, algunos de cuyos capítulos contienen críticas muy profundas al funcionamiento de algunos sistemas federales. Leyendo algunos de aquellos capítulos, siempre pensé que en España hacía falta ese tipo de análisis, de gran profundidad jurídica y politológica, porque permite identificar con mucha precisión los fallos del modelo. Creo que, con una finalidad distinta, MUÑOZ MACHADO ha conseguido el mismo grado de precisión porque no se trata de hacer tabla rasa del modelo autonómico, sino de identificar sus fallos. En cualquier caso, el *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo* aporta una reflexión necesaria, práctica y nada convencional que puede ayudar a la necesaria reforma constitucional sin mitos políticos de escasa solidez.

¹¹ Jean-François GAUDREULT-DESBIENS y Fabien GÉLINAS, *Le fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, Bruylant, Bruselas, 2005.