

UNA REFLEXIÓN DESDE CATALUÑA SOBRE EL “DERECHO A DECIDIR”

Carles Viver Pi-Sunyer

Catedrático de Derecho Constitucional

Director del Institut d’Estudis Autònoms

1. Presentación

Desde hace unos meses el debate político –y jurídico- en Cataluña gira, esencialmente, en torno al “derecho de los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña a decidir su futuro político colectivo”.

Así, por ejemplo, en los últimos 9 meses el Parlamento de Cataluña ha aprobado de forma muy mayoritaria 3 resoluciones en las que se reivindica ese “derecho a decidir”: las dos primeras, de 25 de enero y 13 de marzo de 2013, obtuvieron el voto favorable del 62% de los 135 diputados que forman el parlamento autonómico, la tercera el 71%. También los ciudadanos, según los sondeos de opinión más fiables, reivindican ese derecho en porcentajes similares o superiores al 75 por ciento.

Se trata además de una reivindicación que tiene una larga y reiterada historia: la primera de esas resoluciones parlamentarias se remonta al año 1989 y desde esta fecha hasta la actualidad se ha reiterado en 11 ocasiones, 6 de las cuales a partir del año 2010.

En suma, no estamos en presencia de un fenómeno creado artificialmente por unas élites políticas ensimismadas, ni es una mera reacción ante la crisis económica que nos asola desde 2008, por más que este factor haya podido contribuir a incrementar esa reivindicación: se trata de un problema mucho más profundo, amplio y de largo alcance de lo que a menudo se quiere reconocer, sobre todo fuera de Cataluña. Desconocer esta dato puede tener consecuencias negativas desde el punto de vista del análisis jurídico, ya que delimitar bien el supuesto de hecho suele ser condición indispensable a la hora de garantizar el éxito de este tipo de análisis. En cualquier caso

este es el complejo problema político que el derecho, especialmente el Derecho constitucional, debe tratar de encauzar o, para algunos, debe intentar frenar.

En esta ponencia me limitaré a estudiar alguno de los muchos problemas jurídicos que plantea el llamado derecho a decidir. Antes, sin embargo, intentaré aproximarme al contenido de ese derecho, aunque pero no lo haré desde una perspectiva teórica o abstracta, sino a partir de la configuración que realizan de este derecho en Cataluña los partidos políticos que lo defienden y de las resoluciones y mociones aprobadas por el Parlamento en este mismo sentido. A partir de estos datos analizaré, como digo, alguno de los problemas jurídicos que plantea el derecho a decidir así definido.

2. Configuración del derecho a decidir por parte de los partidos que lo reivindican

No todos los partidos políticos valedores del derecho a decidir entienden ese derecho del mismo modo: no todos le confieren el mismo contenido, ni acotan del mismo modo los límites de su ejercicio, ni le reconocen los mismos efectos jurídicos o el mismo fundamento jurídico y político.

De hecho estos partidos –Convergencia (CDC), Unió (UDC), Esquerra Republicana (ERC), Partido Socialista (PSC), Iniciativa per Catalunya- Verds (ICV) y la Candidatura d’Unitat Popular (CUP)- sólo comparten un contenido mínimo común: el derecho a decidir incluye el derecho de los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña a expresar su preferencia sobre “su futuro político colectivo” y a hacerlo mediante un referéndum o una consulta popular destinada específicamente a conocer esta preferencia¹. Todos admiten también que entre las posibles alternativas puede figurar la creación de un Estado propio independiente.

Sin embargo, a partir de este denominador común -que podría configurarse como derecho a ser consultados- surgen divergencias sustantivas. Así, para el PSC la consulta debe hacerse necesariamente de acuerdo con el Estado de modo que el derecho a

¹ El Partido Popular de Cataluña (PP) y Ciudadanos-partido de la ciudadanía (C’S) niegan la existencia de este derecho y afirman que se ejerce en las elecciones españolas y catalanas y en los referéndums de ratificación de la Constitución y del Estatuto de Autonomía.

decidir, cuando menos desde la perspectiva de su ejercicio, vendría condicionado por la aceptación del Estado y consistiría en esencia en una facultad de solicitar y acordar con el Estado la celebración de la consulta. Los efectos de la consulta, así pactada, parece que vincularían, cuando menos políticamente, al Estado y deberían implementarse de acuerdo con él. El fundamento de este derecho se hallaría exclusivamente en el principio democrático – no hace referencia a otros elementos como por ejemplo al carácter nacional de Cataluña-. Finalmente, para el PSC el derecho a decidir no se confunde con el derecho a la secesión y ha declarado que si se convoca un referéndum o una consulta abogará por la opción federal. Esta premisa podría condicionar la formulación de la pregunta de ese hipotético referéndum, ya que, aunque en rigor no tiene porqué ser así, podría llevarle a reivindicar que esa formulación no contemplara como única opción la independencia o no, sino que ofreciera al votante diversas opciones, entre las que debería figurar la del estado federado. Con todo, el PSC, al igual que el resto de los partidos catalanes, todavía no se ha pronunciado oficialmente en relación al redactado de la pregunta.

UDC insiste también en la necesidad de alcanzar un acuerdo con el Estado y no precisa los efectos vinculantes o no para el Estado del resultado de la consulta. Se decanta por una fórmula confederal y no se ha pronunciado todavía sobre la formulación concreta de la pregunta. El fundamento de este derecho a decidir se hallaría también en el principio democrático.

CDC, ERC –mayoritariamente- y ICV defienden también la necesidad de negociar con el Estado la convocatoria de la consulta y la implementación de su resultado. Sin embargo, entienden que el derecho a decidir incluye la facultad de convocar la consulta de forma unilateral si el Estado niega toda posibilidad de celebrarla². Esos partidos no especifican la vinculatoriedad jurídica de los resultados, aunque la locución derecho a decidir “libremente”, que suelen utilizar, parece que lleva a entender que esos efectos no deberían ser los de un simple sondeo de opinión. ERC aboga por un

² En el supuesto de que la consulta no pudiera celebrarse por las vías legales no descartan –sobre todo ERC y CDC- la posibilidad de utilizar otros medios para conocer la voluntad de los ciudadanos como, por ejemplo, la convocatoria de unas elecciones que esos partidos convertirían en “plebiscitarias” incorporando a sus programas, como contenido único o principal. El compromiso de impulsar desde el nuevo Parlamento la opción independentista en el caso de que esta obtuviese una mayoría de los votos.

Estado independiente, CDC mayoritariamente también –aunque no de forma unánime ni utilizando normalmente esta expresión-. En cambio, ICV tiene todavía abiertas tres posibles opciones: la federal, la confederal y la independentista. Estos partidos tampoco no se han definido de manera concluyente sobre la o las opciones que debería contener la pregunta. El fundamento de este derecho se basaría en la conjunción de dos principios: el democrático y de derivado del carácter nacional de Cataluña.

Finalmente la CUP comparte la concepción amplia del derecho a decidir libremente el futuro político, pero defiende la convocatoria unilateral sin necesidad de negociación previa con el Estado, así como los efectos vinculantes del resultado y la creación de un Estado independiente.

3. Contenido y evolución de las mociones y resoluciones del Parlamento de Cataluña sobre el derecho a decidir.

Si se atiende al contenido de las 11 mociones y resoluciones en las que el Parlamento ha reivindicado el derecho a decidir, que utiliza como sinónimo o como concreción del “derecho a la autodeterminación”, se pueden detectar tres etapas distintas³

La primera corresponde a las tres resoluciones de los años 1989 (R. 98/III), 1991 (R. 229/III) y 1999 (R.679/V). Son declaraciones esencialmente “testimoniales” en el sentido de que, con ocasión de determinados acontecimientos internacionales (unificación alemana, independencia de Estados como consecuencia de la disolución de la Unión Soviética y cincuentenario de la Declaración de Derechos Humanos), el Parlamento quiere dejar constancia de que Cataluña, en su condición de “realidad nacional diferenciada en el conjunto del Estado” (R.98/III y R.229/III), tiene, “en

³ Un tratamiento más extenso de esta cuestión puede hallarse en el artículo “La contribució del Parlament al procés de consolidació i desenvolupament de l'autogovern de Catalunya i a la defensa de la seva identitat nacional” que se publicará, en coautoría con Mireia Grau, en octubre de 2013 en el número 18 de la REAF –también en versión castellana digital-.

abstracto”, el derecho a la autodeterminación entendido como “derecho a determinar libremente su futuro como pueblo” (R.679/V), aunque no precisa el contenido de ese derecho ni los instrumentos para hacerlo efectivo, y, sobre todo, no proponen el ejercicio inmediato de este derecho.

Se trataría de una reivindicación de un derecho más en potencia que en acto. Así, la resolución de 1989, que es la que más concreta, al delimitar el contenido del derecho, al hacerlo se limita a aludir a la “posibilidad futura” de “aumentar el nivel de autogobierno” y a una enigmática referencia a la posibilidad de “adecuar la regulación de los derechos nacionales a las circunstancias de cada momento histórico”; y al referirse a los instrumentos para alcanzar estos objetivos se remite a “las acciones previstas en el propio ordenamiento constitucional”. Como fundamento jurídico hace una más que genérica referencia a los principios que rigen “los organismos internacionales” (aunque esta es la única referencia, indirecta e indeterminada, que hace el Parlamento al derecho internacional como fundamento del derecho a decidir hasta la resolución de setiembre de 2012).

Un segundo grupo de resoluciones estaría constituido por la R. 944/V (de junio de 1999) y 1978/VI (de junio de 2003) que ya centran su atención en los instrumentos a través de los cuales debería poder ejercerse el derecho a la autodeterminación o a decidir libremente su futuro político de Cataluña. Para la primera de estas resoluciones el primero de esos instrumentos es el pacto bilateral con el Estado, aunque añade que esto no supone renunciar a la posibilidad de que Cataluña establezca (parece que unilateralmente) mecanismos específicos para hacer efectiva la expresión democrática de la voluntad ciudadana a través de la capacidad de convocar consultas populares o referéndums sobre el estatuto político de Cataluña. Como fundamento del derecho a la autodeterminación o de libre decisión, así como del establecimiento de mecanismos para ejercerlo, se alude a los derechos de Cataluña como nacionalidad histórica y a los derechos históricos de Cataluña.

La R. 1978/VI de 2003 acuerda la presentación de una proposición de ley orgánica ante las Cortes Generales dirigida a obtener la transferencia de la competencia estatal para convocar referéndums por la vía del artículo 150.2 CE. En esta resolución se alude

únicamente al derecho de participación política y al principio democrático, sin mencionar el derecho a decidir, que sin embargo puede considerarse implícito aunque sólo sea en su vertiente primera de derecho a ser consultado. Las Cortes desestimaron la proposición del Parlamento catalán.

La tercera y última etapa se inicia con la R. 631/VIII, de marzo de 2010 y llega hasta nuestros días a través de las mociones 6 y 11/IX de marzo de 2011 y las resoluciones 742/IX de setiembre de 2012, 5/X de 23 de enero de 2013 y 17/X de marzo de 2013. La principal característica común de estas seis decisiones parlamentarias radica en el hecho de que en todas ellas el derecho a decidir se reivindica para ser ejercido de manera práctica e inmediata y el debate se centra en la forma de ejercerlo.

Las dos primeras tienen un contenido muy parecido –de hecho, la primera fue adoptada por una comisión y posteriormente el Pleno la hizo suya con muy pocas alteraciones-. Las dos “ratifican las resoluciones de 1989 y 1998 sobre el derecho de autodeterminación de la nación catalana”; avalan las consultas “a-legales” organizadas por instituciones privadas en más de 250 municipios de Cataluña sobre la conversión de la Comunidad Autónoma en “un nuevo Estado independiente de Europa” y manifiestan la voluntad de “emplear todos los instrumentos jurídicos vigentes y políticos necesarios para que el pueblo de Cataluña pueda ejercer su derecho a decidir”. Esta referencia a los “instrumentos políticos necesarios”, situada en el contexto de la resolución, parece una clara alusión a la posibilidad de emplear mecanismos al margen de los instrumentos legales vigentes. Esta resolución fue aprobada por 85 diputados –CiU, ERC, Solidaridad Catalana per a la independència (SI) y ICV (este último partido no votó favorablemente el punto relativo al apoyo a las consultas independentistas). La posibilidad de utilizar instrumentos de consulta situados fuera del ordenamiento jurídico vigente fue el argumento clave para justificar el voto contrario del PSC.

La resolución 11/X de 2011 se limita a reiterar “la defensa activa del derecho del pueblo de Cataluña a la autodeterminación”, al tiempo que muestra su rechazo al recurso presentado por el Gobierno del Estado contra la ley catalana 4/2010 de consultas populares por vía de referéndum.

La resolución 742 de 2012, aprobada inmediatamente después de la manifestación multitudinaria del 11 de setiembre, es sin duda la más larga, contundente y relevante de todas las resoluciones y mociones sobre el derecho a decidir. Es la culminación de todas las precedentes y la 5/X que le ha seguido es en gran medida una mera reiteración parcial o una secuela de la misma.

En efecto, la resolución de setiembre de 2012 da inició formalmente al proceso para ejercer el derecho a decidir al instar al Gobierno catalán a convocar una consulta “prioritariamente dentro de la próxima legislatura”. La resolución constata el fracaso de los intentos del catalanismo de lograr un encaje de Cataluña en el Estado español, declara que el Estado de las Autonomías es una vía sin recorrido, acusa al Estado de no haber entendido la gravedad de la situación creada después de la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de 2006 y de haber agravado aún más esta situación con lo que denomina “una ofensiva recentralizadora”. El derecho a decidir se presenta como la base de una nueva etapa en la que el objetivo es el de que Cataluña se convierta en un nuevo Estado de Europa. Está claro que con esta expresión no se hace referencia necesariamente a un Estado independiente, pero, en el contexto de la resolución, ese parece ser su significado –de hecho en el punto V.1.1 se habla del proceso de construcción de un estado independiente; también hay una referencia en este sentido en el punto V.1.2-. El fundamento político del derecho a decidir y su confusión con el derecho a la autodeterminación se reflejan en el punto II.4 en el que se afirma que el Parlamento “proclama solemnemente, como ya lo ha hecho en otras ocasiones, el derecho imprescriptible e inalienable de Cataluña a la autodeterminación, como expresión democrática de la soberanía como nación”. La resolución contó con el voto favorable de los 84 diputados de CiU, ERC, ICV i SI, la abstención de los 26 diputados del PSC⁴ y el voto en contra de los 21 diputados del PP y de Ciutadans⁵.

Mediante la resolución de enero de 2013 –la denominada resolución soberanista–, el Parlamento, después de hacer referencia a su legitimidad democrática surgida de las

⁴ No obstante, el diputado SR. Ernest Maragall votó a favor del primer punto de la resolución que obtuvo así 85 votos favorables.

⁵ Estaban presentes en la Cámara 131 de los 135 diputados que forman el Parlamento.

elecciones recientes, reitera el acuerdo de “iniciar el proceso para hacer efectivo el derecho a decidir para que los ciudadanos y las ciudadanas de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo”. Este acuerdo viene acompañado de nueve principios que deben regir el ejercicio de este derecho: la democracia, la transparencia, el diálogo y la negociación con el Estado y con las instituciones europeas y la comunidad internacional, la cohesión social, el respeto de la legalidad utilizando “todos los marcos legales existentes”, etc... Destaca, sin embargo, el primero de esos principios que, en rigor, tiene una naturaleza distinta de la de los otros ya que hace referencia al fundamento del derecho a decidir –y a la vinculatoriedad jurídica y política del resultado de la decisión adoptada por los ciudadanos. En este principio se afirma, sintéticamente, que “el pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, el carácter de sujeto político y jurídico soberano”. Se alude, pues, de manera algo confusa, a la democracia y en un segundo plano a la soberanía del pueblo de Cataluña como fundamentos del derecho a decidir. Como es conocido, el Gobierno del Estado impugnó esta resolución ante el Tribunal Constitucional que lo admitió a trámite a pesar de las alegaciones que destacaban su carácter de declaración política sin efectos jurídicos y suspendió “su vigencia y aplicación”.⁶

Finalmente el 23 de marzo el PSC presentó una resolución, que reproducía otra presentada en el Congreso de los Diputados a la que había dado su voto afirmativo, a diferencia de lo que hicieron los diputados del PSOE. Se trata de una resolución muy escueta, en la que se elimina toda referencia al fundamento del derecho a decidir, así como a los efectos de la decisión y a las posibles alternativas de voto, para afirmar únicamente que “el Parlamento de Cataluña insta al Gobierno a iniciar un diálogo con el Gobierno del Estado para hacer posible la celebración de una consulta a los ciudadanos de Cataluña para decidir sobre su futuro”. En este caso la resolución obtuvo 104 votos favorables, 27 en contra (PP i C’S) y 3 abstenciones (CUP).

En suma, de las últimas resoluciones se desprende que para el Parlamento el derecho a decidir del pueblo de Cataluña es sinónimo del derecho a la autodeterminación de su

⁶ Por Auto de 11 de julio de 2013 ha mantenido la suspensión con el argumento insólito de que se trata de una “cuestión de gran relieve constitucional”.

futuro político y su fundamento se halla en el principio democrático y en el carácter soberano de la nación catalana. En cambio no hace referencia a disposiciones jurídicas concretas ni internas ni internacionales.

El ejercicio de este derecho debe producirse a través de un referéndum o una consulta dirigida a los ciudadanos de Cataluña; para ello se debe dialogar y negociar con el Estado, con las instituciones europeas y la comunidad internacional –aunque no habla de la exigencia de un acuerdo con el Estado como condición *sine qua non* de ese ejercicio- y aboga por utilizar “todos los marcos legales existentes”. No explicita la forma en la que debería implementarse jurídicamente el resultado de la consulta ni su vinculatoriedad jurídica, aunque esto último parece implícito –aunque sin concretar su contenido- en la formulación reiterada del derecho a determinar “libremente” el futuro político del pueblo de Cataluña. La libertad de opción lleva a incluir entre las alternativas posibles la de la independencia pero excluye, lógicamente, que ésta sea la única opción posible. Sin embargo, lógicamente no concretan todavía si en la formulación de la pregunta de una hipotética consulta deberá ofrecerse al votante una o varias opciones.

No cabe duda de que el contenido de estas declaraciones, y el de las propuestas defendidas por los partidos a las que hemos hecho referencia en el epígrafe precedente, ponen sobre la mesa numerosos e importantes problemas jurídicos teóricos en relación, por ejemplo, con el fundamento jurídico del derecho a decidir que pretende basarse en genéricas alusiones al principio democrático y a la soberanía del pueblo catalán y que suscita cuestiones relativas al papel que desempeña en la actualidad el principio democrático en el derecho interno, en el europeo y en el internacional –por ejemplo, en este último caso como contrapunto al principio de integridad territorial de los Estados- o a la evolución del contenido del derecho de los pueblos a determinar libremente su condición política en el derecho internacional.

Desde una perspectiva más concreta los principales interrogantes jurídicos son, a mi juicio, los relativos a la existencia o no en el ordenamiento vigente de vías o procedimientos para poder encauzar esa reivindicación política y, más concretamente,

para poder convocar legalmente un referéndum o una consulta como la que se propone; o la vinculatoriedad jurídica de un resultado que favorable a una separación o a un cambio sustantivo de la Constitución y, finalmente, relacionado con lo anterior, la forma de implementar jurídicamente esos resultados y esos efectos, caso de existir.

En lo que resta de mi intervención voy a exponer de modo muy sintético alguna reflexión sobre estos tres problemas, aunque lo haré más extensamente respecto de la primera cuestión, que constituye un *prius* lógico de las otras dos cuestiones mencionadas, que tan sólo podré dejar apuntadas.

4. ¿Existen en el ordenamiento vigente vías legales para convocar un referéndum como el que se propone mayoritariamente desde Cataluña?

La tesis que he defendido⁷ y sigo defendiendo es la que hay muy buenos argumentos jurídicos para mantener que en nuestro ordenamiento, además de la reforma constitucional, existen al menos cuatro procedimientos a través de los cuales puede convocarse un referéndum o una consulta para que los catalanes puedan exponer su opinión sobre “el futuro político de Cataluña”. Naturalmente, para que estos procedimientos puedan aplicarse debe concurrir la voluntad política del Gobierno o, en su caso, del Parlamento español.

Es cierto que la aplicación de alguna de estas vías plantea problemas jurídicos –a tenor de algunos precedentes, jurisprudenciales y de otra índole, que sin duda deben tenerse muy en cuenta-. Sin embargo, creo que esos problemas no son en absoluto insuperables, insisto, si hay voluntad política para ello.

Como es sabido, para resolver problemas jurídicos que admiten en principio soluciones diversas es crucial delimitar con precisión los principios interpretativos desde los que se van a analizar las reglas aplicables –lo que en otros contextos denominaríamos el “canon de constitucionalidad” que debe emplearse-.

⁷ Véase en la web del Institut d’Estudis Autonòmics el Informe elaborado sobre esta cuestión. En los próximos meses aparecerá publicado, junto a otros dos informes del IEA, en forma de libro.

Pues bien, a mi entender, a la hora de interpretar y aplicar los preceptos constitucionales y legales que regulan los referéndums y las consultas debe partirse de dos principios interpretativos que deben aplicarse de manera conjunta e inescindible: el respeto a los principios y reglas que rigen el Estado de Derecho y el principio democrático que en nuestro caso equivale a abogar por dar la máxima expansión posible, dentro del respeto a las reglas del Estado de Derecho, al derecho de participación política y esto tanto en su vertiente de participación indirecta a través de representantes como en la de participación directa. No creo que hoy pueda mantenerse la tesis de que nuestra Constitución impone un criterio interpretativo restrictivo en todo lo tocante a los mecanismos de participación directa de los ciudadanos. La realidad social y política, a partir de la que debe interpretarse la Constitución, ha cambiado mucho desde 1978 y desde la conocida polémica entre los diputados Jordi Solé Tura y Manuel Fraga sobre esta cuestión. En la actualidad los instrumentos de participación directa no pueden considerarse cuerpos extraños dentro de las democracias liberales, sino un complemento necesario de los mecanismos de democracia representativa, que además en todas las democracias está ganando un notable protagonismo al hilo del debate sobre la necesaria regeneración de la democracia. No puedo, sin embargo, detenerme aquí en esta importante y compleja cuestión.

Con todo, para finalizar este breve preámbulo, debe reconocerse que, en la práctica, la aplicación de los principios interpretativos a los que acabo de aludir admite distintas concreciones, en función de las opciones políticas de quien los aplica en cada caso. Así, aunque el principio democrático parece propiciar interpretaciones tendentes a encauzar la posibilidad de celebrar consultas como las que aquí analizamos, no cabe duda que desde opciones tendentes a impedir esta posibilidad pueden aducirse argumentos de contrario con los que intentar frenar mediante el Derecho la efectividad de esta reivindicación política.

Es cierto que la experiencia histórica demuestra de forma reiterada que cuando las reivindicaciones de este tipo son suficientemente sólidas, si no encuentran cauces jurídicos para expresarse, acaban utilizando vías de hecho cuyos resultados se juridifican con posterioridad. De hecho esta es una cuestión esencialmente política,

respecto de la cual los juristas debemos reconocer humildemente la modestia de nuestras aportaciones. Es cierto que en supuestos como el que aquí nos ocupa la utilización del Derecho con el objetivo de frenar la reivindicación política puede coadyuvar a debilitarla, ya que el Derecho –la legalidad- no deja de ser también un potente argumento político, sin embargo, también puede tener un efecto contrario y, en todo caso, no debe perderse de vista el hecho ya apuntado de que la reivindicación de la consulta aquí analizada no es algo artificioso ni coyuntural, sino que viene de lejos, tiene rices profundas y es ampliamente compartida. Con todo, aquí no voy a entrar en el debate sobre la conveniencia o no, desde la perspectiva jurídica, de emplear el Derecho para encauzar o para frenar esas reivindicaciones. Lo único que pretendo es exponer la consistencia jurídica de los argumentos contrarios y favorables a la posibilidad de encauzar legalmente las consultas analizadas, empleando para ello de manera conjunta, como creo que es obligado, los principios democrático y de respeto al Estado de Derecho como criterio de interpretación.

4.2 La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Plan Ibarretxe (STC 103/2008).

Dicho cuanto antecede, estamos en condiciones de analizar los problemas jurídicos que pueden plantear las cinco vías que, a mi juicio, podrían permitir la convocatoria de un referéndum o una consulta popular como la que se reivindica mayoritariamente desde Cataluña, a saber: la de los referéndums previstos en del artículo 92 CE, la de la delegación de competencias estatales del artículo 150.2 CE, la de la ley catalana 4/2010 de consultas populares por vía de referéndum, la del proyecto de ley de consultas populares por vía no referendaria y, finalmente, la de la reforma de la Constitución.

Con todo, antes de iniciar el análisis por separado de esas cinco vías, conviene examinar una objeción de constitucionalidad que afecta por igual a los cuatro primeros procedimientos que acabo de mencionar.

Esta objeción genérica es la que deriva de la STC 103/2008, sobre el denominado *Plan Ibarretxe*, que declaró inconstitucional el referéndum que pretendía convocar el

Parlamento del País Vasco, dado que, según esta Sentencia, una Comunidad Autónoma no está habilitada para convocar un referéndum de ámbito territorial autonómico sobre materias que afectan al ordenamiento constitucional vigente y a su fundamento (la unidad de la Nación española y la soberanía del pueblo español): esto sólo puede hacerlo el Estado, convocando a todo el pueblo español para que se exprese al final de un proceso de reforma constitucional (mediante un referéndum de ratificación de la reforma constitucional).

Pues bien, a pesar de esta Sentencia, si el Estado tuviese voluntad política para dar la máxima expansión al principio democrático y al derecho de participación política, dentro del respeto a las reglas del Estado de Derecho, esta objeción podría superarse atendiendo a la conjunción de dos datos:

Primero, teniendo en cuenta que la pregunta objeto de consulta en el *Plan Ibarretxe* podía interpretarse –aunque ciertamente de modo muy riguroso– en el sentido de que la implementación de su resultado no se realizaría siguiendo los cauces previstos en la Constitución, en tanto que en el caso aquí analizado existen fórmulas para dejar sentado que esto no sería así.

El segundo dato a tener en cuenta derivaría de la existencia de muy buenos argumentos para intentar no dar efectos expansivos a la doctrina de la Sentencia 103/2008 ya que plantea problemas en cuanto a la razonabilidad de alguna de sus consecuencias.

Así, por ejemplo, como ha notado una parte de la doctrina, no parece razonable que las Comunidades Autónomas, que están legitimadas para iniciar un proceso de reforma constitucional, no puedan preguntar a sus ciudadanos si están o no de acuerdo con el contenido de su iniciativa de reforma, sobre todo si el objetivo de la misma es un nuevo encaje de la Comunidad Autónoma en el Estado o su separación. Impedir esta consulta previa podría llevar al resultado ilógico e ineficiente de que al final del costosísimo proceso de reforma los ciudadanos de la Comunidad Autónoma afectada rechazasen la reforma propuesta por el Parlamento o el Gobierno autonómico.

Todo ello sin entrar a discutir a fondo el acierto o desacierto de la doctrina de la Sentencia 103/2008 en lo que atañe a la afirmación de que un referéndum de este tipo afecta ya, en sí mismo, *in actu*, al ordenamiento constitucional vigente y a la unidad de la Nación española y la soberanía del pueblo español, olvidando que jurídicamente esas afectaciones sólo podrían producirse si el Parlamento español así lo aceptaba y formalizaba a través de la correspondiente reforma constitucional; y sin entrar tampoco en el debate sobre la posibilidad o no de que los poderes públicos se aparten, en determinadas circunstancias, de la doctrina del Tribunal Constitucional al objeto de que éste pueda revisarla cuando plantea problemas como los que aquí se apuntan.

En suma, a mi entender, las dificultades, evidentes, que plantea la STC 103/2008, no son jurídicamente insuperables si existe voluntad política para superarlas.

4.3 Los referéndums del artículo 92 de la Constitución

El primero de los procedimientos a través de los cuales, a mi juicio, puede celebrarse la consulta es el de los referéndums consultivos del artículo 92 de la Constitución que faculta al Estado para preguntar la opinión de “todos los ciudadanos” sobre determinadas “decisiones políticas de especial trascendencia”. En nuestro caso se trataría de que el Estado –el Rey a propuesta del Presidente del Gobierno español y previa autorización del Congreso de los Diputados- convocase un referéndum de ámbito territorial autonómico en el que se preguntase a todos los ciudadanos catalanes sobre su futuro político colectivo. En los Reales decretos de convocatoria podría precisarse, por ejemplo, en qué aspectos de la convocatoria podría participar la Generalidad de Cataluña.

A esta interpretación del artículo 92 CE se le ha objetado que este precepto constitucional no prevé expresamente la existencia de referéndums convocados por el Estado de ámbito territorial autonómico y, de otro lado, que el inciso “a todos los ciudadanos” los excluye al hacer referencia implícita a todos los ciudadanos españoles. Para quienes sostienen esta tesis sólo podrían convocarse referéndums de ámbito autonómico si se modifica la Ley Orgánica de regulación de las modalidades de

referéndum (LORMR). Es más, se ha sostenido que el silencio constitucional ante estos referéndums equivale a su rechazo de modo que sólo podían incorporarse a nuestro ordenamiento por la vía de la reforma constitucional.

Esta última tesis es a mi modo de ver insostenible. No existe ninguna buena razón –ni se aduce– que permita concluir que en este caso debe exceptuarse el principio de que lo no previsto en la Constitución no resulta constitucionalmente vedado. La existencia de referéndums municipales confirmaría esta premisa.

Pero a mi entender tampoco es necesario reformar la LORMR puesto que el inciso “todos los ciudadanos” puede interpretarse, sin forzar ningún criterio interpretativo, en el sentido de que se trata de todos los ciudadanos de una comunidad autónoma. Este inciso serviría para distinguir los referéndums de las consultas populares que podrían dirigirse a sectores sociales concretos. El referéndum de ámbito territorial autonómico podría convocarse de acuerdo con la LORMR regulando los aspectos específicos a través del decreto de convocatoria⁸. De hecho, esta interpretación del artículo 92 CE sería menos forzada que la que el Estado hizo del artículo 151 CE cuando, para permitir que Andalucía llegase a la autonomía por la vía rápida de ese artículo constitucional, consideró que las Cortes Generales podían suplir la voluntad de los ciudadanos de la provincia de Almería que no había alcanzado la mayoría constitucionalmente requerida.

En todo caso si las objeciones anteriores se considerasen insalvables se podría modificar la LORMR para incluir expresamente los referéndums de ámbito autonómico. Si hay voluntad política la tramitación de la reforma podría ser tan rápida como la que se produjo en 2003 que no llegó a dos meses de duración.

Es más, a mi juicio, en Catalunya debería ponderarse la posibilidad de aceptar que el Estado convocase un referéndum en todo el territorio español sobre el “encaje de Cataluña”: si lo que se pretende en primer lugar es conocer la opinión de los catalanes sobre esta cuestión, ese objetivo se alcanzaría con una consulta a todos los españoles y

⁸ Para una argumentación más extensa puede verse el informe elaborado por el Institut d'Estudis Autonòmics sobre las vías legales para convocar la consulta publicado en la Web del Instituto y en forma de libro en “Tres informes de l'Institut d'Estudis Autonòmics”, IEA, Barcelona. 2013.

si bien es cierto que de este modo se diluiría la idea del carácter de sujeto político que se pretende atribuir a Cataluña, también es cierto que si el resultado en Cataluña fuese radicalmente distinto al del resto del territorio ese resultado no podría ignorarse aduciendo el resultado global en toda España.

4.4 La delegación o transferencia de competencias del artículo 150.2 CE

El procedimiento de la delegación o transferencia de competencias del artículo 150.2 me parece también una vía perfectamente transitable desde la perspectiva jurídica. Salvando todas las distancias, esta es la vía que se ha utilizado en el Reino Unido para permitir que Escocia convoque el referéndum próximo año.

Como es bien conocido, aquí el problema que se plantea es el de delimitar el alcance del concepto jurídico indeterminado que utiliza este precepto constitucional para acotar el ámbito de las competencias delegables o transferibles y, más concretamente, el alcance del inciso “materias que **por su naturaleza sean susceptibles** de delegación o transferencia”.

La doctrina mayoritaria ha intentado acotar este concepto jurídico indeterminado relacionándolo con el principio de soberanía, de modo que no se podrían delegar facultades que afectasen, por ejemplo, a las relaciones internacionales o a las fuerzas armadas.

Ciertamente los precedentes que existen hasta hoy no son favorables a la posibilidad de que el Parlamento español delegue la convocatoria de un referéndum. De hecho desde Cataluña se ha intentado ya en cuatro ocasiones –una de ellas muy recientemente- y la respuesta ha sido siempre negativa. Sin embargo, debe advertirse que salvo en una ocasión (en 2004) las peticiones procedían de grupos parlamentarios del Congreso muy minoritarios y la fundamentación de la denegación o era simplemente apodíctica y circular –no se podía delegar simplemente porque la materia no era susceptible por naturaleza de delegación- o era extremadamente débil – no se podía aceptar la delegación porque la Constitución adopta un concepto restrictivo de democracia directa y delegar fomentaría la convocatoria de referéndums-.

Me parece claro que si la petición se hace de manera solemne y con un amplio respaldo social y si el Estado tiene voluntad política para delegar la competencia –que podría ser *ad casum*: ceñida a un solo referéndum–, puede interpretar el concepto jurídico indeterminado del artículo 150.2 CE de manera favorable a la delegación. En alguna ocasión el artículo 150.2 se ha utilizado, de modo mucho más forzado, por ejemplo como instrumento para reformar los Estatutos de Autonomía.

4.5 La ley catalana 4/2010 de consultas por vía de referéndum

La tercera vía es la prevista en la ley catalana 4/2010 que regula los referéndums de ámbito territorial autonómico, aunque, como no podía ser de otra forma, porque así lo exige el artículo 149.1.32 de la Constitución, se reconoce que la autorización de esos referéndums corresponde al Estado.

Esta ley ha sido recurrida por el Estado ante el tribunal Constitucional con el argumento principal de que la regulación de los referéndums le compete en exclusiva. La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 (sobre el Estatuto de Cataluña) parece avalar esta tesis del Estado ya que con una argumentación que ha sido criticada de forma unánime por la doctrina por excesiva declara que corresponde al Estado “la entera” regulación de todos los referéndums como consecuencia obligada de las reservas de ley orgánica de los artículos 81 de la Constitución –en relación con el derecho de participación política- y 92.3 –en relación con “las modalidades de referéndum previstas en la Constitución”-. Es claro que esas reservas no afectan a la “entera” regulación de todos los referéndums, pero esta es una cuestión en la que ahora no puedo detenerme.

Con todo, a pesar de la impugnación de la ley, debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional ha levantado la suspensión de la ley 4/2010 con lo que, en rigor, los sujetos legitimados para ello podrían solicitar al Estado la convocatoria de un

referéndum en Cataluña en aplicación de la misma. No es probable, sin embargo, que el Estado, teniendo recurrida la ley, autorice un acto de aplicación de la misma⁹.

4.6 El proyecto de ley de consultas populares no referendarias actualmente en tramitación en el Parlamento de Cataluña.

El cuarto procedimiento es el previsto en el proyecto de ley catalana de consultas no referendarias que hoy está en tramitación en el Parlamento de Cataluña. El proyecto se ampara en el artículo 122 del Estatuto de Autonomía de Cataluña que atribuye a la Generalidad la competencia exclusiva para regular y convocar consultas populares “en el ámbito de sus competencias” y configura un tipo de consulta popular mediante votación que pretende diferenciarse de las consultas por vía de referéndum con el objetivo de poder ser reguladas y convocadas por la Generalidad sin interferencias del Estado.

Desde nuestra perspectiva de análisis, el proyecto plantea dos problemas jurídicos: en primer lugar, el de determinar si efectivamente la consulta tal y como se ha diseñado es efectivamente diferente de un referéndum o, por el contrario, se trata de un referéndum encubierto y, en segundo lugar, el de preciar el sentido del inciso estatutario “en el ámbito de sus competencias”.

En lo tocante a lo primero, el proyecto intenta diferenciar la consulta del referéndum a partir de los cuatro elementos que según la STC 103/20108 caracterizan esta último tipo de consultas populares, a saber: la utilización del censo electoral, de las administraciones electoral y de justicia y, sobre todo, la coincidencia entre los ciudadanos que pueden votar en el referéndum y los que pueden hacerlo en las elecciones al parlamento español, al autonómico o al pleno municipal. Para el Tribunal estos electores –los del referéndum y los de las elecciones- son auténticos órganos de los entes territoriales respectivos –del Estado, de la Comunidad Autónoma y del municipio- y su voluntad es imputable a esos entes.

⁹ Sobre los problemas jurídicos que plantea la ley 4/2010 me remito de nuevo al informe del IEA citado en la nota precedente.

En el proyecto, el “cuerpo electoral” de la consulta no coincide con el que participa en las elecciones autonómicas –votan los mayores de 16 y está en discusión el voto de los extranjeros residentes-. Se trata de un cuerpo electoral cuya voluntad difícilmente podría imputarse a la Generalidad. Y por supuesto no se prevé la utilización del censo electoral ni de las administraciones electoral y de justicia.

En cuanto al límite de ceñirse al ámbito de las competencias de la comunidad autónoma, para que pueda considerarse respetado debe partirse de un concepto amplio de competencia, no ceñido al listado de competencias propiamente dichas que figura en el Estatuto, sino más en general a las actividades que legítimamente puede realizar la Comunidad Autónoma, a las facultades que tiene legalmente atribuidas, por ejemplo, por lo que aquí interesa, la facultad de presentar proposiciones de ley al Gobierno estatal o a las Cortes con el objetivo de reformar la Constitución, según prevén los artículos 166 y 87 de la Constitución.

Desde esta perspectiva puede argumentarse que no resulta razonable que el Gobierno o el Parlamento de una Comunidad Autónoma puedan consultar a sus ciudadanos antes de adoptar una determinada decisión en materia de agricultura o de industria y no puedan hacer lo mismo antes de presentar una proposición ante las Cortes nada más y nada menos que para reformar la Constitución.

4.7 La reforma de la Constitución.

En todo caso, si no se aceptase la viabilidad jurídica de ninguna de las vías precedentes, siempre quedaría la posibilidad de que el Parlamento o el Gobierno de Cataluña insten la reforma de la Constitución con el objetivo de que se incorporen al artículo 92 los referéndums de ámbito territorial autonómico, por la vía no agravada de reforma del artículo 167 de la Constitución. Si la reforma pretendiese incorporar algún efecto vinculante de esos referéndums o cuestiones que afectasen a aspectos

protegidos por la reforma agravada sería ésta la vía por la que debería discurrir la reforma¹⁰.

En cualquier caso, no existiendo en nuestro ordenamiento cláusulas de intagibilidad, salvo que pretenda recurrirse a la tesis de las cláusulas implícitas, parece claro que en este supuesto no podrían aducirse argumentos de inconstitucionalidad para oponerse a la petición de reforma constitucional. Este rechazo, de producirse, respondería a motivos puramente políticos.

5. Efectos jurídicos de los resultados de la consulta.

Llegados a este punto la siguiente cuestión que se plantea es la de los efectos jurídicos que deberían atribuirse a los resultados de la consulta y, más concretamente, la de determinar si vincularían jurídicamente al Estado y a la Comunidad Autónoma y a través de que procedimiento jurídico deberían implementarse.

Es claro que no puedo entrar a analizar a fondo estas dos cuestiones fundamentales. En relación con la primera, me limitaré a poner sobre la mesa, para el posible debate que seguirá a mí ya excesivamente larga exposición, el dato conocido de que según la doctrina española mayoritaria en nuestra Constitución los únicos referéndums jurídicamente vinculantes son los de ratificación de las reformas constitucionales y estatutarias, los demás, como afirma el artículo 92,.1 del Texto constitucional, son meramente “consultivos”, aunque desde el punto de vista político tienen una fuerza vinculante incontrovertible.

Esta es la doctrina clásica y dominante en nuestra doctrina, aunque no faltan autores, como los profesores Joan Olivé o Antonio Torres del Moral –aquí presentes-, que siempre han mantenido la tesis del carácter jurídicamente vinculante de todos los referéndums. En el ámbito aquí analizado, ha venido a acompañar a estos autores el Tribunal Supremo del Canadá en su famosa Decisión de 1998 sobre el referéndum celebrado en Quebec en la que declara que, aunque no existe en el ordenamiento

¹⁰ No entro aquí en la polémica acerca de la posibilidad o no de utilizar la vía no agravada para reformar las provisiones constitucionales que regulan esta vía.

canadiense el derecho a la secesión de una provincia, si una de ellas en un referéndum con una pregunta clara y por una mayoría también clara de los votantes se muestra favorable a separarse de la federación, en virtud del principio democrático al que me refería al inicio de mi intervención, las autoridades de la provincia y las de la federación deben negociar lealmente la forma en la que la provincia podrá separarse previa reforma de la Constitución federal. Parece, pues, que, al menos en Canadá, el principio democrático sirve de base para dar efectos vinculantes a la consulta que, sin embargo, caso de ser favorable a la cesión, debe articularse jurídicamente a través de un pacto de reforma constitucional. Aquí debo dejarlo. Quedo a su disposición en el coloquio.

Muchas gracias por su amable atención.