

EL DERECHO A DECIDIR Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

JOSÉ TUDELA ARANDA

Profesor de Derecho Constitucional

Universidad de Zaragoza

Letrado de las Cortes de Aragón

SUMARIO

I. Legalidad y principio democrático. Referencias comparadas. II. Soberanismo y principio democrático. III. La respuesta constitucional. El (no) reconocimiento del derecho de autodeterminación.

Decidido el objetivo de la independencia y legitimado el mismo desde una triple perspectiva, histórica, económica e ideológica, la pregunta a responder por el nacionalismo soberanista era, necesariamente, el cómo. ¿Cómo hacer realidad la independencia? Para justificar la necesidad de la independencia, se han utilizado todo tipo de razonamientos, alegando causas, de origen mediato, inmediato y remoto. En una cuestión como la estudiada, el cómo remite necesariamente al procedimiento y éste al Derecho. De forma inevitable, surgía el obstáculo. El ordenamiento jurídico español no preveía la posibilidad de la secesión. Las Comunidades Autónomas no tenían reconocido el ejercicio de un derecho de autodeterminación. Tampoco el Derecho internacional proporcionaba un cauce. Así las cosas, había que buscar una línea argumental que propiciase bien una interpretación de la Constitución que hiciese posible, frente a los aparentes problemas, un referéndum de secesión bien un soporte suficiente para posibles acciones unilaterales. Desde estas premisas, los dos principios vertebradores del Estado constitucional, legalidad y democracia, van a entrar en juego. Eso, sí en un juego desigual. Las líneas que siguen sólo pretenden ilustrar sobre las condiciones en las que se ha desenvuelto esta dialéctica y realizar una breve disquisición sobre las dificultades, a juicio del autor insalvables, incluso en el marco de una eventual reforma constitucional, que plantea la normativización del llamado derecho a decidir.

I. LEGALIDAD Y PRINCIPIO DEMOCRÁTICO. REFERENCIAS COMPARADAS

Tradicionalmente, el derecho de secesión se ha asociado al principio y derecho de autodeterminación¹. De hecho, cuando en el proceso constituyente se abordó esta cuestión, se hizo alrededor de una enmienda del Diputado Letamendía sobre la inclusión de un nuevo Título que regulase el Derecho a la autodeterminación. Incluso, en la prolífica relación de mociones y acuerdos del Parlamento de Cataluña sobre esta cuestión, domina la expresión derecho a la autodeterminación². Pero esta voz se va a excluir del proceso. Desde el primer momento, el discurso soberanista preferirá centrar el debate sobre una expresión relativamente novedosa, sin la carga de tradición jurídica, cultural y valorativa que tiene el derecho de autodeterminación. Derecho a decidir. Un derecho que se formaliza por primera vez en la Resolución 742/IX, de septiembre de 2012, del Parlamento de Cataluña y se reafirma en la Resolución 5/X, de 23 de enero de 2013, que ratifica la decisión de considerar abierto el «derecho a decidir». Ya entonces, el derecho a decidir ha trascendido el ámbito de las aulas y de los partidos para dominar la calle. En realidad, está en su espacio natural. Nunca estuvo en las aulas y apenas durmió en la sede de los partidos que hoy lo van a defender con ardor. La proclamación del derecho a decidir es coherente con el discurso identitario del Parlamento catalán y de las formaciones políticas que lo han sostenido a lo largo del tiempo. Cataluña es una nación y, en consecuencia, tiene derecho a decidir. Nótese el salto. Una nación como sujeto político soberano. El pueblo catalán tenía, tiene, el derecho a decidir su futuro como comunidad política y nada se puede oponer a su ejercicio. En todo caso, el paso del derecho de autodeterminación al derecho a decidir, no es una mera cuestión terminológica. La comprensión del derecho de autodeterminación ha sido tradicionalmente amplia y ha excedido los límites de un eventual derecho a la secesión. Un pueblo puede autodeterminarse sin que ello implique un ejercicio previo o posterior de la secesión. Por el contrario, habría que entender el derecho a decidir como un paso ulterior, como una concreción del más genérico derecho a la autodeterminación. El pueblo, la nación, se ha autodeterminado y ha concluido que desea decidir la independencia. Además, y los promotores de la expresión lo sabían bien, el derecho de autodeterminación es una institución jurídica con perfiles relativamente claros. Hace ya mucho tiempo que la comunidad internacional estableció las posibles condi-

1 Una visión contemporánea de la autodeterminación, VV.AA, *La autodeterminación a debate*, J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Cuadernos de Alzate, n.º 46-47, 2013. Para una de las primeras aproximaciones teóricas en la España de las autonomías, G. JAUREGUI, *Algunas reflexiones en torno al derecho de autodeterminación* en *Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en homenaje a Pablo Lucas Verdú*, 2001, pp. 2555-2580.

2 Al respecto, C. VIVER PI-SUNYER y M. GRAUS CREUS, *La contribució del Parlament al process de consolidació i desenvolupament de l'autogovern de Catalunya i a la defensa de la seva identitat nacional*, REAF n.º 18, pp. 99-110.

ciones de su ejercicio. Relación colonial u opresión y negación de los derechos individuales y colectivos de una minoría nacional. Y Cataluña se encontraba lejos de esos supuestos³.

El éxito de esta expresión fue inmediato. Se extendió como una mancha de aceite y, salvo PP y Ciudadanos, todas las formaciones políticas lo asumieron y no sólo en forma teórica, sino con la consecuencia de poder ejercerlo en un momento determinado. Por su parte, una gran mayoría de los ciudadanos catalanes, incluidos opuestos a la independencia o votantes de partidos contrarios al derecho a decidir, se manifestaban a favor del mismo. Es una conjetura, pero es posible que si la pregunta se hubiese realizado alrededor del derecho de autodeterminación, el resultado hubiese sido diferente. A la postre, éste tiene una carga ligada a situaciones coloniales que hacían más difícil su asociación con el presente español. Derecho a decidir es una expresión mucho más limpia y positiva. Es natural que cualquier ciudadano si le preguntan si querría tener derecho a decidir conteste que sí. Sobre cualquier tema y en cualquier lugar. Más, si se quiere, sobre una cuestión tan relevante como el futuro político de la comunidad. No parece excesivo aventurar que también los ciudadanos de otras Comunidades Autónomas, incluso sin gran arraigo nacionalista, estuviesen a favor de disponer de un derecho a decidir⁴.

Junto a ello, el denominado derecho a decidir se presentaba inexorablemente vinculado al principio democrático. Dicho de otra manera, el derecho a decidir de los ciudadanos no sería sino la consecuencia natural del principio democrático. Afirmando éste, sería imposible negar el otro. Ello no sólo es relevante desde la construcción teórica del discurso sino, también, en relación con la batalla por la opinión pública. La defensa del derecho a decidir era la defensa de la democracia frente a aquellos que buscaban impedir que los ciudadanos decidiesen su futuro. De nuevo, como en otros momentos de este debate, un velo de apariencias lógicas y de impecables valores, ocultan, cuando menos, todos los matices y factores de complejidad llamados a condicionar el debate, sino directamente, los verdaderos valores que hacen posible la convivencia democrática. El derecho a decidir no se encuentra formulado a nivel teórico, no tiene respaldo jurídico en ninguna Constitución nacional; carece de reconocimiento en el Derecho internacional⁵. Da igual. Es el ejercicio supremo de la

3 Ajeno a las disquisiciones terminológicas españolas, en una visita a España, el Secretario General de Naciones Unidas, Ban Ki Moon, ha negado que Cataluña pueda ser sujeto del derecho de autodeterminación, valorando el reconocimiento que la Constitución realiza de su singularidad cultural (La Vanguardia, 31 de octubre de 2015).

4 En la encuesta de La Vanguardia de 2 de mayo de 2015, manteniendo la pauta de sondeos anteriores, el 79,1% de los interrogados contestaba positivamente a la pregunta: ¿Estaría de acuerdo con que en Catalunya se pudiera convocar un referéndum para decidir la independencia? Y un 19,4% en contra. Nótese la carga positiva que contiene la pregunta y que, necesariamente ha de retraer a una respuesta negativa.

5 En un excelente artículo, al que habrá que volver, el profesor López Basaguren, buen conocedor del derecho comparado afirma recuerda que en las democracias liberales no existe un derecho a la secesión. Ese fue el presupuesto del propio Tribunal Supremo canadiense en su célebre auto sobre Quebec.

democracia, la vía a través de la cual un pueblo puede hacer realidad un destino. No importa si no existe marco jurídico legal o político para su ejercicio. Cual mandato divino, el derecho a decidir se impone. En su ejercicio y en la dialéctica del lenguaje frente a aquellos que no son capaces de reconocer la evidencia. Es el poder del pueblo. Un poder sin límites en el discurso del nacionalismo hegemónico.

La consecuencia más relevante del vigor con el que se dota al principio de democrático, y con el que los ciudadanos lo perciben, es que nada puede oponerse al mismo. Es un derecho natural que no precisa de condición alguna para desenvolverse. Dicho de otra manera, no ha lugar a conjugar el principio de legalidad porque el principio democrático juega en otro territorio, con otro lenguaje. El de los seres superiores. A su lado, el principio de legalidad, los alegatos que puedan realizarse a la necesidad de encauzar el proceso de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, van a ser inútiles. Son propios de viejos burócratas que, una vez más, se encierran en la legalidad, en su legalidad, para cerrar el paso a la voluntad del pueblo.

Se trata de una interpretación del principio democrático que debe ser cuestionada desde el primer momento. La democracia en ningún caso se reduce al mero ejercicio de la decisión por mayoría, y menos, se puede decir, cuando se trata de una cuestión tan relevante que afecta de lleno a los derechos fundamentales de millones de individuos. Como señaló el Tribunal Supremo de Canadá, quienes así piensan, «malinterpretan el significado de la soberanía popular y la esencia de la democracia constitucional». Pero el Tribunal canadiense se adentraba en la esencia de la democracia, en el significado del procedimiento como cauce de equilibrio de derechos y en el juego necesario entre mayorías y minorías. Nada de ello ha importunado la labor constante de unas formaciones políticas que han reducido el debate a términos de una simpleza incompatible con las mínimas exigencias democráticas. No es excesivo señalar que el proclamado principio democrático ha sido sino directamente ignorado, al menos gravemente erosionado por el soberanismo, en un proceso que sólo cabe calificar como de desgraciado.

La relación entre legalidad y democracia es tan antigua como propicia al conflicto. Precisamente, la gran cualidad del orden constitucional contemporáneo es haber logrado un equilibrio que permite racionalizar las consecuencias del principio democrático sin alterar la regla de que, finalmente, sea la mayoría la que decida. El equilibrio, sucintamente, va a consistir en aceptar que el ejercicio de la mayoría debe hacerse conforme a unas normas que, a su vez, garanticen los derechos de las minorías, y que, si en un momento determinado, la mayoría no se encuentra de acuerdo con las normas, pueda solucionar el conflicto modificando las normas. No en vano, esas normas son también expresión de la mayoría, es decir del principio democrático. Porque, en última instancia, en una democracia, se trata de una falsa contraposición. La legalidad nunca puede oponerse sustantivamente al principio democrático porque es expresión de ese mismo principio. Sin duda, esta dialéctica tiene características propias en relación con la posible secesión de un territorio del Estado al que pertenece. De entrada, prácticamente nunca la legalidad va a reconocer a la mayoría de un territorio determinado el derecho de secesión. De una u otra

manera, las Constituciones blindan la integridad territorial del Estado. Y, por razones obvias, casi nunca será sencillo que la mayoría de un Estado acepte modificar las normas, Constitución incluida, para hacer posible la secesión de una parte del Estado, deseada por la mayoría de la población residente en ella. La dialéctica adquiere una complejidad singular. Pero no puede extrañar a nadie. Pocos hechos hay más relevantes, traumáticos y con consecuencias más difíciles de predecir, también sobre los derechos y libertades de los ciudadanos, que la fragmentación de un Estado. El Derecho cumple su función habitual. Ser cauce para una decisión rigurosa, pausada y deliberada. Ser administrador, gestor, de los tiempos. En fin, una función de garantía. Garantía de los derechos individuales de todos los ciudadanos afectados. Garantía de la propia democracia, de manera que se asegure que a una minoría coyuntural no se le cercene el derecho a ser mayoría en un tiempo cercano. Respetar la legalidad no es obsesión de viejos burócratas. Es la condición necesaria de un ejercicio verdaderamente democrático.

Junto a la fuerza natural de la apelación al principio democrático, una visión comparada parecía acudir en apoyo de las demandas soberanistas. Como es sabido, las últimas décadas han sido escenario de algunos cambios en la relación entre legalidad y democracia en el contexto de procesos secesionistas. Los casos de Quebec y Escocia han ilustrado este debate desde premisas que pueden considerarse novedosas. Frente al consolidado principio de integridad territorial de los Estados, principio que excluía la posibilidad de secesión, salvo en los casos de relación colonial y de opresión y violación grave de los derechos humanos de una minoría, después del Auto de la Corte Suprema de Canadá de 20 de agosto de 1998 se ha abierto una nueva vía de trabajo para este tipo de conflictos. Sobre el mismo, existe una amplia doctrina española que evita su exégesis. Lo que aquí interesa es su significado para abordar la relación legalidad/democracia en un supuesto de posible secesión de un territorio. Desde la afirmación inequívoca de que en una democracia no existe derecho de autodeterminación y de que el respeto a la legalidad debe ser escrupuloso, el Tribunal canadiense señala que la legalidad no puede ser sorda a la voluntad clara y reiterada expresada por la mayoría de un territorio. La legalidad necesita también de la legitimidad del conjunto de los valores y principios democráticos y, por ello, habrá obligación de escuchar y buscar una solución que, para Canadá, la Corte traduce en la posibilidad de celebración de una consulta, en unas condiciones y requisitos muy determinados y con la consecuencia de abrir un proceso de negociación que puede desembocar en la independencia, pero no necesariamente. En todo caso, lo que la Corte establece no es una obligación de resultado, el referéndum, la independencia, sino de negociación⁶. Por lo demás, la secesión de una provincia, requeriría de una enmienda

⁶ T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *La obligación de negociar en la Opinión del Tribunal Supremo de Canadá de 1998*, El Cronista del Estado social y democrático de derecho, n.º 2015, pp. 12-13.

a la Constitución de Canadá. No se puede finalizar esta referencia sin advertir que el nacionalismo quebequois nunca ha aceptado los planteamientos de la doctrina de la claridad⁷. Un hecho nada baladí porque avala un argumento al que más tarde se hará referencia. Es muy difícil, sino imposible, que exista acuerdo sobre la forma concreta de regular y, en su caso, ejercer un eventual derecho de secesión. Por una razón muy sencilla. Por su propia naturaleza, la secesión no puede ser un derecho.

Aunque los parámetros constitucionales y políticos son bien diferentes, la convocatoria de un referéndum de independencia como respuesta a la pretensión de secesión del Partido Nacionalista Escocés, ha reforzado la visibilidad de una solución apoyada «en el principio democrático», si bien, también en este caso, la premisa de unos y otros, fue el respeto escrupuloso de la legalidad, así como unas importantes exigencias alrededor del proceso deliberativo. Y la asunción indubitada de que la decisión tanto en relación con el referéndum como sobre la posible independencia posterior, correspondía a Westminster. Junto a ello, si bien que en un esquema jurídico y político también completamente diferente, hay que citar la Opinión Consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia de 2010, respecto de la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo⁸. Para quienes ven en el derecho a la autodeterminación, o a decidir, un verdadero derecho natural, la Opinión de la Corte no es más que una ratificación lógica de esa posición⁹. No importa que el pronunciamiento sea todo menos claro y, evidentemente, no se toman en consideración todos los supuestos de hecho, extremadamente particulares y graves, que hicieron posible la Declaración. Por supuesto, también se omite que, cinco años después, Kosovo se desangra, incluso demográficamente

7 El Auto será el origen de la denominada Ley de la claridad (aprobado por el Senado de Canadá en su versión definitiva el 29 de junio de 2000) y, en general de la doctrina de la claridad. La ley fue replicada por otra del Parlamento de Quebec que, además de, sic, «afirmar el derecho a la integridad territorial de Quebec», señalaba que «ningún Parlamento o Gobierno puede reducir los poderes, autoridad, soberanía o legitimidad de la Asamblea Nacional, o imponer restricciones sobre la voluntad democrática del pueblo quebequense de determinar su propio futuro» (art. 13). Como se ha dicho, no por casualidad, el Auto y la doctrina consiguiente ha sido objeto de particular atención en España. Para una exposición de los fundamentos de esta doctrina, S. DION, *La política de la claridad*, Alianza-Fundación Manuel Giménez Abad, 2005. Una síntesis completa del proceso que desembocó en el Auto y de sus consecuencias en S. MUÑOZ MACHADO, *Cataluña y las demás Españas*, Crítica, 2014, pp. 285-291; A. LÓPEZ BASAGUREN, *Stephane Dion y las verdades silenciadas de la experiencia canadiense*, www.fundacionmgimenezabad.es, 2005; A. LÓPEZ BASAGUREN, *Los referendos de secesión de Quebec y la doctrina de la Corte Suprema de Canadá en La participación política a debate. Referendums y consultas populares* (M. CONTRERAS CASADO y E. SAÉNZ ROYO, eds), Comuniter, 2013, pp. 53-92.

8 En relación con el referéndum escocés, A. LÓPEZ BASAGUREN, *Escocia y el referéndum por la independencia: algunas enseñanzas*, Cuadernos de Alzate, n.º 46-47, 2013, pp. 127-140. Sobre el caso de Kosovo, A. MANGAS MARTÍN, *Kosovo y Unión Europea. Una secesión planificada*, Revista Española de Derecho Internacional n.º 63, 2011, pp. 211 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, *Cataluña y las demás Españas*, Crítica, 2014, pp. 199-202. La propia profesora Mangas, resalta la continuidad del hacer de los soberanistas con el modelo de Kosovo: *Cataluña ¿No habrá independencia?*, El Cronista del Estado social y democrático de derecho n.º 42, 2014, pp. 58-59.

9 «Cataluña ve a Kosovo como modelo de reconocimiento internacional» http://politica.elpais.com/politica/2015/11/08/actualidad/1447008351_205352.html.

como Estado, viviendo en un limbo jurídico, ya que su reconocimiento internacional apenas alcanza a cincuenta Estados. Ni Escocia ni, especialmente, el caso de Kosovo tienen presupuestos que permitan la comparación con España. En relación con Escocia, la muy diferente historia y naturaleza del vínculo de integración en el Reino Unido, lo explica suficientemente. Recordando siempre que el presupuesto del proceso ha sido el control del proceso por el Parlamento británico. Kosovo apenas merece comentario. Comparar la situación de este territorio con la de Cataluña y homologar las respuestas, es un grave desprecio a todo lo padecido por sus habitantes. En todo caso, no está de más subrayar como en ninguno de los tres supuestos alegados por los defensores del derecho a decidir o de incluir el derecho de autodeterminación en la Constitución, ese derecho existe como tal reconocido en el ordenamiento jurídico.

En todo caso, es pertinente recordar que también se pueden citar ejemplos en dirección contraria como la Sentencia del Tribunal Supremo de Alaska de febrero de 2010, prohibiendo la celebración de un referéndum a favor de la independencia. Más recientemente, en 2013, el Movimiento Nacionalista de Texas, reunió más de 100.000 firmas, que dirigió a la Casa Blanca, para pedir la secesión de Texas y la creación de un Estado independiente. La respuesta fue clara, desde el presupuesto de que «los Padres Fundadores establecieron el modo de cómo cambiar las leyes, pero no el de salir de la Unión». A continuación, se recordaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 1869 en el caso «Texas vs White», («La Constitución en todas sus disposiciones contempla una unión indestructible compuesta por Estados indestructibles». Y aunque se permite un sano debate, «no se permite que ese debate nos separe»)¹⁰. Una respuesta que se antoja sería semejante en otros muchos Estados que proclaman la unidad como principio esencial de su ordenamiento jurídico constitucional. Todos estos supuestos son distintos entre sí y, evidentemente, muy diferentes del caso español. No es irrelevante el insistir en el hecho de que cada Estado posee no ya un ordenamiento jurídico determinado, sino que es heredero de una cultura política y jurídica que hace imposible la mera traslación de soluciones.

Aunque en estas páginas se dará un mayor protagonismo al análisis del desenvolvimiento del principio democrático, resulta necesario realizar un breve recordatorio sobre el marco jurídico en el que se ha desarrollado, y se desarrolla, el debate. La Constitución española, como otras, reconoce la indisoluble unidad de la Nación española y no prevé la posibilidad de modificar esa situación. Como hubo ocasión de señalar, durante el proceso constituyente se rechazó expresamente la posibilidad de incluir la regulación del derecho de autodeterminación. Sobre este extremo, parece que no hay dudas. En el mundo académico español, la discusión se ha planteado alrededor de la posibilidad o no de ce-

¹⁰ Véase: <https://petitions.whitehouse.gov/petition/peacefully-grant-state-texas-withdraw-united-states-america-and-create-its-own-new>.

lebrar un referéndum para conocer la voluntad de los catalanes sobre la independencia. Desde la premisa de que debería ser convocado por el Presidente del Gobierno, y de que tendría un carácter consultivo, una parte de la doctrina ha considerado que sería la mejor, y más democrática, forma de solventar el conflicto. O, al menos, que era necesario conocer lo que opinaba el pueblo catalán para, en su caso, actuar en consecuencia. Su línea argumental descansa en el presupuesto de que la Constitución no lo prohíbe y en el hecho de que sería meramente consultivo, una especie de gran encuesta de opinión. Esta tesis ha sido objetada mayoritariamente. Los argumentos más relevantes que se han esgrimido en su contra son que el artículo 92 de la Constitución se refiere como sujetos de la convocatoria a «todos los españoles», por lo que no sería posible la celebración de un referéndum territorializado, y el hecho de que si bien no podía ser sino un referéndum consultivo, lo era, en última instancia, sobre la soberanía nacional. Difícilmente se podría dar a una consulta semejante un carácter no vinculante en la práctica¹¹.

La parte del mundo académico catalán vinculado al asesoramiento del proceso a través del Consejo para la Transición Nacional, también realizó un esfuerzo por encajar la posibilidad del referéndum en el vigente marco constitucional español. En concreto, en el informe de 25 de julio de 2013, se plantean hasta cinco vías legales: a) los referéndums previstos en el artículo 92 de la Constitución; b) la delegación o transferencia de competencias prevista en el artículo 150.2 de la Constitución, c) los referéndums previstos en la Ley catalana 4/2010; d) las consultas de la Ley catalana de consultas populares no referendarias, entonces en tramitación; y e) la reforma de la Constitución¹². De estas vías, y dejando aparte la obvia posibilidad de la reforma constitucional, la citada fórmula de referéndum del artículo 92 es la que más posibilidades podía ofrecer. Ante la negativa reiterada del Presidente del Gobierno a convocar esta consulta, el Parlamento de Cataluña solicitó a las Cortes Generales, la transferencia o delegación de la competencia para celebrar referéndums. La solicitud fue rechazada. De esta manera, a

11 Representativos de aquellos que consideran que es posible e, incluso, conveniente, celebrar este referéndum, se encuentran los profesores Rubio Llorente (F. RUBIO LLORENTE, *Un referéndum que nadie quiere*, El País, 11 de febrero 2013) y Carreras (F. DE CARRERAS, *¿Puede celebrarse un referéndum en Cataluña?*, El Cronista n.º 42, 2014, pp. 25 y ss. En este trabajo realiza un examen pormenorizado de las opciones que, a su juicio, ofrece la Constitución para celebrar este referéndum); C. AGUADO RENEADO, *Sobre un eventual referéndum consultivo en el proceso soberanista catalán*, Cuadernos de Alzate, n.º 46-47, 2013, pp. 27-47; J. TORNOS MAS, *El problema catalán*, El Cronista del Estado social y democrático de derecho, n.º 42, 2014, p. 49. Por el contrario, profesores como Solozábal, Aragón, Muñoz Machado, Ariño, se han mostrado vehementemente contrarios a esta posibilidad (G. ARIÑO, *La independencia de Cataluña*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 123-125; S. MUÑOZ MACHADO, *Cataluña y las demás Españas*, ob. cit., pp. 191-192; M. ARAGÓN REYES, (El Imparcial, 3 de julio de 2014); J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, *El problema catalán en la crisis del Estado autonómico*, Revista de Libros, Mayo 2014); J.M. CASTELLA ANDREU, *El problemático encaje constitucional del derecho a decidir de Cataluña y sus vías de ejercicio*, Percorsi Costituzionali, 3 2014, pp. 815-816.

12 Para un análisis de estas opciones, S. MUÑOZ MACHADO, *Cataluña y las demás Españas*, ob. cit., pp. 190-193.

juicio de los asesores del Gobierno catalán, sólo quedaba la posibilidad de la propia legalidad catalana, obviando el marco constitucional.

Antes de continuar, ya adentrándome en el desenvolvimiento del principio democrático, es preciso realizar alguna consideración añadida sobre el eventual recurso al artículo 92 de la Constitución. Particularmente, considero que los obstáculos jurídicos son de difícil elusión. El artículo 92 está pensado para la celebración de un referéndum en el que se convoca a todo el cuerpo electoral. En una cuestión de semejante trascendencia, no parece que se pueda abrir la vía a un interpretación más que flexible de la Constitución. Pero, sin duda, se trata de una cuestión opinable. Más relevancia tienen, a mi juicio, argumentos de oportunidad política que, en este caso, se encuentran particularmente ligados a la argumentación jurídica y, sobre todo, a la raíz misma del principio democrático. Un referéndum sobre secesión no es cualquier referéndum. Por definición, véase lo sucedido en Gran Bretaña o Canadá, incluyendo las previsiones del Auto del Tribunal Supremo, no implica consecuencias jurídicas inmediatas. Se limita a abrir un periodo de negociación que, si el resultado ha sido favorable a la secesión en los términos previamente acordados, debería acabar en la efectividad de la misma. Por ello, la consideración de que se trata de un referéndum meramente consultivo, creo, no es relevante. Siempre lo es. Pero, simultáneamente, no lo es. Un pronunciamiento sobre una cuestión tan trascendente tiene consecuencias políticas y jurídicas necesarias. Consecuencias que, por definición, son incompatibles con el marco jurídico que establece la Constitución. Puede alegarse que, precisamente, una victoria del sí implicaría la obligación de una reforma de la Constitución. Pero esa reforma conllevaría, ahora sí, necesariamente, el pronunciamiento de todos los españoles. Así las cosas, el referéndum consultivo celebrado conforme al artículo 92 no resolvería, en caso de victoria del sí, el problema y, por el contrario, provocaría un agravamiento de la fractura social. Finalmente, no puede obviarse una dificultad añadida. Convocar para decidir en referéndum sobre una posible independencia sin anudar, aparentemente, consecuencias jurídicas al resultado, puede ser un elemento de grave distorsión del mismo. La secesión es un hecho de la máxima trascendencia. Aquel que vote sobre la misma ha de ser consciente de que su voto está vinculado a una consecuencia. Votar en el contexto de una consulta que, necesariamente, se presenta como consultiva, supone un plus para el voto afirmativo. Es un voto libre de cargas. No sólo sumará a aquellos que puedan querer la independencia pero que la rechacen por las eventuales consecuencias que pueda tener sobre el País, sino que puede sumar a una parte de quienes no la deseen y que consideren que la victoria de un voto afirmativo reforzaría la posición de su Comunidad en una eventual negociación. Un referéndum de secesión no tiene consecuencias jurídicas inmediatas. Pero si se realiza, ha de hacerse en un contexto lo más claro posible sobre sus consecuencias. Algo que es imposible en el marco de la Constitución de 1978. Un conjunto de circunstancias que explican fácilmente la relevancia de unas consecuencias sociales graves por proclives a la división social. Por todo ello, no parece excesivo decir que un refe-

réndum sobre secesión escapa de las pautas, siempre complejas, que rodean una apelación directa al pueblo, para sólo poder ser tomada en consideración en una última y extraordinaria circunstancia. La constatación definitiva del fracaso social de la convivencia en común.

II. SOBERANISMO Y PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Aunque las referencias al principio democrático han sido inevitables, es momento de detenerse en el mismo. Exactamente, en la interpretación que de él ha realizado el nacionalismo catalán. Como se ha dicho, durante los años 2012 a 2014, la construcción política de la opción soberanista se hace sobre un derecho a decidir que no es sino traducción del principio democrático. Desde la importante perspectiva de la legitimación de los discursos, no es irrelevante estar acompañado por la legitimación innata al principio democrático. De alguna manera, la dialéctica es inevitable. Una posición opta por la democracia, por la posibilidad de que los ciudadanos decidan, mientras que la otra niega a esos ciudadanos la posibilidad misma de oponerse. Una victoria por KO y en el primer asalto. Sería injusto reprochar esta circunstancia al nacionalismo. Sus dirigentes han entendido perfectamente el valor simbólico y legitimador del principio democrático y lo han utilizado en beneficio de su posición. Lo que resulta difícil de comprender, y, desde luego, merece crítica, es que desde el Gobierno del Estado, y desde los partidos opuestos a la independencia, no se haya sabido disputar el partido desde la democracia. No se haya sabido contrarrestar argumentos y presentar otros que, también desde el principio democrático, avalan sus tesis. De esta debilidad ideológica de los no independentistas, nada se puede reprochar a quienes lo son.

La crítica debe centrarse en la reducción del principio democrático a la decisión. No se tiene en cuenta ninguna otra consideración, ninguna otra de sus exigencias. El principio democrático se limita al hecho de votar y, además, a hacerlo en unas determinadas condiciones. Es en este extremo donde el discurso democrático del soberanismo presenta notables debilidades. La legitimidad democrática no sólo proviene del hecho de votar. La historia está llena de ejemplos en los que, precisamente, el resultado de una votación no puede considerarse legitimador de nada. Y no puede porque las circunstancias que han rodeado la votación no han sido, precisamente, democráticas, y esas circunstancias son tan importantes como el hecho de votar. Creo que cualquier espectador neutral de lo sucedido en Cataluña durante los años analizados, puede convenir en que la deliberación y el debate público no han tenido lugar con las condiciones que exige el principio democrático. El poder público ha mantenido una beligerancia excluyente de cualquier posición que no favoreciese las tesis soberanistas. Una posición que se ha reflejado en cuestiones esenciales como la disparidad de medios con los que han contado aquellos que apoyaban una u otra tesis. O en la posición, también

beligerante y excluyente, de los medios de comunicación públicos, en favor de la tesis pro independencia. O en el apoyo en un voluntarismo esencialista que niega reiteradamente cualquier consecuencia negativa asociada a la independencia. O en la apropiación del todo, Cataluña¹³. Se podría seguir. En todo caso, se trata de cuestiones esenciales. Si se habla de referéndum, no puede hablarse sólo de si el mismo es posible o no, conveniente o no. También deben ser objeto de debate, riguroso y pausado, las condiciones de deliberación en el que el mismo deba celebrarse. Precisamente, la democracia exige que, ante una cuestión de semejante trascendencia, los ciudadanos tengan todas las posibilidades para conformar una opinión libre. En caso contrario, el referéndum sería un ejercicio, que, lejos de enriquecer la democracia, la dañaría.

También debería discutirse si una cuestión como la secesión puede ser objeto de un referéndum. Como habrá ocasión de argumentar, es casi imposible reconducir a derecho el ejercicio de la secesión. Por definición y necesidad, se mueve en el territorio de los hechos, sino directamente en la revolución como quiebra de un orden jurídico. Mayoritariamente, quienes defienden su viabilidad, especialmente en el debate político, parten de un absolutismo democrático. No hay otro argumento que la voluntad del pueblo. No hay nada que se pueda oponer a la decisión del pueblo. Los derechos y libertades individuales desaparecen arrasados por un ser y un querer del que son intérpretes una élite privilegiada. Sí, derechos y libertades. Por supuesto, de aquellos que no quieren la independencia. De aquellos que residen en Cataluña, pero también de aquellos que no residen en Cataluña y se sienten directamente afectados por semejante decisión. Muchos de ellos, por cierto, catalanes. Pero también, incluso, de los que defienden la independencia. Porque nadie les ha dicho que muchos de sus derechos y libertades se van a ver afectados, de una u otra manera.

Con todo, si se aceptase la posibilidad, las condiciones de deliberación en torno a un posible referéndum no se agotan en relación con las cuestiones mencionadas. Un referéndum semejante posee unas características especiales que exigen tomar en consideración cuestiones adicionales. Por un lado, los ciudadanos deben tener una idea clara sobre las consecuencias del referéndum. Es cierto que no pueden conocerse todas las circunstancias que provocaría una eventual independencia. Pero sí es posible conocer muchas. Y deben conocerse antes de la votación. No se vota sobre una independencia en abstracto. Se vota sobre una situación de hecho con reflejo directo en la vida de los ciudadanos. Éstos tienen que saber cómo puede afectar a sus derechos, a su nivel de vida, a sus reglas esenciales de convivencia. En el caso que nos ocupa, por ejemplo, sería esencial que los ciudadanos acudiesen a votar sabiendo, por ejemplo, si Cataluña iba a seguir perteneciendo a la Unión Europea o no. O si iba a ser posible un régimen de doble

13 Sobre esta forma de proceder del nacionalismo y de las instituciones a su servicio, A. ELORZA, *Cataluña o el totalismo mágico*, El País 24 de agosto de 2015.

nacionalidad con España. O qué es lo que iba a suceder con sus pensiones y otras prestaciones sociales. Por no citar cuestiones menores, pero de evidente relevancia social, como el futuro de los clubes deportivos catalanes. Que no sea posible un mapa completo de las consecuencias no deja de obligar a que cualquier consulta se realice sobre un mínimo de claridad en las mismas. La claridad no afecta sólo a la pregunta sino también al después. La relevancia de esta circunstancia es lo que provocó que alrededor del referéndum escocés, se plantease que, en caso de una victoria del sí, se realizase un segundo referéndum, ya sobre la decisión anudada a unas consecuencias concretas. Consecuencias sobre las que, por otra parte, sí tendría mucho que decir el pueblo del Estado origen de la secesión. Y, en todo caso, sus instituciones. Por esta circunstancia, es ya posible afirmar que la independencia sólo puede ser consecuencia de un proceso de negociación y nunca el fruto de una acción unilateral.

Junto a este tema, un referéndum de secesión plantea, al menos, tres cuestiones adicionales. Por un lado, los requisitos atribuibles a la pregunta. Por otro, la mayoría requerida para poder entender avalada una decisión a favor de la independencia. Finalmente, su proyección en el tiempo. La formulación de la pregunta remite directamente a la teoría canadiense de la claridad. Recuérdese que una de las causas del debate fue la naturaleza enrevesada de la pregunta planteada por el Gobierno de Quebec en el referéndum de 1995. La pregunta no permitía deducir con nitidez si el ciudadano que votase afirmativamente quería la independencia de Quebec respecto de Canadá¹⁴. Tampoco parece que la pregunta elegida para la consulta soberanista de noviembre de 2014 pueda considerarse un dechado de claridad. Como ha vuelto a demostrar la experiencia escocesa, la elección de la pregunta y sus atributos, es una cuestión trascendente¹⁵.

Mayoría y tiempo remiten al nervio del debate. Nadie pone en duda la trascendencia de una decisión como la secesión de un territorio. Cuando se habla de un Estado como España, se está poniendo en cuestión un conjunto de relaciones forjado durante siglos. Los apellidos se confunden; los matrimonios mixtos son incontables y tan naturales que nadie ha reparado nunca en ellos; los catalanes fuera de Cataluña constituyen una cifra muy elevada; las relaciones comerciales vertebran la economía de uno y otro lado. La lista puede seguir indefinidamente. No se trata de dos piezas unidas artificialmente que pueden separarse como un mecano. Se trata de la amputación de un miembro, de la ruptura de un tejido en el que los lazos de continuidad son mucho más extensos que las posibles diferencias. Todo ello viene a cuento porque explica el carácter necesariamente traumático de la secesión, porque ilustra sobre la intensidad con la que se verán afecta-

14 La pregunta era la siguiente: ¿Está usted de acuerdo con que Quebec llegue a ser soberano después de haber hecho una oferta formal a Canadá para una nueva asociación económica y política en el ámbito de aplicación del proyecto de ley sobre el futuro de Quebec y del acuerdo firmado el 12 de junio, 1995?

15 Al respecto, A. LÓPEZ BASAGUREN, *Escocia y el referéndum por la independencia. Algunas enseñanzas*, ob. cit., p. 136.

dos, sino vulnerados, no ya los sentimientos, sino, directamente, derechos individuales. Por si todo ello no fuera suficiente para plantear unas condiciones exigentes para materializar la secesión, está demostrada la volatilidad de la opinión pública sobre esta cuestión. No parece serio que una decisión semejante se pueda adoptar por 51% de los votos emitidos hoy, cuando las encuestas demuestran que ayer eran un 30% y que mañana pueden ser un 40%. Por ello, es preciso introducir requisitos de mayoría y de tiempo. Tradicionalmente, el debate se ha limitado a la mayoría necesaria para adoptar la decisión de la decisión. La causa de que éste sea uno de los ítems recurrentes en este debate está en que la necesidad de una mayoría relativamente amplia es uno de los requisitos de claridad introducidos por la Corte canadiense. También es una de sus debilidades, ya que no se pronuncia sobre cuál puede ser una mayoría clara, dejando su determinación a los actores políticos. Como es sabido, aunque Westminster se reservó para sí el establecimiento de algunas de las condiciones esenciales del referéndum escocés, como, por ejemplo, la redacción de la pregunta, no llegó a poner la necesidad de una mayoría superior al 50%.

En mi opinión, el requisito de la mayoría es insuficiente y, simultáneamente, difícil de conjugar. Insuficiente porque, a salvo de una mayoría muy cualificada, no resuelve definitivamente el problema de la volatilidad del voto. Difícil de conjugar porque resulta difícil imaginar la convivencia de una comunidad en la que la secesión es derrotada a pesar de haber ganado el referéndum. Por ello, creo que la mayoría debe ser combinada con el factor tiempo. El tiempo, la proyección en el tiempo de la opción por la independencia, es una cuestión que suele marginarse y que, sin embargo, resulta esencial. Si se discute sobre uniones que resultan centenarias, no parece muy irracional exigir que su proceso de fractura sea un proceso que requiera de un cierto tiempo. Traducido en relación con el ejercicio de la decisión, ello supone que parece razonable exigir que una decisión semejante sea el fruto de un resultado positivo repetido en 3 o, al menos, dos referéndums separados por un cierto espacio de tiempo. Si en dos referéndum sucesivos, realizados con un intervalo razonable de tiempo, el sí obtiene la mayoría absoluta del censo, habría que concluir que la opción por la independencia es suficientemente sólida como para afrontar sus consecuencias. Se habría constatado que la decisión no es fruto de una circunstancia coyuntural, sino de una decisión asentada en la mayoría de la población. Solidez. Se argumentará que la democracia es mayoría, no solidez. Pero, hay que repetirlo, la decisión de secesión no es una decisión cualquiera, ni siquiera muy importante. Es una decisión traumática y revolucionaria. Si se es coherente y de verdad se quiere que sea respetuosa con el conjunto de valores de una sociedad democrática, habrá que convenir que los requisitos para adoptarla deben ser muy cualificados. Algo, por otra parte, normal en un ordenamiento jurídico democrático. Sí para reformar un Estatuto de Autonomía o la Constitución se exigen mayorías cualificadas y una sucesión de requisitos agravados ¿Qué exigir a una decisión sobre la independencia?

La proyección en el tiempo del resultado, no sólo tiene la ventaja de ofrecer un indicio razonable de constancia. Ese tiempo es también un espacio necesario para el diálogo, para el debate, modular consecuencias y hacer un ejercicio por la convivencia. También, por qué no, es un escenario propicio para poder resolver lo que ayer se consideraba irresoluble. Dicho de otra manera, para evitar la independencia. Mediante el acuerdo, mediante el diálogo. Lejos de determinadas coyunturas. El independentista persigue una solución abrupta. Considera que la coyuntura puede ser adecuada y que hay que actuar en consecuencia. No hay que esperar porque mañana las cosas pueden haber cambiado. La crisis económica puede haber acabado y un nuevo mapa político ofrecer más ilusión a los ciudadanos. Es ahora. Precisamente, sus argumentos son los que ratifican la necesidad de proyectar una decisión favorable en un tiempo determinado. Declarar una secesión es una decisión sin parangón. Es una decisión sobre decisiones. Si, como se ha recordado, el ordenamiento jurídico muestra toda clase de ejemplos en los que para determinadas decisiones se exigen condiciones adicionales, no parece nada exagerado, ni, por supuesto contrario al principio democrático, demandar un marco excepcional para un referéndum de secesión. Más bien, lo que no parece coherente con el propio principio democrático, es que una decisión que determina la condición de extranjero a muchos de los conciudadanos; que afecta, necesariamente a múltiples derechos individuales; que, por no seguir, provoca una honda fractura social, pueda ser adoptada al albur de una coyuntura, con prisas provocadas porque mañana podría ser diferente. Más, lo que resulta contrario a las exigencias procedimentales del principio democrático es limitar las exigencias de semejante a decisión a un instrumento deficitario en relación con la complejidad como el referéndum.

Finalmente, la experiencia comparada obliga a realizar siquiera una breve mención a un aspecto del derecho de autodeterminación de primera importancia. Me refiero a aquello que fue descrito por Lincoln como juego de las muñecas rusas. En su oposición al derecho de los Estados del sur a oponerse, el Presidente americano alegó que si se acepta el derecho de autodeterminación, sería un juego sin fin, ya que dentro cada unidad independiente que se pudiese reconocer, habría otra que pugnase por la autodeterminación. La historia ha acabado dando la razón a Lincoln. El Parlamento de Quebec se vio en la obligación de declarar indivisible el territorio de Quebec frente a las pretensiones de los inuit de seguir perteneciendo a Canadá y Escocia hubiese tenido que hacer frente a las reivindicaciones unionistas de las Islas exteriores (Outer Hebrides, Orkney, Shetland), tal y como se deriva del manifiesto *Our islands, our future*. Como es sabido, la distribución territorial de la opción por la independencia en Cataluña no es homogénea y es fácil predecir que fuese necesario responder a la pregunta sin respuesta ¿Cuándo un territorio puede ser sujeto del derecho de autodeterminación y cuando no? ¿Cuál es el fundamento para hacer ciudadanos de un Estado que rechazan a los habitantes de una ciudad, de una comarca o de una provincia? Más allá de cuestiones prácticas, de indudable relevancia jurídica, este dilema enfrenta al derecho

de autodeterminación a sus más profundas contradicciones. Sitúa, necesariamente, su ejercicio en el reino de la arbitrariedad al que, por definición, pertenece. ¿Quién decide, y por qué, cuando los habitantes de un territorio determinado pueden ejercer ese derecho? ¿Cómo se define el territorio? ¿Su reconocimiento, para ser coherente con sus fundamentos ideológicos, no debe llevar aparejado consigo la opción de la reversibilidad de la decisión como derecho de los ciudadanos? Otras tantas preguntas similares pueden ponerse encima de la mesa para ilustrar tanto la arbitrariedad denunciada como el gusto de aquellos que defienden un concreto ejercicio del derecho de autodeterminación por jugar con cartas marcadas. Reino de la arbitrariedad.

Estas cuestiones han sido, prácticamente de forma absoluta, eludidas. De alguna manera, es posible percibir un discurso de la frivolidad basado en un eventual absolutismo del principio democrático. Ejercitando este principio, desde su reducción a la decisión por mayoría, no es preciso nada más. Decidir es decidir en un solo acto. Sin más. Lo importante es votar. Un reduccionismo democrático radical. Ahora bien, también puede decirse que es un reduccionismo comprensible desde el nacionalismo y para el nacionalismo. Complejidad y sutileza son contrarias a las líneas argumentales fundamentales que sostienen el discurso de aquellos que quieren independencia ya. Es comprensible y lógico. No es al nacionalismo a quién corresponde reparar en estas circunstancias. Es a quién se opone a sus tesis. Negar la legalidad del referéndum, su imposibilidad de celebrarlo en el actual marco constitucional, no debería suponer dejar de combatir el mismo ideológicamente y las premisas desde las que se defiende desde el nacionalismo. En primer lugar, porque como se ha visto, no puede soslayarse la posibilidad de que, con el marco jurídico pertinente, la apelación al referéndum pueda llegar a ser necesaria. Pero, sobre todo, porque es preciso evidenciar las debilidades democráticas de un discurso aparentemente implacable desde la democracia. Unas debilidades notables que erosionan y oxidan sus propios fundamentos. Haber centrado todo el debate en la legalidad ha dejado al nacionalismo la plena propiedad de la bandera de la democracia. Una bandera de la que ese nacionalismo está muy lejos de actuar con plena consecuencia. La oposición al discurso del derecho a decidir no se fundamenta hoy, básicamente, en razones de legalidad, sino en el propio principio democrático.

Dos cuestiones más deben ser mencionadas. Por un lado, la perversión del lenguaje que ha acompañado todo el discurrir del proceso. Una perversión que, desde el Derecho y la política ofrece ejemplos múltiples, pero que bien se puede ejemplificar en la citada identificación de Cataluña con los defensores de la independencia. No son Mas ni Junqueras quienes desean la independencia. Es Cataluña. Cataluña como suma de la práctica totalidad de los catalanes. Por otro, e inmediatamente vinculado a lo anterior, que en ningún momento una encuesta ha llegado a dar mayoría a la opción por la independencia. La citada identificación se viene realizando cuando las propias encuestas de la Generalitat apenas

otorgan a la independencia un 40% de apoyo social. Desde estas premisas, no deja de ser sorprendente el resultado alcanzado por las fuerzas nacionalistas.

III. LA RESPUESTA CONSTITUCIONAL. EL (NO) RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN

Este análisis debe finalizar con una, siquiera superficial, referencia a la secesión y el eventual encaje del derecho a la misma en una reforma constitucional. A nadie se le escapa la complejidad de una cuestión que, en sí misma, enfrenta términos insertos en una contradicción aparentemente irresoluble. Por definición, la aprobación de una Constitución es la afirmación de una unidad política y, por definición, la misma no puede reconocer el derecho unilateral a romper esa unidad. Una unidad resultante de un pacto múltiple previo. Más allá, ningún Estado se encontraría en condiciones de afrontar la posibilidad permanente del ejercicio de un derecho semejante. Cuestiones todas ellas que explican sobradamente que no exista ningún ordenamiento constitucional que reconozca un derecho de secesión unilateral. Como se ha reiterado, allí donde se ha abordado constitucionalmente esta cuestión, se ha hecho previo acuerdo del Estado posibilitando una vía a la eventual decisión de secesión. Nunca, en ninguna circunstancia, como consecuencia de la existencia en el ordenamiento jurídico interno de un derecho unilateral en este sentido. Aunque algún pronunciamiento doctrinal reciente se muestra partidario de la inclusión en los textos constitucionales de cláusulas que posibiliten la secesión, creo que es posible seguir defendiendo la incompatibilidad de las mismas con un dinámica constitucional ortodoxa¹⁶. En todo caso, ello no empece a la necesidad de acercarse a una cuestión que, a buen seguro, habrá de plantearse en el supuesto de una eventual reforma constitucional.

En buena parte por todo lo anterior, se ha hecho clásica la idea de Kimlicka, que, de forma simplificada se puede traducir como que el federalismo no tiene respuesta a la secesión¹⁷. Aún a riesgo de caer en el exceso, creo que se puede afirmar que ninguna fórmula política tiene una respuesta frente a la secesión. La secesión es un hecho en sentido estricto, revolucionario, constituyente. El Derecho, a lo más que puede aspirar, es a tratar de encauzarlo por unos mínimos procedimentales que garanticen tanto las condiciones democráticas del mismo como los derechos de los individuos que se ven directamente afectados por el mismo. No se puede pedir al federalismo que tenga una respuesta frente a la secesión. El federalismo debe ser una vacuna frente a la secesión. Una construcción federal con-

¹⁶ Sobre esta cuestión, y en este mismo sentido, F. CAAMAÑO, *Democracia federal. Apuntes sobre España*, Ediciones Turpial, 2014, pp. 222-241.

¹⁷ Vid, W. KIMLICKA, *Is Federalism a Viable Alternative to Secession?* en *Theories of secession* (P. LEHNING ed.), Routledge, 1998.

creta, que da respuesta a una circunstancia política determinada, debe buscar poseer los anticuerpos necesarios para que la secesión no sea atractiva para la mayoría. Precisamente, eso es lo que hoy hay que pedir al modelo que se ha de definir en los próximos años en España.

La secesión es el supuesto extremo de una crisis no ya del federalismo, sino de una estructura política. No hay que insistir en las consecuencias de la misma ni en su naturaleza por definición revolucionaria. La historia ha sido testigo de crisis con el protagonismo en la voluntad de secesión de un territorio. De esa historia pueden extraerse lecciones, que como reiteradamente ha subrayado López Basaguren, resultan sumamente ilustrativas sobre cómo se pueden afrontar. También esta materia ha sido objeto de estudios diversos en los últimos años. Los estudios se han centrado en las experiencias que de mayor utilidad pueden resultar para España. Como se ha indicado, la experiencia de la secesión en el federalismo americano; la forma de afrontar esta cuestión por Inglaterra primero frente a Irlanda y, recientemente, frente a Escocia; el supuesto de Quebec y la respuesta de la claridad; y, finalmente, la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo y la Opinión de la Corte Internacional de Justicia de 2010, han sido todos supuestos estudiados en profundidad. Incluso, se han buscado otros precedentes que pudieran ser de utilidad, como la creación del nuevo cantón suizo de Jura, secesionándose del de Berna¹⁸. Un importante bagaje doctrinal que, recogiendo buena parte de la doctrina internacional sobre la materia, se puede sintetizar en los seis puntos que recoge Ruiz Soroa: la secesión es un recurso extremo para una situación que se ha demostrado intratable por otras vías; la secesión no puede generar una pérdida de calidad democrática, por lo que es preciso garantizar los derechos de los ciudadanos afectados; la demanda de secesión sólo puede ser admitida si es clara, sostenida en el tiempo y no condicional; la declaración a favor de la secesión debe sumar una mayoría clara; la secesión deberá tener en cuenta la posición de entidades en el interior de la comunidad secesionista contrarias a la misma; no hay un derecho a la secesión, sino derecho a dialogar sobre la misma sin llegar a tener prejuzgado el resultado¹⁹. En conjunto, la síntesis de Ruíz Soroa atiende correctamente a las exigencias que deben predicarse de un proceso tan traumático. En mi opinión, como se adujo en su momento, debe reforzarse la importancia de la perdurabilidad en el tiempo de la decisión y debe sumarse como requisito la existencia de un mapa claro sobre las consecuencias de la misma. En un caso como en el español, sólo el ejemplo de las consecuencias de la decisión sobre la integración o no del territorio secesionado en la Unión, es determinante. Atenta al principio democrático pedir un pronunciamiento semejante sin decir con claridad a los ciudadanos cuáles pueden ser las consecuencias de su

18 Entre la abundante bibliografía sobre este tema, se pueden destacar, el número especial dedicado a la autodeterminación por Cuadernos de Alzate n.º 46-47, 2013; S. MUÑOZ MACHADO, *Cataluña y las demás Españas*, ob. cit.; F. CAAMAÑO, *Democracia federal. Apuntes sobre España*, ob. cit.

19 Vid. J. M. RUIZ SOROA, *Regular la secesión*, Cuadernos de Alzate n.º 46-47, pp. 196-197.

voto, al menos de las más importantes y objetivables, como, en el caso que nos ocupa, puede ser la permanencia o no en la Unión Europea²⁰.

Como se indicó en su momento, el cambio de paradigma se produce como consecuencia del Auto de la Corte canadiense. El referéndum escocés habría venido a ser un ulterior respaldo a este modelo. Un cambio de paradigma que, si bien mantiene la mayor, el principio de unidad e integridad de los Estados como presupuesto no discutible en aquellos casos de Estados democráticos que respetan los derechos de las minorías, busca solventar eventuales problemas de secesión, combinando legalidad y democracia cuando se llega a un punto de no retorno. Quebec y Escocia muestran, asimismo, la importancia de las respectivas tradiciones jurídicas y políticas. Así, es necesario afirmar con rotundidad que no existe una receta que pueda ser importada automáticamente. Ni la historia, ni el marco constitucional, ni las circunstancias sociales, son las mismas. Y, en procesos semejantes, cada detalle cobra una significativa importancia. Por lo demás, los dos casos citados, y frente a lo que en demasiadas ocasiones se repite, no son ejemplos de reconocimiento constitucional del derecho de secesión. Es más, como se vio, en ninguno de los dos casos llega a reconocerse el derecho a la realización de un referéndum sobre esta cuestión.

El reconocimiento de un derecho a la secesión o de la autodeterminación va a ser puesto encima de la mesa en una eventual reforma constitucional. Es previsible aventurar que algunos lo pondrán como condición para negociar, y, en su caso, aceptar un nuevo marco jurídico territorial. Por ello, es preciso tener preparada la respuesta. Una respuesta que debe ser lo suficientemente inteligente como para impedir que esta cuestión se convierta en un obstáculo insalvable para toda la negociación.

Se ha escrito que, necesariamente, una Constitución se asienta sobre el principio de unidad del Estado y que ese principio no puede estar sometido a la tensión permanente de un posible ejercicio del derecho de secesión. Creo que ello sigue siendo así. Con más claridad, la Constitución no puede dar amparo a un derecho de secesión o de autodeterminación. No parece que pueda haber otro punto de partida ante una eventual reforma de la misma. Junto a ello, y simultáneamente, la necesaria e inevitable reforma constitucional, deberá realizar un reconocimiento valiente de la diversidad nacional que subyace a la nación común.

20 El ejemplo de las consecuencias de la secesión sobre la relación Cataluña/Unión Europea es pertinente para ilustrar sobre la oscuridad y confusión con la que el soberanismo ha rodeado el debate. Todas las instituciones europeas y muchos de sus principales líderes, han reiterado que conforme a los Tratados, si un territorio abandona el Estado matriz y se constituye en nuevo Estado, inmediatamente habrá de entenderse fuera de la Unión. Si desea entrar, deberá seguir el procedimiento establecido, solicitando la adhesión. Los argumentos jurídicos los expuso de forma tan sintética como clara quién fue Director General de los Servicios Jurídicos de la Unión desde 1998 a 2010, Jean Claude Piris (*Cataluña y la Unión Europea*, El País 29 de agosto de 2015). A pesar de ello, los líderes políticos, y el propio Consejo Nacional para la Transición, han insistido una y otra vez en que Cataluña permanecería en la Unión. Ni siquiera habría un periodo transitorio de exclusión.

Deberá realizar una apuesta sincera por la integración desde una común aceptación de la diversidad como realidad y riqueza. Y deberá hacer todo ello desde una apuesta por la claridad que comience por un expreso reconocimiento de la organización territorial como federal. Desde estos presupuestos, habrá que ser capaces de encontrar una concreta fórmula jurídica que traduzca la ecuación «Suficiente para Cataluña, aceptable para el resto»²¹.

Un inciso que exige ser complementado y enfrentado a un eventual reconocimiento del derecho de autodeterminación. Por una parte, el presupuesto de un nuevo pacto territorial que reconociese la diversidad nacional de España y construyese la unidad desde ese reconocimiento, con las consecuencias correspondientes, sólo puede ser la lealtad. Lealtad con la diversidad y coherencia con la magnitud del paso dado. Pero coherencia también con el presupuesto de la unidad. Dibujar un pacto semejante para, simultáneamente, reconocer el derecho a la secesión es una contradicción insalvable. El federalismo es transacción. Pocos verían una efectiva transacción si, simultáneamente al reconocimiento de la pluralidad nacional, se regulase este presunto derecho²². Una decisión semejante sería de muy difícil explicación para el conjunto de los ciudadanos. Inevitablemente, su regulación se vería como la prolongación de un chantaje inicial. Porque, en ese caso, el reconocimiento de la diversidad nacional, lejos de verse como un acuerdo positivo para todos, se vería, simplemente, como la fórmula para disuadir de un ejercicio inmediato de ese derecho a la secesión. Inmediato, pero no mediato. Simultáneamente, no habría justificación política, jurídica ni democrática a reconocer semejante derecho en el marco de una Constitución que ampararía de forma particularmente amplia las singularidades culturales y territoriales. Y es que el reconocimiento de la diversidad nacional adquiere su verdadera dimensión en la aceptación por todos de un marco común que daría respuesta satisfactoria a las más viejas aspiraciones de los distintos pueblos de España. En la afirmación expresa de la nación de naciones. Porque, es necesario subrayarlo, el reconocimiento del hecho nacional no puede suponer el reconocimiento simultáneo de distintos soberanos.

De alguna manera, es previsible que muchos ciudadanos viesan en el reconocimiento simultáneo de la singularidad y del derecho de secesión, no sin razón, un juego de cartas marcadas. Un juego en el que unos ganan todo y otros nada. El nuevo pacto constitucional en materia territorial debe ser eso mismo, un pacto. Y pacto significa acuerdo y cesión. Sólo así puede ser ofrecido y, en su caso, aceptado por unos ciudadanos a los que, en última instancia, les corresponde la palabra.

Junto a ello, hay que recordar que el presupuesto, y ventaja notable, del pacto constitucional referido, es que todos los ciudadanos del Estado habrían de

21 A este respecto, J. TUDELA ARANDA, *El fracasado éxito del Estado autonómico. Una historia española*, Marcial Pons, 2016.

22 J.J SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, *Los diálogos constitucionales de Altea*, El Imparcial, 7 de octubre de 2015.

pronunciarse sobre el mismo en referéndum. Y dos veces. Una en relación con el texto constitucional, otra en relación con el Estatuto o Constitución autonómica. Así, en caso de resolverse positivamente este planteamiento, una eventual demanda de independencia quedaría necesariamente diferida en el tiempo, ya que los ciudadanos se habrían expresado sobre este tema. Es en ese pronunciamiento donde se concilian con todas las exigencias debidas los principios democráticos y de legalidad.

Finalmente, y no debiera olvidarse, para evitar caer la tentación de la amabilidad, la secesión es un hecho revolucionario que no admite su reconducción al cauce procedimental que es la regulación de un derecho. Por definición, y como muy bien demuestra la calculada ambigüedad del Auto del Tribunal Supremo de Canadá, concretar las condiciones abstractas del ejercicio de un derecho de secesión, o, simplemente, del referéndum consultivo, es algo casi imposible. Y es natural porque las decisiones sobre sujetos del derecho; electores; mayorías requeridas; condiciones de deliberación; reversibilidad de la decisión, trascienden el procedimiento para formar parte del núcleo ideológico de la secesión. Y sobre ésta, inevitablemente, no va a haber acuerdo. Cualquiera de las preguntas anteriores son esenciales y, simultáneamente, obstáculos severos para alcanzar un acuerdo satisfactorio sobre su regulación. Pero, entre ellas, una sobresale ¿Cuál es el sujeto del derecho a la secesión? ¿Todas las Comunidades Autónomas? ¿Ningún territorio sub autonómico podría alegar su ejercicio? En su caso ¿Por qué? ¿Sólo las Comunidades que se determinen naciones? ¿Quién y en virtud de qué puede atribuirse la potestad de semejante calificación? No es casual. El derecho de autodeterminación entronca directamente con la definición de soberano. Difícilmente puede haber acuerdo en la definición de una condición múltiple de soberanía.

¿Significa ello que en ningún caso puede haber un pronunciamiento del pueblo sobre esta situación? No. Es posible que en un momento determinado sea necesario apelar al pueblo para que decida. ¿Cuándo? Cuando se trate de ratificar una decisión social indubitada, cuando distintos procesos electorales hayan puesto en evidencia que existe una mayoría amplia y constante de la población a favor de la independencia. En fin, un referéndum de ratificación. Y aún así, los problemas jurídicos y políticos a los que enfrentaría serían importantes.

Las reflexiones anteriores se reconducen directamente a un debate mayor sobre la viabilidad e idoneidad del referéndum como fórmula para resolver una cuestión semejante. El debate sobre el mismo y, en general, las fórmulas de democracia directa es antiguo y supera con mucho las posibilidades de estas páginas. pero es conveniente recordar la convención de la dificultad del referéndum para la resolución de la complejidad. Nada más complejo que un proceso de secesión. Y nada más abocado a provocar la inevitable fractura social inherente a la división entre dos opciones. Reducir la solución de una problemática como la que demuestra el actual ser de Cataluña a una decisión entre un sí y un no, se antoja un ejercicio imposible. La política y la democracia no pueden contentarse con las

soluciones más simples, no pueden limitarse a buscar cómo dar carpetazo al problema. Fuese cuál fuese el resultado de un referéndum, el problema persistiría. Por qué ¿Si el sí gana por un 54% de los votos ya no habría problema? ¿Por qué alcanzada la independencia dejarían de tener relevancia ese 46% de oposición? ¿Es aceptable desde los mismos presupuestos del principio democrático dar por sentado el principio de irreversibilidad de la decisión sobre la independencia? Pero, en caso contrario, si el no gana por un 54%, ¿Ello supondría el final del debate, por digamos, veinte años? Si no es así, como lógicamente alegarán los independentistas ¿Qué se habría arreglado con el referéndum? ¿Es que sólo se arreglaría «la cuestión» en caso de una victoria del sí, fuesen cuales fuesen las condiciones de la misma? El referéndum ofrece, necesariamente, una muy mala solución. Solamente cuando el tiempo ha despejado todas las incógnitas y el resultado es tajante, se podría pensar en su utilidad. Pero, hay que repetirlo, en ese caso no es el instrumento de solución, sino una mera manera de ratificar políticamente un determinado ser social.

TITLE: *The right to decide and the democratic principle*

ABSTRACT: *After having decided the objective of independence, the political parties in favour of this objective had to find a way how to articulate their aspirations. Since there is no legal way within the national or international law, the independence movement based their demands in the democratic principle by building the so-called right to decide. However this right to decide means to limit the democratic principle to a single electoral act, with unilaterally established rules and outside the existing legal framework. In this article we try to disprove both the supposed opposition between the rule of law and the democratic principle, as well as the supposed democratic spirit of the right to decide. Along with this, we will argue that it is impossible to constitutionalise the right of self-determination. The right of self-determination is opposed to the essence of any constitutional order, moreover the difficulties of setting the conditions in order to implement this right, and particularly, the definition of the subject, makes the application impossible.*

RESUMEN: *Decidida la independencia, las fuerzas políticas partidarias de la misma, tenían que encontrar la manera de poder encauzar sus aspiraciones. No teniendo cauce ni en derecho interno ni el derecho internacional, se busco ese cauce en el principio democrático mediante la construcción del llamado derecho a decidir. Un derecho a decidir que suponía, en esencia, reducir el principio democrático a un solo acto electoral, con reglas establecidas unilateralmente. En este artículo se pretende desmentir tanto la oposición entre principio de legalidad y principio democrático como la propia ortodoxia democrática del derecho a decidir. Junto a ello, se argumenta que en ningún caso resulta posible constitucionalizar, normativizar, un derecho de autodeterminación. Más allá de su naturaleza difícilmente compatible con la esencia de cualquier orden constitucional, las dificultades de fijar las condiciones concretas de su ejercicio, lo antojan imposible. No en vano, ningún ordenamiento jurídico del mundo lo reconoce.*

KEY WORDS: *Democratic principle; right to decide; secession; Catalonia; constitution; principle of legality.*

PALABRAS CLAVE: *Principio democrático; Derecho a decidir; Secesión; Cataluña; Constitución; Principio de legalidad.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 12.12.2015

FECHA DE ACEPTACIÓN: 15.01.2016