

ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE
CLARA SOUTO GALVÁN
Directores

EL ESTADO AUTONÓMICO EN LA
PERSPECTIVA DEL 2020

Serie Problemas Jurídicos Contemporáneos
nº 5



DIRECCIÓN:

ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE
Catedrático de Derecho Constitucional
Director del Instituto Derecho Público
Universidad Rey Juan Carlos

SOUTO GALVÁN, CLARA
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

RELACIÓN DE AUTORES Y AUTORAS:

ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE
Catedrático de Derecho Constitucional
Director del Instituto Derecho Público
Universidad Rey Juan Carlos

FRANCISCO SOSA WAGNER
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de León

ALFONSO GARCÍA-MONCÓ
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Alcalá de Henares

MARCO OLIVETTI
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Foggia

EDUARDO VÍRGALA FORURIA
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco

1.ª edición, 2013.

Todos los derechos reservados. Queda rigurosamente prohibida la reproducción, copia o transmisión, ya sea total o parcial, de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright 2013, by Enrique Álvarez Conde y otros
Instituto de Derecho Público
E-mail: instituto.dp@urjc.es
ISBN: 978-84-616-2441-6
Depósito legal: M-1144-2013
Imprime: Gráficas Tur Calpe S.L.

**DEMOCRACIA, REFORMA CONSTITUCIONAL Y
REFERÉNDUM DE AUTODETERMINACIÓN EN
CATALUÑA***

Por
Josep M^a Castellà Andreu
Profesor titular de Derecho constitucional
Catedrático acreditado
Universidad de Barcelona

**SUMARIO: I. EL CONTEXTO: LA CONFLUENCIA DE
DISTINTAS CRISIS EN EL MOMENTO PRESENTE
Y EL DEBATE SOBRE LA AUTODETERMINACIÓN
EN CATALUÑA. II. REFERÉNDUM Y SECESIÓN.
III. LA REGULACIÓN DEL REFERÉNDUM
DE AUTODETERMINACIÓN EN DERECHO
CONSTITUCIONAL COMPARADO. LOS CASOS
DE QUEBEC Y ESCOCIA. IV. POSIBILIDAD DE UN
REFERÉNDUM SOBRE LA AUTODETERMINACIÓN EN EL
ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. 1. Una
reforma constitucional directa. 2. Legislación catalana de consultas
populares. 3. Regulación estatal: ¿reforma de la Ley orgánica de
referéndum de 1980 o aprobación de una ley orgánica específica
sobre el referéndum de autodeterminación? 4. Contenido y efectos
del referéndum de autodeterminación, legalmente establecido.
5. El referéndum de autodeterminación ¿puerta para la reforma
constitucional o para la ruptura del Estado? V. A MODO DE
CONCLUSIÓN, FORZOSAMENTE PROVISIONAL**

* Este trabajo se inserta en las actividades del proyecto de investigación "Estado autonómico y democracia: los derechos de participación en los estatutos de autonomía" (MCI, DER 2009-12921).

I. EL CONTEXTO: LA CONFLUENCIA DE DISTINTAS CRISIS EN EL MOMENTO PRESENTE Y EL DEBATE SOBRE LA AUTODETERMINACIÓN EN CATALUÑA

A las crisis económico-financiera y político-institucional por las que atraviesa España en este momento, se ha añadido una crisis nacional-territorial cuya, por ahora, más reciente y grave manifestación es la demanda secesionista de sectores importantes de la opinión pública catalana (expresada en la manifestación del 11 de septiembre de 2012) y la deriva independentista del gobierno catalán.

Las tres crisis citadas tienen orígenes distintos y cada una de ellas presenta rasgos singulares, pero todas confluyen en el tiempo y, lo que es más relevante, se alimentan mutuamente. Es cierto que la desconexión de un sector de la población catalana respecto al resto de España viene de lejos (al menos de la última década) —y lo mismo cabe decir de la desafección ciudadana por la política—, pero también lo es que la crisis económica que asola el país desde 2008 las ha potenciado.

Así, a modo indiciario, si atendemos a los sondeos de opinión, no hay lugar a dudas sobre el alcance y profundidad de la crisis citada. Los últimos sondeos publicados en Cataluña evidencian un creciente despego respecto al resto de España y un crecimiento del independentismo, que alcanza a la mitad de los encuestados¹. Mayor

¹ Ver sondeo de GESOC para *El Periódico*, 12 septiembre 2012: 46.4% a favor, 22% en contra y 25.7% indecisos. Haciendo una estimación general que decante a los indecisos: 49.5% sí y 48% no. En <http://www.elperiodico.com/es/noticias/diada-2012/encuesta-periodico-independencia-tendencia-red-2202187> (consultado el 20 de octubre 2012). Ver Barómetro CEO (Generalitat) de 27 de junio 2102: demasiada autonomía: 3.3%, suficiente autonomía: 21.3%, insuficiente: 68.4%. Cuando se pregunta por la posición de Cataluña en España las respuestas son: región: 5.7%, comunidad autónoma: 25.4%, Estado dentro de una España federal: 28.4% y Estado independiente: 34%. Cuando se pregunta directamente por la independencia: 51.1% responde sí, 21.1% no y se abstendría o no sabe que votaría un 21%. <http://ceo.gencat.cat/ceop/AppJava/pages/home/fitxaEstudi.html?coIId=4128&lastTitle=Bar%F2metre+d%27Opini%F3+Pol%EDtica+%28BOP%29.+2a+nada+2012> (consultado el 20 de octubre 2012).

es el porcentaje de los partidarios de convocar un referéndum de autodeterminación². Quizás en este punto convendría matizar estas respuestas con otras más estables como las relativas a los sentimientos de pertenencia, donde priman las identidades compartidas³, o los efectos de una supuesta independencia respecto a la pertenencia a la Unión Europea⁴.

Ello coincide con un cada vez menor respaldo de los españoles al Estado autonómico tal y como ahora opera, con un crecimiento apreciable de los porcentajes de personas que desearían una forma de Estado sin (24.5%) o con menor autonomía que la actual (14.5%). Frente a ellos, defienden el Estado autonómico tal y como ahora está un 29.4%, abogan por una mayor autonomía el 9.1%, y son partidarios de permitir la independencia de territorios un 8.9%⁵. De este modo, un creciente número de ciudadanos considera a las comunidades autónomas responsables en buena medida de la crisis que atravesamos.

² Según el barómetro CEO de octubre 2012, un 74.1% está a favor de convocar el referéndum y un 19.9% en contra, ver <http://file01.lavanguardia.com/2012/10/10/54352844220-url.pdf> (consultado el 20 de octubre 2012).

³ Según el mismo barómetro citado en nota anterior un 31.9% de catalanes se sienten igual de catalanes que españoles, un 31% solo catalanes, un 28.3% más catalanes que españoles, un 3.8% solo españoles y un 3.3% más españoles que catalanes, *ibidem*.

⁴ Así, según un sondeo Feedback para RAC1, publicado por *La Vanguardia* el 24 de octubre 2012, los resultados favorables a la independencia bajarían del 62% al 44% dependiendo de que Cataluña continuara o no como miembro de la UE. Ver <http://www.lavanguardia.com/politica/elecciones-catalanas/20121024/54353836096/elecciones-catalanas-53-catalanes-a-favor-independencia-referendum.html> (consultado el 30 de octubre 2012).

⁵ Ver Barómetro CIS septiembre 2012: http://datos.cis.es/pdf/Es2954rei_A.pdf (consultado el 20 de octubre 2012). Los datos son muy parecidos al anterior Barómetro de julio 2012: no autonomía: 22%, menor autonomía 17%, igual que ahora 30.8%, mayor autonomía 12% y permitir la independencia 9%. Los datos coinciden en lo sustancial con la encuesta de Metroscopia publicada por *El País* en octubre 2012: 29% partidarios de un Estado centralizado (en 2003 eran el 10%), 26% de mantener el Estado autonómico actual (51% en 2003), 19% están por el Estado federal (en 2003 no se preguntaba por esta opción, y sí en cambio por más competencias: 24%), y 11% a favor de permitir la independencia (8% en 2003): Ver <http://blogs.elpais.com/metroscopia/2012/10/di%C3%A1gnostico-social-octubre-2012.html> (consultado el 20 de octubre 2012).

Se evidencia el creciente divorcio entre la opinión pública catalana y la española en general acerca de su percepción sobre la incidencia de la forma de organización territorial en la salida de las crisis, de modo que son muchos los catalanes que piensan, ligando la crisis económica con el modelo de financiación, que en un estado independiente la situación económica sería mejor. En cualquier caso, los descontentos con el *statu quo* crecen en ambos lados.

Así pues, las crisis señaladas plantean retos de entrada distintos aunque confluyan, si bien todos ellos relacionados con objetivos que se predicán de la descentralización política o el federalismo: la crisis económico-financiera lleva a la necesaria y no aplazable racionalización del Estado autonómico, lo cual entraña hacerlo más eficaz. En cambio, la crisis nacional-territorial lo es de integración política de las nacionalidades en el Estado.

A continuación, nos centraremos en la que podríamos volver a denominar, con terminología de la II República, "cuestión catalana". La salida a dicha situación, a nuestro juicio, no pasa por la, por otro lado necesaria, racionalización del Estado autonómico, sino que requiere dar una respuesta jurídica específica (y obviamente política) a planteamientos que se han puesto sobre la mesa, sobre todo en los últimos meses. Desde Cataluña se han producido pronunciamientos que son traídos a colación a continuación como ilustrativos de las distintas posiciones expresadas. Tomemos como referencia las declaraciones del Presidente de la Generalitat, Artur Mas, en el discurso en el último debate de política general, celebrado en el Parlamento de Cataluña el 25 de septiembre de 2012⁶, la resolución aprobada por el Parlamento catalán al finalizar el debate citado reclamando al Gobierno de la Generalitat que convoque una consulta "prioritariamente dentro de la próxima legislatura"⁷

⁶ <http://file01.lavanguardia.com/2012/09/26/54351877140-url.pdf> (consultado el 20 de octubre de 2012).

⁷ Resolución aprobada el 27 de septiembre de 2012 con los votos de CiU, ERC, ICV, SI, Laporta y los puntos 1 y 5, por el diputado socialista E. Maragall (84 u 85 según el punto de la resolución de que se trate), con los votos en contra de PPC y C's (21) y la abstención del PSC (25 o 26 según el punto) 27 de septiembre de 2012, ver <http://www.parlament>.

y dos manifiestos firmados por políticos, intelectuales y juristas procedentes de la izquierda en octubre de 2012⁸.

La primera posición aboga por el reconocimiento del derecho a la autodeterminación y la consulta. El President Mas disolvió el Parlament y convocó precisamente las elecciones porque el anterior programa electoral con el que CiU concurrió a las elecciones de 2010 apostaba por "un pacto fiscal en línea con el concierto económico" pero no explícitamente un objetivo que fuese más allá y toma nota del "gran acto de fe en Cataluña" que supuso la manifestación de la Diada, en la que una parte muy significativa de la población reclamaba "respeto por una de las naciones más antiguas de Europa, soberanía, plenitud nacional y Estado propio, dentro del marco de la Unión Europea" (p. 1). Para la nueva etapa, una nueva legislatura. O como también dijo "en momentos excepcionales, decisiones excepcionales". Alude a la reaparición de los viejos demonios del anticatalanismo y la "humillación" sufrida por el pueblo catalán con la sentencia del Estatuto y con el rechazo al pacto fiscal. La Constitución habría dejado de ser un espacio abierto para convertirse en "jaula diseñada para domesticar nuestras aspiraciones". Mas considera "llegada la hora de ejercer este derecho (el derecho a la autodeterminación) de forma democrática, pacífica y constructiva" (p. 34). Añade que "queremos los mismos instrumentos que tienen las otras naciones para preservar nuestra personalidad colectiva o desarrollar un proyecto propio de país y sociedad" (p. 35), y concluye que "el Parlamento que surja de las urnas deberá hacer frente a una misión histórica, probablemente la más compleja y trascendente

[cat/web/actualitat/noticies?p_id=122807784](http://www.parlament.cat/web/actualitat/noticies?p_id=122807784) (consultado el 20 de octubre de 2012).

⁸ El primero, bajo el título "Per una Catalunya constituent", promovido desde la izquierda partidaria de la autodeterminación, con E. Maragall, A. Castells, M. Geli, A. Ros y Enoch Albertí entre los signatarios:

http://www.ara.cat/especials/eleccions25n/Manifest-dels-militants-del-PSC_ARAFIL20121003_0002.pdf (consultado el 20 de octubre 2012).

El segundo, titulado "Crida a la Catalunya federalista i d'esquerres", firmado, entre otros, por F. Jiménez Villarejo, J.M. Mena, Miguel A. Aparicio, J. Antón, C. Rodríguez Aguilera y R. Martínez entre otros.

<http://federalistaidesquerres.cat/> (consultado el 20 de octubre 2012).

(sic) de los últimos trescientos años. También la más arriesgada”, que encare “un proceso de autodeterminación”, que una vez culminado supondrá la retirada política del propio Mas (pp. 36-37, traducción del autor). Sin embargo, en el discurso no se habla de independencia ni del modelo de relación deseado con España.

Asimismo, la resolución aprobada dos días más tarde por el Pleno del Parlamento, además de celebrar el “enorme éxito de la manifestación” (punto 1), constata como los intentos de encaje de Cataluña con el Estado y sus reiteradas respuestas negativas son hoy una vía sin recorrido, por lo que “Cataluña debe iniciar una nueva etapa basada en el derecho a decidir” (punto 2). El Parlamento “expresa la necesidad de que Cataluña siga su propio camino y que el pueblo catalán pueda decidir libre y democráticamente su futuro colectivo” (punto 3). Para llevar a cabo “este proceso y la hoja de ruta consiguiente” reclaman el máximo consenso posible y un diálogo “con la comunidad internacional, la Unión Europea y el gobierno español”, y “sin ningún tipo de coacción” (punto 4). La resolución concluye con la invitación “al Gobierno a hacer una consulta, prioritariamente dentro de la próxima legislatura” (punto 5, traducción del autor).

Mucho más articulado y claro es, por su parte, el primero de los manifiestos mencionados, el cual parte de que el Estado español no ha evolucionado en sentido plurinacional y constata el clamor de los ciudadanos que en la manifestación del 11 de septiembre han hablado “alto y claro”, de modo que la pulsión independentista es ahora transversal. Reclaman un “nuevo pacto con el Estado” que reconozca el pacto fiscal bilateral, a Cataluña como nación, así como el derecho a la autodeterminación y su ejercicio mediante un referéndum convocado por el Parlamento de Cataluña. Se trata, en suma, de pensar “en términos de ‘constitución catalana’ y en la articulación completa del nuevo sujeto político que quiere ser Cataluña, dotado de soberanía propia y con presencia y corresponsabilidad en los otros ámbitos de soberanía en los que participe” (p. 6, traducción del autor).

La otra posición tiene carácter federalista. Así el segundo manifiesto invocado critica a los que proponen la independencia como camino mágico para librarse de España, considerando que la secesión no es la respuesta razonable a los problemas de la sociedad catalana en el marco de la complejidad, interdependencia y soberanías compartidas del s. XXI. En su opinión, la mayoría de los ciudadanos catalanes comparte catalanidad y españolidad en grados diversos y no sirve una imagen monolítica de Cataluña. Por ello apuestan por un “encaje federal de Cataluña en España y Europa” y hacen un llamado a poner en marcha “un movimiento federalista de alcance español”. En este contexto apoyan un “proceso que se resuelva desde el principio democrático, en el marco del Estado de Derecho, que, si es el caso, concluya con la celebración de un referéndum” (traducción del autor). El manifiesto, no obstante, no precisa los aspectos constitucionales a reformar en clave federal ni tampoco el tipo de federalismo por el que apuestan. La misma apuesta federalista, con la misma ambigüedad, fue asumida por el PSC en el programa electoral para las elecciones del 25 de noviembre de 2012.

Por último, no se puede olvidar la defensa del ordenamiento constitucional y del Estado autonómico, realizado desde el PPC Ciudadanos, si bien el primero parecía optar por un no aclarado “autonomismo diferencial” y el segundo por una reforma federal cooperativa, y que desde artículos de prensa ha sostenido, entre otros, Francesc de Carreras. En uno de ellos afirmaba lo que considera está en la raíz de cuanto ocurre: “el desprecio por el derecho” presente en la vida política catalana, que se utiliza como “arma política y de enfrentamiento en lugar de instrumento para la justicia y la concordia. Con esta mentalidad destruyen la misma esencia del derecho, exactamente su razón de ser”. Durante mucho tiempo, en su opinión, “el proceso ideológico de construcción nacional y el

⁹ “Las 24 horas de Mas”, *La Vanguardia*, 18 de octubre de 2012. <http://www.lavanguardia.com/opinion/articulos/20121018/54352671485/francesc-de-carreras-las-24-horas-de-mas.html> (consultado el 20 de octubre 2012).

desarrollo de las instituciones ha sido tan intenso que en lugar de una comunidad autónoma se ha levantado un pequeño estado”, ahora CiU “habría traspasado una línea roja sin retorno”¹⁰. El profesor De Carreras considera que hay que encontrar una salida al gran problema que vive Cataluña sobre todo a partir de la manifestación del 11 de septiembre. Prefiere el referéndum a las elecciones pues solo así se garantizará una pregunta y una respuesta claras, cosa que no suele ocurrir con los programas electorales. Una vez constatado que la Generalitat no puede convocar este referéndum porque excede de sus competencias, ve posible recurrir al referéndum consultivo del art. 92 CE, para que la voluntad de los catalanes se exprese libremente, de lo que parece concluirse que cabría un referéndum consultivo ex art. 92 CE de ámbito territorial menor al español. En su opinión, la convocatoria debería ir precedida por un debate amplio y un pacto entre los gobiernos español y catalán así como las principales fuerzas políticas, en el que se acordara el alcance y condiciones, los niveles mínimos de participación y la mayoría necesaria para ser tenido en cuenta. Debería pactarse asimismo el compromiso de no realizar otra consulta hasta transcurrido un determinado número de años. En caso de resultado favorable a la secesión, debería negociarse una reforma constitucional con el pronunciamiento de todos los españoles, el reparto de bienes y deudas y la garantía de los derechos fundamentales. Todo ello, en su opinión, se inspira en el dictamen de la Corte Suprema de Canadá de 1998¹¹.

Así pues, a la vista de los posicionamientos anteriores, en que se hace referencia a la necesidad o conveniencia de celebrar un referéndum en el que el pueblo catalán se debería pronunciar sobre el derecho de autodeterminación, conviene analizar las posibilidades constitucionales de llevarlo a cabo.

¹⁰ “Viaje sin retorno”, *La Vanguardia*, 15 de septiembre de 2012
<http://www.lavanguardia.com/opinion/articulos/20120915/54349610147/viaje-sin-retorno-francesc-de-carreras.html> (consultado el 20 de octubre 2012).

¹¹ “¿Un referéndum?”, *La Vanguardia*, 20 de septiembre de 2012
<http://www.lavanguardia.com/opinion/articulos/20120920/54350587199/francesc-de-carreras-un-referendum.html> (consultado el 20 de octubre 2012).

II. REFERÉNDUM Y SECESIÓN

De entrada, parece que en una decisión sobre la ruptura de un Estado, la apelación directa a la ciudadanía está justificada. Es cierto que nuestro ordenamiento constitucional ha optado por una democracia de tipo representativo, y que el lugar que ocupan las instituciones de democracia directa en él mismo son marginales (STC 103/2008 recogiendo jurisprudencia anterior). Pero si en alguna cuestión parece que está justificada la convocatoria de referéndum es en la que afecta a la voluntad de autodeterminarse separándose del Estado del que se forma parte. De hecho, últimamente algunos comentaristas catalanes han especulado sobre la no necesidad de una consulta y de que bastaría una declaración unilateral del Parlamento catalán que salga de las elecciones del 25 de noviembre de 2012 al respecto.

Resulta interesante advertir los supuestos en que la doctrina considera necesaria la apelación directa al pueblo en democracias representativas. Aunque en los planteamientos doctrinales generales no suele aparecer el supuesto de la decisión sobre la secesión, se contempla el recurso al referéndum respecto a decisiones políticas de gran trascendencia para la vida de un pueblo. Tres supuestos —más o menos cercanos al que estamos considerando— de participación directa del pueblo a través del referéndum suelen repetirse en las experiencias comparadas: por una parte, en la ratificación de la reforma constitucional o de un proceso constituyente; por otra, en la ratificación de los tratados comunitarios europeos, sea para incorporarse como Estado de la Unión, sea para continuar el proceso de integración; por último, en las grandes decisiones relativas a la organización territorial del Estado (piénsese en la ratificación de la aprobación y reforma de los Estatutos de las CCAA de régimen especial o en los referendos sobre la *Devolution* a Escocia, País de Gales e Irlanda del Norte en el Reino Unido, o los referendos que periódicamente han tenido lugar en Puerto Rico para decidir su status político-constitucional).

En este contexto tiene sentido traer a colación los argumentos ofrecidos por dos ilustres constitucionalistas alemanes contemporáneos sobre el papel de la democracia directa en las democracias representativas. E.W. Böckenförde, partiendo de la teoría pluralista de la democracia, rechaza que el recurso al referéndum suponga la expresión auténtica de la voluntad del pueblo, y pone de relieve los límites democráticos del recurso al referéndum, puesto que "el pueblo no puede influir sobre el contenido ni sobre la formulación de la pregunta; solo puede responder con un 'sí' o un 'no'". En definitiva, advierte de forma oportuna que "la dirección y la manera en que se concreta su actualización están determinadas por quién pregunta y de qué modo se pregunta"¹². Las severas objeciones que Böckenförde pone a la democracia directa —que no es ni forma de estado ni forma de gobierno— pueden salvarse —y de hecho se salvan— en momentos y tipo de decisiones excepcionales, en los que prima la fuerza legitimadora del pronunciamiento directo del pueblo, sobre las críticas de lo que supone el uso frecuente del mismo. En tales casos extremos sería adecuada la simplificación de la respuesta a un sí o un no. Ahora bien, en estos casos, la democracia directa no substituye a la democracia representativa, sino que manifiesta una función correctora o de contrapeso a la misma¹³.

Desde una posición más abierta que la de Böckenförde a la participación directa en las democracias representativas, H.P. Schneider se plantea la necesidad de complementar representación y participación, incorporando modalidades participativas¹⁴. No se trata de sustituir la democracia representativa por la de Asamblea, sino que intenta precisar los ámbitos de actuación distintos de cada forma de ejercicio de la democracia: "La capacidad legitimadora que producen [la representación y la participación] para el sistema

¹² E.W. Böckenförde, "Democracia y representación. Crítica a la discusión actual sobre la democracia", en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 137-138.

¹³ *Ibidem*, p. 144.

¹⁴ H. P. Schneider, "Soberno sin poder", *Democracia y Constitución*, CEC, Madrid, 1991, pp. 249 ss.

democrático tiene un significado propio irrenunciable y totalmente diferente, dependiendo de la situación política concreta. Así, en las decisiones corrientes de la vida cotidiana, el principio de representación pasa a ocupar un primer plano, mientras que en situaciones excepcionales que plantean problemas de importancia existencial se hacen imprescindibles los procesos participativos que creen consenso¹⁵. Respecto a estas decisiones de tipo excepcional, que denomina "decisiones de nuevo tipo", y que se caracterizan normalmente por su "irreversibilidad", el modelo de democracia representativa se habría quedado desfasado¹⁶. Para dichas situaciones son necesarios "cauces que, basados en el principio de la soberanía popular, aumentan la autenticidad de la toma de decisiones, facilitan el consenso y permiten completar el criterio de la mayoría formal a través de la valoración objetiva de los afectados"¹⁷. Ahora bien, el autor prefiere el carácter consultivo de estas votaciones populares al vinculante, señalando que "su función sería exclusivamente la de determinar el apoyo o el rechazo del pueblo ante un proyecto político" previsto por las instituciones parlamentarias o el gobierno¹⁸. De este modo se refuerza su carácter complementario de la democracia representativa. Adviértase, no obstante, que Schneider no está pensando solo en el referéndum sino, más en general, en procesos participativos, con consultas de distinto tipo, lo que abre la puerta, además del referéndum, a figuras de democracia participativa.

El pronunciamiento popular directo sobre cuestiones relacionadas con el derecho de autodeterminación o sobre la secesión de una parte del Estado no es para nada infrecuente. Los ejemplos del Derecho comparado son ilustrativos al respecto: los referendos celebrados en Quebec en 1980 y 1995 y la regulación del mismo en caso de un

¹⁵ *Ibidem*, p. 264.

¹⁶ Incluye tres supuestos: los riesgos incalculablemente altos, de consecuencias irreversibles para el desarrollo de la humanidad, y de repercusiones internacionales no localizables y no controlables, como la decisión sobre la energía nuclear, o sobre las bases militares, *ibidem*, pp. 260-261.

¹⁷ *Ibidem*, p. 262.

¹⁸ *Ibidem*, p. 271.

hipotético proceso independentista¹⁹; o en Puerto Rico²⁰; o el que se acaba de acordar por los primeros ministros del Reino Unido y Escocia para Escocia en 2014. Aunque no siempre ha sido así (por ejemplo Checoslovaquia, o la desintegración de la URSS) o lo ha sido solo en parte (Montenegro respecto a la Unión con Serbia²¹, en

¹⁹ El caso de Terranova-Labrador es curioso. Al crearse la Federación canadiense, se había mantenido al margen, llegando a ser un Dominio separado en 1907. En 1934 renunció voluntariamente al autogobierno (gobierno responsable), asumiendo el control directo del Dominio Londres a través de una *Comision of Government* de 6 miembros y un gobernador. La crisis de los años treinta, y una corrupción generalizada provocaron una profunda desafección política con manifestaciones populares contra el gobierno autónomo. El gobierno que ganó las elecciones de 1932 (Aldirce) pidió a Londres que suspendiera el autogobierno y asumiera el control del Gobierno. En 1946 se celebraron elecciones para la *Newfoundland National Convention*, que debía decidir sobre el futuro constitucional del Dominio. Gran Bretaña no quería seguir prestando asistencia económica al Dominio y algunos planteaban una unión con Estados Unidos. En 1948 se celebraron dos referendos en Terranova-Labrador: en el primero (3-6-1948) se planteaban 3 opciones: restaurar el gobierno responsable del Dominio (44.5%), continuar con el control directo de Londres (14.3%) o pasar a formar parte de Canadá (41.1%); en el segundo (22-6-1948), se plantearon las dos preguntas más votadas en el primero, ganando la integración a Canadá por 52% contra 48%. Terranova Labrador pasó a ser la décima provincia de Canadá en 1949.

²⁰ En Puerto Rico se han celebrado 4 referendos sobre su status jurídico: en 1967, 1993, 1998 y 2012. El 6 de noviembre de 2012 se han formulado dos preguntas: 1) si están conformes con el status actual; y 2) una pregunta con 3 respuestas acerca de las alternativas: Estado de la Unión, Independencia y Estado libre asociado. Sobre los referendos de Puerto Rico, ver R. S. Garret, "Puerto Rico's political status and the 2012 Plebiscite: Background and key questions", CRS, Report for Congress, 2012, en <http://www.fas.org/spp/crs/row/R42765.pdf> (consultado el 30 de octubre de 2012). El 54% votó contra el status actual. De los que contestaron la segunda pregunta, un 61,1% eligió convertirse en un Estado, un 33,3% la libre asociación y un 5,5% la independencia. Votaron en blanco un 26%, con lo que los partidarios de ser un Estado sumaron un 44,6%, insuficiente para emprender la reforma.

²¹ Tras la desintegración de Yugoslavia, se creó la República Federal de Yugoslavia formada por Serbia y Montenegro en 1992. En Montenegro tuvo lugar un primer referéndum en 1992, en que se rechazó la independencia por un 96% de los votos (con boicot de grupos musulmanes e independentistas). Más tarde, en 2003 se formó la Unión de Serbia y Montenegro (de tipo confederal), y los ciudadanos de ésta última república votaron, en un nuevo referéndum en 2006, la independencia (de acuerdo con el art. 60 de la Constitución de 2003, los Estados miembros podían cambiar su status o independizarse al cabo de 3 años de aprobada la Constitución, mediante referéndum, aprobado por los habitantes del Estado miembro concernido, que respetase "estándares democráticos

cambio no en Kosovo²²).

Así pues, incluso en el supuesto del referéndum de secesión, que estamos tratando, el recurso al referéndum no puede alterar al carácter complementario del mismo respecto a las instituciones representativas, y en concreto a la función preparatoria, negociadora, y de gestión de los resultados de un proceso secesionista que corresponde a las autoridades elegidas. La alternativa sería una Asamblea popular, o poder popular de facto. Otra cuestión es si el resultado del referéndum debe ser consultivo o vinculante.

reconocidos internacionalmente"). Las condiciones para que el referéndum fuera válido fueron propuestas por el enviado de la Unión Europea y eran: a) que votara el 50% de los ciudadanos, y b) que las respuestas favorables alcanzaran el 55% de los votos emitidos. Se obtuvo un 55.4% de votos válidos emitidos (votó un 86% de los ciudadanos con derecho a voto). Tras la celebración del referéndum en Montenegro, su Asamblea Nacional, ratificó los resultados y modificó la Constitución de Montenegro. Se disolvió la Asamblea, eligiendo otra que debía retificar la reforma anterior por 2/3. Serbia y Montenegro se disolvieron en el mismo año.

El art. 60 de la Constitución de 2003 prevé un procedimiento de secesión:

"Upon the expiry of a 3-year period, member states shall have the right to initiate the proceedings for the change in its state status or for breaking away from the state union of Serbia and Montenegro.

The decision on breaking away from the state union of Serbia and Montenegro shall be taken following a referendum.

The law on referendum shall be passed by a member state bearing in mind the internationally recognized democratic standards.

Should Montenegro break away from the state union of Serbia and Montenegro, the international instruments pertaining to the Federal Republic of Yugoslavia, particularly UN SC Resolution 1244, would concern and apply in their entirety to Serbia as the successor. A member state that implements this right shall not inherit the right to international personality and all disputable issues shall be separately regulated between the successor state and the newly independent state.

Should both member states vote for a change in their respective state status or for independence in a referendum procedure, all disputable issues shall be regulated in a succession procedure just as was the case with the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia."

²² El Parlamento de Kosovo proclamó unilateralmente la independencia el 17 de febrero de 2008. La Corte Internacional de Justicia el 22 de julio de 2010 consideró que no había infringido el Derecho internacional en una opinión consultiva. Ver <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf> (consultada el 30 de octubre 2012).

III. LA REGULACIÓN DEL REFERÉNDUM DE AUTO-DETERMINACIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO. LOS CASOS DE QUEBEC Y ESCOCIA.

A) El Derecho canadiense, a partir del Dictamen de la Corte Suprema de Canadá en relación con la secesión unilateral de Quebec de 1998 y la Ley de la claridad de 2000, se erige como punto de referencia para otras experiencias, como ponen de manifiesto el caso reciente del Reino Unido respecto a Escocia, y la también invocación reiterada en España desde foros académicos, instancias políticas y la opinión pública. Son obvios los límites de la aplicación del Derecho Constitucional extranjero a otras experiencias distintas –por historia, por sistema jurídico, por tradición constitucional, por forma de gobierno- y que no son sino el reflejo de los límites generales del Derecho comparado a la hora de importar instituciones jurídicas²³. Dicho esto, en la experiencia canadiense se obtienen preguntas –y respuestas- que ahora se plantean en la situación española. Por tanto, en este apartado se analizarán las cuestiones sustantivas que aborda el Derecho constitucional de la autodeterminación. En el apartado siguiente, en cambio, se abordará la aplicación de esta doctrina al Derecho constitucional español vigente.

El caso canadiense es especialmente relevante porque se plantea en un contexto de constitución escrita, rígida (procedimientos de reforma introducidos en la Constitución de 1982, título V) y jerárquicamente superior a las leyes (art. 52, Constitución 1982). Además, ya han tenido lugar experiencias de referéndum ligado al estatuto de Quebec en la Federación: dos en Quebec -1980 y 1995- y otro en 1992 en el conjunto de la Federación para “avaluar” con el voto popular el Acuerdo de Charlottetown, suscrito por los primeros ministros de la Federación y de todas las provincias, que contenía una propuesta de reforma constitucional. Se trataba de incluir a Quebec en el pacto constitucional de 1982, del que se había mantenido al

²³ Últimamente resultan muy interesantes las reflexiones al respecto de M. C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, París, 2010.

margen²⁴.

Ya a principios de los años ochenta, con ocasión de la “repatriación” de la Constitución canadiense llevada a cabo por la Constitución de 1982 bajo el impulso del primer ministro liberal P.E. Trudeau, y tras la celebración de un referéndum sobre el futuro político de Quebec²⁵, el Tribunal Supremo de Canadá tuvo ocasión de pronunciarse en dos ocasiones sobre la participación de las provincias en la reforma de la Constitución canadiense, a través del procedimiento de *reference* que da lugar a un dictamen sobre una cuestión política de especial trascendencia. Así, Quebec –en la primera ocasión también otras provincias- planteó a la Corte de Apelación provincial y posteriormente a la Corte Suprema: 1) en 1981, si una propuesta de reforma constitucional que afectara a las provincias debía contar con su consentimiento (cuestión que no resolvía el Derecho constitucional canadiense); y 2) en 1982, si Quebec tenía derecho de veto sobre la reforma constitucional. La Corte Suprema, en el primer caso, estimó que, por convención constitucional, era exigible un “substantial degree” o “a substantial measure of provincial consent”, pero no unanimidad de las provincias²⁶. En el segundo caso, la Corte

²⁴ Técnicamente se trató de dos referendos celebrados el mismo día, uno convocado por el gobierno federal para las nueve provincias de Canadá y los tres territorios, y otro para Quebec convocado por su gobierno provincial. La Corte Suprema, que confirmó la admisión de los dos referendos, entendió que la celebración de un referéndum en un número específico de provincias representa un ejercicio constitucionalmente legítimo del poder discrecional conferido al gobierno por la ley de referendos (*Haig c. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1993], 2 RCS 995, 1047). 6 provincias –entre ellas Quebec- y 1 territorio rechazaron la propuesta de reforma constitucional, sumando en votos un 54% en contra a nivel federal, por lo que los actores políticos entendieron preferible no seguir adelante con la reforma constitucional. La propuesta de reforma constitucional de 1992 afectaba, por la heterogeneidad de materias abordadas en el Acuerdo de Charlottetown, a una pluralidad de procedimientos. En ninguno de ellos, no obstante, se prevé la celebración de un referéndum, por lo que los que tuvieron lugar fueron consultivos además de facultativos. Sobre el tema ver B. Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, Carswell, Scarborough (On), 1996, pp. 14-15.

²⁵ En 1976 había llegado al poder de la provincia francófona el Partido Quebequés de R. Levesque. Este organizó un referéndum en que preguntó a los quebequeses por la apertura de un proceso negociador con Ottawa sobre una “soberanía asociación” con Canadá.

²⁶ *Re Resolution to amend the Constitution* (1981) 1 SCR 753.

Suprema añadió que ninguna provincia tiene derecho de veto sobre la reforma constitucional²⁷. De este modo, se constataba el carácter federal de Canadá.

En 1998 –tras la celebración del segundo referéndum en 1995 en Quebec sobre un “nuevo partenariado” político y económico con Canadá– la Corte Suprema, siguiendo el mismo procedimiento citado, esta vez a petición del Gobierno canadiense, emitió el dictamen sobre la secesión unilateral de Quebec. La doctrina contenida en dicho dictamen constituye la base para la respuesta del Derecho Constitucional canadiense al planteamiento de una secesión de Quebec. La Corte Suprema parte de considerar que la Constitución canadiense no reconoce un derecho unilateral a la secesión de una provincia, pero a continuación: 1) recuerda la ineludibilidad de la reforma constitucional para incorporar los términos de la secesión de una provincia; y 2) al mismo tiempo, deduce cuatro principios fundamentales de la Constitución canadiense que inspiran el conjunto de la Norma Fundamental –principio democrático, federal, de constitucionalidad y Estado de Derecho, y de respeto a las minorías–, y que han de regir el proceso de la secesión cuando una provincia se pronunciara a favor. De ellos, la Corte desprende la obligación de abrir negociaciones políticas entre las dos partes. Dicha negociación debería observar el respeto a unos requisitos – formulación de una pregunta clara y exigencia de una respuesta clara de más de una mayoría simple de los electores. A partir de ahí, la Corte Suprema se detiene y deja que sean los órganos representativos los que concreten los aspectos mencionados y el procedimiento a seguir²⁸.

Este fue precisamente el objetivo de la “Ley de la claridad”

²⁷ *Re Objection by Quebec to Resolution to Amend the Constitution* (1982) 2 SCR 793.

²⁸ *Re Secession Quebec* (1998) 2 SCR 217. La bibliografía sobre el tema es ingente, en Canadá y en España. Nos limitamos a reenviar a la lectura de J. Woehrling, “El juicio del Tribunal Supremo de Canadá sobre la eventual secesión de Quebec”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 54, 1999, p. 405 ss. El dictamen está traducido al castellano íntegramente en *Cuadernos de la Cátedra Furió Ceriol*, núm. 24, 1999.

aprobada por el Parlamento canadiense en 2000²⁹. De acuerdo con la misma, el gobierno de una provincia puede preguntar a su población sobre cualquier tema, y puede formular la pregunta. La Ley regula tres momentos sucesivos en que interviene la Federación: 1) dar la conformidad a la pregunta, a priori; 2) la valoración de los resultados obtenidos, a posteriori; y 3) requisitos para la propuesta de reforma constitucional.

Así, en primer lugar, la Ley de la claridad atribuye a la Cámara de los comunes del Parlamento federal la función de control previo de la claridad de la pregunta que el Gobierno de una provincia (no se refiere expresamente a Quebec en el texto articulado, solo en el Preámbulo) haya planteado o sometido al Parlamento provincial (como regla, en 30 días, a través de una resolución). La ley precisa, a su vez, que no se considerará una pregunta clara: no pueden incluirse mandatos de negociación sin ulterior referéndum ni tampoco otras posibilidades distintas de la secesión (art. 1.4). En consecuencia, las preguntas formuladas en 1980 y 1995 no habrían superado el test de claridad exigidos ahora³⁰. Se debe preguntar si quieren “dejar de formar parte de Canadá y convertirse en un Estado independiente” (art. 1.3). La Cámara de los comunes, además, para valorar la claridad de la pregunta, tiene en cuenta la posición de los partidos parlamentarios en la Asamblea provincial, además de declaraciones de otras provincias, del Senado y de los pueblos autóctonos de la provincia. El efecto de no cumplir con estas exigencias es que el

²⁹ SC 2000, c. 26.

³⁰ En 1980 se preguntó: «Le Gouvernement du Québec a fait connaître sa proposition d'en arriver, avec le reste du Canada, à une nouvelle entente fondée sur le principe de l'égalité des peuples; cette entente permettrait au Québec d'acquérir le pouvoir exclusif de faire ses lois, de percevoir ses impôts et d'établir ses relations extérieures, ce qui est la souveraineté, et, en même temps, de maintenir avec le Canada une association économique comportant l'utilisation de la même monnaie; aucun changement de statut politique résultant de ces négociations ne sera réalisé sans l'accord de la population lors d'un autre référendum; en conséquence, accordez-vous au Gouvernement du Québec le mandat de négocier l'entente proposée entre le Québec et le Canada?». En 1995: “Acceptez-vous que le Québec devienne souverain, après avoir offert formellement au Canada un nouveau partenariat économique et politique, dans le cadre du projet de loi sur l'avenir du Québec et de l'entente signée le 12 juin 1995?”.

Gobierno canadiense no entraría en negociaciones sobre la secesión (art. 1.6).

En la segunda fase, una vez celebrado el referéndum, si el Gobierno provincial quiere negociar, la Cámara de los comunes examinará y decidirá en una resolución si ha habido una mayoría clara que quiera separarse de Canadá (art. 2.1). Para ello se tendrá en cuenta el porcentaje de votantes y la magnitud de la mayoría favorable (art. 2.2). La ley no determina porcentajes a priori, y se limita a declarar que tendrá en cuenta lo que los partidos presentes en la Asamblea provincial hubiesen indicado en sus programas electorales o en sus declaraciones oficiales, así como los posicionamientos de los otros gobiernos provinciales, del Senado y de los representantes de los pueblos aborígenes (art. 2.3).

Finalmente, la ley incorpora la doctrina de la Corte Suprema conforme no existe un derecho de secesión unilateral de una provincia, y que la misma requiere la modificación de la Constitución de Canadá, para la cual debe haber una negociación en la que deben participar los gobiernos de todas las provincias y el de Canadá (art. 3.1). El Gobierno canadiense deberá incorporar a la propuesta de reforma constitucional el contenido de las negociaciones sobre los términos de la secesión: reparto de obligaciones, posible modificación de las fronteras de la provincia, derechos de los pueblos aborígenes y la protección de los derechos de las minorías (art. 3.2). De este modo se da entrada al "derecho de partición" de Quebec, temido por los nacionalistas quebequeses.

La crítica que se puede hacer —y de hecho se hizo— a esta regulación es que no es suficientemente clara, pues deja a la propia Cámara de los comunes la valoración a posteriori del cumplimiento de los requisitos de claridad en la participación y el voto favorable³¹. Ahora

³¹ Una justificación por parte del mentor de la ley, en S. Dion, *La política de la claridad*, Alianza, Madrid, 2005. Ver también un resumen del debate constitucional sobre la secesión de Quebec desde 1995 hasta 2000, con particular referencia a las críticas a la ley de la claridad, en P. Pérez Tremps, *El marco (a)constitucional del debate sobre la secesión de Quebec*, Fundació Pi i Sunyer, Barcelona, 2004. En este opúsculo están traducidas al castellano la ley de la claridad y la ley de Quebec que se cita en la nota siguiente.

bien, estamos ante la codificación del procedimiento a seguir en caso de ejercicio del derecho de secesión, y el establecimiento de garantías para la reforma constitucional ulterior. La Asamblea Nacional de Quebec reaccionó aprobando otra ley en la que reafirma el derecho a la autodeterminación "fundado en los hechos y en el derecho", y que el pueblo de Quebec es titular de los derechos reconocidos universalmente bajo el principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos (art. 1), así como a decidir libremente su régimen político y el estatuto legal de Quebec (art. 2), y a hacerlo "solo" (art. 3). Se añade que, cuando se convoque un referéndum, la opción ganadora deberá alcanzar la mayoría de los votos válidos, esto es el 50% más uno (art. 4). Finalmente se reafirma que el territorio de Quebec no puede ser alterado sin el consentimiento de su Asamblea Nacional y que debe respetarse la integridad territorial (art. 9)³².

Es interesante advertir que en los 12 años transcurridos desde la aprobación de la ley, Quebec no ha vuelto a plantear la apertura del proceso referendario. El Partido Quebequés ha señalado en reiteradas ocasiones que no convocaría un tercer referéndum si no se dan "las condiciones ganadoras", lo que no ha ocurrido hasta la fecha: el Partido Quebequés ha estado en la oposición entre 2003 y 2012 y su hermano el Bloque Quebequés también ha visto disminuida su representación en la Cámara de los comunes de Ottawa. El regreso de los soberanistas al Gobierno de Quebec en 2012 previsiblemente no supondrá ningún cambio sustancial pues carece de la mayoría suficiente para proponerlo³³. Las encuestas de opinión tampoco

³² Ley sobre el ejercicio de los derechos fundamentales y las prerrogativas del pueblo y del Estado de Quebec, de 13 de diciembre de 2000. LRQ, cap E-20.2.

³³ El PQ ha ganado las elecciones del 4 de septiembre de 2012 con 54 diputados, con menos porcentaje de votos que el que tenía hasta ahora en la oposición: 31.9% (2012) frente al 35% (2008). El P. Liberal, la opción política federalista, tras 9 años en el Gobierno provincial, obtuvo 50 diputados (31.2% de los votos). La Coalition pour l'Avenir de Québec, un nuevo grupo con miembros procedentes de los demás partidos y que ha prometido aparcar por 10 años el debate sobre el referéndum y el status de Quebec en Canadá, y centrarse en la política ordinaria desde una óptica liberal-conservadora, obtiene 19 escaños con un 27.1% de los votos. Así, los votos soberanistas suman un 38%: 32% del PQ y 6% de Québec Solidaire, partido de izquierda. Habrá que ver como se articulan a

reflejan una mayoría secesionista en Quebec en estos momentos.

B) El caso de la secesión de Escocia del Reino Unido ofrece una evolución política en buena medida distinta y plantea una problemática jurídica en parte también diferente a la estudiada respecto a Quebec, condicionadas por la singularidad constitucional británica. El detonante de la precipitación de los acontecimientos en relación con la celebración de un referéndum sobre la autodeterminación en Escocia fue la obtención de mayoría absoluta por el *Scottish National Party* (SNP) del primer ministro A. Salmond en las elecciones a la Asamblea escocesa de 2011³⁴. El gobierno de Salmond aprueba un *White Paper* que centra su atención en la elaboración de un anteproyecto de ley de referéndum (que se adjunta anexo al Informe)³⁵, el cual deberá tener lugar en 2014, convocado por el Parlamento escocés, si bien reconoce dudas jurídicas sobre la competencia de éste para convocarlo, por lo que aboga por llegar a un acuerdo con el Gobierno británico sobre el particular, y evitar así la impugnación judicial de la norma escocesa. En efecto, en el Reino Unido la convocatoria de un referéndum de secesión no es una competencia de Escocia, y por tanto sigue recayendo en el Parlamento de Westminster. Ahora bien, el Parlamento británico la puede ceder al Parlamento escocés (ya sea a través de una reforma de la *Scotland Act* de 1998, ya sea a través de una modificación extraestatutaria de competencias, a través de una *Order in Council*, ex art. 30 de la *Scotland Act*). Por otra parte, el Gobierno escocés apuesta por formular dos preguntas: una primera por la independencia, pero también una segunda por una ampliación sustancial de la

partir de ahora las relaciones entre el nuevo gobierno de Quebec y el gobierno conservador federal. El gobierno Harper no ha priorizado por ahora la cuestión de Quebec, donde tiene escasos apoyos.

³⁴ Una reconstrucción de la evolución política con referencia a los distintos documentos políticos y propuestas legislativas del Gobierno escocés y del de Londres sobre el tema hasta 2012, en A. Dorrego, "El referéndum sobre la independencia de Escocia", *Cuadernos de pensamiento político*, núm. 34, 2012, p. 85 ss.

³⁵ *White Paper: Your Scotland, your referendum*, 2012.

autonomía, la *Full Devolution* o *Devolution Max*. Se exigiría una mayoría simple de votos sin ningún requisito de participación mínima. Se aboga por ampliar el derecho de sufragio a los mayores de 16 años. Celebrado el referéndum, y caso de obtener un resultado favorable a la independencia, se prevé un periodo de dos años para la negociación de la secesión con el Gobierno de Londres y también la apertura de negociaciones con la Unión Europea, de modo que en 2016, al celebrarse las siguientes elecciones para el Parlamento de Escocia, ya serían las elecciones para un Parlamento de un Estado independiente. Se aclara igualmente que, en este caso, la Reina permanecerá como Jefe del Estado de Escocia.

Ante esta posición, el Gobierno de Londres y la Comisión para Escocia de la Cámara de los Comunes también han aprobado sendos informes donde exponen su posición, básicamente coincidente. Para el Gobierno británico, el referéndum debería celebrarse cuanto antes, para evitar la incertidumbre política y económica que genera el impasse, se plantearía una única pregunta, por la independencia, y los electores deben ser los mayores de edad, igual que en las demás elecciones. Según la Comisión para Escocia, el referéndum no puede acordarse unilateralmente por el Parlamento de Escocia (recuerda lo dicho por la Corte Suprema de Canadá en 1998), sino que debe negociarse con el gobierno de Londres (mediante una *Order in Council*). Ello es así porque es una competencia "reservada" a las instituciones nacionales. Lo mismo valdría para un referéndum para otorgar mayores competencias o *Devolution Max*. En todo caso, el referéndum tendría efectos vinculantes y no sería meramente consultivo. Por ello ha de asegurarse que el procedimiento de organización, convocatoria y celebración sea correcto (y evitar así recursos judiciales) y que los electores sepan qué se decide con su voto³⁶.

³⁶ Scottish Affairs Committee, Second rapport, *The referendum on separation for Scotland: making the process legal*, 7 de julio de 2012, Ver: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmsselect/cmselect/cmselect/542/54202.htm> (consultado el 30 de octubre 2012).

El acuerdo suscrito por los primeros ministros del Reino Unido y Escocia en Edimburgo el 15 de octubre de 2012 llega a una solución sobre los aspectos controvertidos y establece las condiciones y el procedimiento aplicable al referéndum así como el control del mismo para que sea "legal and fair" (*Agreement*, núm. 30). Así, se seguirá finalmente el procedimiento de la *Order in Council*, cediendo la competencia al Parlamento escocés para legislar sobre este concreto referéndum. Dicha ley regulará la fecha, los que tienen derecho de sufragio, los términos de la pregunta, las reglas sobre la campaña y financiación de la misma. El referéndum tendrá lugar en 2014, se preguntará solo por la independencia, y tendrán derecho de voto los mayores de 16 años. El control del mismo correrá a cargo de la Comisión Electoral, la misma que supervisa todos los procesos electorales en el Reino Unido³⁷.

A los efectos de este estudio, es relevante señalar que cada regulación responde a singularidades del ordenamiento constitucional de cada país, y a opciones políticas distintas —en Canadá una ley general, en el Reino Unido la previsión de un referéndum concreto— pero en ambos casos preside la idea de organizar un referéndum conforme a la ley. En ambos supuestos aparece, en algún momento, la negociación política, aunque no del mismo modo: en Canadá, participan todas las provincias (en tanto que Estado federal), y en particular la afectada, a lo largo del procedimiento de validación de la pregunta y de los resultados, pero la Ley de la claridad no se negoció con las provincias, ni con Quebec; en cambio, en el Reino Unido, los gobiernos de Escocia y Londres han pactado los términos de la ley *ad hoc*.

En la regulación del referéndum de autodeterminación, existen puntos que se plantean tanto en Canadá como en el Reino Unido, a los que no se da siempre la misma respuesta, como sucede: 1)

³⁷ *Agreement between UK Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland*, ver: <http://www.scotland.gov.uk/About/Government/concordats/Referendum-on-independence> (consultado el 30 de octubre 2012).

con relación a la cuestión fundamental sobre quién puede organizar y convocar el referéndum: en Canadá es la provincia, pero con supervisión de la pregunta y los resultados por parte de la Cámara de los comunes; en el Reino Unido, la Asamblea de Escocia, a partir de la cesión de la competencia por el Parlamento de Westminster; 2) la pregunta que se somete a los electores en ambos casos debe ser sobre la secesión o no (lo mismo sucedió en Montenegro), sin que quepan otras alternativas; y 3) respecto a los efectos del referéndum, parece que son vinculantes en ambos casos, pero no producen *ipso facto* la secesión. En Canadá, un resultado favorable a las tesis independentistas llevaría a la reforma constitucional; en el Reino Unido nada se dice respecto al día después, en un contexto de constitución flexible, que permite tanto esta solución como permitió la suspensión reiterada de la autonomía en Irlanda del Norte.

IV. POSIBILIDAD DE UN REFERÉNDUM SOBRE LA AUTODETERMINACIÓN EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

A raíz del reciente impulso soberanista en Cataluña, y ante la demanda de celebrar una consulta contenida en la resolución aprobada por el Parlamento el 27 de septiembre de 2012, algunos constitucionalistas han explorado posibilidades constitucionales al respecto en artículos de prensa³⁸. A continuación se analizarán las vías jurídicas que se han apuntado para poder llevar a cabo un referéndum de autodeterminación, distinguiendo tres posibilidades: a través de una ley catalana, de una ley estatal, y de una reforma constitucional. Conviene partir de la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, muy estricta y clara en este punto.

³⁸ Ver F. de Carreras, "¿Un referéndum?", *La Vanguardia*, 20 de septiembre 2012, cit; F. Rubio Llorente, "Un referéndum para Cataluña", *El País*, 8 de octubre 2012; A. Ruiz Robledo, "Una respuesta canadiense a la cuestión catalana", *El País*, 30 de octubre 2012; y J. Vintró, "Legalidad y referéndum en Cataluña", *La Vanguardia*, 2 de noviembre 2012. Véanse también las consideraciones de Eduardo Vígala en esta obra.

La STC 103/2008, en el FJ 4, al analizar los motivos de inconstitucionalidad material de la ley vasca que establecía una consulta sobre el "derecho a decidir del pueblo vasco" (y en la que se propugnaba un acuerdo de nueva relación entre dos sujetos, el País Vasco y el Estado español), sostiene que esta consulta afecta "al fundamento del orden constitucional vigente (en la medida en que supone la reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano o, cuando menos, de la relación que únicamente la voluntad de éste puede establecer entre el Estado y las Comunidades Autónomas) y por ello solo puede ser objeto de consulta popular por vía del referéndum de revisión constitucional". Por tanto, debería ser objeto de una reforma constitucional del art. 168 CE y no puede ser legislado ni por una ley autonómica ni tampoco por una ley estatal³⁹. El Alto Tribunal concluye su argumentación con estas palabras: "No caben actuaciones por otros cauces ni de las Comunidades Autónomas ni de cualquier órgano del Estado, porque sobre todos está siempre, expresada en la decisión del constituyente, la voluntad del pueblo español, titular exclusivo de la soberanía nacional, fundamento de la Constitución y origen de cualquier poder político". Ello debe completarse con la consideración reiterada del propio Tribunal sobre la inexistencia de límites materiales a la reforma constitucional (STC 48/2003, FJ 7). El vínculo es, pues, de tipo formal o procedimental.

Adviértase que esta doctrina del Alto Tribunal excluye tanto la previsión legal de un referéndum de autodeterminación entendido como secesión, como también la fijación de un nuevo estatuto jurídico entre el Estado y una Comunidad Autónoma. Esta conclusión nos avoca a la reforma constitucional sin atajos de ningún tipo. Sin embargo, debemos considerar jurídicamente también las propuestas interpretativas del texto constitucional que abren otro tipo de salidas legislativas, en manos de Cataluña o del Estado, a la celebración de

³⁹ Cuestión ya advertida por C. Viver Pi-Sunyer, en "El reconeixement de la plurinacionalitat de l'Estat en l'ordenament jurídica espanyol", en F. Requejo y A. Gagnon (eds.), *Nacions a la recerca de reconeixement. Catalunya i el Quebec davant al seu futur*, IEA, Barcelona, pp. 222-223.

un referéndum de autodeterminación del pueblo catalán.

1. Una reforma constitucional directa

Como se acaba de ver, de acuerdo con la STC 103/2008, la decisión sobre la autodeterminación de una parte del territorio español corresponde, en última instancia, al conjunto de los españoles a través de la revisión constitucional del art. 168 CE. Las Asambleas legislativas de las CCAA, por tanto el Parlamento catalán, tienen la iniciativa de la reforma (art. 166 CE remite al 87.2 CE). Manuel Aragón rechaza, no obstante, que una reforma total de la Constitución pueda incorporar el derecho de autodeterminación de una parte de su territorio porque "Ni hay Estado, ni Constitución, ni ordenamiento, si hay derecho de secesión; simplemente son entidades inconciliables"⁴⁰. En igual sentido, aunque desde una perspectiva distinta, se manifiesta Javier Ruipérez⁴¹, para quien, aunque España funcione como un Estado federal, no fue creado como tal y no partía de estados soberanos. A diferencia de Aragón, Ruipérez, siguiendo a De Vega, admite la existencia de límites implícitos a la Constitución,

⁴⁰ M. Aragón, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 63. El autor invoca a Kelsen, quien, en su *Teoría General del Estado*, sostiene que el derecho de secesión "Significaría tanto como establecer dichos deberes [jurídicos] solo a condición de que los miembros quisieran aceptarlos en cada caso concreto. Tendríamos entonces una forma normativa desbordada por el contenido "debes si quieres", Ed. Nacional, México, 15^a ed., 1983, (p. 295).

⁴¹ J. Ruipérez, *Constitución y autodeterminación*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 112ss. En cambio, en relación con el Estado federal sostiene "para que la autodeterminación como secesión sea posible en el ámbito del Estado federal, es necesario que su posibilidad haya sido expresamente prevista por el Poder Constituyente que aprobó y sancionó la Constitución federal". (p. 89). También este autor cita a Kelsen, concretamente otro fragmento del mismo párrafo citado por Aragón, para quien "Es posible que tal derecho [de secesión] sea concedido expresamente a los miembros por la Constitución de la Unión", *Teoría General del Estado, cit.*, (p. 295). En realidad, de una lectura atenta de Kelsen se desprende que el jurista austriaco reconoce este derecho, pero con limitaciones: "cuando es legalmente concedido bajo ciertas condiciones... En verdad, los Estados miembros del Estado federal carecen de un derecho de secesión por el mismo motivo que no lo tienen en la confederación: porque tal derecho -o mejor, tal fundamento de la limitación temporal del orden jurídico de la unión- se halla concedido por la constitución", *Ibidem*, (p. 296). Lo que no cabe es ejercicio unilateral de la secesión en el Estado federal, concluye Ruipérez.

entre los que estaría la unidad indisoluble de la Nación. De una lectura sistemática de la Constitución (arts. 1.2, 2, 8 y 155) y de la voluntad expresa del constituyente de rechazar la posibilidad de secesión, deduce la imposibilidad de una reforma constitucional que la previera.

En caso de proceder a una reforma constitucional, el poder constituyente constituido debería adoptar una decisión política fundamental acerca del modelo de organización territorial del poder (Estado federal, consagración de asimetrías constitucionales, autonomía política solo para algunos territorios) y en este contexto se podría plantear la inclusión del derecho de autodeterminación y los requisitos de su ejercicio en la Constitución. No se nos esconde que esta última decisión no tiene parangón en el Derecho constitucional comparado (de los estados federales y compuestos, y de las constituciones normativas) y tiene difícil encaje en la teoría constitucional, aunque no pueda excluirse de plano en el concreto ordenamiento español, dada la inexistencia de límites materiales a la reforma constitucional como parece admitir el Alto Tribunal. Sobre la misma volveremos en el apartado 4.5.

2. Legislación catalana de consultas populares

Joan Vintó ha planteado⁴² la aplicación al referéndum de autodeterminación de la Ley catalana 4/2010, de 17 de marzo, de

⁴² Así J. Vintó, "Legalidad y consulta soberanista en Cataluña", 23 octubre 2012, Blog del Institut de Dret Públic, Barcelona y en art. de *La Vanguardia*, cit. El autor defiende una reforma de la Ley catalana para incorporar la expresa previsión de un referéndum con el objeto específico señalado.

En <http://idpbarcelona.blogspot.com.es/2012/10/legalidad-y-consulta-soberanista-en.html> (consultado 23 de octubre 2012).

Por el contrario, Rubio Llorente en el artículo citado niega que la Generalitat pueda convocar el referéndum, pero añade "nada impide pedirlo e incluso colaborar en su convocatoria" e insiste en que sea el Parlamento catalán el que lo pida a través de una iniciativa legislativa de reforma de la Ley orgánica de referéndum ante el Congreso. También Carreras niega que el Parlamento catalán pueda convocar dicho referéndum.

consultas populares por vía de referéndum⁴³. Dicha ley prevé la posible celebración de un referéndum de tipo consultivo sobre "cuestiones políticas de especial trascendencia para la ciudadanía" (art. 2, se reitera en los arts. 3 y 10). Dichas consultas "no pueden ir, en ningún caso, en contra de las facultades que la Constitución y el Estatuto reconocen a las instituciones de la Generalitat" (art. 6.1). Y además, por razón del objeto, las consultas populares "de ámbito de Cataluña" (en contraposición con las de ámbito municipal) son las que operan "en el ámbito de las competencias de la Generalitat" (art. 10). Esto es así de acuerdo con el art. 122 EAC ("en el ámbito de sus competencias"). La propuesta de referéndum aprobada por el Parlamento catalán debe contar con la autorización del Gobierno del Estado (art. 13), de acuerdo con el art. 149.1.32 CE. Por tanto, una consulta sobre la autodeterminación, que sin duda tiene una especial trascendencia para la ciudadanía, sería posible, si se reformara la Ley 4/2010 incluyendo el supuesto concreto, partiendo de una premisa, en opinión del autor citado: si se opera con un concepto amplio de competencias de la Generalitat, puesto que –se sostiene– entre las facultades de la Generalitat está el ejercicio de la iniciativa de reforma constitucional por parte del Parlamento de Cataluña a las Cortes Generales (art. 166 CE en relación con el art. 87.2 CE). De este modo, si se vincula tal propuesta de referéndum a una propuesta de reforma constitucional del Parlamento catalán, se salvaría la causa material de inconstitucionalidad de la ley vasca sobre el derecho a decidir, incorporando el requisito impuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia 103/2008: que la autodeterminación

⁴³ Aunque impugnada ante el Tribunal Constitucional por el presidente del Gobierno R. Zapatero, el Tribunal levantó la suspensión (ATC 87/2011) y está en vigor. Recuérdese como la STC 31/2010, FJ 69, efectuó una interpretación conforme de rechazo por la que el art. 122 EAC de 2006 relativo a las consultas populares no puede incluir las referendarias. El impedimento, pues, no viene solo de la ley, sino de la exclusión del referéndum por parte del Estatuto. Sobre ello nos remitimos a J.M. Castellà Andreu, "Las consultas populares en la Sentencia 31/2010, sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña", en E. Álvarez Conde y C. Rosado (dirs.), F. Sanjuán (coord.), *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, IDP, Madrid, 2011, p. 197ss.

se regule en una reforma constitucional, como se ha visto⁴⁴.

Una interpretación tan amplia del alcance del término "competencia" es discutible, puesto que vacía completamente el significado preciso que la doctrina iuspublicista, en España y en los Estados políticamente compuestos, ha atribuido a la competencia como conjunto de facultades jurídicas que ostenta un ente público sobre una materia determinada⁴⁵. De seguirse la acepción amplia de competencia propuesta, el Parlamento catalán preguntaría a los ciudadanos catalanes si están de acuerdo con que el mismo Parlamento presente una iniciativa de reforma constitucional con el contenido que se estableciera (por ejemplo: el derecho de autodeterminación y el procedimiento para ejercerlo). El procedimiento descrito no está previsto y, por tanto, no se puede considerar a priori excluido que con carácter previo a la puesta en marcha de la iniciativa de reforma por parte de los legitimados, pueda añadirse algún elemento adicional. Ahora bien, esta opción resulta forzada, porque combina dos institutos distintos: la iniciativa de reforma constitucional del Parlamento catalán y el referéndum sobre decisiones políticas convocado por éste (es posible que a partir de una iniciativa popular, según el art. 21 ss), y más cuando la iniciativa de reforma constitucional ha excluido expresamente la iniciativa popular⁴⁶.

⁴⁴ Ver J. Vintró, cit.

⁴⁵ Así lo entiende también el Dictamen 15/2010, del Consell de Garanties Estatutàries, cuando debió pronunciarse sobre la adecuación constitucional y estatutaria de una propuesta de referéndum sobre la independencia de la nación catalana promovida, de acuerdo con la Ley 4/2010, entre otros, por A. López Tena: "La actividad de los promotores debe ceñirse al ámbito estricto de las competencias de la Generalitat, que con carácter general, están establecidas en el precitado título VI del Estatuto". Ello no significa, no obstante que el Parlament de Catalunya pueda "sin estar limitado por el ámbito competencial estricto de la Generalitat, efectuar las propuestas previstas en el art. 87.2 CE..."

⁴⁶ Se puede establecer un paralelismo con la exclusión de la iniciativa popular de reforma constitucional (166 CE), fruto de una enmienda *in voce* de UCD en el Congreso que G. Cisneros justificó por "cautela", y guarda relación con la visión restrictiva de las instituciones de democracia directa y semidirecta del constituyente de 1978. Así se trata de evitar que un grupo numeroso de ciudadanos (500.000) "presione" a las instituciones representativas (esta es la razón de ser de las exclusiones de ciertas iniciativas legislativas populares, ex art. 87.3 CE). Esta exclusión mereció la crítica de P. de Vega por su incoherencia con

En esta línea, el Tribunal Constitucional afirmó en la sentencia 103/2008, FJ 2, "la participación directa del cuerpo electoral en el procedimiento legislativo se restringe al ejercicio de una facultad de iniciativa (art. 87.3 CE)"; lo cual con más razón se extiende, como se ha visto, a la reforma constitucional. El Parlamento catalán es el que está legitimado para presentar a las Cortes esta iniciativa de reforma constitucional, por lo que el referéndum previo tendría una función de "aval" e impulso de la propuesta del Parlament.

Además, con la interpretación amplia de competencia de la Generalitat, se llega a la conclusión que sería posible llevar a cabo un referéndum sobre cualquier cuestión política de trascendencia, ligada o no al ámbito material de las competencias de la Generalitat. Si este es caso ¿cuál es entonces el sentido de las normas de la ley catalana mencionadas que limitan su objeto?⁴⁷

Si vamos, por último, a la cuestión de fondo que se suscita en este supuesto, surge la cuestión acerca de si pueden las instituciones de una Comunidad Autónoma convocar un referéndum de autodeterminación, o acaso con esta decisión ¿no se está alterando la lógica del sistema constitucional, según el cual el autogobierno es limitado y la autonomía no es soberanía⁴⁸? A esta misma lógica limitadora responde igualmente la previsión de la autorización del referéndum autonómico por el Estado (art. 149.1.32 CE), que

la naturaleza de la propia iniciativa legislativa popular, en *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 137-138.

⁴⁷ Esta norma tiene un precedente en las consultas municipales: D.Adicional de la LO 1/1980: "asuntos relevantes de índole municipal"; art. 71 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local: "asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local" -en no pocas CCAA los ayuntamientos pueden ejercer la iniciativa legislativa ante la Asamblea autonómica, no así no obstante Cataluña-. En materia de iniciativa legislativa popular, la ley catalana 1/2006, art. 1, delimita su objeto "materias sobre las que la Generalitat tiene reconocida su competencia y el Parlamento puede legislar" ¿es determinante esta última inciso para cambiar la concepción de competencia en una y otra ley? O es más bien una aclaración de lo que significa competencia. Nos inclinamos por esta última posición.

⁴⁸ Desde la STC 4/1981, el Alto Tribunal ya dejó claro que autonomía no es soberanía, y que se trata de un poder limitado. También la STC 31/2010 se reafirma en lo anterior en distintos pasajes.

actúa como “mecanismo de garantía de la unidad política”⁴⁹. Por eso mismo, en última instancia, corresponde al Estado autorizar la convocatoria del referéndum, según la Ley catalana 4/2010⁵⁰, con lo que al final, siguiendo esta vía legislativa, no se evita el pronunciamiento definitivo del Gobierno del Estado para que la convocatoria de referéndum pueda tener lugar. No estamos, pues, en ningún caso, ante un referéndum convocado unilateralmente por la Comunidad Autónoma.

En definitiva, a mi juicio, la aprobación de una propuesta de referéndum de autodeterminación por el Parlamento de Cataluña quedaría fuera del objeto de la ley catalana de referendos invocada, puesto que no entra dentro de las competencias autonómicas. La misma argumentación de base sirve para la celebración de una consulta no referendaria sobre el derecho de autodeterminación. Esta vía parte de la premisa de que el Parlamento catalán surgido de las urnas el 25 de noviembre de 2012 apruebe una Ley de consultas populares no referendarias, como se ha señalado en el pacto suscrito por CiU y ERC (Acuerdo para la transición nacional y para garantizar la estabilidad parlamentaria del Govern de Catalunya, 19-12-2012), junto a la opción de solicitar al Gobierno del Estado la convocatoria de un referéndum de acuerdo con la ley catalana de 2010, comentada. El proyecto de ley sobre la cuestión que decayó por la disolución anticipada de la anterior Legislatura adolecía de una confusión de base: pretendía crear un *tertium genus* entre el referéndum –apelación directa al cuerpo electoral mediante el voto y siguiendo un procedimiento y unas garantías electorales– y las consultas populares por las que se expresa la opinión de

⁴⁹ Así lo dijo el Consell de Garanties Estatutàries en el dictamen 3/2010 sobre la Ley de consultas populares por vía de referéndum.

⁵⁰ La desición que adopte el Gobierno es libre, como señala el ATC 87/2011. Se aclara de este modo la posición más ambigua del Tribunal Supremo, que mencionaba expresamente una parte reglada de la decisión se ha debido atener a unos procedimientos, aunque el fondo parece que sea discrecional, de lo contrario se trataría de una función de verificación formal, lo que casa mal con el ejercicio de una competencia constitucionalmente atribuida. Ver la STS, sala tercera, sección tercera, de 23 de septiembre de 2008 (caso Almuñecar).

grupos y personas (figuras de democracia participativa), pero que *sustancialmente* sería un referéndum, lo que podría desembocar en un recurso de inconstitucionalidad contra la ley que aprobara esta figura. En cualquier caso, también el proyecto de ley citado circunscribía su ámbito de aplicación a las competencias propias, con lo que se reproduce en este punto la polémica anterior.

3. Regulación estatal: ¿reforma de la Ley orgánica de referéndum de 1980 o aprobación de una ley orgánica específica sobre el referéndum de autodeterminación?

La opción señalada por Carreras y por Rubio, además de ser contemplada también por Vintó, lleva a la utilización del referéndum consultivo sobre decisiones políticas de especial trascendencia del art. 92 CE para el referéndum de autodeterminación. De acuerdo con este precepto, desarrollado en la Ley orgánica 2/1980, reguladora de las distintas modalidades de referéndum, el Rey convoca el referéndum que propone el presidente del Gobierno al Congreso de los Diputados la celebración de un referéndum, el cual, según la ley, debe autorizarlo por mayoría absoluta. La cuestión está en saber si cabe aplicar esta modalidad referendaria a supuestos de referéndum en que solo se pregunte a una fracción del cuerpo electoral, en este caso, al pueblo de Cataluña. Es verdad que la Ley orgánica no excluye esta posibilidad pero no se puede obviar una objeción derivada del propio texto constitucional, el cual se refiere a que tales decisiones políticas podrán ser sometidas a referéndum consultivo “de todos los ciudadanos”⁵¹. De este modo, a priori, parece que se estaría refiriendo

⁵¹ Se trata de una cuestión poco tratada por la doctrina. E. Linde y M. Herrero admiten la posibilidad de que la Ley orgánica prevea un referéndum consultivo de ámbito autonómico, en “El referéndum en la Constitución española de 1978”, *Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político UNED*, núm. 3, 1979, p. 40. Más tarde, los mismos autores consideran inconstitucional la exclusión de este tipo de referéndum en la Ley orgánica, ver E. Linde y M. Herrero, “Comentario a la ley orgánica de modalidades de referéndum”, *Revista del Departamento de Derecho Político UNED*, núm. 6, 1980, p. 94. De hecho, en la discusión parlamentaria del proyecto de ley orgánica, el diputado Barrera Costa

a todo el cuerpo electoral. La referencia que la ley orgánica (art. 5.1) hace al "ámbito que corresponda a la consulta", y que podría interpretarse como una apertura a referendos de ámbito distinto al estatal, se explica en que la ley orgánica regula otras modalidades de referéndum de ámbito territorial y autonómico (singularmente de aprobación y reforma de estatutos). Partiendo, no obstante, de la posibilidad de un referéndum consultivo de ámbito autonómico, y ante la ausencia de previsión legal específica, los autores que lo han planteado, han abogado por una reforma de la ley orgánica citada que incorporase un referéndum consultivo autonómico (así Rubio y Vintó).

La objeción anterior se salvaría defendiendo que se trataría de un referéndum distinto del previsto en el art. 92 CE (de ámbito estatal), pero creado a imagen suya: igualmente consultivo, sobre decisiones políticas de especial trascendencia, con autorización del Congreso o del Gobierno español; esto último para satisfacer la exigencia de la competencia estatal de autorización de la convocatoria del mismo del art. 149.1.32 CE. La nota diferencial vendría dada por el ámbito autonómico del mismo. Aunque este nuevo referéndum podría regularse en la Ley orgánica de las distintas modalidades de referéndum, en la medida que el art. 92.3 CE alude a la reserva de ley orgánica para regular las modalidades de referendos "previstas en la Constitución" —entre las que no se encuentra el que se está configurando—, lo más apropiado sería preverlo en una ley orgánica específica (en principio debería utilizarse una ley orgánica porque desarrolla el derecho fundamental de participación directa en los asuntos públicos del art. 23.1 CE⁵²). Ahora bien, ya que, de acuerdo

(ERC) abogó por su incorporación, en *BOCG, Congreso de los Diputados*, 28 diciembre 1979, núm. 59, p. 4035-6.

⁵² El Tribunal parece excluir de los referendos protegidos por el derecho fundamental del art. 23.1 CE como formas de participación directa, aquellos no previstos expresamente por la Constitución (STC 103/2008, FJ 2). Sin embargo, esta interpretación parece contradecirse con: 1) la competencia del Estado para autorizar la convocatoria de consultas por la vía de referéndum, se entiende que de CCAA y entes locales del art. 149.1.32 (esto último da sentido a la Disposición adicional de la Ley Orgánica 2/1980), y 2) la consideración como contenido del derecho fundamental de la iniciativa legislativa popular a escala autonómica.

con el art. 149.1.32 CE, la autorización de la convocatoria del referéndum no se limita a los referendos previstos en la Constitución sino que se extiende a todos los que tengan un ámbito no estatal, la previsión legal del nuevo referéndum debería contar con la autorización del Estado. Este referéndum, como se ha visto, no es equiparable tampoco al referéndum autonómico sobre decisiones políticas relativas a competencias de la Comunidad Autónoma (como el previsto en la Ley catalana 4/2010), ya que, según sostuvo el Tribunal Constitucional en la sentencia 31/2010, FJ 69, para que dicho instituto de democracia semidirecta fuese admitido constitucionalmente, requeriría que fuese regulado en la Ley orgánica de referéndum, además de en el Estatuto.

A propósito de una hipotética previsión legislativa en manos del Estado de un referéndum de autodeterminación de parte del territorio español, se suscita la cuestión acerca de si la ley orgánica debe regular un referéndum concreto de autodeterminación (el de Cataluña) u optar por establecer un procedimiento de aplicación general a otros posibles supuestos análogos. En el primer caso estaríamos ante una ley de caso único, autoaplicativa, en el segundo ante una norma general que no agota su eficacia en un acto de aplicación determinado. Las diferencias tienen que ver con los legitimados para la impugnación de dicho referéndum y el órgano judicial competente para conocer del recurso. En cualquier caso la ley debería incluir las condiciones, requisitos materiales y procedimentales para la celebración del referéndum así como sus efectos.

Antes de acabar, cabe plantearse una variante de la anterior opción, en aras de permitir a la Generalitat su participación en la organización del referéndum de autodeterminación. Partiendo de la premisa de que la Generalitat no es competente para convocar este concreto tipo de referéndum, cabría considerar si el Estado, que tiene la competencia sobre esta materia (no solo para autorizar sino para regular el referéndum de autodeterminación), puede delegar o transferir su competencia —ejecutiva en el primer caso, legislativa en el segundo— a la Generalitat. Estaríamos ante un supuesto de

ley orgánica del art. 150.2 CE. En este caso se englobaría en la competencia del Estado del art. 149.1.1 CE (en materia de derechos constitucionales, en la medida que el referéndum forma parte del contenido constitucional del derecho de participación del art. 23 CE). Dificilmente cabe imaginar que se pueda ceder totalmente esta competencia a la Generalitat, de acuerdo con el propio art. 150.2 CE (“que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación”) y lo dicho anteriormente sobre este tipo de referéndum. Ahora bien, cabría una cesión acotada. La ley orgánica de delegación o transferencia establecería el régimen jurídico de este concreto referéndum: los requisitos para la convocatoria, la pregunta, la regulación de la campaña, el control de la administración electoral y las garantías jurídicas del mismo –incluyendo el control jurisdiccional de todo el proceso. La Generalitat podría encargarse de su convocatoria cuando se cumplieran dichos requisitos. Con esta opción legislativa, se deja a la Generalitat intervenir en la organización y convocatoria de dicho referéndum (por ejemplo mediante votación parlamentaria con la mayoría que se quiera exigir). En este caso, la autorización por el Estado sería una última cautela o bien la misma se podría incorporar a la ley de delegación. Aunque el ordenamiento español no prevea la elaboración paccionada de la ley, nada impide que de facto así se haga, como ha sucedido en ocasiones anteriores (piénsese en la ley orgánica 6/1997, de transferencia de competencias ejecutivas en materia de tráfico a Cataluña). Esta es la fórmula jurídica que seguramente más se acercaría al pacto entre los gobiernos de Londres y de Escocia (*Order in Council* del gobierno británico).

De este modo, la ley orgánica habría reconocido el derecho de autodeterminación, entendido como la activación de la reforma constitucional sucesiva, y/o habría establecido su procedimiento para ejercerlo. El ejercicio efectivo del mismo mediante referéndum dependería de la valoración política que efectuara la institución representativa catalana, aunque también se podría decidir la fecha del mismo en la ley. Un resultado adverso debería conllevar el paso de un periodo de tiempo antes de reiniciar el procedimiento, igual

que ocurre con la reforma estatutaria.

4. Contenido y efectos del referéndum de autodeterminación, legalmente establecido

Se ha planteado política y jurídicamente la regulación y celebración de una consulta o referéndum que abra el proceso que culminaría en la reforma constitucional propiamente dicha. ¿Cuál sería el objetivo de dicho referéndum?, ¿qué objeto debería perseguir?, ¿tendría por fuerza carácter consultivo?

Si atendemos a la moción aprobada por el Parlamento catalán el 27 de septiembre de 2012 citada, el objeto de la “consulta” (no se usa el término referéndum) sería el ejercicio del “derecho a decidir” (no se emplea el término autodeterminación, aunque se desprenda de su contenido: “el pueblo catalán pueda decidir libre y democráticamente su futuro colectivo” –punto 3-; “los ciudadanos de Cataluña puedan determinar su futuro colectivo en un marco de plena libertad” –punto 4-; “el pueblo de Cataluña pueda determinar libre y democráticamente su futuro colectivo” –punto 5). No se especifica, en cambio, en la moción el objetivo o resultado del mismo (no se habla de la secesión) y en cualquier caso no se menciona el objetivo de la reforma constitucional. Es más, no se ha planteado una iniciativa del Parlamento de Cataluña ante el Congreso para poner en marcha dicha reforma constitucional. Veremos qué ocurre en la Legislatura iniciada con las elecciones del 25 de noviembre de 2012, pero esta vía no aparece en el pacto CiU - ERC de 19-12-2012 citado.

Por su parte, algunos constitucionalistas que han defendido la constitucionalidad de una consulta a los ciudadanos de Cataluña, se refieren, más bien de pasada, a que el destino del referéndum sería activar la reforma constitucional. Así, Francisco Rubio justifica el referéndum en la necesidad –“urgente”, “inaplazable”- de “verificar la solidez y el contenido de esas aspiraciones”. Y admite que pueda desembocar en una reforma constitucional (“Si la Constitución lo

impide habrá que reformarla, pero antes de llegar a ese extremo, hay que averiguar la existencia, y solidez de esa supuesta voluntad”). Francesc de Carreras dice más claramente que un resultado a favor de la secesión debería desembocar en una reforma constitucional. Joan Vintó, como se ha indicado, relaciona la adecuación constitucional de la convocatoria de un referéndum a que esté “vinculado a la apertura de un procedimiento constitucional” y Agustín Ruiz Robledo propone una concreta pregunta en el idéntico sentido. El presupuesto obvio de estas posiciones —y la de quienes niegan la posibilidad de la convocatoria del referéndum con base en la Constitución— está en el no reconocimiento del derecho de autodeterminación de una parte del territorio del Estado en la Constitución vigente.

El modelo de referéndum constitucionalmente establecido con carácter general, más allá de los supuestos concretos de la reforma constitucional y estatutaria, es de tipo consultivo. Por tanto, cabe entender que el referéndum debería tener este carácter. El empleo del término “consulta” por parte de la resolución del Parlament de 27 de septiembre de 2012, así como en las declaraciones de sus impulsores, cabría interpretarse como una referencia a esta modalidad de referéndum. Otra interpretación posible es la de entender que la consulta no es un referéndum, abriendo de este modo la puerta a la utilización de la proyectada legislación catalana de consultas populares no referendarias. Sin embargo, esta última posibilidad parece inconsistente en términos jurídicos: una apelación directa al cuerpo electoral mediante el voto (aunque sea introduciendo algunas variaciones a los sujetos con derecho de sufragio) es un referéndum, al margen de los efectos que tenga, sean o no consultivos. Esto último fue advertido ya por el Tribunal Constitucional en la sentencia 103/2008. Diseñar unas garantías y un procedimiento alternativo al previsto para el referéndum para no denominarlo referéndum —y obviar así la autorización del Estado de su convocatoria— no esconde que estemos en realidad ante un referéndum, como se ha visto.

En principio, y de acuerdo con la lógica de la institución del

referéndum consultivo, no tendría sentido regular un quórum de participación ni tampoco de votos favorables. Pero políticamente puede ser relevante dejarlo claro, a efectos de forzar la apertura de un proceso de reforma constitucional y de negociación entre ambos gobiernos. Son, en cualquier caso, aspectos que pueden formar parte de un pacto político y de un compromiso para la actuación ulterior. Tanto las Cortes como el Parlamento catalán tomarían nota de los resultados a los efectos del camino a seguir a partir de aquel momento.

En términos jurídicos el referéndum consultivo no produce efectos vinculantes, otra cosa es lo que ocurra en términos políticos, se suele decir por parte de la doctrina, apelando al principio democrático⁵³. Pero entiendo que la diferencia es de principio. El principio democrático puede operar “en” la Constitución, y también “sobre” la Constitución, por decirlo en palabras de Manuel Aragón⁵⁴. En el primer caso, que es en el que se inserta el referéndum consultivo del art. 92 CE, el referéndum opera dentro del sistema constitucional y tiene la eficacia que en cada caso le atribuya éste: un referéndum consultivo implica aceptar a priori no tanto que no vincula a los poderes públicos sino sobre todo la función que el constituyente le ha dado, esto es, que el pueblo da una “orientación política” (acto de *indirizzo*) para que el Parlamento o el gobierno decidan asumirla, de acuerdo con sus potestades constitucionales, y respondan políticamente de la decisión adoptada al respecto. En definitiva, el pueblo que se pronuncia en un referéndum consultivo ostenta poderes doblemente limitados: por ser un poder constituido u órgano constitucional y por la naturaleza consultiva del acto.

Cuando se habla de otorgar eficacia vinculante al resultado del referéndum, en nombre del principio democrático, en realidad se

⁵³ J.A. Santamaría Pastor, “Comentario al art. 92”, en F. Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 1317; J.L. Rodríguez Zapataro, “El referéndum consultivo del artículo 92 de la Constitución española de 1978: un análisis crítico”, *La Ley*, núm. 1, 1986, p. 1163.

⁵⁴ M. Aragón Reyes, *Constitución y democracia*, cit., p. 103.

está queriendo decir “valor constituyente”. Solo en este plano el principio democrático opera sin límites jurídicos, es decir, opera “sobre” la Constitución, esto es, como un principio político, no jurídico. Por eso, en buena lógica constitucional (vigente), en España el referéndum sobre el derecho de autodeterminación solo podría ser consultivo, y con vistas a poner en marcha la reforma constitucional.

5. El referéndum de autodeterminación ¿puerta para la reforma constitucional o para la ruptura del Estado?

El planteamiento de un referéndum de autodeterminación, sea cual sea la vía jurídica (constitucionalmente posible aunque no sin dificultades) elegida para ello, suscita una cuestión que no me parece soslayable, y sobre la que no se ha prestado la suficiente atención doctrinal. Tratemos de imaginar los hechos que habrían de tener lugar una vez regulado legalmente y celebrado un referéndum en Cataluña (cuestión que centra la atención de unos y otros y a la que se ha dedicado los apartados anteriores). A continuación, si el resultado del referéndum fuese favorable a la autodeterminación, se abriría el proceso de reforma constitucional, de acuerdo con el procedimiento agravado del art. 168 CE, que se plantearía supuestamente la reorganización territorial y, en su caso, la inclusión del derecho de autodeterminación en la Constitución. Esto significa revisar, de entrada, el art. 2 CE (unidad de la nación, patria común e indivisible, y derecho a la autonomía) y, según sea el alcance de dicha reforma, el art. 1.2 CE (atribución al pueblo español de la soberanía nacional). De este modo correspondería a las Cortes –en dos legislaturas sucesivas– y al pueblo español en referéndum ratificar dicha reforma constitucional⁵⁵.

⁵⁵ De forma jurídicamente coherente, la STC 103/2008 dejó claro que “tratar de sortear, eludir o simplemente prescindir de esos procedimientos sería intentar una inaceptable vía de hecho (incompatible con el Estado social y democrático de Derecho que se proclama en el art. 1.1. CE) para reformar la Constitución al margen de ella o conseguir su ineficacia práctica” (FJ 4).

Sin embargo, este iter lleva en la práctica a un callejón sin salida para las aspiraciones autodeterministas desde el punto de vista jurídico. En efecto, no se puede asegurar que la reforma constitucional acabara con la incorporación del derecho de autodeterminación y de su procedimiento de ejercicio en la Constitución, o bien, que el pueblo español la votara en referéndum. Con lo cual se llegaría a una situación de bloqueo jurídico, que solo tendría salida por vía fáctica o política. Y en el caso de que la reforma constitucional cambiara la forma de Estado –por ejemplo en sentido federal– tampoco encajaría el contenido de dicha reforma con la voluntad soberanista expresada en el referéndum. El pueblo español, considerado como un todo, tiene en cualquier caso la última palabra sobre la reforma. Recuérdense los datos aportados al principio de este trabajo sobre la opinión de la ciudadanía acerca del futuro del Estado autonómico y el crecimiento acelerado de las voces críticas con el mismo. Es oportuno traer a colación lo sucedido en Canadá en 1992 cuando el pueblo canadiense rechazó el acomodo de Quebec a la Constitución de 1982 que habían pactado los primeros ministros de la Federación y de todas las provincias en el Acuerdo de Charlottetown.

En realidad lo que, a mi juicio, podría ocurrir más bien es que un resultado favorable en el referéndum sobre la autodeterminación, llevara a otro escenario político en España, de ruptura de facto, con una declaración unilateral de independencia⁵⁶. Estaríamos ante un acto que desencadenaría un nuevo proceso constituyente que daría lugar no solo a una nueva Constitución sino a un nuevo Estado (Cataluña), produciendo un supuesto de ruptura constitucional, de

⁵⁶ De hecho es lo que parece admitir el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries 15/2010, cit, cuando dice textualmente “el Parlamento de Cataluña, dentro del marco constitucional y estatutario (arts. 61 EAC y 166 CE), podría iniciar la revisión constitucional para incluir el derecho de una nacionalidad a separarse el Estado español, aunque en política internacional comprada los procesos de autodeterminación y de secesión son fenómenos aconstitucionales, que generalmente concluyen con procesos constituyentes nuevos que no utilizan los procedimientos establecidos en las constituciones de los estados disueltos”, FJ 3. Quizás los términos “aconstitucionales” y “estados disueltos” no sean los más adecuados, al menos en el contexto español.

“destrucción de la Constitución” de 1978, en sentido schmittiano, con cambio de poder constituyente, tanto en lo que quedara de España como en Cataluña⁵⁷. Es lo que ocurrió con la desintegración de la URSS, Checoslovaquia y Yugoslavia. En cambio, aunque, como se ha dicho, parece improbable (porque seguramente no se darían las condiciones de aceptación popular), no sería descartable del todo, un nuevo pacto de naturaleza confederal o bilateral entre Cataluña y el resto de España con el reconocimiento del derecho de secesión, que siguiera el procedimiento de revisión constitucional del art. 168 CE. En este caso es discutible si se salvaría el poder constituyente de 1978 o estaríamos también ante una nueva Constitución española⁵⁸. Es lo que ocurrió, como se ha visto, y salvando las distancias, con la Carta Constitucional de Serbia y Montenegro de 2003. A los tres años, Montenegro ejerció el derecho de autodeterminación reconocido, disolviéndose la entidad confederal.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN, FORZOSAMENTE PROVISIONAL

En este trabajo se han planteado distintas hipótesis sobre cómo afrontar jurídicamente el caso de que se siguiera adelante con la demanda del referéndum sobre la autodeterminación de Cataluña. La ventaja de proceder directamente a la reforma constitucional es que se dejaría ya de entrada en manos del poder constituyente-constituido la articulación del nuevo modelo de Estado y, si es el caso, de la introducción del referéndum de autodeterminación. Se evitaría por esta vía una reforma en dos pasos, como requieren las

⁵⁷ C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, p. 115. No aludimos en el texto a la cuestión de la sucesión de estados, en términos del Derecho internacional público.

⁵⁸ M. Aragón, *Constitución y democracia*, cit., pp. 61-63, opina que el conjunto del pueblo puede decidir el hecho mismo de la separación de una parte, pero en cambio no podría regularse por medio de una reforma total el derecho de autodeterminación de una fracción del pueblo; y J. Ruipérez, *Constitución y autodeterminación*, cit., p. 151, considera que sería un nuevo poder constituyente.

propuestas de reforma legal que se han formulado: primero, averiguar la voluntad de autodeterminación de un territorio a través de un referéndum (consultivo), para, a continuación, en caso de voluntad favorable, iniciar el procedimiento de reforma constitucional propiamente dicha. Además, se sortearía de este modo la dificultad de articular jurídicamente el referéndum de autodeterminación por ley, de conformidad con la Constitución vigente. Ahora bien, no se nos escapan tampoco las dificultades prácticas y los efectos imprevisibles de empezar el proceso a través de una reforma constitucional. Precisamente por ello tiene sentido plantearse otras alternativas menos gravosas en términos jurídicos como la regulación del referéndum por vía legislativa (estatal), aunque sea más forzado en términos técnicos, porque escapa a la lógica intrínseca de las previsiones constitucionales en España (y en Derecho comparado). La aprobación de una ley orgánica de este tipo requeriría un amplio consenso parlamentario entre las fuerzas mayoritarias en el conjunto del Estado y en Cataluña, evitando caer en los errores de la reforma estatutaria. En cualquier caso debe valorarse la ventaja política que podría suponer una regulación del derecho de autodeterminación y/o el procedimiento para hacerlo efectivo con las debidas garantías por ley orgánica, desde el punto de vista de que no tiene porque ser ejercido inmediatamente. En efecto, de este modo se traslada al tejado de las fuerzas nacionalistas la decisión sobre su propuesta de convocatoria y ejercicio. Es lo que ha ocurrido en Quebec con la Ley de la claridad de 2000 hasta la fecha. De todos modos, de producirse un pronunciamiento favorable del pueblo catalán a un referéndum independentista, seguramente sería inevitable una situación de facto, de ruptura constitucional y del Estado.

El Tribunal Constitucional ha dado en no pocas ocasiones una lectura cerrada de la Constitución que lleva a una única vía de salida: la reforma constitucional. Una interpretación más abierta de su texto, conforme con los principios que informan la Norma Fundamental puede ofrecer alternativas a la misma. Ahora bien, no está claro que el nacionalismo catalán mayoritario esté en este momento histórico

dispuesto a aceptar una solución que no implique la ruptura.

Uno de los politólogos soberanistas más prestigiosos de Quebec, Alain-G. Gagnon, escribía en 1998, poco antes de darse a conocer el Dictamen de la Corte Suprema de Canadá, y a tres años del referéndum de 1995 sobre el "impasse" del momento: "Canadá se encuentra al borde del precipicio...es difícil entrever una salida fácil de la crisis política actual. Estamos en presencia de actores políticos que evolucionan sobre vías perpendiculares, con el riesgo de que se crucen en cualquier momento, provocando una colisión que podría ser trágica...es difícil, en estos primeros meses de 1998, una salida al atolladero constitucional canadiense...Canadá está prisionero de sus propias instituciones" y añadía- "Mientras que tanto en España como en Inglaterra es el poder central el que toma la iniciativa para dar respuesta a los reclamos de naciones como la catalana o la escocesa, respectivamente, en Canadá las instancias centrales niegan hasta la existencia misma de las naciones sobre las cuales se funda la legitimidad de un Estado que se dice "federal"⁵⁹. En los años transcurridos desde entonces, de hecho, a partir de la publicación del Dictamen de la Corte Suprema sobre la secesión unilateral de Quebec meses más tarde de las palabras de Gagnon, Quebec ha seguido derroteros políticos distintos a los esperados. Conviene tener esta lección siempre presente: el futuro no está escrito y depende en gran medida de acontecimientos de todo orden imposibles de prever, así como de la inteligencia política y jurídica, y de la voluntad de concordia de los dirigentes políticos y, esto no es secundario, de la sociedad civil.

⁵⁹ A.-G. Gagnon, *Quebec y el federalismo canadiense*, CSIC, Madrid, 1998, pp. 219, 222, 223 y 217.

PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL EN UN CONTEXTO MULTINIVEL. UN ENFOQUE DESDE EL ESTADO AUTONÓMICO

Por

Rosario Tur Ausina

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Miguel Hernández de Elche

SUMARIO. I. FEDERALISMO Y TOMA DE DECISIONES EN UN CONTEXTO MULTINIVEL. II. PARTICIPACIÓN Y COLABORACIÓN. CONCEPTUALIZACIÓN. III. ESTADO AUTONÓMICO Y DÉFICIT COLABORATIVO ESTATAL. UNA MANIFESTACIÓN DE LA SUPUESTA "SUPLANTACIÓN" DEL PODER DE DECISIÓN ESTATAL POR PARTE DE ALGUNOS ESTATUTOS. IV. ÚLTIMAS REFORMAS ESTATUTARIAS Y PLANTEAMIENTOS COLABORATIVOS: LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. V. CONCLUSIONES. HACIA LA CONFIGURACIÓN DE UN MODELO CONSTITUCIONAL FEDERALIZADO DE COLABORACIÓN INTERINSTITUCIONAL

I. FEDERALISMO Y TOMA DE DECISIONES EN UN CONTEXTO MULTINIVEL

La toma de decisiones en un Gobierno multinivel implica, por definición, la necesidad de superar los planteamientos conflictivos en los procesos decisorios. Ello supone, en consecuencia, la adopción de patrones propios del "derecho convencional" y la superación de aquellos ligados al "principio mayoritario", en tanto la configuración