

Ángel Munárriz

Siete vías para un referéndum en Cataluña

(InfoLibre, 9 de octubre de 2017).

infoLibre analiza las oportunidades y limitaciones de las distintas fórmulas legales de consulta directa a la ciudadanía para el caso catalán.

La arquitectura constitucional aboca a un referéndum en toda España si se toca la soberanía nacional o la unidad del Estado.

Una consulta pactada, aunque no sea vinculante jurídicamente, obliga a la negociación.

La escalada de tensión política y social en Cataluña se recrudece. Hay una espiral sin freno de acción-reacción que incluye masivas manifestaciones en las calles, escenario de **división e incluso enfrentamientos**. Semultiplican los análisis y pronósticos cargados de pesimismo. Entre las opciones inmediatas que maneja el bloque independentista (Junts Pel Sí y las CUP) está la **declaración unilateral de independencia**, que supondría la culminación de la **estrategia de desobediencia** por parte del Govern y del Parlament. Dicha estrategia ya dio un salto cualitativo con el mantenimiento del **referéndum** suspendido por el **Tribunal Constitucional** y celebrado **sin suficientes garantías democráticas**, pero al que las autoridades independentistas dan carácter vinculante. El **discurso de Felipe VI, sin alusiones al diálogo** y con una llamada a los "poderes del Estado" a "garantizar el orden constitucional", ha sido interpretado como un aval a la intervención de la autonomía catalana por la vía de **la aplicación del artículo 155** de la Constitución.

Las vías negociadas se estrechan o desaparecen. No surge ninguna iniciativa ni figura política con autoridad reconocida por todos. La **comisión de evaluación y modernización del Estado autonómico impulsada por el PSOE** carece de protagonismo en la crisis catalana. La **mesa de partidos creada por Podemos** difícilmente articulará un espacio que incluya a las partes enfrentadas. La negociación política entre opuestos –difícil, larga, contradictoria, no necesariamente fructífera– está desaparecida; ocupa todo el espacio la **ridiculización y demonización del adversario**, el discurso de la amenaza y la exhibición de fuerza. Y eso a pesar de que el escenario plantea la posibilidad de diálogo o reflexión sobre diversas hipótesis político-jurídicas que –en principio– podrían servir al menos como puntos de partida para acercar posiciones y otorgar algo de protagonismo a la negociación. **Hay vías legales para intentar una solución democrática de la crisis catalana**, vías que incluyen el voto popular, la decisión directa de la ciudadanía. Vías que no contentarán –al menos no del todo– a todas las partes, quizás incluso a ninguna.

infoLibre repasa –con apoyo en el criterio de juristas, constitucionalistas y expertos en ciencia y filosofía política y del derecho– diversas posibilidades. Ni son las únicas, ni tienen por qué excluirse unas a otras, ni a su vez cierran el paso a otras diferentes. "Esto es un problema político, no jurídico. Eso es lo primero que hay que entender", señala Rubén Martínez Dalmau, profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia. Se trata, añade, de buscar soluciones, no de encontrar limitaciones.

1. Reforma constitucional: cambiar España para seducir a Cataluña

Es la opción **defendida por el PSOE**. El foco no está puesto en el referéndum en sí, sino en el contenido, aunque finalmente sería **obligatorio preguntar a toda la ciudadanía española por la reforma**. El cambio constitucional intenta dar respuesta a la crisis catalana ofreciendo una España más atractiva, si no para los

independentistas convencidos, sí para **esa parte de la sociedad desencantada que se ha aproximado circunstancialmente al independentismo** pero podría mirar las reformas con agrado. Existe un amplio consenso entre constitucionalistas acerca de las posibilidades que una reforma federal del texto del 78 ofrece para encarar la actual crisis política e institucional, fundamentalmente en su apartado territorial.

¿Qué reformas caben, con la vista puesta en Cataluña? **El abanico es amplio:** reconocimiento de Cataluña como nación o de la **plurinacionalidad del Estado**, ampliación competencial de las comunidades, reforzamiento de las atribuciones en educación de las autonomías con lengua propia, *federalización* del Estado y establecimiento de mecanismos de decisión de las autonomías en los asuntos generales, reconocimiento –por ejemplo, en disposición adicional– de **un estatus económico-fiscal diferente para Cataluña**, reforma de instituciones con marchamo centralista como el Senado o el Tribunal Constitucional...

Según cuál sea el enfoque jurídico o político, hay reformas más "neoforalistas" y otras más "federalistas", donde se daría una verdadera descentralización del poder capaz de contentar a todas las autonomías, y que se completaría con reconocimientos de tipo identitario o simbólico de Cataluña. Y no sólo de Cataluña, claro. Porque una de las grandes dificultades de esta fórmula es que pueda ser asumida por todas las autonomías.

La reforma constitucional culminaría con un referéndum. La monarquía parlamentaria española es un sistema eminentemente representativo, en el que los ciudadanos ejercen su soberanía a través de sus delegados en el Congreso, los diputados. No obstante, hay previstos en la propia Constitución mecanismos de democracia directa: concejos abiertos, para municipios pequeños; iniciativa popular, para propiciar nueva legislación con la presentación de firmas; y referéndums. Esta última vía es la más potente. Consiste en **preguntas directas con respuestas "sí o no"**.

Si se modifican los conocidos como "títulos blindados" de la Constitución, es obligatorio hacer un referéndum. Esos títulos son los que afectan a los derechos fundamentales, a la Corona y a las normas básicas del ordenamiento jurídico. En este tercer grupo entran dos artículos: uno) "La **soberanía nacional** reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado"; y dos) "la Constitución se fundamenta en la **indisoluble unidad de la nación española**, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas".

Así que cualquier modificación que afecte a los términos de soberanía y unidad de España debería llevar a un referéndum de la Constitución. Es más, casi cualquier reforma debería, porque una décima parte de los diputados pueden forzarlo incluso cuando no se cambian los artículos blindados.

Por ello no es descartable un escenario en el que se sometiera a referéndum en toda España una reforma de la Constitución con mayores reconocimientos de tipo económico, competencial e identitario para Cataluña. Los obstáculos son múltiples. ¿Se alcanzaría el consenso político necesario para realizar la reforma? ¿La aprobaría el conjunto del pueblo español? **¿Cuál sería el resultado en Cataluña?** Huelga decir que una reforma pensada –aunque no exclusivamente– para Cataluña que fracasase en Cataluña no resolvería el problema político, aunque recibiera el aprobado del conjunto del censo español. También es probable que si Cataluña avalase la reforma, la reivindicación independentista perdería fuelle... siempre y cuando también recibiera el respaldo de toda España.

2. Nuevo Estatut: volver sobre los pasos sin repetir errores

El principal problema es que buena parte del independentismo considera esta vía una "pantalla pasada". La experiencia del último Estatut fue un fiasco. Aprobado por las

Cortes y refrendado en Cataluña en 2006, el Tribunal Constitucional **acabó rebajando el texto en 2010** y declarando la "ineficacia jurídica" de las alusiones "nacionales", lo que provocó un seísmo político cuyas consecuencias se dejan notar en la actual crisis.

¿Se puede volver a ensayar esa vía? Santiago Muñoz Machado, catedrático de Derecho Administrativo de la Complutense, considera que no sólo se puede, sino que es la mejor forma de que la ciudadanía catalana se pronuncie en referéndum sobre un texto legal. Eso sí, **un texto legal que a su vez habría forzado modificaciones en la Constitución**. Porque de lo que se trataría es de evitar que se volviera a producir un choque de legitimidades. Por eso la modificación de la Constitución debería ser previa al nuevo Estatut. En dicha reforma de la Carta Magna no sería necesario incluir tantos reconocimientos identitarios, pero sí los suficientes para garantizar que dan cauce a los que incluirá el posterior Estatut, según los partidarios de esta fórmula. Muñoz Machado también defiende la necesidad de una reforma del Tribunal Constitucional que disminuya sus dependencias políticas y refuerce su credibilidad.

3. La vía canadiense: obligar al Estado a negociar

Casi por definición, el independentismo es poco compatible con tirar la toalla. Los separatistas de la provincia francófona de Quebec han perdido dos referéndums en Canadá, uno en 1980 y otro 1995. El segundo erizó al país entero. Votó más de un 90% del censo de Quebec y ganó el "no" por el 50,58%, frente a 49,42% del "sí". ¿Qué hizo el independentista **Parti Québécois** poco después? Anunciar un tercer referéndum para 1997. El Gobierno federal acudió entonces en busca de arbitrio al Tribunal Supremo de Canadá, similar al Constitucional en España, que en 1998 dictó un fallo unánime para clarificar la cuestión. No es ocioso presumir que la sentencia sería difícil de asumir para todo el arco político español, del PP a las CUP. Aunque por motivos diferentes según el caso.

La sentencia no era en blanco y negro. Generaba un terreno de juego, pero dejaba la decisión al ámbito al que le corresponde: la política. Por una parte, negaba de plano la posibilidad de secesión unilateral. Quebec no puede romper la unidad de soberanía del pueblo canadiense. Por otra, establecía que "una mayoría inequívoca en favor de la secesión, a partir de **una pregunta clara**, daría legitimidad democrática a la iniciativa de secesión" y exigiría que el Gobierno federal y las demás provincias entablasen negociaciones con Quebec. En tales negociaciones "sería necesario conciliar los distintos derechos y obligaciones de dos mayorías legítimas, la de la población de Quebec y la de Canadá en su conjunto". Las negociaciones deberían tener en cuenta a todas las provincias y todos los partidos de Canadá y culminaría en un complejo proceso de reforma de la Constitución.

El referéndum de la vía canadiense no sería vinculante. No otorgaría la independencia. Lo que haría sería obligar al Gobierno a negociar, a partir de lo cual resultaría una negociación multilateral que previsiblemente concluiría con un proceso de reforma constitucional. Un camino difícil y lleno de curvas. Además, si en España se siguiera esta vía, la pregunta y la mayoría necesaria para el "sí" deberían ajustarse a una ley de claridad. El Congreso tendría que dar el sí a la pregunta, que no podría ser equívoca. El padre de la ley de claridad canadiense, Stéphane Dion, se ha pronunciado frecuentemente de forma crítica sobre los procedimientos del independentismo catalán en este punto. En cuanto a las mayorías, habría que establecer un mínimo de participación para validar el resultado, así como una diferencia para ganar que **no podría ser de 51%-49%**.

El Tribunal Constitucional aludió a la vía canadiense en una sentencia de **marzo de 2014** que anuló la declaración soberanista del Parlament de enero de 2013, con **Artur Mas** como president, que **reconocía al "pueblo de Cataluña" como "sujeto político jurídico y soberano"** y acordaba "iniciar el proceso para **hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir**". La sentencia del TC no avala esta vía para el caso

catalán, pero utiliza el fallo canadiense de 1998 para apuntalar su argumentación contra la "soberanía del pueblo de Cataluña". No obstante, la sola mención de la sentencia podría suponer también un reconocimiento implícito de la **fórmula canadiense**. Lo más suculento para quienes defienden que el TC avaló con su sentencia la fórmula quebequense para España está en que **no dice expresamente nada en contra de esta opción**; en cambio, sí apunta hacia una posible viabilidad de la consulta pactada al no considerar inconstitucional el "derecho a decidir" tal y como está recogido en la declaración soberanista del Parlament, donde no está explicitado que deba ejercerse vulnerando la soberanía del pueblo español.

4. Referéndum pactado: buscar la forma de votar

La propia vía canadiense es en realidad un "referéndum pactado", según los términos de José Antonio Martín Pallín, **magistrado emérito del Tribunal Supremo** y ex fiscal del mismo, erigido en uno de los principales defensores de esta vía en el ámbito jurídico. No obstante, en el actual contexto se ha hecho fuerte el sintagma "referéndum pactado" de un modo genérico, que obliga a menos concreciones que el ejemplo de Quebec. Unidos Podemos, **desde Pablo Iglesias hasta Alberto Garzón, ha cogido la bandera del "referéndum pactado"**. Así enunciada, es una fórmula en la que en principio cabrían múltiples opciones.

Los dos tipos de referéndums constitucionales están regulados en los artículos 167, cuando así lo exige un 10% del Congreso, y 168, de forma obligatoria cuando se tocan los apartados *blindados*. Pero hay otra posibilidad de hacer un referéndum, establecida en el artículo 92: **"Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos"**. Según algunos juristas, en este artículo hay margen para que se realice con un desarrollo normativo que permita encajar una pregunta sólo en Cataluña sobre su vínculo con España, ya que no está explicitado que la consulta tenga que ser a todos los ciudadanos *a la vez*. Llegado el final del proceso, tendría que haber un refrendo de ámbito estatal.

José Álvarez Junco, catedrático emérito de Historia del Pensamiento y los Movimientos Políticos y Sociales de la Complutense, opina que este artículo deja margen para un referéndum pactado, con reglas claras, sólo en Cataluña. En caso de que saliera el sí a la independencia –o a cualquier fórmula que modificase la relación de Cataluña con España–, el Gobierno quedaría obligado políticamente a impulsar una reforma constitucional y a pedir a la ciudadanía española que en el referéndum estatal votara en consonancia con lo elegido en Cataluña. Complicado.

En realidad, con la interpretación mayoritaria de la Constitución, la independencia se encuentra siempre con el obstáculo de que requiere una modificación del texto del 78 que a su vez requeriría un referéndum estatal.

No obstante, hablamos de leyes y de interpretaciones de las mismas. Es decir, de material flexible. Martín Pallín considera que la mejor forma de abrir paso es la vía canadiense, que podría articularse con un referéndum utilizando el artículo 92 que obligase al Estado a negociar. Ahora bien, no está claro cómo el cambio de reglas del juego en el que desembocaría la negociación podría hacerse sin una reforma constitucional que exigiera un referéndum en toda España.

5. Autodeterminación constitucional: dividir la soberanía

La interpretación jurídica mayoritaria, y desde luego la que hace el Tribunal Constitucional, es que **la Carta Magna no reconoce el derecho de autodeterminación**. Sectores independentistas sostienen, en cambio, que sí lo reconoce porque el artículo 10.2 establece que "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos". Es más, **la ley del**

referéndum aprobada por el Parlament ancla su argumentación previa en el derecho de autodeterminación, lo cual es sólo uno de los múltiples motivos por los que el Constitucional la ha suspendido.

Lo cierto es que el consenso jurídico convierte estas tesis independentistas sobre el derecho de autodeterminación en puntos de vista marginales. "Cataluña no es una entidad que disfrute de un derecho de separación del Estado reconocido por el derecho internacional", dice el reciente manifiesto firmado por 300 profesores de derecho internacional. El texto subraya que, según la doctrina de la ONU y la jurisprudencia internacional, las normas del Derecho Internacional General "sólo contemplan un derecho a la independencia en el caso de los pueblos de los territorios coloniales o sometidos a **subyugación, dominación o explotación extranjeras**". No es el caso de Cataluña.

La pregunta es: ¿Es posible integrar el derecho de autodeterminación en la Constitución española? Teóricamente sí. Pero, en tal caso, España se convertiría en la única democracia occidental en hacerlo. Y daría carta blanca para que sometieran su continuidad en España a referéndum todas las comunidades autónomas, a no ser que se establecieran limitaciones expresas.

Obviamente esa modificación de la Constitución debería pasar por referéndum en toda España. Además desde el punto de vista del derecho constitucional, la hipótesis encuentra un extendido rechazo. Las constituciones son textos que se asientan sobre una **unidad de soberanía, que es a su vez la que funda el texto**. ¿Qué fuerza tiene una constitución que ya cuestiona la propia soberanía que la funda? "Desde que se publican *Los seis libros de la República* [de Jean Bodin] en el siglo XVI, cualquier teoría democrática establece que la soberanía popular es indivisible por esencia", explica el profesor de Derecho Constitucional Martínez Dalmau.

6. El momento constituyente: preguntar al empezar

El propio Martínez Dalmau cree que la necesidad de cambio de la Constitución es de tal calibre, y el desprestigio de la Carta Magna tan extendido, que más que cambio hay que hablar de "proceso constituyente", un término que también utilizan Podemos e IU. Un proceso constituyente no implica necesariamente que haya nueva Constitución, pero sí que todo el proceso de revisión a fondo de la misma implique verdaderamente a la ciudadanía. Y, por supuesto, reclama un referéndum final entre todos los españoles para validarla. Es lo que sería el momento constituyente.

El mismo Martínez Dalmau, que se muestra abiertamente contrario al reconocimiento del derecho de autodeterminación en la Constitución –posición similar a la de Álvarez Junco–, cree que es factible **vincular la celebración de un referéndum al momento constituyente**. Es ahí donde se define el sujeto constituyente, y es ahí cuando procedería aclarar si una determinada comunidad –Cataluña, por ejemplo– se siente o no parte del mismo. Las fórmulas para hacerlo no están escritas. Una posibilidad sería realizar la reforma de la Constitución completa y luego establecer un mecanismo para dirimir si la comunidad en cuestión quiere formar parte de ese proyecto.

7. Un referéndum sobre un referéndum: tomar un camino indirecto

El camino hacia el referéndum está plagado de dificultades. No es sencillo alcanzar una vía para que la ciudadanía catalana –y sólo la ciudadanía catalana– sea cuestionada sobre la relación de Cataluña con España. Pero el marco legal existente ofrece posibilidades. Algunas, indirectas. Mariano Bacigalupo, profesor de Derecho Administrativo en la UNED, defiende una que podría considerarse "un referéndum sobre un referéndum".

La fórmula se basa en la **competencia del Parlamento de Cataluña para proponer a las Cortes una reforma constitucional**, que podría ser por ejemplo el reconocimiento del derecho de autodeterminación. Si el Estado lo autoriza, el Parlament podría

preguntar antes a los ciudadanos en un referéndum sólo en Cataluña si están de acuerdo con dicha iniciativa. No con la autodeterminación, sino con pedir una reforma que haga posible un referéndum de autodeterminación.

Como siempre que se requiere una reforma constitucional de títulos blindados, finalmente habría que preguntar a todo el pueblo español en referéndum. La única forma de no hacerlo sería que se alcanzase un gran consenso político *contra constitutionem* –contra la Constitución– que permitiese arbitrar un modelo de referéndum contrario a la interpretación dominante de la Constitución, pero que saldría adelante simplemente porque no habría un recurso ante el Constitucional. Obviamente la cuestión plantea enormes problemas políticos y jurídicos.