

# DERECHO A DECIDIR Y SOBERANÍA. A PROPÓSITO DE LA STC 42/2014, DE 25 DE MARZO

MANUEL FONDEVILA MARON

*Investigador*

*Universidad de La Coruña*

## SUMARIO

- I. Introducción. La resolución del Parlamento de Cataluña por la que se aprueba la declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña.
- II. Cuestiones procesales. sobre la admisibilidad del recurso.
- III. Soberanía y autonomía en el marco de un estado políticamente descentralizado.
- IV. Acerca de la naturaleza jurídica del referéndum y de la competencia para su convocatoria.
- V. Los otros principios de la declaración.
- VI. Breve referencia a la problemática de la reforma de la constitución.

## I. INTRODUCCIÓN

Los antecedentes y el contexto político de esta sentencia son bien conocidos. No obstante, no está de más recordarlos brevemente al objeto de comprender mejor el significado último de una sentencia (adoptada por unanimidad) que, como a nadie se le escapa, ha recibido muy diversas interpretaciones.

Los hechos, en suma síntesis, pueden resumirse así: a) El Tribunal Constitucional declaró, tras cuatro años de deliberaciones, por STC 31/2010<sup>1</sup>, inconstitucionales y nulos 14 artículos del Estatuto de Autonomía de 2006, sometiendo otros muchos a interpretación conforme. b) Las instituciones del gobierno de Cataluña realizaron

<sup>1</sup> Esta sentencia ha sido ampliamente comentada en el n.º 27 (monográfico) de la Revista *Teoría y Realidad Constitucional*.

manifestaciones públicas de rechazo a esta sentencia, y el Presidente Montilla convocó a los ciudadanos a una manifestación, celebrada en julio de 2010, con el lema «Somos una Nación. Nosotros decidimos». c) El 11 de Septiembre de 2012, una nueva manifestación, de carácter independentista, fue convocada por la Asamblea Nacional Catalana con el lema, «*Catalunya, nou estat d'Europa*». d) En ese mismo mes, por la Resolución 742/IX, el Parlamento constató la necesidad de que el pueblo de Cataluña pudiese determinar libre y democráticamente su futuro colectivo por medio de una consulta. e) Tras vencer, aunque perdiendo diputados respecto de la anterior legislatura, las elecciones —planteadas como plebiscitarias— de 25 noviembre de 2012, el Presidente de la Generalitat anunció que realizaría una consulta popular en la que preguntará al electorado si desea que Cataluña se establezca como un Estado independiente dentro de la Unión Europea y, caso de ser la respuesta afirmativa, que llevará a cabo el proceso, sin que ningún Tribunal o Constitución puedan oponerse<sup>2</sup>. f) En enero de 2013 el Parlamento de Cataluña aprobaba una la Resolución 5/X —objeto de la impugnación que analizamos— cuyo preámbulo (por lo que en estos momentos introductorios nos interesa) indica que: «el autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana. El parlamentarismo catalán tiene sus fundamentos en la edad media, con las asambleas de Pau i Treva y la Corte Condal» y, también, que «las dificultades y negativas por parte de las instituciones del Estado español, entre las que cabe destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, suponen un rechazo radical de la evolución democrática de las voluntades colectivas del pueblo catalán dentro del Estado español y crean las bases para una involución en el autogobierno, que hoy se expresa con total claridad en los aspectos políticos, competenciales, financieros, sociales, culturales y lingüísticos». g) Por Decreto de 12 de Febrero de 2013, se creaba *Consell Assessor per a la Transició Nacional*<sup>3</sup>. h) El primer punto de esta Resolución 5/X, como vamos a ver en las páginas que siguen, ha sido declarado inconstitucional por STC 42/2014, de 25 de marzo. i) En abril el Congreso de los Diputados rechazaba la propuesta de ley del Parlamento de Cataluña de transferencia de la competencia para convocar, autorizar y celebrar un referéndum sobre el futuro político de Cataluña<sup>4</sup>. En esta sesión plenaria, los representantes de los grupos parlamentarios catalanes aludieron a esta sentencia para recordar que el TC había consagrado, con esta sentencia, la necesidad de diálogo y los representantes de PP, PSOE y UPyD, para recordar que la misma establecía que sólo existía un único sujeto soberano reconocido en la Constitución: el pueblo español.

Dos primeras críticas al preámbulo de la Declaración 5/X, de 23 de enero, se imponen ya en este momento. Y es que aun cuando el Tribunal Constitucional español, en consonancia con la mejor doctrina, no haya abordado las declaraciones del

2 Sobre las pretensiones del nuevo gobierno de la Generalitat, en profundidad, RUIPÉREZ ALAMILLO, J. «La nueva reivindicación de la Secesión de Cataluña en el contexto normativo de la Constitución española de 1978 y el Tratado de Lisboa». En *Teoría y Realidad Constitucional*. n.º 31, 2013, pp. 89-136.

3 Diari oficial de la Generalitat de Catalunya, n.º 6315, de 14 de febrero de 2013.

4 Diario de sesiones del 24 de enero de 2014 y de 8 de abril de 2014

preámbulo, a los que, incluso en documentos de carácter normativo, les otorga un valor normativo indirecto, no susceptible de declaración de inconstitucionalidad<sup>5</sup>, las dos afirmaciones que hemos destacado en el antecedente «f» del párrafo anterior, repugnan a la lógica de un Estado constitucional y no pueden, por tanto, dejar de denunciarse. En primer lugar, innecesario debiera ser mencionarlo, la única legitimidad alegable por las colectividades miembro de un Estado políticamente descentralizado es la Constitución misma<sup>6</sup>, que si acaso pudiera, como la nuestra (disposición adicional 1.<sup>a</sup>) reconocer determinados «derechos históricos» a los territorios forales, nunca tales derechos podrían ser invocados *en contra* de la propia Constitución que los ha reconocido. Tampoco resulta respetuoso con la distribución de poderes que un órgano representativo de los intereses generales de una Comunidad vierta críticas, en sus Resoluciones, llegando a insinuar que con ella se produce una involución democrática, sobre las sentencias del máximo custodio constitucional. No cabe duda de que, personalmente, tanto el Presidente de una Comunidad Autónoma como cada uno de los parlamentarios autonómicos pueden no compartir una Sentencia que, en el ejercicio de las funciones públicas que les corresponden tienen un deber especial de respetar; pero resulta muy irrespetuoso con una alta institución como es el Tribunal Constitucional afirmar que sus sentencias «suponen un rechazo radical de la evolución democrática de las voluntades colectivas del pueblo catalán dentro del Estado español». Que estas afirmaciones no puedan ser declaradas inconstitucionales y nulas, no significa, en nuestra humilde opinión, que no justifiquen sobradamente una sentencia interpretativa como la que refleja el punto segundo del fallo de esta STC 42/2014, pues en caso contrario, el carácter normativo indirecto (fundamentalmente interpretativo) de las mismas, daría todo o, al menos, la mayor parte del texto, un sentido contrario a la Constitución.

## II. CUESTIONES PROCESALES

El artículo 161.2 CE establece que: «El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses». El abogado del Estado basa la jurisdicción y competencia del Tribunal para conocer del recurso en este artículo y en el art. 2.1.f LOTC, si bien reconoce que requiere de una argumentación a mayores. Señala, de este modo, que a diferencia del recurso que fue inadmitido por ATC 135/2004, se trata de «un procedimiento parlamentario de naturaleza bien

5 TAJADURA TEJADA, J. *El preámbulo constitucional*. Editorial Comares. Granada 1997 y SSTC 36/1981, 150/1990, 212/1996, 173/1998, 116/1999 y la reciente 31/2010 objeto, precisamente, de dura crítica en el propio preámbulo de la declaración.

6 RUIPEREZ ALAMILLO, J. *División de Competencias y Forma Territorial del Estado*. Reus. Madrid, 2012, p. 76.

distinta al legislativo» [y finalizado —añadimos nosotros—], que están destinadas a producir plenos efectos jurídicos, por cuanto que «dirigidas al órgano máximo del Ejecutivo estas resoluciones sirven para ejercer la función de impulso y orientación de la acción de gobierno y su cumplimiento se somete al mismo control que el establecido para las mociones (...). En cuanto a emitidas para la ciudadanía pretenden favorecer e intensificar el debate sobre alguna cuestión e impulsar la acción de los ciudadanos, como revela el último párrafo de la Resolución impugnada».

A esta argumentación se opone el letrado de la *Generalitat*, paradójicamente, invocando también el ATC 135/2004, concluyendo que «La Resolución 5/X no altera ni modifica ninguna situación legal existente en el momento de su aprobación, ni genera efectos jurídicos reales y concretos porque su eficacia, derivada del procedimiento parlamentario en que se origina, se limita a expresar una declaración de voluntad y un propósito político».

El Tribunal admite a trámite el recurso con una argumentación que puede resumirse como sigue: a) en primer lugar, que efectivamente es un acto perfecto o definitivo; b) en segundo lugar, que aunque el acto impugnado es un acto político, es susceptible de producir efectos jurídicos, sobre todo en lo que de exhortación a los ciudadanos en su acción política contiene, puesto que *lo jurídico no se agota en lo vinculante*<sup>7</sup> y, también, porque no pueden entenderse sus efectos limitados estrictamente al ámbito político-parlamentario, pues llevar a cabo el ejercicio el «derecho a decidir» requiere de actuaciones concretas cuyo cumplimiento es susceptible del control parlamentario previsto para las resoluciones aprobadas por el Parlamento, tal como dispone el art. 146.4 RPC (FJ 2).

Esta admisión a trámite ha sido criticada por la doctrina. Así para Álvarez Conde, quien la tilda de auténtica falacia, «al Tribunal le cabían dos posibilidades: o bien entender que la Declaración del Parlamento de Cataluña no tenía naturaleza jurídica, y en consecuencia, inadmitir el recurso planteado; o bien deducir que tenía naturaleza jurídica, por sí misma, no por su contenido. A nuestro juicio, la primera de las tesis, como sostenían los votos particulares emitidos en el Dictamen del Consejo de Estado y buena parte de las opiniones de la doctrina científica, es la jurídicamente correcta. Pero lo que resulta complejo de entender es que el planteamiento inicial del Tribunal parezca inclinarse por esta tesis para, de repente, y sin motivación suficiente, cambiar radicalmente de planteamiento y adoptar la segunda»<sup>8</sup>. Para Vintró, «la Resolución 5/X fue aprobada en virtud de los artículos 145 y 146 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, es decir, en ejercicio de la función parlamentaria de impulso político cuya sustantividad y especificidad viene reconocida por el artículo 55.2 del Estatuto de Autonomía. Sobre esta función parlamentaria la jurisprudencia constitucional ha mantenido de manera constante que los actos parlamentarios en ejercicio de la misma expresan la volun-

<sup>7</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>8</sup> ALVAREZ CONDE, E. «Una sentencia con luces y sombras», publicado el 2 de abril en el Blog de la *Revista Catalana de Dret Públic*

tad política del Parlamento sobre un determinado asunto pero que son «carentes de efectos jurídicos vinculantes» (entre otras, STC 40/2003, FJ 3). Por otra parte, la propia jurisprudencia constitucional ha señalado que los actos parlamentarios no normativos susceptibles de impugnación por la vía del artículo 161.2 CE son únicamente aquellos capaces de producir «efectos jurídicos ad extra concretos y reales» (ATC, 135/2004, FJ 4) [...] A la vista de estos antecedentes la decisión del Tribunal más conforme con los mismos hubiera sido sin duda la de inadmitir a trámite la impugnación de la Resolución 5/X, como así le reclamaba con fundamento la representación procesal del Parlamento de Cataluña»<sup>9</sup>.

Sus opiniones, dicho con el debido respeto a tan grandes y reputados constitucionalistas, no nos parecen acertadas. No compartimos, en primer lugar, la aparentemente tajante distinción entre lo político y lo jurídico que parece sostener Alvarez Conde. Aun cuando no se comparta, como hacemos nosotros, con Heller, que «todo problema jurídico, sin excepción, tiene sus raíces, de un lado, en la sociología, y del otro, mirando hacia arriba, en la esfera de lo ético-político»<sup>10</sup>, está claro que, al menos, por cuanto que declara la soberanía del Pueblo catalán, una resolución de estas características tiene, al igual que el concepto de soberanía mismo, una doble naturaleza jurídico-política. La afirmación de la soberanía por parte de un sujeto determinado es, sin duda alguna, un acto en principio político pero que tiene repercusiones jurídicas evidentes, si no se desconoce la naturaleza de este concepto, por cuanto que es la función principal del soberano, nos dice Hobbes, establecer el Derecho positivo o, dicho con sus propios términos «hacer buenas leyes»<sup>11</sup>. La primera acción de un sujeto soberano será establecer las normas fundamentales de la Comunidad Política<sup>12</sup>. Por si esto no fuese suficiente razón, está claro, además, que jurídica o política, es una declaración ilegítima desde el punto de vista de la lógica constitucional. Mientras que los particulares pueden hacer siempre aquello que las leyes no prohíben los poderes públicos pueden hacer únicamente aquello para lo que las leyes les habilitan (Montesquieu), y el Tribunal Constitucional ya ha afirmado, en la STC 31/2010, que sólo el Pueblo español es, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.2 CE, soberano, y en concreto, refiriéndose a los ciudadanos de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que no configuran ninguna suerte de sujeto político en competencia con el titular constitucional de la soberanía (FJ 9). Por tanto, VINTRÓ yerra, en nuestra humilde opinión, cuando, en su breve comentario a la sentencia antes citado, al analizar la declaración de nulidad del punto primero de la Resolución, dice que esta es «meramente retórica» y que el TC estaba obligado

9 VINTRÓ, J. «El Tribunal Constitucional y el derecho a decidir de Cataluña: una reflexión sobre la STC de 25 de marzo de 2014», publicado el 2 de abril en el Blog de la *Revista Catalana de Dret Public*.

10 HELLER, H. *La Soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. Fondo de Cultura Económica. México 1927. p. 111.

11 Cfr., HOBBS, T. *Leviatán: la materia, forma, y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Alianza. Madrid. 2002. Parte II. Cap. 29.

12 FONDEVILA MARÓN, M. *La Disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea*. Reus. Madrid. 2014. pp. 156-163.

a hacerla una vez había aceptado a trámite la impugnación. Ha alterado, a nuestro juicio, el orden lógico de razonamiento: así pues, porque la Resolución contiene un apartado de carácter jurídico-político que, además, tiene *fumus iuris* de inconstitucionalidad, es por el que el recurso tiene que ser aceptado a trámite. Si se tratase de una declaración meramente política no les faltaría razón a nuestros autores, pero no lo es, porque la soberanía no es, como acabamos de ver, sólo un concepto político, sino que es el concepto jurídico primario de toda comunidad. Huelga decir, por último, que por más que tanto Vintró como el abogado del *Parlament* se empeñen en traerlo una y otra vez a colación, el procedimiento por el que se ha aprobado esta Resolución<sup>13</sup> resulta totalmente irrelevante al objeto del recurso. El procedimiento seguido, evidentemente, no determina el contenido material de la Resolución, ni su apariencia jurídica.

De este modo, la respuesta por unanimidad del Pleno del TC que Álvarez Conde tacha de falaz resulta, a nuestro juicio, y desde una correcta comprensión del término soberanía, la más correcta constitucionalmente hablando. La razón de su admisión a trámite —resumiendo— es que se trata de una Resolución política, llamada a provocar efectos jurídicos (aunque no vinculantes) inmediatos.

### III. SOBERANÍA Y AUTONOMÍA EN EL MARCO DE UN ESTADO POLÍTICAMENTE DESCENTRALIZADO

El punto primero de la Resolución impugnada, que ha sido declarado inconstitucional y nulo por el Tribunal, establecía: «El pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano». El Abogado del Estado calificó, en su escrito de impugnación, a nuestro juicio de modo correcto, esta afirmación de «manifiestamente inconstitucional»<sup>14</sup>, por vulneración de los artículos 1.2, 2, 9.1 y 168 CE así como los artículos 1 y 2.4 EAC. Los Letrados del Parlamento, por su parte, ni siquiera rebaten que esto sea así (lo que resultaría, por lo demás, difícilmente discutible teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional al respecto), y se limitan a argumentar que esta Resolución —insisten, política— no es más que «la expresión de una convicción, un deseo, o una voluntad de entendimiento político que el Parlamento quiere manifestar en el inicio de este proceso»<sup>15</sup>. Ni siquiera elaboran ningún argumento subsidiario para el caso en que el Tribunal aceptase a trámite, por considerarla con efectos jurídicos, la Resolución.

Dado que, con buen criterio, y por las razones que hemos expuesto anteriormente, ha sido admitido trámite —y precisamente porque este punto era manifiestamente inconstitucional— a nadie puede extrañar que el Tribunal Constitucional sentenciase (FJ 3) que «la cláusula primera de la Declaración, que proclama

13 Artículos 145 y 146 del Reglamento del *Parlament de Catalunya*.

14 Antecedente 2.c) de la Sentencia.

15 Antecedente 6.b) de la Sentencia.

el carácter de sujeto político y jurídico soberano del pueblo de Cataluña debe ser considerada inconstitucional y nula», pues «en suma, el reconocimiento que lleva a cabo del pueblo de Cataluña como «sujeto político y jurídico soberano» resulta contrario a los arts. 1.2 y 2 CE y a los arts. 1 y 2.4 EAC, así como, en relación a los arts. 9.1 y 168 CE, invocados por el Abogado del Estado, en la medida en que, respectivamente, consagran los principios de primacía de la Constitución y someten la reforma del Título preliminar de esta, entre otros preceptos, a un procedimiento y a unos requisitos determinados». El Tribunal recuerda, además, que «la cualidad de soberano del pueblo de Cataluña se predica de un sujeto «creado en el marco de la Constitución, por poderes constituidos en virtud del ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en la norma constitucional (STC 103/2008, de 11 de Septiembre, FJ 4) (...) Ese sujeto, sin embargo «no es titular de un poder soberano, exclusivo de la Nación [española] constituida en Estado» (*ibídem*), pues «la Constitución parte de la unidad de la Nación española, que se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español en el que reside la soberanía nacional» [STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4 a) que cita la STC 4/1981, FJ 3]».

Comentar este primer pronunciamiento de la Sentencia, si lo hemos de hacer con cierta profundidad, aun huyendo de explicaciones exhaustivas, requiere preguntarnos, sobre la naturaleza de los entes descentralizados dentro de un Estado federal, Regional, Autonómico o, si se prefiere, sencillamente, políticamente descentralizado. La confusión en la doctrina, afortunadamente —creemos— ya superada en nuestros días, parte de Jellinek, quien, como es sabido, afirmó que los *Länder* eran auténticos entes estatales en tanto que tenían sus tres elementos característicos: población, territorio y órganos estatales, aunque carecieran de un poder independiente que descansa en su propia voluntad<sup>16</sup>. Él no afirma, por tanto, que sean soberanos, aunque autores posteriores a él si lo entendieron así<sup>17</sup>. Estas concepciones no son admisibles en la actualidad, pues, afirmó Hesse, si la cualidad estatal de los *Länder* pudiera ser, acaso, defendida, en el imperio guillermino de 1871, es absolutamente falso a partir de Weimar<sup>18</sup>. Por eso, en las páginas que siguen, y al hilo de los pronunciamientos del TC en la sentencia que comentamos, vamos a aclarar, primero, que los *Länder*, Regiones o Comunidades Autónomas no tienen la condición de entes estatales, pues de hecho, carecen de todo poder soberano y de un Pueblo en el sentido jurídico-político y, en segundo lugar, que la afirmación de que poseen territorio es tan sólo una verdad a medias.

16 Cfr. JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*. Traducción de F. de los Ríos. Comares. Granada 2002, p. 649.

17 *Vid.*, relación en ARROYO GIL, A. «Cualidad estatal, soberanía, autonomía constitucional y competencia en la república federal de Alemania: las constituciones de los Länder» En *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*. n.º 16. 2012, pp. 33 y ss.

18 Cfr., HESSE, K. «El Estado Federal unitario». En CRUZ VILLALÓN, P. y AZPIRATE SÁNCHEZ (eds.). *Escritos de Derecho Constitucional*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. CEPC. Madrid. 2011. p. 200.

Efectivamente, nuestro Tribunal Constitucional había afirmado ya, en una de sus primeras sentencias, que «autonomía no es soberanía, y aún este poder tiene sus límites, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido»<sup>19</sup>. La misma distinción, entre soberanía y autonomía recoge, en una sentencia relativamente reciente, su homólogo italiano, estableciendo que la soberanía popular pertenece al Pueblo italiano, que la ejerce a través de sus representantes, mientras que las Regiones disponen de un derecho de autonomía<sup>20</sup>. Más interesante es, en un Estado federal de largo arraigo, el caso de la Suprema Corte argentina, cuyos primeros pronunciamientos reconocían una dualidad de soberanías<sup>21</sup>, que posteriormente pasó a reconocer la coexistencia de la soberanía nacional y la autonomía provincial<sup>22</sup> para, finalmente, supeditar ésta a aquella<sup>23</sup>. Pero, y porque a nadie se le escapa, toda esta Resolución del *Parlament* catalán está orientada a una hipotética independencia o secesión respecto de España, hay que recordar la conocida Sentencia *Texas vs White* (1869), en la que se afirma que los Estados Unidos son una Unión «eterna» y que por tanto son ilegales y nulos los decretos de independencia aprobados por la legislatura de un Estado<sup>24</sup>. La secesión, indica, sólo puede llevarse a cabo con una revolución o el consentimiento de los demás Estados. Aunque la sentencia, en este caso, no se expresa en estos términos, pues en ella ni siquiera se hace alusión al término soberanía (aunque sí al de Estado para indicar, que ese término, en la Constitución de los Estados Unidos, no hace referencia más que a una Comunidad Política dotada de un gobierno propio) es evidente que es el corolario lógico de considerar, pese a la dogmática académica al uso, que los estados no son soberanos. En caso contrario, resulta evidente, que no se les podría negar el derecho de secesión.

Si esto es así en el plano jurisprudencial, en el plano doctrinal, la evolución ha sido la misma. Aunque, en los orígenes del federalismo, J. Hamilton, en el *Federalista XXXII*, explica la forma política norteamericana como una forma en la cual la soberanía se haya compartida tanto por la federación como por los Estados<sup>25</sup>, y esta tesis sería introducida en Europa por A. De Toqueville, gozando, durante largo tiempo, de gran predicamento, hoy hay que coincidir, con Pegoraro, que las

19 STC 4/1981. FJ 3, y, también, para mayor abundamiento, TOMAS Y VALIENTE, F. *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Tecnos. Madrid. 1988. p. 29.

20 SCC 365/2007.

21 Por ejemplo, Fallo, 7: 387, 31 de julio de 1869. *Resoagli vs. p. de Corrientes*.

22 F: 154: 197

23 F: 168: 105

24 74 U. S. 700, consultable en internet en el sitio web: [http://www.law.cornell.edu/supct/html/histories/USSC\\_CR\\_0074\\_0700\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/histories/USSC_CR_0074_0700_ZS.html)

25 Nos dice literalmente: «La completa consolidación de los Estados dentro de una soberanía nacional implicaría la absoluta subordinación de las partes; y los poderes que se les dejasen estarían siempre subordinados a la voluntad general. Pero como el plan de la Convención tiende solamente a conseguir una consolidación o unión parcial, los gobiernos de los Estados conservarían, todos, los derechos de soberanía que disfrutaban antes y que no fueran delegados de manera exclusiva en los Estados Unidos por dicho instrumento» (Hamilton, A, Madison, J, y Jay, J. *El Federalista*. FCE. México. 1994. p. 127. Cursiva en el original).

tesis de la co-soberanía en los Estados federales son ampliamente recesivas, y ello porque pocos estudiosos están convencidos de que las colectividades miembros de un Estado federal (ya se les llame Estados, Regiones, *Länder* o Comunidades Autónomas) sean propios y verdaderos Estados<sup>26</sup>. Más bien, habrá de darse la razón a G. Lucatello cuando afirma que porque el jurista no debe dar la espalda a la realidad social, desde esta óptica, y también de acuerdo a una comparación de todos los Estados federales, no se puede sino colegir que el Estado Federal es un verdadero Estado soberano<sup>27</sup>. Entre los autores clásicos españoles, fue Pérez Serrano<sup>28</sup> el que supo ver que la evolución de las discutibles tesis de la co-soberanía hacía la correcta comprensión de la soberanía como indivisible en el Estado federal corre en paralelo a la evolución de las antiguas Confederaciones americana y germánica hacia Estados federales (hay que distinguir ambos conceptos) cada vez más centralizados. En Estados Unidos —nos explica el que fuera Profesor de la Universidad de Madrid— de hecho, y aunque sea el origen doctrinal de la tesis de la co-soberanía, en el momento de la Guerra de Secesión, ésta no resultaba ya ampliamente compartida, y la disputa versaba sobre si pertenecía a los Estados (Calhoun) o al conjunto de la Nación (Lieber). Autores como Burgess calificaban la idea de un soberano limitado como «*contradictio in adjecto*», porque no cabe «*imperium in imperio*». En Alemania —continúa nuestro autor— también se sostenía al principio que la Confederación germánica era una asociación de Estados soberanos y, a partir de la Asamblea de Franckort (art. 1.º ap 5), se pronuncia a favor de la unidad, siendo autores como Meyer, Haenel y Laband los que refutasen finalmente la idea de soberanía dividida.

Al igual que ocurre con los conceptos de soberanía o Estado (insistimos en ello porque, recuérdese, la primera pregunta del referéndum previsto, es precisamente si se considera que Cataluña es un Estado), tampoco cabe hablar de «Pueblo» de un ente territorial, pues es al Pueblo (sujeto jurídico-político único) del Estado en su conjunto, como bien indico también Heller, a quién le corresponde decidir sobre su futuro<sup>29</sup>. Así pues, la población de Cataluña no es sino, simple y legalmente, el conjunto de los ciudadanos españoles que tienen su residencia administrativa en esa Comunidad<sup>30</sup>. Desde un punto de vista psicológico, y aún sociológico, los habitantes de un determinado territorio pueden sentirse, por ejemplo, y en el caso de España, tan catalanes como españoles, sólo catalanes, o sólo españoles, pero desde el punto de vista político y constitucional sólo un único Pueblo (que es el pueblo federal, español en nuestro caso) puede soberanamente decidir sobre el futuro de su vida en común ya que es él, en conjunto y no por partes, el que participa de la

26 PEGORARO, L. «Autonomía y descentralización en el derecho comparado: cuestiones metodológicas», En. Estupiñán, L Achury, G. Gaitán bohórquez (comps.), *El principio constitucional de autonomía territorial. Realidad y experiencias comparadas*, Editorial Un. del Rosario, Bogotá D. C., 2010, pp. 3-23.

27 LUCATELLO, G. *Lo Stato Federale*. CEDAM. Padova. 1967. p. 58.

28 Para lo que sigue, cfr., PEREZ SERRANO, N. *El concepto clásico de soberanía y su revisión actual*. Madrid. 1933, pp. 17-22.

29 HELLER, H. *La Soberanía...* pp. 159-168.

30 Esta es la, por cierto correcta, definición del art. 8 EAC.

Constitución<sup>31</sup>. Como hemos visto, es sólo en este sentido psicológico o sociológico en que el Tribunal Constitucional permite la referencia, al Pueblo de Cataluña, lo que es lógico, pues en sentido jurídico-político, el derecho a la revolución que, hemos explicado en otro lugar, es el principal atributo del pueblo soberano, no puede predicarse para dos titulares sobre un mismo territorio.

Nos referimos pues, y para terminar, al hecho de si el territorio de una Comunidad Autónoma, una Región, un Estado federado, o un *Land*, pertenece propiamente al ente territorial o a la Federación. Y en este caso la verdad es que la respuesta es que ni a uno ni a otro, pues aquí sí se puede hablar de un territorio compartido. Lo propio de la lógica del Estado federal (o políticamente descentralizado) es que el territorio que se identifica con un ente federado corresponde tanto a éste como a la Federación pero, si se nos permite, diremos que a la última de un modo más fuerte. Aquí Jellinek, podemos decir «casi acierta». Decimos esto porque es evidente que tanto el *Land* como la Federación ejercen el poder público, de acuerdo con sus competencias, sobre el mismo territorio pero la decisión última sobre el destino final de ese territorio corresponde al conjunto de la Federación. En el caso concreto de la República Federal alemana, esto se manifiesta, al menos, en dos aspectos: 1) El aspecto que podríamos considerar «ordinario» consistiría en el poder que tiene la Federación, en virtud de lo dispuesto en el art. 29 GG, de reorganizar el territorio federal con la mera audiencia a los *Länder*. Ello demuestra un poder bastante grande de la federación sobre el territorio que comparte con los *Länder* pero no implica de ningún modo, que pueda desposeerlos de todo poder territorial aunque sólo sea porque el territorio que queda después de llevarse a cabo la reorganización territorial sigue perteneciendo al Land. En el caso de España, también el art. 141.1 *in fine* de nuestra Constitución establece que «Cualquier alteración de los límites provinciales [que pertenecen, obviamente, a alguna Comunidad Autónoma] habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica». Esto es importante, por cierto, porque también el TC, en su STC 31/2010<sup>32</sup>, permite al Parlamento de Cataluña la creación, modificación y supresión de veguerías, siempre y cuando éstas no sean entes que sustituyan a las provincias, coincidiendo con sus límites geográficos, pues, aunque esta posibilidad cabe en la Constitución *ex art.* 141.2 CE, en ese caso, su alteración no corresponde nunca al Parlamento de Cataluña. Vemos pues como en toda Federación o Estado políticamente descentralizado es habitual que tanto la organización política central como el ente descentralizado tengan diversas facultades sobre el territorio regional. Es importante recordar, en esto consiste la esencia de la autonomía (Ruipérez) que los órganos de la Federación no podrán, de ningún modo (dejando, por supuesto, al margen, los supuestos excepcionadísimos del art. 155 de la Constitución española, artículo 100 de la Constitución austriaca, el artículo 126 de la

31 Con mayor profundidad en FONDEVILA MARÓN, M. «Pobo, Estado, Nación» en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. n.º 15. 2011. pp. 199 a 207.

32 FFJJ 39 a 41.

Constitución italiana o el apartado 31 del artículo 75 de la Constitución argentina), menoscabar la autonomía (y con ello, la gestión del territorio), de un ente territorial, que está constitucionalmente garantizada; 2) pero existe un aspecto, si se quiere, «trascendental», que avala nuestra tesis: aunque el art. 79.3 GG prohíbe, como es sabido, una modificación de la Constitución que pudiera fin a la organización federal del Estado alemán, la posibilidad de que el Pueblo en su conjunto decida darse otra Constitución ya sea unitaria, ya sea Confederal (poniendo así fin a la unidad político-jurídica que le caracteriza) debe entenderse, al menos potencialmente, siempre presente, además, en todo tiempo y lugar. Esto sólo se comprende cuando se tiene bien presente que es al pueblo federal en su conjunto al que pertenece la soberanía, y con ella, el derecho a la revolución.

En conclusión, la solución adoptada por el Tribunal Constitucional respecto del punto primero de la Resolución (su declaración de inconstitucionalidad y nulidad) es, a todas luces, la única constitucionalmente admisible.

#### IV. ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL REFERÉNDUM Y DE LA COMPETENCIA PARA SU CONVOCATORIA

Aun cuando la Resolución impugnada no lo menciona expresamente, a nadie se le escapa que el «derecho a decidir» que la misma predica se manifiesta (o manifestará), en concreto, sobre el anunciado referéndum, previsto para el 9 de Noviembre de 2014, en el cuál, se preguntará, ¿quiere que Cataluña sea un Estado? y, en caso afirmativo ¿quiere que Cataluña sea un Estado independiente? Como es lógico, al no estar en la Resolución, el TC no se ha pronunciado, en esta ocasión, sobre el mismo (si lo ha hecho en la STC 103/2008), pero consideramos necesario hacer, si acaso brevemente, unas consideraciones sobre esta cuestión, por estar, como decimos, íntimamente relacionada.

La primera crítica, al respecto, por nuestra parte, es que el referéndum nunca puede ser considerado un acto de soberanía, por el que el Pueblo decida, como se propone en este caso, la hipotética secesión respecto de otro Estado. Téngase en cuenta que el referéndum es un acto por el que la ciudadanía llamada a las urnas sólo puede pronunciarse, con un *Sí* o *No*, respecto de un proyecto que le han presentado sus representantes políticos que, en este caso, además, y como ha quedado dicho, carecen manifiestamente de competencia para su propósito. El referéndum, por el contrario, es un acto de control de la ciudadanía de estos representantes que no tiene otro objeto que el de evitar que surjan, dentro de un Estado democrático, voluntades espurias que se reputen así mismas portadoras o representantes de la voluntad soberana<sup>33</sup>. Más aun, como indicó ya en su momento Tierno Galván, «el referéndum no es un principio para legitimar lo que en su origen no está legitimado. Quizás los

33 DE VEGA, P. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Tecnos. Madrid. 1988. pp. 112-120.

plebiscitos puedan tener esa función, pero en el Derecho Constitucional el referéndum se admite que se refiere a leyes de cuya legitimidad originaria y procesal nada puede decirse»<sup>34</sup>. El planteamiento, es por tanto, erróneo de origen.

La segunda crítica es que incluso para la convocatoria del referéndum carece manifiestamente Cataluña, de competencia. Ello se colige de lo dispuesto en el art. 149.1.32 CE, y el art. 2.1 de la Ley Orgánica, 2/1980 de 18 de Enero, sobre las distintas modalidades de referéndum, el cual, establece que: «la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía del referéndum en cualquiera de sus modalidades, es competencia exclusiva del Estado». Desde la aprobación de esta Ley ha surgido el interrogante acerca de la posibilidad de celebrar referéndums, especialmente autonómicos, al margen de los establecidos por la misma<sup>35</sup>. El TC ha eliminado tal posibilidad, indicando, en la STC 103/2008, que: «En nuestro sistema de democracia representativa, en el que la voluntad soberana tiene su lugar natural y ordinario de expresión en las Cortes Generales (art. 66.1 CE) y las voluntades autonómicas en los respectivos Parlamentos de las Comunidades Autónomas, los mecanismos de participación directa en los asuntos públicos quedan restringidos a aquellos supuestos en los que la Constitución expresamente los impone (caso de la reforma constitucional por la vía del art. 168 CE y de los procedimientos de elaboración y reforma estatutarios previstos en los arts. 151.1 y 2 y 152.2 CE) o a aquellos que, también expresamente contemplados, supedita a la pertinente autorización del representante del pueblo soberano (Cortes Generales) o de una de sus Cámaras» y, en la STC 31/2010 ha aclarado además (lo que no había hecho en la STC 103/2008), que la mención a la autorización estatal contenida en el art. 149.1.32 CE no abarca tan sólo al estricto acto de autorización de la convocatoria, «sino también a la entera disciplina de la actividad referendaria, esto es, a su establecimiento y regulación».

De este modo, la imposibilidad de un referéndum autonómico no autorizado por el Estado está fuera de toda discusión, razón por la cual, como hemos indicado en la introducción, el Parlamento de Cataluña solicitaba transferencia de la competencia para convocar, autorizar y celebrar un referéndum sobre el futuro político de Cataluña. Lo hacía entendiendo que para las Cortes Generales era posible el traspaso de esta competencia a través del procedimiento establecido en el art. 150.2 CE. Pero la doctrina se haya dividida sobre la posibilidad de que, en virtud de una Ley aprobada en virtud de este precepto constitucional puedan traspasarse todas cualquier competencia de las atribuidas en exclusiva al Estado en el art. 149.1 CE. Cabe una «lectura maximalista» del precepto, según la cual ninguna transferencia exclusiva del Estado de acuerdo con el art. 149.1 CE, y otra lectura minimalista que consistiría en reducir las materias intransferibles por el art. 150.2 CE únicamente a

34 TIERNO GALVAN, E. «Democracia, socialismo y libertad» en ROVIRA, A. (ed). *Obras Completas*. Thompson. Madrid. 2008. Vol. V, p. 440.

35 *Vid.*, CUENCA MIRANDA, A. «Ley Orgánica, 2/1980 de 18 de Enero, sobre las distintas modalidades de referéndum». En DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M. *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum*. La Ley. Madrid. 2014, pp. 1787y ss.

aquellas que conciernen a la soberanía y a la unidad de España. Villar Palasí y Suñe Liñas entienden que ambas lecturas tienen inconvenientes y que la Constitución ha dejado abierta la puerta, dentro de los límites referidos, a la política<sup>36</sup>. En principio, sólo desde la lectura maximalista podría defenderse que la posibilidad de celebrar un referéndum, porque está comprendida dentro del elenco del art. 149.1 CE, no puede ser cedida a una Comunidad Autónoma, pero creemos que esta lectura es desproporcionada. Si esta opción de los constituyentes es un acierto o es un error es un juicio que dejamos al lector. Lo que a nosotros nos interesa ahora es argumentar que, desde un punto de vista político, y también jurídico, sostener, en abstracto, la posibilidad, a priori, de transferir la competencia para celebrar referéndums de ámbito territorial autonómico no permite, descendiendo de las nubes dogmáticas al terreno de los hechos, sostener como constitucionalmente admisible la autorización para celebrar concretamente este referéndum previsto para el noviembre de 2014. La razón no debe ser demasiado difícil de comprender: una de las opciones planteadas es abiertamente, y como a nadie se le oculta, contraria al ordenamiento jurídico. Así pues, desde un punto de vista más político, está claro que los representantes de la soberanía popular reunidos en el Congreso de los Diputados el 8 de abril de este año no tenían más remedio, si no querían traicionar los intereses generales que tienen el deber de velar, de rechazar una propuesta que es público y notorio, atenta contra los mismos. Lógicamente, no se trata tan sólo de una estrategia o un cometido político: repugna a la lógica jurídica que un mecanismo constitucional (la transferencia de una competencia a una Comunidad Autónoma) pueda servir para destruir el principio de soberanía que la misma contiene. Nuestra tesis consiste en que ni siquiera podría el Gobierno autorizar a los órganos de la Comunidad Autónoma a su celebración. Un ejemplo de Derecho positivo, ilustrará suficientemente —esperamos— lo que queremos decir: es sabido que en virtud de lo dispuesto en el art. 71 LBRL, los Ayuntamientos pueden convocar un referéndum sobre asuntos de trascendencia local, de acuerdo con las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas que tengan competencia en la materia, previa autorización por parte del Gobierno de la Nación. Andalucía es una de las Comunidades que han adoptado competencias en la materia, y el art. 2.2 de la Ley 2/2001 establece: «En ningún caso podrán someterse a consulta popular local asuntos cuando alguna de las opciones a escoger resulte contraria al ordenamiento jurídico». En nuestra humilde opinión, aunque la LOR no contenga una disposición tan acertada respecto de los referéndums consultivos del art. 92 CE, una interpretación hermenéutica de la misma debe llevar

36 *Vid.*, VILLAR PALASÍ, J. L. y SUÑE LLINAS, E. «Art 150. Leyes Marco, Leyes Orgánicas de Transferencia o Delegación y Leyes de Armonización». En ALZAGA VILLAMIL, O. (dir). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Cortes Generales. Madrid. 1996. Tomo XI, p. 336. La doctrina administrativista afina algo más distinguiendo, de un lado, competencias exclusivas absolutas (no susceptibles de transferencia) y competencias absolutas relativas (entre las que, por cierto, se encuentra la autorización de consultas populares), que podrían transferirse (*Vid.*, para un análisis de los argumentos, y por todos, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *La Administración en el Marco Constitucional*. Fundación Instituto Gallego de Estudios Autonómicos y Comunitarios. Santiago de Compostela. 1992. p. 106.

a idéntica conclusión. La obligación, establecida en el art. 6, de que la solicitud de autorización se acompañe del texto de la consulta avala la tesis de que no se piensa en otorgar autorizaciones «a ciegas» y se espera un control, que será también de legalidad, sobre la pregunta a formular. Por tanto, porque creemos que el art. 92 CE no permite autorizar referéndums que contengan opciones políticas contrarias a la Constitución (ello sólo podría plantearse a través de la modalidad de referéndum prevista para la reforma de la Constitución), creemos, consecuentemente, que tampoco se podía traspasar la competencia para una pretensión tal.

Tercera, y última crítica, aunque está muy relacionada con lo que acabamos de exponer es que, como es sabido, las sentencias del Tribunal Constitucional tienen efecto *erga omnes*, es decir, que la doctrina establecida por el Alto Tribunal es vinculante para todos (art. 164 CE). Por eso resulta inadmisibles que los poderes públicos de Cataluña promuevan una consulta, similar a la de la Ley 9/2008 que fue declarada inconstitucional por el supremo intérprete de la Constitución no sólo por motivos competenciales (que son los que con la mencionada petición a las Cortes Generales se han querido soslayar) sino también por motivos materiales, basados en que sobre lo que se pretendía que se pronunciasen los ciudadanos de la Comunidad Autónoma del País Vasco suponía una infracción del art. 2 y art. 168 CE<sup>37</sup>.

La conclusión obvia es que, en concreto, el derecho a decidir no puede manifestarse en un referéndum de autodeterminación como el que proponen los poderes públicos de Cataluña. Pero veamos que dijo el TC al respecto.

## V. LOS OTROS PRINCIPIOS DE LA DECLARACIÓN

Respecto del «derecho a decidir», al que se hace referencia en varios puntos de la declaración, el Tribunal estima que: «Respecto a las referencias al «derecho a decidir» cabe una interpretación constitucional, puesto que no se proclaman con carácter independiente, o directamente vinculadas al principio primero sobre la declaración de soberanía del pueblo de Cataluña, sino que se incluyen en la parte inicial de la Declaración (en directa relación con la iniciación de un «proceso») y en distintos principios de la Declaración (segundo, tercero, séptimo y noveno, párrafo segundo). Estos principios, como veremos, son adecuados a la Constitución y dan cauce a la interpretación de que el «derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña» no aparece proclamado como una manifestación de un derecho a la autodeterminación no reconocido en la Constitución, o como una atribución de soberanía no reconocida en ella, sino como una aspiración política a la que solo (sic) puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional con respeto a los principios de «legitimidad democrática», «pluralismo», y «legalidad», expresamente proclamados en la Declaración en estrecha relación con el «derecho a decidir»<sup>38</sup>.

37 STC 103/2008 FJ 4.º y TAJADURA TEJADA, J. Referéndum en el País Vasco (comentario a la STC 103/2008). En *Teoría y Realidad Constitucional*. n.º 23 (2011). p. 377.

38 Fdto Jco 3.º

Su argumento, dicho sea con todos los respetos hacia el máximo custodio constitucional, nos parece contradictorio y, si se nos permite, incluso falaz. Nada habría que objetar, en efecto, a la expresión «derecho a decidir» si esta se refiriese, a las distintas opciones políticas que pueden ser adoptadas por la Comunidad Autónoma de Cataluña dentro del derecho de autonomía y las competencias que le atribuyen la Constitución, el Estatuto de Autonomía y las restantes normas del llamado «bloque de constitucionalidad». Pero sólo desde la más profunda de las ingenuidades puede sostenerse esto. El primer párrafo de la Declaración indica claramente que «el Parlamento de Cataluña acuerda iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir para que los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo». Dejando incluso al margen el hecho de que para decidir dentro del derecho de autonomía y con las competencias que legítimamente ejerce no hace falta dictar esta Resolución, nadie podrá negar que esta última expresión del fragmento transcrito («futuro político colectivo») tiene un significado mucho más profundo que el único que, a nuestro juicio, sería constitucionalmente admisible.

Pero es que ni siquiera el propio custodio constitucional considera que el derecho a decidir que contiene la Resolución impugnada se limite a lo que nosotros, en hipótesis, nos planteamos. De hecho lo que dice —y es en este punto en el que es contradictorio— es que cabe hacer de la expresión una interpretación de acuerdo con la cual este derecho a decidir responde sólo a una aspiración política de los ciudadanos de Cataluña que no impide que se realice por medios democráticos y constitucionalmente legítimos. La contradicción se da porque si este Tribunal afirmó, en la STC 31/2010 que: «El pueblo de Cataluña no es, por tanto, en el art. 2.4 EAC, sujeto jurídico que entre en competencia con el titular de la soberanía nacional cuyo ejercicio ha permitido la instauración de la Constitución de la que trae causa el Estatuto que ha de regir como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma de Cataluña. El pueblo de Cataluña comprende así el conjunto de los ciudadanos españoles que han de ser destinatarios de las normas, disposiciones y actos en que se traduzca el ejercicio del poder público constituido en Generalitat de Cataluña»<sup>39</sup>, no se alcanza a comprender cómo reconoce al Pueblo catalán un derecho a decidir su futuro político cuando ello conlleva necesariamente, con carácter previo, una autoconcepción de sí mismo que ya ha establecido contradictoria con la Constitución. El único —como a nuestro juicio señala correctamente el Abogado del Estado<sup>40</sup>— que puede decidir soberanamente cambiar de Constitución es el Pueblo español en su conjunto, del que, por supuesto, los ciudadanos de Cataluña forman parte individualmente, en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos españoles. Y porque este derecho a decidir un cambio de Constitución pertenece sólo al Pueblo español, es por el que no cabe en la Resolución de un Parlamento autonómico.

39 FJ 9.º

40 Antecedente 2.º f) de la STC 42/2014.

En conclusión: del precepto segundo, tercero, séptimo y noveno debería haberse declarado inconstitucional y nula la expresión «derecho a decidir».

Trataremos a continuación, de manera más breve, los demás principios enunciados en la Resolución (diálogo, cohesión social, y europeísmo).

Respecto del diálogo, afirma el Tribunal Constitucional, y con razón, que: «La Constitución no aborda ni puede abordar expresamente todos los problemas que se pueden suscitar en el orden constitucional, en particular los derivados de la voluntad de una parte del Estado de alterar su estatus jurídico. Los problemas de esa índole no pueden ser resueltos por este Tribunal, cuya función es velar por la observancia estricta de la Constitución». Más aún, considerando, como hacemos nosotros, el Estado autonómico como una de las posibles manifestaciones del Estado Federal<sup>41</sup>, no podemos más que convenir en que el diálogo es uno de los elementos que, si no esenciales<sup>42</sup>, son al menos muy recomendables dentro de un Estado Federal, en el que deberían existir espacios de comunicación entre el Gobierno central y los entes descentralizados. Aquí sí, en nuestra humilde opinión, cabe una interpretación conforme a la Constitución de este principio, y lo mismo cabe decir del principio octavo, referido al papel central del Parlamento. No hay nada, en nuestra humilde opinión, que jurídicamente haga criticable que sea el *Parlament* la institución principal en el diálogo de Cataluña con el gobierno central.

El Tribunal Constitucional ni siquiera se refiere a los principios quinto y sexto de la declaración, es decir, la cohesión social y el europeísmo. Respecto del primero hubiese sido deseable, cuanto menos, recordar la doctrina acerca del significado del Pueblo de Cataluña para poner de manifiesto que esa cohesión social, que implica, «la voluntad expresada en múltiples ocasiones por la sociedad catalana de mantener Cataluña como un solo pueblo», no puede erigirse en competencia con el único titular de la soberanía que es, como se ha repetido en múltiples ocasiones, el Pueblo español en su conjunto. Respecto del segundo, es perfectamente constitucional pues el respeto a los Derechos Fundamentales y los valores y principios de la Unión es una consecuencia obligada del art. 93 CE, así como 3.2 y 4 del EAC.

## VI. BREVE REFERENCIA A LA PROBLEMÁTICA DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

No podemos terminar este breve comentario sin una referencia a la Reforma de la Constitución y a la problemática de los límites (si acaso implícitos a la misma). Este es un problema subyacente en la sentencia que comentamos dado que el Abogado del Estado defendió, y el TC aceptó sus tesis, que la Resolución impug-

41 Cfr., por todos, RUIPÉREZ ALAMILLO, J. *Formación y Determinación de las Comunidades Autónomas en el Ordenamiento Constitucional español*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 13-45.

42 Cfr., también por todos, ELAZAR, D. J. *Exploración del Federalismo*. Traducción de J. M. Sole Alsedá. Hacer. Barcelona 1990. p. 201.

nada vulneraba, entre otros, el art. 168 CE y que la pretensión de una secesión de Cataluña respecto de España sólo podía llevarse legal y constitucionalmente a cabo a través de una reforma de la Constitución operada a través del mecanismo agravado que recoge el mencionado precepto. Aunque no podemos entrar, en estas páginas, y para no apartarnos demasiado de los objetivos fijados, en un análisis exhaustivo, nos interesa sumarnos a la mejor doctrina en una crítica al exceso de formalismo con el que el TC concibe el mecanismo de la reforma constitucional<sup>43</sup>, el cual conduce, en nuestra humilde opinión, a conclusiones insostenibles cuando de lo que hablamos es de la soberanía inalienable del Pueblo español.

Una correcta comprensión, a nuestro juicio, del instrumento de la Reforma, obliga a comprender que toda operación de esta naturaleza está sometida a límites materiales estén o no expresados en el texto constitucional en forma de cláusulas de intangibilidad. Somos conscientes que la cuestión no es pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia comparada<sup>44</sup>. Entre nosotros, autores de la talla de Pérez Royo o Aragón comparten con nuestro supremo intérprete constitucional la inexistencia de límites materiales a la reforma de nuestra Constitución, lo que supone, como corolario práctico, la imposibilidad de que el TC examinase la constitucionalidad de una Ley de Reforma. Esta cuestión hunde sus raíces, evidentemente, en algo más profundo como lo es el concepto mismo de Constitución, pues los que mantengan la existencia de tales límites serán los que manejen un concepto material de Constitución, identificando la Carta Magna con determinados principios y valores característicos de una Comunidad Política<sup>45</sup>, por contraposición a aquellos que ven en la Constitución simplemente un documento normativo situado en la cúspide del sistema de fuentes. Nosotros compartimos, con Ruipérez, y en consonancia también con una idea que hemos expuesto en páginas anteriores, que porque parece absurdo sostener, como nos enseñó Hesse, que la revisión de la Constitución pueda servir para destruirla, fácil debiera resultar admitir que el mecanismo de revisión deba estar limitado y condicionado por la voluntad plasmada por el Constituyente en el Texto Fundamental<sup>46</sup>.

Nuestra argumentación, esperamos, no será muy difícil de comprender: Toda operación de reforma constitucional (y la establecida en el art. 168 CE no puede ser una excepción) tiene por objetivo garantizar la continuidad jurídica de la Constitución, adaptando la Norma Fundamental a los cambios de la realidad política y social, de modo que se evite un desfase entre la Carta Magna y la sociedad<sup>47</sup>. Poner fin a una convivencia secular con la secesión de un territorio respecto del resto de España

43 En unos términos similares se manifestaba Tajadura en un comentario de una Sentencia muy parecida a ésta (cfr., TAJADURA TEJADA, J. «Referéndum en el País Vasco...» pp. 379 y ss.

44 Para mayor profundización cfr., RAGONE, S. «El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada» En *Teoría y Realidad Constitucional*. n.º 31, pp. 391-405.

45 Sobre el concepto sustancial de Constitución LUCAS VERDU, P. *Curso de Derecho Político*. Vol. IV. Tecnos. Madrid. 1984, pp. 250-252 y, por remisión, los trabajos allí citados.

46 Cfr., RUIPÉREZ ALAMILLO, J. *Reforma vs. Revolución. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*. Porrúa. México. 2014, pp. 33-77.

47 DE VEGA, P. *La Reforma Constitucional...* pp. 67 y ss.

evidentemente no responde a esta lógica, pues la hipotética secesión supondría, para la nueva sociedad catalana, el comienzo de un nuevo régimen estatal sobre la base de unos principios y valores diferentes. Por eso existen límites materiales a la reforma constitucional incluso cuando estos no vienen recogidos expresamente en el texto constitucional<sup>48</sup>. Si se nos permite expresarlo con una metáfora diremos que cuando se hace una pequeña obra en una casa (por ejemplo, tirar una pared para gozar de más espacio en una estancia) hacemos una reforma, pero cuando tiramos abajo los pilares de esa casa para construir, aunque sea en el mismo lugar, una casa totalmente diferente no hacemos ninguna reforma sino una casa nueva. En palabras de Schmitt «la facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc., pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional»<sup>49</sup>. Un pilar fundamental de todo régimen político es la extensión de la soberanía sobre un determinado territorio, y si tras una hipotética secesión, los límites de ese territorio se modifican, está claro que se han visto afectados los pilares fundamentales del Estado. En una crítica respecto de Aláez Corral, argumenta Ruipérez, a nuestro juicio correctamente, basándose en las obras de Kelsen y La Pérgola, que el ejercicio del *ius secessionis* en el seno de un Estado sólo puede ser llevado a cabo cuando así esté expresamente consignado en la Constitución, por voluntad del Poder Constituyente, y siempre cuando el ente descentralizado que lo ejercita cumpla con todos los requisitos establecidos en la Norma Fundamental y en las leyes de desarrollo<sup>50</sup>. El respeto al principio democrático exige, en caso contrario, acudir a la reforma cuando de lo que se trate es de articular fórmulas técnicas que puedan mejorar el ejercicio del autogobierno, o un nuevo proceso constituyente para sustituir los principios fundamentales de la organización territorial (y la secesión, desde luego lo es). Y ello, porque como estableció J. J. Rousseau: «va en contra de la naturaleza del cuerpo político darse leyes que luego no pueda revocar, pero no va en contra de la naturaleza ni contra la razón que no pueda revocarlas más que con la solemnidad puesta en práctica al establecerla»<sup>51</sup>.

Por supuesto, los ciudadanos de Cataluña pueden expresar, de modo individual o colectivo, el anhelo, si es el caso, de independencia respecto de España, pues como el Tribunal Constitucional indica acertadamente, el nuestro no es un modelo de «Democracia militante»<sup>52</sup> en que se limite la expresión de ideas contrarias a la Constitución. Que ello sea así, no significa, sin embargo: Primero, que legalmente

48 RUIPÉREZ ALAMILLO, J. De la reforma constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución, *Teoría y Realidad Constitucional*. n.º 30 (2012). pp. 89-138.

49 SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*. Alianza. Madrid. 1982, p. 119.

50 Cfr., RUIPÉREZ ALAMILLO, J. *Reforma vs Revolución...* pp. 75 y ss. por un lado y 145 y ss. por otro.

51 ROUSSEAU, J. J. «Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su Proyecto de Reforma» en ROUSSEAU, J. J. Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma, Tecnos, Madrid, 1988, p. 104.

52 *Vid.*, FJ 4.º

las instituciones —y muy especialmente el Parlamento de Cataluña, cuya legitimidad deriva exclusivamente de la Constitución, puedan adoptar medidas jurídicas en este sentido, mientras la Carta Fundamental siga vigente y; segundo, que la secesión pueda llevarse a cabo mediante una reforma de la Constitución, lo que implicaría concluir que la Constitución, manifestación de la soberanía popular del Pueblo español, autoriza su propia destrucción. Decimos esto, y con ello concluimos, porque creemos, dicho sea con el mayor de los respetos, que el TC embrolla y a la postre devalúa su primera y correcta afirmación cuando a ésta añade que: «El planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable (...) La apertura de un proceso de tales características no está predeterminada en cuanto al resultado». Aquí confunde, en nuestra humilde opinión, y por hacer suya la retórica de los letrados del Parlamento de Cataluña, Democracia militante con cláusulas de intangibilidad. La razón, en su caso, de acuerdo con su jurisprudencia, por la que cualquier reforma de la Constitución se puede plantear a través del procedimiento adecuado en un proceso no está predeterminado en cuanto a su resultado, lo es porque no se entiende, en contra de lo que hemos sostenido en estas páginas, que existan límites materiales a la reforma, y no que España no sea un modelo de Democracia militante.

\*\*\*

TITLE: *Right to decide and sovereignty. On STC 42/2004, of March, 25.*

ABSTRACT: *STC 42/2014 partially annulled the Parliament of Catalonia declaration of sovereignty. This paper analyzes the main points of this resolution. Regarding the declaration of unconstitutionality and annulment of first paragraph that established that the Catalan People is a «sovereign subject», we agree with the Court that it was the only constitutionally admissible solution. We disagree, however, the solution adopted about the third, seventh and ninth points, that we believe should also be declared unconstitutional and annulled. We criticize also the formalist conception of constitutional amendment instrument defended by the Court.*

RESUMEN: *La Sentencia 42/2014 anuló parcialmente la declaración soberanista del Parlamento de Cataluña. Este trabajo analiza los puntos esenciales de esta resolución. Respecto de la declaración de inconstitucionalidad y anulación del punto de la declaración que consideraba al Pueblo catalán «sujeto soberano», coincidimos con el Tribunal en que era la única solución constitucionalmente admisible. Discrepamos, sin embargo, de la solución adoptada en los puntos tercero, séptimo y noveno, que creemos que debieron ser declarados igualmente inconstitucionales y nulos. Criticamos, además, la concepción formalista del instrumento de reforma constitucional mantenida por el Tribunal.*

KEY WORDS: *Sovereignty - Right to self-determination - Referendum - Constitutional Amendment.*

PALABRAS CLAVE: *Soberanía - Derecho de autodeterminación - Referéndum - Reforma de la Constitución.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.05.2014      FECHA DE ACEPTACIÓN: 30.07.2014