

CATALONIA BACKGROUND INFORMATION [SÈRIE E / 2014 / 7.2 / CA]

Data: 17/09/2014

Autora: Mercè Barceló*

L'ENCAIX CONSTITUCIONAL I EL CONTINGUT JURÍDIC DEL DRET A DECIDIR A CATALUNYA I ESPANYA

Després que el Tribunal Constitucional espanyol tanqués la porta l'any 2010 a la reivindicació majoritària a Catalunya d'una major quota d'autonomia política (votada prèviament pels catalans en el referèndum de reforma de l'Estatut d'autonomia), la reivindicació es transformà immediatament en la reclamació del "dret a decidir".

El dret a decidir, entès com el dret de la ciutadania de Catalunya a pronunciar-se col·lectivament sobre una possible independència de Catalunya, no és més que una formulació de drets constitucionalment ja existents en un Estat democràtic amb un nou abillament extern: sense prejudicar que l'objectiu de la proclamació del dret a decidir sigui la constitució efectiva d'un estat propi independent, aquest dret té com a contingut el poder d'expressar col·lectivament la posició dels catalans respecte el futur territorial de Catalunya com a comunitat política. Certament, i per això, no atorgaria als seus titulars un poder d'efectuar unilateralment un canvi o trencament constitucional, però sí la facultat que el posicionament majoritari lliurement expressat sigui pres en consideració per l'Estat si resulta ser discrepant de l'ordre territorial constitucionalment establert. Es tracta, per tant, i en darrer terme, d'un dret a iniciar un canvi de l'ordre constitucional i, en els concrets termes que es formula a Catalunya, un canvi de la Constitució territorial.

La naturalesa complexa d'aquest dret, en el que s'entrelliguen elements estructurals de la llibertat d'expressió (art. 20 CE) i dels drets de participació política (art. 23 CE), genera per als poders públics, com a subjectes passius del dret, tres tipus d'obligacions.

- 1) **Primera**, a no dur a terme actuacions que limitin el procés de comunicació de la idea, el que deriva del vessant de llibertat o d'autonomia de la voluntat que té aquest dret.
- 2) **Segona**, a conseqüència del contingut propositiu de l'opinió que es vol transmetre, a posar a disposició de la ciutadania els instruments legals necessaris per dotar d'unitat i significat polític la suma de voluntats que en aquest sentit es volen expressar (per exemple, convocant un referèndum consultiu, no impedit la seva convocatòria legal, o posant a disposició de la ciutadania altres instruments d'expressió política conjunta), el que deriva del vessant participatiu en els afers públics del dret a decidir.

- 3) **I, tercera**, a prendre en consideració l'opinió majoritàriament expressada si discrepa de l'ordre territorial constitucionalment establert amb la finalitat, si és el cas, de modificar aquest ordre, el que deriva del vessant objectiu del dret a decidir, que no es altre que la preservació i garantia de la controvèrsia i del debat públic lliure en un estat democràtic constitucional. Perquè com ha deixat establert el Tribunal Constitucional, la llibertat d'expressió no és només manifestació d'una llibertat individual bàsica sinó que es configura també com un element conformador del nostre sistema polític democràtic, en el qual hi caben acords i desacords no només dins del sistema sinó també sobre el propi sistema (STC 235/2007).

Per tant, aquesta reivindicació, així formulada, no s'allunya de la que es troba en la base de processos com els que han tingut lloc a Quebec en relació al Canadà (referèndums de 1980 i 1995, i decisió de la Cort Suprema del Canadà de 1998) o a Escòcia en relació al Regne Unit (referèndum de 18 setembre de 2014), ja que el fonament jurídic i polític d'aquests també es troba imbricat amb el principi democràtic, que és precisament la font jurídica legitimadora del dret a decidir.

El dret a decidir, és cert, no està directament reconegut en la Constitució espanyola. Però no perquè aquesta sigui una Constitució diferent a d'altres (en el món occidental no hi ha cap Constitució que directament el reconegui o que reconegui un dret a la independència) sinó perquè és Constitució i, per tant, la seva funció és la de constituir un estat; això és, una unitat organitzada de decisió i d'acció. De tal manera, que tot estat - sigui autonòmic, federal, regional - és unitari per definició; no hi ha estat sense unitat; i la Constitució, precisament, tendeix a preservar-la. Això suposa, però, que el fet que l'article 2 de la CE reconegui el principi d'indissolubilitat de la unitat d'Espanya no fa l'Estat espanyol un estat més unitari o més resistent a la separació de part del seu territori que d'altres, com ara el Canadà o el Regne Unit. I això, perquè la convivència en les Constitucions occidentals del principi d'unitat de l'Estat (format de forma expressa o tàcita) amb el principi democràtic és el que permet que, tot i la preservació de la unitat a nivell constitucional, es puguin donar processos independentistes.

Precisament, **el principi democràtic es configura en la Constitució espanyola com un principi estructural del sistema polític i de l'ordenament jurídic reconegut en l'article 1 CE**, el que comporta que actuï com a principi orientador en el moment de creació, interpretació i aplicació de la resta de normes de la Constitució i de l'ordenament jurídic en el seu conjunt. I l'orientació que els imprimeixi dependrà del contingut i abast que se li doni al concepte "democràcia". En aquest sentit, hi ha coincidència en afirmar que les Constitucions occidentals actuals no inclouen només una idea procedimental de democràcia, d'acord amb la qual és legítim que prevalgui la voluntat de la majoria sobre la de la minoria si se segueixen els procediments establerts. Al costat d'aquest concepte, que no es perd, s'hi introdueixen límits a allò que en una comunitat una majoria de persones pugui imposar a les minories dissidents. I per això s'hi incorporen elements substantius al costat dels procedimentals: democràcia significa aleshores, també, respecte a les minories i als seus drets

constitucionals; drets constitucionals, l'existència i l'exercici dels quals no poden dependre en un estat democràtic de les majories sinó que, precisament, constitueixen la forma de protecció permanent de les minories. D'aquesta manera, és com es pot possibilitar una oportunitat democràtica a aquells grups que, per exemple, per raons demogràfiques no poden esdevenir majoria. I entre els drets constitucionals que complirien aquesta funció, la Constitució espanyola en reconeix, al menys, dos de ja esmentats: la llibertat d'expressió (art. 20 CE), i el dret dels ciutadans a participar en els afers públics, de forma directa o a través dels seus representants (art. 23.1 CE); dret que es desenvolupa institucionalment en l'article 92 de la Constitució on es regulen les consultes populars.

A l'anterior cal afegir que **la Constitució espanyola, com ha afirmat el Tribunal Constitucional, no instaura una "democràcia militant"**. En efecte, el fet que el Text constitucional no contingui límits materials a la seva reforma (arts. 166 a 169 CE) i que reconegui, al mateix temps, un conjunt de llibertats de reforç a la defensa de la lliure ideologia (per exemple, llibertat ideològica i d'expressió; arts. 16 i 20 CE), comporta excloure la democràcia espanyola d'aquelles que no toleren opcions contràries als valors i principis consagrats constitucionalment. La democràcia espanyola, per contra, i d'acord amb la seva configuració constitucional, no inconstitucionalitza de la defensa de fins o d'ideologies contràries a ella; no és una democràcia en la que es generi un "metadret natural i fonamental" d'autodefensa de l'Estat que es converteixi en paràmetre de referència per a la validesa i interpretació dels drets individuals i col·lectius, i que s'imposi jeràrquicament sobre ells. Ans al contrari, lluny d'aquest concepte de "democràcia militant", **la Constitució espanyola estableix una democràcia plural i pluralista, no tutelada i, per tant, no exclou de la legalitat subjectes o grups que tinguin una idea del Dret o de l'organització social diferent o contradictòria amb la de la mateixa Constitució (STC 48/2003, 5/2004, 235/2007, 12/2008, 42/2014).**

En conseqüència, **¿per què hauria de ser inconstitucional expressar col·lectivament una voluntat contrària al manteniment de la unitat amb l'Estat espanyol, si la Constitució no imposa cap adhesió al principi d'unitat?** ¿Com podria la celebració d'una consulta als ciutadans de Catalunya sobre el seu futur com a comunitat política atemptar contra el principi democràtic o els drets fonamentals, si precisament expressar-se a través d'una consulta està emparat pel principi democràtic i és exercici de drets fonamentals ja reconeguts per la mateixa Constitució?. A no ser que es defensi obertament que la Constitució espanyola instaura una democràcia militant, cosa molt difícil a la vista del text constitucional i de la jurisprudència al respecte, no pot afirmar-se fonamentadament que és inconstitucional la pretensió de celebrar una consulta popular a Catalunya en la que es preguntí sobre la independència territorial. No hi ha elements jurídics que ho avalin: Ni el fet que es reconegui en l'article 2 de la CE la indissoluble unitat de la nació espanyola fa impossible constitucionalment la independència de part del seu territori, i molt menys, fa impossible la defensa i exteriorització conjunta d'aquella voluntat d'independència. Ni l'exercici dels drets constitucionals de les minories poden dependre en un estat democràtic de la voluntat de les majories. Ni existeix un

“metadret” fonamental de l'Estat que s'imposi sobre els drets constitucionals reconeguts als ciutadans. Ni la llibertat de la ciutadania troba constrenyit el seu exercici més enllà dels requisits o condicions formals determinats constitucionalment i legal.

Així ho ha entès també el Tribunal Constitucional espanyol en la STC 42/2014. En efecte, amb ocasió de la resolució d'un recurs, interposat pel Govern de l'Estat, contra la Resolució del Parlament 5/X (2013), per la qual s'aprova la Declaració de sobirania i del dret a decidir del poble de Catalunya, el Tribunal reconeix l'existència el dret a decidir i el configura com una aspiració política susceptible de ser defensada en el marc de la Constitució i a la que s'hi ha d'arribar mitjançant un procés que s'ajusti als principis de legitimitat democràtica, pluralisme i legalitat. En aquest procés, diu el Tribunal, hi té cabuda una proposta que pretengui modificar l'ordre constitucional establert, com ara, la independència de Catalunya, sempre i quan les activitats adreçades a “preparar i defensar” aquesta aspiració política es realitzin sense vulnerar els principis democràtics, els drets fonamentals o la resta de mandats constitucionals. Es generaria així, segons el Tribunal, un deure de lleialtat constitucional entre el poder públic autonòmic representant de la decisió dels ciutadans i el poder públic representant de l'Estat global, de manera que, si l'assemblea legislativa d'una comunitat autònoma formulés l'obertura d'un procés d'aquestes característiques, el Parlament espanyol hauria d'entrar a considerar la proposta; és a dir, es generaria un deure de diàleg recíproc entre les parts. Però tant el Govern de l'Estat com els partits polítics i mitjans de comunicació més combatius amb la celebració de la consulta han silenciat significativament aquest reconeixement jurisprudencial del dret a decidir.

En definitiva, la Constitució espanyola empara un dret a decidir de la ciutadania de Catalunya, avalat pel Tribunal Constitucional, del que es deriva l'obligació de l'Estat de no interposar obstacles o no dur a terme actuacions que limitin el procés de formulació de la proposta d'independència, i de posar a disposició de la ciutadania els instruments legals necessaris per dotar d'unitat i significat polític la suma de voluntats que en aquest sentit es volen expressar.

Per tant, la reiterada negativa de l'Estat espanyol de celebrar una consulta a Catalunya sobre el seu futur com a comunitat política està desproveïda d'arguments constitucionals coherents. L'impedient és exclusivament polític i denota l'esquifidesa de la cultura constitucional i democràtica del país.

* **Mercè Barceló i Serramalera** és Catedràtica de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona