

CATALONIA BACKGROUND INFORMATION [SERIE E / 2014 / 7.2 / ES]

Fecha: 17/09/2014
Autora: Mercè Barceló*

EL ENCAJE CONSTITUCIONAL Y EL CONTENIDO JURÍDICO DEL DERECHO A DECIDIR EN CATALUÑA Y ESPAÑA

Después de que en 2011 el Tribunal Constitucional español diera el portazo a la reivindicación mayoritaria en Cataluña de una mayor cuota de autonomía política (tal como se había pedido en el referéndum de reforma del Estatuto de autonomía), la reivindicación se transformó de inmediato en la exigencia del “derecho a decidir”.

El derecho a decidir ha de entenderse como el derecho de la ciudadanía de Cataluña a pronunciarse colectivamente sobre una posible independencia de Cataluña; y, en sí mismo, no es más que una concreción de derechos constitucionalmente ya existentes en un Estado democrático con un nuevo atavío externo: sin predeterminedar que el objetivo de la proclamación del derecho a decidir sea la constitución efectiva de un estado propio independiente, este derecho tiene como contenido el ser cauce de expresión de la voluntad de los catalanes sobre el futuro político-territorial de Cataluña. Por eso, el derecho a decidir no otorga a sus titulares poder alguno directo para efectuar unilateralmente un cambio o ruptura constitucional, pero sí conlleva que la posición mayoritaria expresada a través suyo sea tomada en consideración por el Estado si el resultado discrepa del ordenamiento territorial constitucionalmente establecido. Se trata, por lo tanto, y en último término, de un derecho a iniciar un cambio del orden constitucional y, en los concretos términos que se formula en Cataluña, un cambio de la Constitución territorial.

La naturaleza compleja de este derecho, en el que se entrelazan elementos estructurales de la libertad de expresión (art. 20 CE) y de los derechos de participación política (art. 23 CE), genera para los poderes públicos, como sujetos pasivos del derecho, tres tipos de obligaciones.

- 1) **Primera**, a no llevar a cabo actuaciones que limiten el proceso de comunicación de la idea, lo que deriva de la vertiente de libertad o de autonomía de la voluntad que posee este derecho.
- 2) **Segunda**, a consecuencia del contenido propositivo de la opinión que se quiere transmitir, a poner a disposición de la ciudadanía los instrumentos legales necesarios para dotar de unidad y significado político la suma de voluntades que en este sentido se quieren expresar (por ejemplo, convocando un referéndum consultivo, no impidiendo su convocatoria legal, o poniendo a disposición de la ciudadanía otros instrumentos de expresión

política conjunta), lo que deriva de la vertiente participativa en los asuntos públicos del derecho a decidir.

- 3) **Y tercera**, a tomar en consideración la opinión mayoritariamente expresada si ésta discrepa del orden territorial constitucionalmente establecido con el resultado, si es el caso, de modificar ese orden. Ello deriva de la vertiente objetiva del derecho a decidir, esto es, la preservación y garantía de la controversia y del debate público libre en un estado democrático constitucional. Porque como ha dejado establecido el Tribunal Constitucional, la libertad de expresión no es sólo manifestación de una libertad individual básica sino que se configura también como un elemento conformador de nuestro sistema político democrático, en el cual caben acuerdos y desacuerdos no sólo dentro del sistema sino también sobre el propio sistema (STC 235/2007).

Por lo tanto, esta reivindicación, así formulada, no se aleja de la que se encuentra en la base de procesos como los que han tenido lugar en Quebec en relación con el Canadá (referéndums de 1980 y 1995, y decisión de la Corte Suprema del Canadá de 1998) o en Escocia en relación con el Reino Unido (referéndum de 18 septiembre de 2014), ya que el fundamento jurídico y político de estos procesos también se encuentra imbricado con el principio democrático, que es precisamente la fuente jurídica legitimadora del derecho a decidir.

El derecho a decidir, es cierto, no está directamente reconocido en la Constitución española. Pero no porque ésta sea una Constitución diferente a otras (en el mundo occidental no hay ninguna Constitución que directamente lo reconozca o que reconozca un derecho a la independencia) sino porque es Constitución y, por lo tanto, su función es la de constituir un estado; esto es, una unidad organizada de decisión y de acción. De tal manera, que todo estado - sea autonómico, federal, regional - es unitario por definición; no hay estado sin unidad; y la Constitución, precisamente, tiende a preservarla. En tal sentido, ello supone que cuando el artículo 2 de la CE reconoce el principio de indisolubilidad de la unidad de España no convierte al Estado español en un estado más unitario o más resistente a la separación de parte de su territorio que otros, como el Canadá o el Reino Unido: la convivencia en las Constituciones occidentales del principio de unidad del Estado (formulado de forma expresa o tácita) con el principio democrático permite que, a pesar de la preservación de la unidad a nivel constitucional, se puedan dar procesos independentistas.

En la Constitución española, **el principio democrático se configura, precisamente, como un principio estructural del sistema político y del ordenamiento jurídico (reconocido en el artículo 1 CE)**, y de esta forma actúa como principio orientador en el momento de creación, interpretación y aplicación del resto de normas de la Constitución y del ordenamiento jurídico en su conjunto. Y la orientación que les imprima dependerá del contenido y alcance que se le dé al concepto “democracia”. En este sentido, hay coincidencia al afirmar que las Constituciones occidentales actuales no incluyen sólo una idea procedimental de democracia, de acuerdo con la cual es legítimo que prevalezca la voluntad de la mayoría sobre la de la minoría si se siguen los procedimientos esta-

blecidos. Junto a este sentido, que no se pierde, se introducen límites a la libre voluntad de las mayorías en respeto de los derechos de las minorías. Y por eso se incorporan elementos sustantivos a los procedimentales: democracia significa, así y también, respeto a las minorías y a sus derechos constitucionales, cuya existencia y ejercicio no pueden depender de las mayorías porque, precisamente, constituyen la forma de protección permanente de esas mismas minorías. Por este cauce, se puede garantizar una oportunidad democrática a aquellos grupos que, por razones demográficas, por ejemplo, no se pueden convertir en mayoría. Y entre los derechos constitucionales que cumplirían esta función, la Constitución española reconoce, al menos, dos de los ya mencionados: la libertad de expresión (art. 20 CE), y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, de forma directa o a través de sus representantes (art. 23.1 CE); derecho que se desarrolla institucionalmente en el artículo 92 de la Constitución donde se regulan las consultas populares.

A lo anterior hay que añadir que **la Constitución española, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, no insta una “democracia militante”**. En efecto, el hecho de que el Texto constitucional no contenga límites materiales a su reforma (artículos 166 a 169 CE) y que reconozca, al mismo tiempo, un conjunto de libertades que refuerzan la defensa de la libre ideología (por ejemplo, libertad ideológica y de expresión; arts. 16 y 20 CE), comporta excluir a la democracia española de aquéllas que no toleran opciones contrarias a los valores y principios consagrados constitucionalmente. La democracia española, por el contrario, y de acuerdo con su configuración constitucional, no deja fuera del orden constitucional ideologías contrarias a ella; no es una democracia en la que se genere un “metaderecho natural y fundamental” de autodefensa del Estado que se convierta en parámetro de referencia para la validez e interpretación de los derechos individuales y colectivos, y que se imponga jerárquicamente sobre ellos. Sino por el contrario, lejos de este concepto de “democracia militante”, **la Constitución española establece una democracia plural y pluralista, no tutelada y, por lo tanto, no excluye de la legalidad sujetos o grupos que tengan una idea del Derecho o de la organización social diferente o contradictoria con la de la misma Constitución (STC 48/2003, 5/2004, 235/2007, 12/2008, 42/2014)**.

En consecuencia, **¿por qué tendría que ser inconstitucional expresar colectivamente una voluntad contraria al mantenimiento de la unidad con el Estado español, si la Constitución no impone ninguna adhesión al principio de unidad?** ¿Cómo podría la celebración de una consulta a los ciudadanos de Cataluña sobre su futuro como comunidad política atentar contra el principio democrático o los derechos fundamentales, si precisamente el expresarse a través de una consulta está amparado por el principio democrático y supone el ejercicio de derechos fundamentales ya reconocidos por la misma Constitución? A no ser que se defienda abiertamente que la Constitución española insta una democracia militante, cosa muy dificultosa a la vista del texto constitucional y de la jurisprudencia al respecto, no puede afirmarse con algún fundamento que sea inconstitucional la pretensión de celebrar una consulta popular en Cataluña en la que se pregunte sobre la independencia territorial. No hay elementos jurídicos que lo avalen: Ni el hecho de que se reconozca en el artículo 2

de la CE la indisoluble unidad de la nación española hace imposible constitucionalmente la independencia de parte de su territorio, y mucho menos, hace imposible la defensa y exteriorización conjunta de aquella voluntad de independencia. Ni el ejercicio de los derechos constitucionales de las minorías puede depender en un estado democrático de la voluntad de las mayorías. Ni existe un “metaderecho” fundamental del Estado que se imponga sobre los derechos constitucionales reconocidos a los ciudadanos. Ni la libertad de la ciudadanía ve limitado su ejercicio más allá de los requisitos o condiciones formales determinados constitucional y legalmente.

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional español en la STC 42/2014. En efecto, con ocasión de la resolución de un recurso, interpuesto por el Gobierno del Estado, contra la Resolución del Parlamento 5/X (2013), por la cual se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña, el Tribunal reconoce la existencia del derecho a decidir y lo configura como una aspiración política susceptible de ser defendida en el marco de la Constitución y a la que se tiene que llegar mediante un proceso que se ajuste a los principios de legitimidad democrática, pluralismo y legalidad. En este proceso, dice el Tribunal, tiene cabida una propuesta que pretenda modificar el orden constitucional establecido, como la independencia de una parte del territorio español, siempre y cuando las actividades dirigidas a “preparar y defender” esta aspiración política se realicen sin vulnerar los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de mandatos constitucionales. Se generaría así, según el Tribunal, un deber de lealtad constitucional entre el poder público autonómico representante de la decisión de los ciudadanos y el poder público representante del Estado global; de manera que, si la asamblea legislativa de una comunidad autónoma formulara la apertura de un proceso de estas características el Parlamento español debería entrar a considerar la propuesta; es decir, se generaría un deber de diálogo recíproco entre las partes. Pero tanto el Gobierno del Estado como los partidos políticos y medios de comunicación más combativos con la celebración de la consulta han silenciado significativamente este reconocimiento jurisprudencial del derecho a decidir.

En definitiva, **la Constitución española ampara un derecho a decidir de la ciudadanía de Cataluña, avalado por el Tribunal Constitucional, de lo que se deriva la obligación del Estado de no interponer obstáculos o no llevar a cabo actuaciones que limiten el proceso de formulación de la propuesta de independencia**, y de poner a disposición de la ciudadanía los instrumentos legales necesarios para dotar de unidad y significado político la suma de voluntades que en este sentido se quieren expresar.

Por lo tanto, **la reiterada negativa del Estado español de celebrar una consulta en Cataluña sobre su futuro como comunidad política está desprovista de argumentos constitucionales coherentes**. El impedimento es exclusivamente político y denota la escasa cultura constitucional y democrática del país.

* **Mercè Barceló i Serramalera** es Catedrática de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Barcelona