

RETORNO A LA CONSTITUCIONALIDAD

Santiago Muñoz Machado*

Catedrático de Derecho administrativo
Universidad Complutense de Madrid

I

La liza propuesta por el independentismo catalán, su negativa a seguir acatando los dictados de la Constitución de 1978 por considerarla una norma española que no debe concernir a este territorio, recuerda a un tipo de conflicto constitucional histórico sobre el que en España tenemos gran experiencia porque se ha levantado contra casi todas las constituciones promulgadas desde 1812: la cuestión de la titularidad de la soberanía.

A lo largo del siglo XIX, este fue uno de los argumentos más firmemente utilizados para derribar constituciones. Las constituciones basadas en la soberanía nacional o la soberanía popular fueron sustituidas por otras fundadas en la soberanía del monarca y viceversa; no se acertó a conciliar la oposición irreductible entre soberanos hasta que no se halló la fórmula ecléctica ideada por el liberalismo doctrinario, consistente en el establecimiento de la soberanía compartida entre la nación y el monarca. Este equilibrio, bastante ficticio y nominal en cuanto que inútil para explicar en qué instancias residió el poder efectivo en cada momento, se prolongó hasta la aprobación de la Constitución de 1931 y ya no ha vuelto a aparecer en la de 1978, surgida de la soberanía popular.

La cuestión de la titularidad de la soberanía se ha mantenido tras la Constitución de 1978, aunque expresada de otra manera. La disputa

no enfrenta ahora al rey y a la nación: nadie pone hoy en duda que la soberanía reside en el pueblo, pero se discute la existencia de una sola nación y un único soberano dentro del marco territorial del Estado español. Lo que reclaman algunos territorios infraestatales es su condición nacional y sus derechos soberanos. La reivindicación tiene dos formas jurídicas de expresarse: el reconocimiento de los derechos históricos, de naturaleza preconstitucional, que corresponderían a dichos territorios; y, directamente, el poder soberano y constituyente para aplicarlo a la posible formación de un Estado independiente. Ya hemos visto que esta es la pretensión mantenida en Cataluña por algunos grupos políticos que representan a un porcentaje importante de la población. La apelación a los derechos históricos ha sido más característica de las posiciones soberanistas vascas, que, además de los argumentos generales antes indicados, encuentran un apoyo añadido en la disposición adicional primera de la Constitución, que declara el amparo y respeto de los derechos históricos de los territorios forales.

Las consecuencias soberanistas del reconocimiento de los derechos históricos están muy acotadas por la jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional ha declarado que, excepción hecha del País Vasco, los demás territorios o comunidades autónomas del Estado no pueden apelar a aquellos derechos (respecto a Cataluña, *cf.* las SSTC 103/2008, 31/2010,

* Este texto es parte del Capítulo IX de mi libro *Antigua y nueva Constitución*, actualmente en prensa.

42/2014 y 2 de diciembre de 2015). Además, la mención constitucional a los derechos históricos no implica, según el Tribunal, el reconocimiento de un último reducto de soberanía o de participación en la del Estado por parte del territorio que es titular de los mismos: «No se presenta la Constitución, por lo tanto —ha dicho el Tribunal Constitucional—, como resultado “de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores” a ella (SSTC 76/1988, de 26 de abril, FJ 3; y 247/2007, FJ 4 a), sino como norma incondicionada y condicionante de cualesquiera otras en nuestro ordenamiento. Se trata de una normativa superior, a la que todos —ciudadanos y poderes públicos— quedan sujetos (art. 9.1 CE)» (STC 259/2015, de 2 de noviembre).

Los análisis más habituales, realizados por la mayoría de nuestra doctrina y por el Tribunal Constitucional acerca de la significación jurídica de la soberanía y sus relaciones con el poder constituyente y el poder de reforma constitucional siguen anclados en ideas surgidas en Europa en el siglo XIX, en contextos políticos distintos de los que actualmente afectan al poder soberano. La soberanía ha sido tradicionalmente descrita como un poder máximo de disposición, originario, irresistible e incontestable, al que están sometidos todos los sujetos e instituciones, públicos y privados. Es un poder monolítico, no susceptible de fragmentación. Aplicado al Estado, es el fundamento del poder constituyente del que emerge la Constitución, la norma superior a todas las normas y la que decide sobre las relaciones entre las que forman el ordenamiento jurídico.

No parece necesario que descienda ahora a los orígenes de estas ideas en la filosofía política, desde la atribución de ese poder irresistible al monarca (Bodino, Hobbes) hasta su traslación al pueblo (Rousseau, Montesquieu, movimientos revolucionarios en Inglaterra, Francia y España desde finales del siglo XVII a principios del XIX). Interesa recordar, tan solo, que la dogmática de la soberanía presu-

pone que los atributos o poderes esenciales que comprende no pueden ser compartidos. Desde luego, por lo que ahora interesa dejar sentado, no lo es el poder constituyente. Es posible que dos o más poderes soberanos concurren para la aprobación de una constitución común. Suele decirse, generalizando, que este es el caso de las confederaciones, que se forman en virtud de un pacto entre Estados originariamente soberanos. No siempre ha sido así en la historia de las confederaciones, pero el estereotipo es útil para esquematizar.

Partiendo de este cuadro elemental, resultaría que la soberanía del pueblo español, que comprende el poder constituyente, puede resultar limitada o restringida si se admiten alguna de estas dos aseveraciones: primero, que el origen de la Constitución de 1978 reside en un pacto entre territorios que han venido formando parte durante algunos siglos del Estado español. Esos territorios dispondrían de una soberanía originaria que se utilizó durante el periodo constituyente, bien en términos positivos —mediante su participación en la elaboración del texto constitucional—, bien de forma pasiva —a través de la simple aceptación o dación del «pase» a la Constitución aprobada por las Cortes españolas—.

El único indicio que ha quedado en la Constitución de 1978 de un eventual pacto constituyente entre territorios es la Disposición Adicional Primera, ya citada, que reconoce los derechos históricos de los territorios forales. Pero el indicio no es suficientemente fuerte y ha quedado desvalorizado por un buen número de pruebas expresas de que en aquella ocasión histórica hubo un único poder constituyente en acción: el del pueblo español en su conjunto, depositario de la soberanía. El Tribunal Constitucional lo ha apreciado así en numerosas sentencias, entre ellas las arriba citadas. Ello, por cierto, no niega otros efectos jurídicos que tiene la cláusula y que diferencia la posición constitucional de los territorios forales vascos de las demás comunidades autónomas.

La segunda hipótesis de condicionamiento o reducción del poder soberano consistiría en aceptar que la Constitución no impide la secesión de un territorio integrado en el Estado ni que inicie un proceso constituyente que conduzca a la formación de otro Estado independiente. Ya he argumentado más atrás que es inquestionable que la Constitución española no permite ese proceso de independencia. Hasta los propios mentores jurídicos y políticos de la secesión en Cataluña han considerado que, rectamente desarrollado, el camino hacia la independencia necesitaría tener una cobertura constitucional que ahora no tiene.

Pero ¿puede reformarse la Constitución para habilitar la secesión de un territorio que forma parte del Estado desde hace centurias? ¿Se puede incluir en la Constitución una cláusula de secesión? Las cláusulas de separación son habituales en los tratados internacionales. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 regula extensamente los supuestos de separación de un Estado de un tratado que ha suscrito (artículo 54 y siguientes). Incluso en los Tratados europeos se han mantenido este tipo de cláusulas habilitantes de la separación de los Estados miembros de conformidad con los poderes que les reservan sus propias constituciones (actualmente artículo 50 TUE).

¿Se puede aceptar algo parecido en el texto de una constitución? Hay algún constitucionalista, cuya posición es absolutamente minoritaria, que ha postulado la posibilidad de incluir una cláusula de secesión en la Constitución española como solución final para «armonizar la legalidad constitucional y el principio democrático» (Aláez Corral, 2015).

Entendida la función de la cláusula de separación en el sentido que le atribuye la frase transcrita, resultaría que hay un principio o valor reconocido en la Constitución, el principio democrático, que puede imponer un cambio tan radical de su contenido que podría tener incluso efectos destructivos del sistema de valores en que esta se basa. La apelación a

la democracia permitiría liquidar la Constitución partiendo de la propia legalidad constitucional.

El contraste entre la Constitución y el principio democrático se ha vinculado por una corriente de pensamiento —cuyos adeptos en España han crecido sorprendentemente en cuanto la novedosa doctrina ha sido enunciada— a la ruptura del dogma de la indivisibilidad del Estado, que se ha mantenido indiscutido desde la Paz de Westfalia hasta hoy. Se formula la nueva doctrina del modo siguiente: la indivisibilidad del Estado no debe ser una regla absoluta que impida la realización de las aspiraciones democráticamente expresadas por comunidades territoriales que han venido formando parte del mismo de separarse para constituir entidades políticas independientes. Este derecho de autodeterminación no solo debería ser reconocido en el caso de las regiones colonizadas o a los territorios que no consiguen realizar sus libertades a causa de la opresión a que están sometidas, que son los supuestos básicos en los que los tratados y documentos de las propias Naciones Unidas lo reconocen y consideran amparable, sino en cualquier supuesto en que un territorio perteneciente a otro Estado, aunque con tradiciones e historia propias, entidad de población y condiciones económicas suficientes para asegurar su viabilidad como entidad independiente acuerda democráticamente separarse. En tal caso, el Estado originario o matriz debe permitir la celebración de la correspondiente consulta para que se exprese la voluntad (secesionista o no) del pueblo de ese territorio. Los representantes políticos, formales o fácticos, de este territorio tienen que aceptar, por su parte, las condiciones establecidas para el desarrollo de la consulta, que han de ser pactadas y claras respecto de la pregunta que se formule y sus consecuencias. Si los resultados fueran favorables a la independencia, el Estado matriz y su fragmento habrían de negociar los términos de la separación, hacer las cuentas de sus costes y transferencias necesarias y programar la transición hasta la creación del nuevo Estado.

Esta emergencia de una nueva entidad política soberana se gesta en el cuerpo del viejo Estado y precisa para ejecutarse una reforma constitucional para que este prescindiera de una parte de su territorio y población, y nazca un nuevo soberano que ejercerá su propio poder constituyente.

Toda esta peripecia jurídica y política tan singular es, como antes decía, la consecuencia del arrumbamiento por decrepitud del principio de indivisibilidad del Estado y del arrollador reconocimiento del principio democrático. Se entenderá mejor ahora por qué se dice que esta clase de principio democrático es contrario a la constitución establecida. En la medida en que se opone a la regla de la integridad territorial, tan esencial al Estado constitucional, la democracia separatista es imposible de ejercitar partiendo de la constitución vigente: en nuestro Estado o en cualquier otro. El soberano no puede concebir su propia mutilación. No solo es contraria a la constitución, sino que tampoco es viable la inclusión en ella, por vía de reforma, de una cláusula de secesión. La secesión de una parte del territorio del Estado no es constitucionalizable mediante el mecanismo de la reforma. Es incomprensible que una constitución habilite poder constituyente (que, por definición, solo puede ser originario) a favor de una unidad inicialmente comprendida en su ámbito de aplicación con la única finalidad de que se separe. No es materia de una reforma constitucional. Podría aceptarse, en el extremo, que todo ello implicaría acoger la autodestrucción o la fragmentación y, si fuera imaginable que un soberano decidiera tan radical restricción de su poder, la aceptación sería un hecho constituyente de la máxima relevancia. Si se considera que el poder constituyente no tiene límites, el soberano original podría disponer tan monumental sacrificio. Tendría que modificarse el artículo 2 de la Constitución, que consagra la indisoluble unidad de la nación española. Pero esto, en verdad, no es una reforma de la Constitución sino su sustitución por otra basada en fundamentos distintos.

Jurídicamente, como se ve, el fenómeno es explicable. Política, social y económicamente, las evaluaciones son, como es natural, distintas y llevan, por lo general, a conclusiones impositivas de semejante quiebra del Estado. Jaria i Manzano (2015: 192) lo ha hecho notar con acierto: «No tiene el menor sentido pedir a la comunidad matriz que modifique su consenso básico solamente para permitir el nacimiento de otra comunidad con la cual, por definición, no compartirá, desde su nacimiento, la constitución reformada». Dando rienda suelta a la imaginación política, cabría pensar en una hipótesis extrema en la que, constatada la imposibilidad de que un determinado territorio pudiera continuar a una determinada disciplina constitucional, se intentara otra de carácter confederal cuya plasmación final requiriera como paso intermedio la conversión del territorio desafecto en un Estado independiente con su propia constitución para acabar finalmente recalando en una organización confederal con el Estado del que se ha separado. Algo semejante parecen querer decir, aunque desde luego no lo expresan de este modo, algunos informes del Consejo para la Transición Nacional de Cataluña y también las declaraciones sobre propósitos futuros de relación con España que dan a conocer en sus discursos los representantes políticos independentistas de la comunidad catalana.

Esta nueva filosofía, que ensalza el poder democrático de los pueblos reunidos en comunidades políticas —nacionales o no, pero significadas por su historia, cultura y economía—, se ha extendido mediante la generalización de los análisis sobre las aspiraciones secesionistas de Quebec para construir una teoría general aplicable a cualquier otra comunidad política. El principio democrático como superador de la regla de la indivisibilidad del Estado, supuestamente obsoleta, es el pivote de la argumentación del Tribunal Supremo de Canadá en su famosísima (al menos entre políticos y juristas) *Secession Reference* de 1998 sobre la constitucionalidad del referéndum quebequés y las consecuencias de su celebración.

Más tarde se ha enriquecido este acervo teórico con las disquisiciones que ha propiciado el referéndum celebrado en Escocia en 2014 y sus prolegómenos. Pero no me pararé en esta ocasión a recordar estos sucesos, que ya analicé extensamente en un libro (Muñoz Machado, 2014) al que aquí me remito.

El referéndum independentista de Quebec se celebró por segunda vez en aquellas fechas porque nada hay en la Constitución de Canadá, basada en los principios de una ley decimonónica del Parlamento británico —la *British North America Act* de 1867—, posteriormente repatriada, que impida jurídicamente que la vieja colonia francesa, anejada tardíamente al conjunto de provincias que integran la federación canadiense, celebre un nuevo referéndum. Tampoco había problemas constitucionales para que el viejo Reino de Escocia, unido al de Inglaterra desde 1707 mediante decisiones de los respectivos parlamentos, consideradas mayoritariamente como un tratado, celebrara una consulta sobre la separación tres siglos después.

Los resultados negativos de estos referendums no han permitido conocer más desarrollos en la práctica acerca de cómo se procede a negociar la separación. En el caso británico, la inexistencia de constitución remitiría a las decisiones que fuera adoptando el Parlamento soberano. En el supuesto canadiense, se habrían tenido que activar los dos poderes constituyentes: el que se ejercería para cambiar la Constitución de Canadá y el nuevo, que aprobaría la Constitución de Quebec independiente. Tampoco hemos podido saber cómo se resolvería, a base de negociaciones, la separación efectiva.

Pero en ninguno de los dos Estados ha sido precisa una reforma previa de la constitución para que pueda celebrarse el referéndum porque en ninguno de ellos existen cortapisas constitucionales que lo impidan. En cambio, en la tradición constitucional continental europea y, desde luego, en la española, no tengo dudas de que el poder constituyente estatal tendría que intervenir en los correspondientes procesos de separación o, si se quiere, de

que sería necesaria una reforma aprobada en referéndum por los ciudadanos conforme a lo previsto en el artículo 168 CE. Y la cuestión aneja de si se puede celebrar un referéndum independentista en Cataluña o en cualquier otro territorio del Estado ha de resolverse con arreglo a los mismos criterios, ya que la consulta no es otra cosa que la primera y necesaria fase preliminar del procedimiento que conduce a la posible secesión. No puede incluirse en la Constitución la habilitación de un referéndum de esa clase si no participa en la decisión el titular del poder constituyente originario, el pueblo soberano, y lo acepta en referéndum.

Para dar lugar al nacimiento de un nuevo Estado creado en un territorio que anteriormente formaba parte de una entidad estatal soberana, el reparto de la soberanía, originalmente única e incondicionada, es una operación solo concebible en casos extremos que no se vislumbran en las democracias avanzadas europeas, en las que los respectivos Estados, muy especialmente los ampliamente descentralizados como el español, ofrecen oportunidades de autogobierno suficientes a todos los territorios que los integran.

II

La lucha política por la titularidad de la soberanía, entendida al modo decimonónico, no puede conducir, por las razones expresadas, a resultados satisfactorios para quienes la reclaman. Por esta razón, y para evitar el inútil desgaste, el sufrimiento y el desgobierno a los que se seguiría sometiendo durante años a la población del territorio, merece la pena reflexionar sobre si el modelo de autonomías territoriales organizado a partir de la Constitución de 1978 ofrece todavía proyecciones por explorar.

Junto a sus características de poder originario, único, irresistible e imprescriptible, la teoría clásica de la soberanía relacionaba las potestades esenciales que comprende. Entre estas, no solo el poder constituyente y el de re-

forma constitucional, sino el poder ordinario de legislar, acuñar moneda, establecer tributos, organizar y mantener las relaciones con otros Estados y declarar la guerra y acordar la paz. De estas prerrogativas, solo el poder constituyente, y con las limitaciones que estoy exponiendo, sigue bajo el dominio del soberano. Los demás, en un Estado moderno y europeo como el español, estas competencias se han redistribuido entre las instancias supranacionales a las que pertenecemos o estamos vinculados y las instituciones autonómicas que participan en la distribución territorial del poder. No es precisa, me parece, una demostración más detenida de este aserto, que considerará incuestionable cualquiera que conozca de las dimensiones del poder normativo de la Unión Europea y la enormidad del ordenamiento jurídico que ha constituido al cabo de los años, o de la continua producción de leyes por las comunidades autónomas, a las que se reconoce igual valor que a las estatales; la fuerte vinculación de nuestro Estado a las garantías de los derechos fundamentales establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 o en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 2000; la responsabilidad del Banco Central Europeo sobre el euro y el flujo monetario; la importancia creciente de las políticas europeas de defensa y relaciones exteriores o, en fin, la relevancia de la legislación tributaria europea y autonómica donde hoy se expresa, en gran medida, el poder soberano de exigir contribuciones al sostenimiento de las cargas públicas.

Los condicionamientos que afectan al ejercicio por Estado del poder de reforma constitucional en lo que concierne a la organización territorial del poder son tan rigurosas que puede sostenerse que, en cuanto a su diseño básico, nuestra Constitución es intangible.

Es equivocada desde todo punto de vista la consideración de la regulación del sistema de autonomías territoriales como un subproducto del federalismo, como un Estado federal debilitado o incompleto. A partir de que empezó a aplicarse el Título VIII de la Constitución,

han sido continuas las comparaciones entre el modelo diseñado en nuestra Carta Magna y los federalismos —sobre todo los centroeuropeos— en el debate acerca de la naturaleza del Estado de las autonomías. El hecho de que también en esta ocasión histórica, a semejanza de lo ocurrido con la Constitución republicana de 1931, que utilizó la denominación «Estado integral», se haya evitado la utilización del término «federal», no ha sido óbice para que haya una corriente de opinión muy extendida que considera que el nuestro es, prescindiendo de la práctica de llamarlo de otra manera, un Estado federal. Todos los Estados de este tipo tienen sus peculiaridades y el nuestro las suyas, pero sustancialmente pertenece al mismo género de los federalismos.

Suele sostenerse que en los Estados federales el poder constituyente y el de reforma constitucional corresponden a la federación. Ocurre lo mismo en el caso español, pero con matices importantes: por una parte, los territorios que integran el Estado participan de modo decisivo en la operación constituyente, más de lo que lo hacen los estados miembros en las federaciones europeas; por otra, su voluntad es determinante para que pueda reformarse la distribución territorial del poder. Estos dos extremos, hasta ahora apenas considerados por la literatura constitucional, son capitales para determinar en qué medida algunas atribuciones del soberano están repartidas o condicionadas.

En cuanto a lo primero, son muchos los estudiosos de nuestra Constitución que han advertido su carácter incompleto, en la medida en que en ella no está terminada la regulación del régimen de las comunidades autónomas ni fijada, siquiera de modo definitivo, la lista de las atribuciones del Estado. Ambas cuestiones dependen, para su definición final, de lo que establezcan los estatutos de autonomía. Por esta razón, la generalidad de los autores que han escrito sobre la cuestión ha sostenido también que importantes aspectos organizativos del Estado están, en la Constitución de 1978, «desconstitucionalizados». La parte regulatoria que a la Constitución le falta han de añadirla

los estatutos de autonomía, que contienen, por tanto, un «trozo» de Constitución. Este se forma en el territorio interesado en acceder a la autonomía siguiendo un procedimiento de autodeterminación interna (es decir, de libre decisión sobre su organización y competencias, dentro del Estado). El origen de esta singular opción constituyente se remonta lo ocurrido en la segunda República con el Estatuto catalán de Núria, aprobado y refrendado en aquel territorio mediante el ejercicio de aquellos poderes de autodeterminación interna antes incluso de que la Constitución fuera aprobada en 1931. El *Estatut* se dejó varado en las Cortes hasta que se promulgó la Constitución; fue aprobado en 1932, e incluso se enmendó en algunos extremos, pero condicionó de hecho la solución a la cuestión territorial española. Y lo esencial de esa concepción se ha acogido en la Constitución vigente.

Por lo que concierne a la reforma constitucional, la fórmula recogida en la Constitución es formalmente de reserva absoluta a favor del parlamento estatal, cuya decisión puede —o debe, según las partes del texto a que afecte la reforma— ser sometida a referéndum (artículos 167 y 168 CE). En ninguno de los preceptos que regulan la reforma constitucional se prevé la participación de las comunidades autónomas, ni siquiera en el caso de que afecte a su organización y competencias. De manera que, de atenderse exclusivamente a la letra de aquellos artículos, el Estado podría acordar una reforma que cambiase radicalmente el régimen de las comunidades autónomas o que incluso lo suprimiera. Pero, salvo casos extremos de enfrentamientos, deslealtades, ingobernabilidad, levantamientos populares o supuestos equiparables de emergencias y desastros, ¿puede ejercerse el poder de reforma constitucional sin la participación de las comunidades autónomas cuando el cambio afecte a la organización de sus poderes o a sus competencias exclusivas?

He recordado más atrás que, en contraste con la Constitución española de 1978, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 contiene algu-

nas cláusulas de intangibilidad (también existen en otras constituciones europeas como la francesa o italiana) en la que el Tribunal Constitucional Federal ha ubicado el principio de perdurabilidad, como hemos de ver más adelante. Entre aquellas, hay una que proscribía cualquier reforma que afecte a la organización de Alemania en *länder*. El poder constituyente, que se utilizó para formular esa prohibición, puede condicionar el poder de reforma, que es derivado y limitable.

Sostengo que, aunque no expresada en nuestra Constitución (y no obstante la posibilidad de recogerla en una futura reforma), una limitación semejante del poder de reforma es también aplicable a los cambios en materia de organización territorial del Estado. Desde un punto de vista político y social, es incuestionable que tal clase de mudanzas no pueden acordarse de forma unilateral por el Estado por razón del gran conflicto que ocasionaría tal decisión. Desde una perspectiva jurídica más estricta, todos los estatutos de autonomía vigentes han dispuesto procedimientos de reforma que reservan la iniciativa al Gobierno y Parlamento de la respectiva comunidad autónoma. Reformar la Constitución de un modo que queden invalidados los estatutos supondría desconocer tales previsiones, establecidas, como antes he destacado, en el desarrollo de la función que la propia Constitución les encomienda.

La conclusión que puede extraerse de estas observaciones es que también en nuestra Constitución rige el principio de intangibilidad de la organización territorial del Estado. Si bien esta limitación no está recogida en el título alusivo a la reforma constitucional, debe considerarse que no todos los procedimientos y límites al poder de reforma figuran en los artículos 167 y 168 CE. Al menos hay otros dos *extra ordinem*: por una parte, la cláusula del artículo 93, que permite la transferencia a instituciones supranacionales de poderes derivados de la Constitución, decisión que se proyecta sobre el orden interno de reparto de competencias y ejercicio de los poderes; y, por otra,

la estructura autonómica del Estado, fijada en estatutos concebidos como normas rígidas que regulan los procedimientos específicos que deben usarse para cambiarlos.

Las consecuencias de esa rigidez pueden precisarse algo más. En primer lugar, el Estado no puede modificar o derogar un estatuto directamente. En segundo término, tampoco una reforma constitucional puede sustituir el régimen de autonomías territoriales por una organización del Estado de carácter incompatible. Una decisión de este tipo es un cambio de Constitución que exige una nueva utilización del poder constituyente. En tercer lugar, son posibles las reformas que indirectamente afecten a las competencias autonómicas, pero las que pretendan un cambio directo de las mismas deben tener lugar en procedimientos pactados que, al mismo tiempo, acometan reformas estatutarias. Y, en cuarto lugar, la intangibilidad de la estructura autonómica del Estado no es incompatible con las supresiones o fusiones de comunidades autónomas en concreto.

Todas estas consideraciones ponen en evidencia el carácter incompleto de la regulación de la reforma constitucional cuando afecta a la organización territorial del Estado o al régimen autonómico específico fijado en los estatutos de autonomía. A pesar de que no ha aparecido hasta ahora en ninguno de los proyectos dados a conocer, entre los cambios a que debe someterse nuestra Constitución debería incluirse la reformulación de los procedimientos de reforma para recoger fórmulas implantadas en los Estados federales europeos que impiden su ejecución sin una razonable participación territorial en la decisión.

La rigidez de los estatutos frente a las reformas acordadas unilateralmente por el Estado garantiza la estabilidad de su contenido una vez que han sido aprobados. Si, además, se redujera o eliminara el poder de enmienda de las Cortes Generales, cuando estos textos se someten a su aprobación, sea inicialmente o con ocasión de reformas, las garantías de resis-

tencia y estabilidad del estatuto como norma fundamental de cada comunidad se incrementarían hasta el límite de lo jurídicamente posible. Sería suficiente, en aquellos supuestos, que las Cortes otorgaran su aprobación, una vez comprobado que no contradice la Constitución, como ocurre en muchos sistemas federales. Tal restricción es muy fácil de implantar en relación con los contenidos orgánicos del estatuto y puede ser más complicada de aplicar a los aspectos competenciales en la medida que puedan afectar a las competencias constitucionales del Estado. Pero hay que avanzar en el estudio de las aludidas protecciones del texto estatutario por lo que puedan contribuir a estabilizar las reivindicaciones de mayor protección del autogobierno en comunidades como Cataluña.

No me cabe duda, sin embargo, de que profundizar en reformas como las indicadas puede conducir nuestro modelo de organización territorial, en general o en relación con los concretos territorios a los que afecten aquellas, a las características funcionales de los sistemas confederales

Añádase, en fin, como cierre de todas estas garantías de estabilidad que podrían eximirse los estatutos de control directo por el Tribunal Constitucional una vez aprobados por el parlamento territorial y por las Cortes Generales y sometidos a referéndum. No se trata de postular la no revisabilidad de estatutos, aunque sean inconstitucionales, sino de dar por suficiente un eventual control previo de inconstitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional sumado al control que ejercen las Cortes Generales, lo que, en suma, se compadece bien con la esencial función que estas normas cumplen para completar la Constitución misma de conformidad con sus encomiendas.

Por las razones que he expuesto en otros estudios sobre los problemas actuales del sistema de autonomías territoriales, creo que será preciso revisar la excesiva concentración de la justicia constitucional. Considerando que la justicia ordinaria está facultada para inaplicar

leyes contrarias al derecho de la Unión Europea, no hay en la actualidad fundamentos bastantes para mantener que no pueda hacerlo en circunstancias bien determinadas con leyes contrarias a la Constitución y sin perjuicio de plantear inmediatamente una cuestión de invalidez ante el Tribunal constitucional. Para ello resulta posible seguir el modelo de las cuestiones de legalidad que ya existen en nuestro procedimiento contencioso administrativo o recurrir a alternativas más perfeccionadas y adaptadas a las peculiaridades de la institución. Pero no hay argumentos de peso para seguir esquivando esta alternativa y perseverar en la desconfianza, la capacidad y la seriedad de la justicia ordinaria.

Tampoco existen mejores razones para no revisar la concentración del control de las leyes autonómicas en el Tribunal Constitucional. Baste aquí enunciar la idea, cuyo desarrollo me llevarían más lejos de lo que la línea argumental de este escrito permite.

En fin, la importante reclamación, sostenida por una amplia base de ciudadanos, de que se celebre en Cataluña un referéndum de autodeterminación, no es constitucionalmente inviable si se reconduce debidamente. Como he explicado en una obra aquí ya citada (Muñoz Machado, 2004), un referéndum limitado a aquel territorio para que los ciudadanos ratifiquen textos que modifiquen el Estatuto vigente cabe perfectamente dentro de las previsiones de la Constitución, está contemplado en el propio Estatuto y puede ofrecer una ocasión que el pueblo decida. No cabe, sin embargo, en la Constitución un referéndum en el que no se proponga el texto cuya ratificación se solicita o que implique un pronunciamiento que exceda de las facultades de los ciudadanos de un solo territorio. En este caso, el referéndum territorial tendría que simultanearse con otro de escala estatal en el que se sometiera a ratificación popular un cambio constitucional. Es esta la única manera que se me alcanza de validar propuestas de variación del *statu quo* de Cataluña de un modo legalmente correcto.

Adaptaciones constitucionales como las señaladas pueden permitir reconducir a una razonable disciplina constitucional la insatisfacción de una parte importante de la población catalana con el régimen estatutario que ha regido su autogobierno durante más de treinta y cinco años. Frente a ellas, el proyecto del catalanismo integrista y radical consistente en la secesión y la creación de un Estado nuevo con su propia constitución es inviable porque no la apoya una mayoría significativa de la población —tal y como reflejan las encuestas y los resultados de la elecciones— y, sobre todo, porque el Estado en el que ese territorio ha estado integrado durante siglos no estará dispuesto a consentir tamaña pérdida, de una gravedad extrema en el orden cultural, político, económico, social y jurídico tanto para Cataluña como para el resto del Estado. Ni siquiera en la hipótesis de que los mentores del proceso estuvieran dispuestos a recurrir a la violencia puede imaginarse que un propósito tan desmedido pudiera triunfar o ser amparado por ningún Estado en el ámbito de las naciones europeas o cualesquiera otra civilizadas.

La reclamación está enmarcada en un diseño que pretende para sí cierta modernidad (lo ocurrido en Quebec, en Kosovo y en Escocia en años pasados) y que incluso ha llegado a inspirar el desarrollo de doctrinas políticas tan poco en uso hasta ahora como la que defiende la superación del dogma de la indivisibilidad del Estado o la que sostiene la superioridad del independentismo democrático sobre la constitución establecida. Bajo esa apariencia de novedad, se esconde, en verdad, una construcción jurídica marginal y anticuada. Marginal porque, aunque presenta sus postulados como una doctrina elaborada y razonable a la que se aproximarán necesariamente las naciones de todo el mundo en un movimiento de superación de ideas políticas ancladas en el modelo westfaliano que ya es tiempo de renovar, proceden de planteamientos que ni las constituciones ni los tribunales supremos ni los programas políticos han asumido. No solo no es así con carácter general, sino que no ha ocurrido

en ninguna parte. ¿O es que hay algún Estado que haya aceptado la voluntaria fragmentación de su territorio en tiempos recientes y no bélicos? Ni siquiera el Tribunal Supremo de Canadá llegó, en su inspiradora decisión de 1998, a elevar a categoría la voluntad democrática de secesión de una parte del territorio tuviera un valor superior a la Constitución canadiense. Favoreció que esa voluntad pudiera expresarse y remitió a una negociación la posibilidad de una reforma constitucional que acogiese aquella aspiración, pero no hemos podido saber, dados los resultados negativos del referéndum, si habría llegado a acordarse.

Pretensión anticuada, sostengo también, porque además de apoyarse explícitamente en el deseo de recuperación de una historia perdida del territorio interesado, de unos tiempos dorados que fueron arrasados por sucesivos imperantes, ponen en juego valores que no tienen en la actualidad los mismos contenidos que tuvieron siglos atrás.

No deja de ser paradójica la mezcolanza, presente en las reclamaciones independentistas catalanas, entre el principio democrático —invocado para imponer la voluntad política de la mayoría territorial frente a una Constitución de la que se afirma que ha perdido la fuerza de vincular a las actuales generaciones porque fue aprobada hace casi cuarenta años— y la utilización de esa misma mayoría para reponer instituciones pertenecientes a una supuesta constitución histórica y estamental, por completo ajena a los valores del constitucionalismo actual, cuyos autores desaparecieron hace trescientos años.

El programa independentista persigue el reconocimiento de la soberanía nacional y atribuye a esta el significado de poder originario, único, irresistible, incondicionado e imprescriptible que ha dejado de tener hace lustros en los Estados europeos por el doble influjo de la europeización y el cosmopolitismo constitu-

cional que se han impuesto irresistiblemente y la redistribución de potestades tradicionalmente asignadas en exclusiva al soberano, que han pasado a ser ejercidas en parte por diversos organizaciones políticas territoriales: como se sabe, unas operan dentro del Estado y otras lo hacen fuera.

La conclusión que me parece inevitable es que, considerando los obstáculos insalvables con que se enfrenta el proyecto soberanista, aun considerando la relativa obsolescencia del poder soberano en la actualidad, obligarán finalmente a seguir explorando la vía establecida en la Constitución de 1978 y a introducir en su texto las reformas que la práctica y el deseable perfeccionamiento del modelo recomiendan. Más aún si consideramos que el independentismo reclama fortalecer el Gobierno propio, pero sin perder los vínculos con España: en los informes sobre el proyecto independentista se prevé la creación de un Consejo catalano-español para atribuir a instancias de gobierno comunes el ejercicio de competencias decisivas de carácter monetario y financiero, fiscal, industrial y comercial, aduanero, en materia de infraestructuras, defensa, comunicaciones, etc.

Largo recorrido el ideado por el nacionalismo separatista para reponer, al final, formas de relaciones intergubernamentales que no son del todo desconocidas por las autonomías territoriales españolas... Quizá este retorno al punto de partida demuestre que, en materia de autodeterminación interna de los territorios que están integrados en un Estado democrático, los programas políticos que puedan idearse y los procedimientos que se elijan para realizarlos conducen a soluciones que tienden a reproducirse con características uniformes. Más aún considerando que el modelo autonómico español, amparado en la Constitución de 1978, puede llegar a adquirir, si se sigue ampliando el poder autonómico, los rasgos de una organización confederal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, Benito (2015): «Constitucionalizar la secesión para armonizar la legalidad constitucional y el principio democrático en Estados territorialmente complejos», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 22, 136-183.
- JARIA i MANZANO, Jordi (2015): «La independència com a procés constituent. Consideracions constitucionals sobre la creació d'un Estat català», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 22, 184-218.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2014): *Cataluña y las demás Españas*, Barcelona: Crítica.