

LA INDEPENDÈNCIA COM A PROCÉS CONSTITUENT. CONSIDERACIONS CONSTITUCIONALS SOBRE LA CREACIÓ D'UN ESTAT CATALÀ

Jordi Jaria i Manzano

Professor Serra Húnter del Departament de Dret Públic de la Universitat Rovira i Virgili, i investigador del Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona

"Pot un poble canviar la seva constitució política quan vulgui? Sobre aquesta qüestió s'han dit moltes coses, bones i dolentes. Crec que la millor resposta fa així: 'Qui ho impediria, si ja ha estat decidit?'"

Lichtenberg

SUMARI: 1. Plantejament: una interpretació constitucional del debat sobre la construcció d'un estat propi a Catalunya. – 2. El reconeixement de Catalunya en la Constitució espanyola de 1978. – 3. La impossibilitat de la reforma constitucional. – 4. La determinació de la voluntat del poble de Catalunya. – 5. Constitució i democràcia: el xoc de legitimitats. – 6. Recapitulació. – 7. Referències. – *Resum – Resumen – Abstract.*

1. Plantejament: una interpretació constitucional del debat sobre la construcció d'un estat propi a Catalunya

La pretensió d'aquestes pàgines, com es fa evident en el títol, és provar de proporcionar un canal constitucional –per tant, un model hermenèutic– que permeti un desenvolupament pacífic per a l'expressió de la possible voluntat d'una majoria del poble de Catalunya en el sentit de fundar un nou estat en els límits del Principat, l'actual territori de la Generalitat de Catalunya, així com, si és cas, la seva materialització.

Per fer-ho, he organitzat el text de la manera següent. En primer lloc, he considerat els límits per a la configuració de Catalunya com a subjecte polític en el marc constitucional actual, això és, el que deriva de la Constitució espanyola de 1978. Tot seguit, he distingit entre el que constitueix l'expressió de la voluntat del poble de Catalunya en relació amb el seu estatut polític i el perfeccionament d'aquesta voluntat. A partir d'aquí, la tesi que defenso és que hi ha mecanismes constitucionals per a l'expressió intrasistèmica de la voluntat esmentada, tot i que, una vegada expressada en el sentit de configurar un estat propi, això suposa l'inici d'un procés constituent, que, per definició, resta fora del marc constitucional actual. Sense entrar en els detalls del procés constituent entès en aquests termes, m'ocupo, per concloure, de la seva legitimitat i del conflicte que se'n deriva en el marc constitucional actual.

Per tant, l'objectiu és menys fer un balanç del procés polític viscut a Catalunya en els darrers anys que presentar un estat de la qüestió en relació amb les possibilitats i límits que el marc constitucional vigent proporciona per determinar l'existència d'una voluntat constituent a Catalunya, així com les implicacions que tindria aital voluntat constituent, en cas d'existir efectivament, des del punt de vista del mateix marc constitucional, tot provant de superar alguns malentesos o carrerons sense sortida processals, així com explicitar la que considero que és la manera més clara i transparent d'entendre i canalitzar el procés des d'un punt de vista constitucional.¹

2. El reconeixement de Catalunya en la Constitució espanyola de 1978

El primer punt que cal establir a l'hora de determinar el marc constitucional en el qual hauria de desenvolupar-se l'accés eventual de Catalunya a la condició d'estat és el seu estatut en el règim constitucional que li és d'aplicació en el moment present, això és, sota la Constitució espanyola de 1978. Això ens servirà per veure les possibilitats i els límits de definició política que resten oberts a Catalunya com a comunitat

1. En aquest sentit, no s'ha de menystenir la rellevància del marc constitucional de l'estat matriu per al plantejament d'un supòsit determinat de (possible) secessió, ja que demarca tant l'emergència del subjecte polític de referència, com delimita, de manera substancial, les qüestions relatives a la legitimitat. Vg., en relació amb això, Hudson Meadwell, "Secession, states and international society", *Review of International Studies*, 25, 1999, p. 371-387.

política en aquest marc i, particularment, si hi ha algun camí per arribar a l'estat propi en el context jurídic definit per la Constitució actual.

En primer lloc, cal tenir en compte la forma de la manifestació del poder constituent i la seva definició en la Constitució de 1978. Cal notar, d'entrada, que existeix una continuïtat constitucional (relativa) amb el règim anterior, definida per la cadena que representen la Llei de successió al cap de l'Estat (1946), la Llei orgànica de l'Estat (1967), la Llei per a la reforma política (1977) i, finalment, la Constitució actual –les dues primeres formen part del complex constitucional del franquisme, en tant que lleis fonamentals; la tercera fa possible el canvi polític a través d'una reforma del marc constitucional anterior.²

És evident que les Corts sortides de les eleccions del 15 de juny de 1977 s'acaben configurant com a constituents i, en aquest sentit, es produeix un trencament amb el règim anterior.³ Tanmateix, el canvi de constitució es fa tot utilitzant els processos de "reforma constitucional" previstos en la legalitat preexistent. Això és important en la mesura que, tot i que es tracta d'un moment constituent, això és, l'obertura d'un nou marc jurídic i polític a partir d'una decisió fonamental de la comunitat política, no hi ha una modificació del subjecte constituent, no es produeix l'acte fundacional d'una nova comunitat política.⁴

2. Vg. Tomàs de Montagut, "Ruptura i transició a la democràcia com a font de dos tipus de drets històrics compatibles per a Catalunya", *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, número especial sobre la STC 31/2010, 2010, p. 117.

3. En aquest sentit, és indiscutible que amb la Constitució de 1978 s'implanta i consolida un Estat social i democràtic de dret, amb un projecte substantiu de descentralització política, però, en qualsevol cas, no s'impugna la continuïtat històrica del règim franquista –no hi ha un trencament explícit i terminant amb la legitimitat sorgida del 18 de juliol–, ni la continuïtat institucional amb el règim anterior, que es personalitza en la figura del cap de l'Estat –"símbol de la seva unitat i permanència", d'acord amb l'article 56.1 CE, que succeeix el cap de l'Estat anterior d'acord amb el que estableix l'article 6 de la Llei de successió del cap de l'Estat i l'article 1 de la Llei 62/1969, de 22 de juliol, per la qual es proveeix allò que afecta la successió del cap de l'Estat. Tot plegat no obsta en el canvi substancial que suposa la Constitució de 1978 des del punt de vista del reconeixement dels drets fonamentals, apel·lant a la millor tradició constitucional espanyola i, particularment, a les constitucions de 1869 i 1931.

4. Carlos de Cabo Martín, a *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Madrid, Trotta, 2014, p. 87, subratlla el fet que les Corts escollides en les eleccions del 15 de juny de 1977 no tenien un mandat constituent clar, sinó que van assumir-lo per elles mateixes, això sí, sempre des del respecte a la Llei per a la reforma política, amb la qual cosa determinades qüestions essencials, com la forma de govern o l'estructura de les Corts van quedar definides prèviament, i van condicionar el procés constituent de 1978, que, en realitat, no només va ser una reforma del règim anterior en sentit formal, sinó també materialment, ja que bona part de les decisions determinants havien estat preses amb la Llei per a la reforma política.

La continuïtat del subjecte constituent en relació amb el règim anterior es concreta en dues disposicions clau de la nova Constitució, a saber, els articles 1.2 i 2. El primer atribueix la “sobirania nacional” al poble espanyol, tot definint un sol subjecte polític en la base del sistema, això és, la nació espanyola, que s’expressa a través del poble espanyol.⁵ En certa manera, el poble actuaria en tant que òrgan representatiu de la nació espanyola, que ja era el substrat constitucional del règim anterior i que es presenta com el fonament últim del sistema constitucional actual, l’autèntic poder sobirà, la voluntat en la qual es fonamenta la Constitució, com posa de manifest el preàmbul.⁶ La segona de les disposicions citades es refereix a “la indissoluble unitat de la Nació espanyola, pàtria comuna i indivisible de tots els espanyols” i, alhora, “reconeix i garanteix el dret a l’autonomia de les nacionalitats i de les regions que la integren”.⁷

5. La dualitat entre poble i nació que es troba tant en el preàmbul com en l’article 1.2 de la Constitució espanyola és, segons el meu criteri, fonamental per entendre la naturalesa del canvi polític produït el 1978 –això és, un canvi orgànic i axiològic, però no un canvi substancial; el substrat constitucional és el mateix que en el règim anterior. És cert, però, que, de la mateixa manera que s’ha tendit a deixar de banda la continuïtat jurídica i institucional amb el règim anterior en la Transició, la literatura majoritària ha tendit a difuminar la distinció entre poble i nació que es troba en la Constitució. Vg., per exemple, Óscar Alzaga Villaamil, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Jorge Rodríguez Zapata, *Derecho político español, según la Constitución de 1978* (I), Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001³, p. 92.

6. En relació amb la idea del poble com a òrgan representatiu de la nació, vg. Olivier Camy, *Droit constitutionnel critique*, París, L’Harmattan, 2007, p. 74. Podríem considerar, d’acord amb aquesta idea i tot basant-nos en el preàmbul de la Constitució, que el poble com a òrgan constitucional, del qual emanen la resta de poders constitucionals, deriva de l’autèntic titular del poder constituent, el subjecte polític últim i fonament del sistema, això és, la nació espanyola.

7. El reconeixement de la pluralitat de “nacionalitats i regions” és un element clau en la Constitució de 1978, que trenca amb la tradició uniformista del constitucionalisme espanyol des de la Constitució de 1812, només interrompuda amb la Constitució republicana de 1931 –i, si es vol, amb el projecte de Constitució federal de 1873. Aquest uniformisme pren com a matriu, des d’Argüelles, la tradició castellana, que ocupa tot l’espai simbòlic de la definició de la nació, tant des d’un punt de vista cultural com a jurídic. Vg., en aquest sentit, Miguel Ángel García Herrera, “Constitución de Cádiz y forma de Estado”, a José M^a. Terradillos Basoco (coord.), *La Constitución de 1812: Reflexiones jurídicas en la víspera del Bicentenario*, Cadis, Diputación de Cádiz, 2006, p. 32-33. En tot cas, aquesta pulsó uniformista i la centralitat de l’element castellà no desapareixen en la Constitució de 1978, que, al mateix temps que manté una visió política de la nació, lligada a la idea de sobirania –única i, en aquest sentit, uniformista en el moment fonamental–, admet concepcions associades a una nació cultural centrípeta i homogènia, com posa de manifest Fernando Domínguez García, *Más allá de la nación. La idea de España como “Nación de naciones”*, Barcelona, Fundació Rafael Campalans, 2006, p. 59. Aquesta idea uniformista del fet polític ha estat present en la tradició iuspublicista espanyola des del segle XIX, la qual cosa ha condicionat el desplegament de l’Estat de les autonomies i, en particular,

D'acord amb això, podem considerar que es reconeix que la nació espanyola és (culturalment) complexa.⁸ Ara bé, això no obsta perquè, políticament, la Constitució parteixi de la seva unitat, que es manifesta en l'existència d'un poder constituent únic. La nació espanyola es presenta, així, com una entitat políticament homogènia orgànicament desenvolupada al llarg de la història, composta per nacionalitats i regions que la integren com a parts essencials, sense substància pròpia

l'aprofundiment de l'autogovern de Catalunya, com mostra dramàticament la STC 31/2010, de 28 de juny. Cal esmentar, per la seva claredat, encara que sigui una opinió discrepant en relació amb la majoria, el vot particular del magistrat Vicente Conde, que s'expressava en el sentit següent: "[...] echo de menos en la Sentencia una respuesta más directamente ajustada a esa percepción, en la que sin equívoco alguno se afirme, (como yo aquí lo hago) que la concepción jurídica de Cataluña como nación es directamente contraria al art. 2 CE (cuya primacía este Tribunal debe garantizar –art. 27.1 LOTC–); ello sin perjuicio de que, en la medida en que pudiera corresponder a un sentimiento social suficientemente compartido, y representar una opción política indiscutiblemente respetable, pueda, en su caso, pretender, como cauce de realización, el de la iniciativa de reforma de la Constitución, prevista en el art. 166 de esta". Xavier Arbós Marín, a "Els inicis del dret públic contemporani a Catalunya", *Revista Catalana de Dret Públic*, 41, 2010, p. 25, aporta alguns exemples en relació amb la concepció de la nació en el dret públic espanyol del segle XIX que lliguen amb les paraules anteriorment citades. Val la pena esmentar aquí un dels judicis més perspicaces del que la STC 31/2010 representava: "La Sentència dificulta avançar en el model federal. S'orienta cap a un model regionalista; i pot ocasionar la cerca de nous models paradoxalment contraris al seu esperit: solucions pragmàtiques basades en una bilateralitat gens volguda per la Sentència o fins i tot solucions contràries a la indissolubilitat tantes vegades proclamada en la resolució jurisdiccional" (vg. Joaquim Ferret Jacas, "Una visió global de la Sentència", *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, núm. especial sobre la STC 31/2010, 2010, p. 44). En definitiva, com va assenyalar Antoni Bayona Rocamora, "El Tribunal Constitucional davant l'Estatut", *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, núm. especial sobre la STC 31/2010, 2010, p. 73, la Sentència esmentada tancava la via de la reforma estatutària de cara al futur.

8. Vg., per exemple, Joan Ridao, *Curs de dret públic de Catalunya. Comentari a l'Estatut*, Barcelona, Ariel, 2007, p. 54. De fet, les unitats que integren la nació espanyola, políticament unitària, són constitutives d'aquesta, de manera que preexisteixen a la mateixa Constitució, que els reconeix el dret a l'autonomia. Vg., en aquest sentit, Miguel Ángel Aparicio Pérez, "Reforma estatutaria y mutación constitucional", *Iura Vasconiae*, 7, 2010, p. 68. Així doncs, cal distingir entre nacionalitats i regions, que preexisteixen a la Constitució com a parts intrínseques del titular últim del poder constituent, i la seva manifestació institucional a partir del reconeixement del dret a l'autonomia, això és, les comunitats autònomes. Vg., pel que fa a això, Francisco Tomás y Valiente, "Uniformidad y diversidad en las comunidades autónomas, en la legislación estatal y en la doctrina del Tribunal Constitucional", Diversos autors, *Uniformidad o diversidad de las comunidades autónomas*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 1995, p. 35. En contra d'aquest punt de vista, Alzaga Villaamil, Gutiérrez Gutiérrez, Rodríguez Zapata, *Derecho político español...*, 2001, p. 557. Em fa l'efecte, però, que la primera posició és molt més sòlida, atenent a la dicció de l'article 2 CE, que, a més, es vincularia amb una concepció plural de la nació, que respondria a la importància del pluralisme en el text constitucional, per oposició al monisme del règim anterior. Vg., en aquest sentit, Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, "Cultura, minorías lingüísticas y educación", Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Nicolás Pérez Sola (coords.), *Constitución y cultura. Retos del Derecho constitucional en el siglo XXI*, València, Tirant lo Blanch, 2005, p. 95.

més enllà de la seva mateixa condició de parts. Això es concreta en el caràcter derivat dels estatuts d'autonomia, que són elaborats a partir del reconeixement constitucional del dret a l'autonomia, a diferència del caràcter originari de les constitucions dels estats federats en un model federal.⁹ No hi ha pluralitat de sobirania, sinó una sobirania única, concretada en un poder constituent únic referit a un subjecte polític únic, la nació espanyola, que es manifesta a través del poble espanyol.

En aquest context, el dret a decidir dels catalans en relació amb el seu futur polític col·lectiu es limita a l'exercici al dret a l'autonomia, reconegut a Catalunya com a nacionalitat, d'acord amb l'article 2 CE.¹⁰

9. La literatura política i iusconstitucional ha considerat històricament que era difícil definir de manera estricta un model federal, tenint en compte que, de fet, en els seus orígens –el procés de configuració política dels Estats Units d'Amèrica– respon més al pragmatisme polític que al dogmatisme teòric. D'altra banda, l'extensió del model a estats molt diversos reforça aquesta idea. Tanmateix, crec que, per no perdre's en una indeterminació que permeti qualificar qualsevol procés descentralitzador de federal i, en conseqüència, legitimar amb aquest terme estructures descentralitzades de poca dimensió política, s'han de fixar criteris per determinar la condició efectivament federal d'un model. Al meu entendre, se'n poden definir fonamentalment dos, a saber: l'autonomia constitucional dels membres de la federació, que comporta la seva naturalesa de subjectes polítics, i la participació dels estats membres en la presa de decisions federals, particularment en relació amb la modificació de la constitució federal. Pel que fa al primer criteri, vg. Manuel García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984, p. 243-244. Pel que fa al segon, vg. Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1967, p. 197. Per això mateix, malgrat l'opinió d'una part de la literatura en relació amb la naturalesa quasifederal de l'Estat autonòmic (per exemple, Eliseo Aja Fernández, "Igualdad competencial y hecho diferencial", Diversos autors, *Uniformidad o diversidad...*, 1995, p. 93), és impossible una solució federal en el marc constitucional actual, ja que tal solució implicaria l'existència d'estats membres i, per tant, d'autonomia constitucional dels ens subcentrals. L'Estat de les autonomies és, per tant, substancialment diferent d'un estat federal. Respon a la necessitat de combinar descentralització amb el manteniment del caràcter unitari del seu substrat polític –en la línia de la Constitució espanyola de 1931 i de la Constitució italiana de 1947. Això és, en bona part, una aportació del catalanisme polític, que reconeix la inidoneïtat d'una proposta federal (vg. Josep Maria Colomer, "El pensament catalanista en l'època franquista", Diversos autors, *Catalanisme. Història, Política i Cultura*, Barcelona, L'Avenç, 1986, p. 268). Així, cal recordar que fins i tot l'Estatut de Gernika acaba responant a la visió autonomista de l'Estat, més que al patró confederal –dels territoris històrics–, d'acord amb una idea de *reintegración y mejoramiento del fuero*, que es farà explícita a Navarra (vg. Miguel Herrero de Miñón, "La posible diversidad de los modelos autonómicos en la Transición, en la Constitución española de 1978 y en los Estatutos de Autonomía", Diversos autors, *Uniformidad o diversidad...*, 1995, p. 16).

10. El dret a decidir no és una categoria jurídicopolítica reconeguda i consolidada, sinó que és una noció *in fieri* que pretén respondre a la situació plantejada a Catalunya des d'una idea de radicalitat democràtica que se situa més enllà de la idea del dret a l'autodeterminació, associat a situacions de domini d'una manera o altra il·legítim d'una comunitat política sobre un territori i una població que no s'hi integren plenament. En aquest sentit, sembla que s'apel·la més aviat a la possibilitat de redefinir les fronteres polítiques d'acord

És cert que el reconeixement de la personalitat col·lectiva de Catalunya en el marc constitucional de 1978 respon a un procés singular –per cert, iniciat abans de l'aprovació de la Constitució–, a través del qual no només se la dota d'una certa densitat política en tant que nacionalitat imbricada indissolublement amb la nació espanyola única, sinó que es produeix una obertura constitucional a la legalitat republicana.¹¹ Ara bé, això no ha tingut més que efectes simbòlics i, d'altra banda, no modifica en absolut la seva situació en relació amb l'absència de participació en el poder constituent.¹²

amb la voluntat democràtica d'un determinat grup humà en un determinat moment, més que no pas a la superació de situacions de submissió colonial. És difícil saber si aquesta categoria s'ha de consolidar, tot i que s'adapta bastant bé a les necessitats d'autogovern que impugnen les fronteres existents en societats democràtiques madures i garantistes, en un marc postcolonial. En tot cas, la idea del dret a decidir ha emmarcat el procés polític en el qual es troba immersa Catalunya en el moment present, particularment des que el Parlament de Catalunya va proclamar-lo formalment en la seva Resolució 742/IX, sobre l'orientació política general del Govern, adoptada el 27 de setembre de 2012. La primera secció d'aquella resolució tenia la rúbrica "Dret a decidir" i es proclamava explícitament que "[e]l Parlament de Catalunya expressa la necessitat que Catalunya faci el seu propi camí i que el poble català pugui decidir lliurement i democràticament el seu futur col·lectiu, per tal de garantir el progrés social, el desenvolupament econòmic, l'enfortiment democràtic i el foment de la cultura i la llengua pròpies". En relació amb això, vg. Joan Rida, "El derecho de Cataluña a decidir su futuro político colectivo. Las vías para su probable ejercicio", E. Segarra (coord.), *¿Existe el derecho a decidir? Preguntas y respuestas sobre el proceso abierto en Cataluña*, Barcelona, Tibidado, 2014, p. 25-70.

11. Es tracta de la restauració de la Generalitat republicana en la persona del seu president a l'exili, Josep Tarradellas, amb el Reial decret llei 41/1977, de 29 de setembre. Tot i així, és cert que els termes en què es produeix tal restauració no permeten cap dubte en relació amb l'encaix de la persona i la institució no pas en el seu marc originari, sinó en el marc polític i constitucional del tardofranquisme, a partir del qual es gesta la Constitució actual, de la qual derivarà l'Estatut de 1979, que no té cap punt de continuïtat amb el de 1932. En qualsevol cas, el Decret llei 41/1977 planteja problemes jurídics interessants, ja que, d'una banda, deroga la Llei de 5 d'abril de 1938, on s'abolia l'Estatut de 1932 i se suprimien les institucions catalanes, però, d'altra banda, no recupera la legalitat republicana aplicable a Catalunya, tot i que reconeix el president de la Generalitat a l'exili. Aquest reconeixement es fa d'una manera tortuosa, a través del seu nomenament per part del president del Govern espanyol. En tot cas, el retorn del president Tarradellas, de resultes de l'estratègia tant del Govern com de l'oposició democràtica estatal, va desencadenar un procés d'emulació que va desembocar en el reconeixement generalitzat dels règims anomenats de preautonomia arreu del territori espanyol (vg. Aja Fernández, "Igualdad competencial...", 1995, p. 73).

12. En aquest sentit, cal tenir en compte la lògica federal tant de la proclama del 14 d'abril de 1931 com de l'Estatut de Núria, en contraposició a la idea unitària de la Constitució espanyola de 1931 que es projecta sobre l'Estatut de 1932, aquell que, finalment, aproven les Corts republicanes, i que implica modificacions essencials en la proposta catalana. Així, no hi ha diferència substancial des del punt de vista de la unitat del poder constituent entre les constitucions de 1931 i 1978 –i, per tant, des del punt de vista de la manca de reconeixement de Catalunya com a particip. Sigui com sigui, la referència als drets històrics continguda en la disposició addicional primera de la Constitució, els drets

Tot plegat determina els contorns del dret a decidir dels catalans en relació amb el seu futur col·lectiu, ja que col·loca qualsevol decisió incondicionada i autònoma fora del marc de la Constitució. Sobirania i poder constituent són, en aquest context, realitats conceptuais intercanviables.¹³ Caldria considerar la sobirania no tant com un poder absolut, com ho havia estat tradicionalment, sinó com un poder polític originari, el poder legítimament exercit per un subjecte polític que no deu la seva existència a un altre subjecte polític.¹⁴ D'acord amb això, en la Constitució de 1978 Catalunya no es configura com un subjecte polític originari, en la mesura que proclama la sobirania del poble espanyol a l'article 1.1.¹⁵ Així doncs, qualsevol procés polític que parteixi

històrics als quals es refereix la disposició addicional primera són els dels territoris forals, cosa que, segons el meu criteri, exclou Catalunya, que no és pas ni ha estat mai un territori foral. Així ho va fer notar també el Tribunal Constitucional en la ja citada STC 31/2010, de 28 de juny, FJ 10, en pronunciar-se sobre l'article 5 de l'Estatut d'autonomia de 2006. Vg., en el mateix sentit, el Dictamen 269/2005 del Consell Consultiu, FJ 2.5. En contra, s'hi van pronunciar els consellers Agustí Bassols, Jaume Vernet i Jaume Camps, en el seu vot particular al dictamen esmentat, que consideren que els estats de la Corona d'Aragó van ser titulars d'un règim foral, la qual cosa, segons la meua opinió, és incompatible amb la seva pròpia naturalesa d'estats, ja que això significa que no gaudien d'una excepció a un règim comú, sinó que en cadascun d'aquells territoris hi havia un sistema jurídic propi. És significativa, en aquest sentit, la reserva dels civilistes catalans a l'hora d'utilitzar l'expressió "foral" per referir-se al dret civil de Catalunya. Pel que fa a la doctrina iuspublicista, s'ha manifestat majoritàriament en favor de l'abast limitat de la disposició addicional primera als territoris històrics d'Àlaba, Biscaia, Guipúscoa i Navarra. En aquest sentit, vg. Francisco Fernández Segado, "Disposición adicional primera. Los derechos históricos de los territorios forales", Ó. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978* (XII), Madrid, Edersa, 1999, p. 515-609, i Alejandro Saiz Arnaiz, "Hecho diferencial y reconocimiento nacional en el Estatuto de Autonomía", Diversos autors, *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2004, p. 57.

13. Vg. Georges Burdeau, *L'État*, París, Points, 1970, p. 66.

14. Vg. Paolo Barile, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1991⁶, p. 12.

15. Així ho subratlla el Tribunal Constitucional en la STC 42/2014, de 25 de març de 2014, quan assenyalava que en "el actual ordenamiento constitucional solo el pueblo español es soberano, y lo es de manera exclusiva e indivisible, a ningún otro sujeto u órgano del Estado o a ninguna fracción de ese pueblo puede un poder público atribuirle la cualidad de soberano" (FJ 3). Això no obsta que el Parlament de Catalunya hagi manifestat en diverses ocasions que el marc constitucional vigent no representava una renúncia per part de la nació catalana a decidir el seu futur polític, fent referència al que podríem considerar un poder constituent latent, que estaria en hibernació sota l'actual Constitució. Així, la Resolució del Parlament de Catalunya 98/III (12 de desembre de 1989), la 229/III (aprovada el 1991 amb motiu dels processos de constitució de nous estats a l'Europa postsoviètica), i l'aprovada l'1 d'octubre de 1998, en què el ple del Parlament de Catalunya va proclamar per primer cop el dret a l'autodeterminació de Catalunya, amb motiu del 50è aniversari de la Declaració Universal dels Drets Humans. Recentment, en relació amb el procés polític al qual es refereix el treball present, cal anotar les resolucions 742/IX (setembre 2012), ja citada, i 5/X (gener 2013), que va ser impugnada davant del Tribunal Constitucional. Més enllà del caràcter discutible de la impugnació, en la mesura que no

de la possibilitat que Catalunya decideixi de manera incondicionada sobre el seu futur polític és, consegüentment, incompatible amb el marc constitucional actual. Això és així en la mesura que implica l'exercici d'un poder constituent originari, que se situa més enllà de la membrana que connecta el dret amb la política –la mateixa Constitució vigent– i es configura com un poder previ, il·limitat i total.¹⁶ A partir d'aquí, s'originaria una nova estructura política a partir d'una nova legitimitat democràtica.¹⁷

3. La impossibilitat de la reforma constitucional

Segons el meu criteri, qualsevol procés polític que parteixi de l'atribució de la sobirania originària a una nacionalitat o regió –en aquest cas, Catalunya– no només no és compatible amb la Constitució actual, com acabo d'establir, sinó que no pot articular-se a través d'una reforma de la Constitució. Això és així perquè tal atribució implicaria una nova Constitució, en la mesura que s'haurien alterat les mateixes bases existencials del sistema.¹⁸ En definitiva, la constitució d'un estat propi, ni que sigui com a condició per participar en un pacte federal, no és possible a través d'un canvi en la Constitució, sinó que implica un canvi de constitució –això és, l'acció d'un poder constituent *ex novo*, que la Constitució espanyola actual no reconeix i no

crec que es pugui considerar una resolució en el sentit de l'article 161.2 CE i dels arts. 76 i 77 LOPG –en aquest sentit, partint del fet que “lo jurídico no se agota en lo vinculante” i considerant la possibilitat de control parlamentari, que és el normal en el cas d'una resolució aprovada pel Parlament, el Tribunal Constitucional admet el caràcter jurídic i, en conseqüència, impugnabile de l'acte parlamentari (STC 42/2014, de 25 de març de 2014, FJ 2)–, tot i que el considera constitucional, llevat d'allò que, significativament, fa referència a la proclamació del poble de Catalunya com a “subjecte polític i jurídic sobirà”.

16. Vg. Pedro de Vega García, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 25. Així, “[t]he constitution is made by a pre-constitutional or extra-constitutional entity (power) and constitution-making can be revolutionary or state-creating (where there is no previous state whose constitution could have been considered and the constituent is pre-constitutional)”. Vg. Claude Klein, Andrés Sajó, “Constitution-making: process and substance”, Michel Rosenfeld, Andrés Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 421-422.

17. Vg. De Cabo Martín, *Pensamiento crítico...*, 2014, p. 85.

18. Vg. Miguel Ángel García Herrera, “La reforma del Estado autonómico: la propuesta del Plan Ibarretxe”, Vicente Garrido Mayol, (dir.); Alexandre H. Català i Bas, Ferran García i Mengual (coords.), *Modelo de Estado y reforma de los Estatutos*, València, Fundación Manuel Broseta, 2007, p. 402.

pot emparar.¹⁹ La creació d'un estat català, en la mesura que parteix d'un subjecte originari diferent –la nació catalana o el poble de Catalunya–, és incompatible amb el mateix fonament de la Constitució espanyola de 1978 i resta fora de l'espai de possibilitats obertes per la norma fonamental.²⁰

S'ha dit, amb raó, que la Constitució de 1978 no estableix clàusules d'intangibilitat, de manera que, del joc conjunt dels articles 167 i 168 CE, es pot considerar que qualsevol article de la Constitució pot ser modificat, la qual cosa inclou, és clar també els articles 1.2 o 2 CE.²¹ Això implicaria, d'entrada, és clar, l'ús del procediment agreujat, això és, el del 168 CE. Aquesta via exigeix una majoria de dos terços tant al Congrés dels Diputats com al Senat per declarar la voluntat de reformar la Constitució en aquests termes. Successivament, les cambres es dissoldrien i es convocarien noves eleccions. Aleshores, les noves Corts Generals haurien de ratificar la decisió i, successivament, aprovar un nou text que, finalment, seria sotmès a referèndum al conjunt dels espanyols.²²

19. Cal entendre, en aquest context, la Constitució com un estat de desenvolupament cultural, un mitjà per a l'autocomprensió cultural d'un poble, el mirall de la seva herència cultural i el fonament de les seves esperances. Vg., en aquest sentit, Peter Häberle, "Die Verfassung «im Kontext»", Daniel Thürer, Jean-François Aubert, Jörg Paul Müller, *Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse*, Zurich, Schulthess, 2001, p. 19. Pel que fa a la diferenciació entre canvi en la Constitució i canvi de constitució, vg. Jordi Jaria i Manzano, "La Constitución de 1978 ante el cambio: mutación, reforma y ruptura", Diversos autors, *La reforma de la Constitución española*, Palma de Mallorca, Institut d'Estudis Autònoms, 2010, p. 43.

20. No em refereixo a realitats (nacionals) eternes, sinó a l'existència, en un determinat moment de la història d'una comunitat política, d'un conjunt de persones que, majoritàriament, se senten vinculades a una tradició històrica, a una cultura comuna i a uns valors compartits, i pretenen mantenir-los a través de la seva configuració com a subjecte polític originari. Vg., en aquest sentit, Burdeau, *L'État*, 1970.

21. Així, d'acord amb Miguel Carbonell a "Sobre la reforma constitucional y sus funciones", Miguel Carbonell (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Mèxic DF, Porrúa, 2005, p. 372, es podria considerar que la mateixa possibilitat de reforma constitucional implica, en certa manera, un compromís per utilitzar una "via constitucional" en cas de voler modificar la norma fonamental, ja que no existiria cap límit jurídic per fer-ho. Tanmateix, com hem de veure, aquesta possibilitat queda exclosa en el cas que ens plantejem aquí. En general i per a tots, sobre la reformabilitat absoluta de la Constitució espanyola de 1978, Benito Aláez Corral, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Madrid, Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Constitucionales, 2000, p. 303ss.

22. És un procés particularment difícil que ha estat considerat gairebé inviable. Vg. Javier Pérez Royo, "Artículo 167", Óscar Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978* (XII), Madrid, Edersa, 1999, p. 479-480.

Ara bé, segons la meua opinió, una reforma de l'article 1.2 o de l'article 2 CE implicaria un canvi de constitució i no un canvi en la Constitució. El poder de reforma s'inscriu dintre de la Constitució mateix, i el seu exercici no suposa una ruptura amb el pacte originari ni una discontinuïtat en el desplegament del sistema constitucional. Es produeix, en definitiva, sense ruptura de la continuïtat jurídica.²³ Ara bé, l'alteració del subjecte polític originari implica, de manera òbvia, una discontinuïtat política i jurídica. En conseqüència, si utilitzem l'article 168 per modificar l'1 o el 2, simplement el que estariem fent és canalitzar el poder constituent a través d'un cert procediment ja previst, no pas per reformar la Constitució.²⁴ Es tractaria d'un canvi radical sostingut sobre els processos del sistema que s'abandona, però no per això menys revolucionari, ja que la Constitució hauria canviat totalment, en la mesura que ho haurien fet els seus fonaments.²⁵

Cal notar, però, que d'altra banda és impossible utilitzar, ni que sigui de manera purament formal, el procediment de reforma de la Constitució per reconèixer la condició de subjecte polític originari al poble de Catalunya. Això és així, en primer lloc, perquè és incompreensible reconèixer la condició de subjecte polític originari sense fer-la efectiva.²⁶ Cal recordar en aquest sentit que, com no podria ser d'una altra manera, en els processos de reforma de la Constitució només hi prenen part els òrgans reconeguts com a representants de la nació

23. Vg. De Vega García, *La reforma constitucional...*, 1985, p. 68.

24. Com diu Pablo Lucas Verdú, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Madrid, Dykinson, 1998², p. 54, "[l]a forma política de la Constitución es un límite para su reforma". En conseqüència, quan aquesta es modifica, la qual cosa és així quan s'altera la personalitat del poder constituent, no estem davant d'una reforma de la Constitució, sinó davant d'una nova constitució, encara que utilitzem per canalitzar-la els procediments de reforma de la Constitució anterior. Això pot ser útil per canalitzar el procés de manera pacífica, però amaga la naturalesa substancial de l'operació política que s'està fent.

25. Vg., en aquest sentit, Barile, *Istituzioni...*, 1991, p. 10.

26. Es podria intentar, és cert, la introducció del dret a l'autodeterminació en la Constitució, així com el procés per exercir-lo en el text de la Constitució mitjançant la reforma constitucional, com apunta Josep M. Castellà Andreu, "Democracia, reforma constitucional y referéndum de autodeterminación en Cataluña", Enrique Álvarez Conde, Clara Souto Galván, *El Estado autonómico en la perspectiva del 2020*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2013, p. 196. Ara bé, des d'un punt de vista estrictament teòric, no sembla que tingui sentit reconèixer el poder constituent a un subjecte polític –en hibernació, cal suposar, ja que no és present en acte– en un text heterònom i, a més, determinar les regles per al seu exercici. Hi ha diversos arguments en contra de la inclusió del dret a la secessió en el text d'una constitució formal, la qual cosa no implica que, ateses certes circumstàncies, la secessió sigui la solució políticament i moralment més adequada. Vg., en aquest sentit, Cass R. Sunstein, "Constitution and Secession", *The University of Chicago Law Review*, 58-2, 1991, p. 633-670.

espanyola –el mateix poble espanyol, directament o a través dels seus representants. No sembla que tingui sentit que un poder constituent aliè reconegui al poble de Catalunya la seva condició de subjecte constituent, impedit-li al mateix temps materialitzar-la, la qual cosa és el que succeiria si es volgués vehicular “constitucionalment” la creació d’un estat català.

En definitiva, el poder constituent és originari o no és constituent; si és originari, no pot derivar d’un acte de reconeixement extern. Això significa que, des de la perspectiva de Catalunya, tant formalment com materialment la secessió implica un trencament constitucional. En definitiva, una vegada determinada l’existència d’una voluntat constituent majoritària, ens trobem, si volem fer-la efectiva, davant de l’exercici del poder constituent i, en conseqüència, del trencament amb el règim constitucional anterior.

Hi ha qui ha considerat que és inadmissible l’aflorament del poder constituent per al cas d’un estat democràtic de dret consolidat, com seria el cas d’Espanya.²⁷ Tanmateix, això és desconèixer que hi ha processos polítics (legítims) que només poden fer-se efectius mitjançant el trencament constitucional. En el cas que ens ocupa, per tot el que hem dit, la creació d’un estat català no pot articular-se de cap altra manera que a través d’un trencament constitucional, de manera que negar l’aflorament del poder constituent aquí és tant com negar que una voluntat majoritària dels catalans pugui sostenir la creació d’un estat propi, la qual cosa, si la voluntat és seriosa, àmpliament majoritària i persistent, és tant com negar la realitat. Ara bé, en el cas que ens ocupa, el trencament constitucional seria, de fet, parcial, ja que, al capdavant, no afectaria la resta dels espanyols.

Per aquest motiu, hi ha una segona objecció en relació amb l’ús de la reforma constitucional en aquest cas. No sembla que tingui sentit demanar-li a la comunitat política matriu que modifiqui el seu consens bàsic senzillament per permetre el naixement d’una altra comunitat política amb la qual, a partir de l’esmentat naixement, per definició, no compartirà la Constitució reformada. No es tracta, segons el meu punt de vista, de demanar un exercici de reconstrucció identitària a la nació espanyola, més quan la seva composició territorial no està fi-

27. Vg. Alzaga Villaamil, Gutiérrez Gutiérrez, Rodríguez Zapata, *Derecho político español...*, 2001, p. 171. Tot i això, és cert que els esmentats autors, unes pàgines més endavant, matisen la seva oposició a un canvi constitucional “revolucionari”, tot reconeixent que, en principi, seria possible la resistència pacífica encaminada a un canvi constitucional. Cal entendre, en aquest sentit, que això inclouria la manifestació majoritària d’una voluntat política a través un procediment que en garantís la fiabilitat.

xada constitucionalment, sinó d'articular raonablement la constitució plena de Catalunya com a subjecte polític, de manera que l'èmfasi cal posar-lo en l'articulació procedimental del procés constituent de la nova comunitat, no en la reforma constitucional de la ja constituïda.²⁸

Segons el meu punt de vista, una secessió eventual de Catalunya no hauria de comportar cap reconstrucció de la identitat constitucional espanyola, ni tan sols cap reforma constitucional. Arribat el cas, s'hauria modificat l'abast del subjecte polític fonamental, però això no afectaria cap de les normes constitucionals actualment vigents, ni tan sols l'article 2 CE, en la mesura que la nació espanyola continuaria essent única i indivisible.²⁹ D'alguna manera, s'hauria produït la separació d'un cos estrany, cosa que no afectaria en absolut la identitat constitucional espanyola i que no exigiria ni tan sols una reforma constitucional, la qual seria inadequada per afrontar el procés no només des de la perspectiva de l'estat naixent, sinó també des de la perspectiva de l'estat preexistent.³⁰

28. En aquest sentit, no es pot desconèixer la funció de la Constitució com a mitjà de construcció sociocultural de la comunitat política, més enllà del seu valor jurídic, que, de tota manera, és íntimament associat a aquesta funció. En relació amb això, vg. André Brodacz, *Die symbolische Dimension der Verfassung*, Wiesbaden, Westdeutscher, 2003, p. 26. Per aquest motiu, cal tenir en compte els efectes de la reforma constitucional des del punt de vista de la comunitat sobre la qual regirà el nou text, no pas de la que se'n separa.

29. L'article 2 de la Constitució fa referència a la unitat i a la indissolubilitat de la nació espanyola, que, segons el meu punt de vista, no queden afectades per la secessió, ja que la nació espanyola continua essent única i indissoluble de cara al futur malgrat aquesta circumstància, sense que es pugui considerar que s'hagi dividit. Pel que fa la integritat territorial a la qual es refereix l'article 8 CE, cal entendre que es refereix a la missió de l'exèrcit de protegir el territori nacional contra agressions exteriors, però no a la conservació del territori per al cas en què una part majoritària de població d'una part decidís deixar de pertànyer a Espanya. Altrament, ens trobaríem davant d'una reacció violenta de defensa de la Constitució contra un fet polític que els seus valors superiors emparen. Crec que s'imposa una interpretació sistemàtica i teleològica que exclou l'acció de l'exèrcit en aquest cas, llevat, és clar, que la voluntat de secessió no sigui clara o sigui contradictòria amb els valors constitucionals. En aquest supòsit, caldria recuperar els instruments excepcionals de defensa de la Constitució. En definitiva, no estic d'acord amb Castellà Andreu, quan defensa a "Democràcia...", 2013, p. 210, que la ruptura constitucional derivada de la constitució d'un nou estat afectaria el sistema constitucional de l'antic estat, i donaria lloc a una destrucció de la Constitució equiparable al que va succeir a l'antiga Unió Soviètica, els valors constitucionals de la qual, d'altra banda, tampoc no són comparables als de l'Espanya actual.

30. És cert que el Tribunal Suprem del Canadà ha considerat la separació del Quebec com un cas de reforma constitucional (vg. *Secession of Quebec from Canada cit.*). Cal recordar, però, que, contràriament al que succeeix amb la Constitució espanyola de 1978, la *Constitution Act 1867* esmenta explícitament el Quebec en el seu articulat –article 5, per exemple. En el cas espanyol, en canvi, no hi ha cap esment de Catalunya, la qual cosa vol dir que no només materialment, sinó formalment, una eventual secessió de Catalunya d'Espanya no exigiria cap modificació constitucional.

Que no existeixi la possibilitat d'una reforma de la Constitució per fer efectiva la secessió, però, no implica que, dintre del marc constitucional vigent, o a través d'una reforma de la Constitució, no sigui possible establir l'existència (o no) d'una voluntat constituent entre els catalans. Això és molt important en el debat que es planteja, ja que, més enllà que la solució pugui superar el marc constitucional, el que és clar és que el problema es pot plantejar dintre del marc esmentat. Això hauria de permetre detectar la voluntat de trencament, de manera que, en cas de no existir, l'obertura d'un procés constituent no seria pertinent, mentre que, en cas de constatar-se, caldria passar a la canalització del procés de ruptura constitucional parcial al qual em refereixo en l'apartat següent.

En aquest punt, cal subratllar que l'existència constitucional de Catalunya, en tant que nacionalitat subjecte del dret a l'autonomia, permet individualitzar-la dintre del sistema constitucional, la qual cosa és important des del punt de vista de la canalització constitucional d'una voluntat eventual de secessió.³¹ Es tracta de fixar aquí els mecanismes a través dels quals aquesta voluntat podria expressar-se –la qual cosa cal distingir de la seva materialització eventual en cas que es manifesti a favor de la secessió. Caldria, doncs, distingir entre la constatació de la voluntat constituent del nou subjecte polític –possible, al meu entendre, dintre del marc constitucional vigent–, la seva realització –això és, el trencament constitucional– i, finalment, la seva expressió –això és, una eventual constitució catalana.

4. La determinació de la voluntat del poble de Catalunya

Tot i que, per raons d'espai, no em puc ocupar en detall d'aquesta qüestió, crec que existeixen tres vies fonamentals que permetrien determinar la voluntat del poble de Catalunya en relació amb el seu

31. Meadwell, a "Secession...", 1999, p. 387, subratlla que la plausibilitat de la secessió depèn de l'organització territorial de l'estat matriu. Tot i que ell es refereix, particularment, a casos d'organització que impliquen una existència política originària, d'acord amb un patró federalista substantiu, com els casos del Canadà o dels Estats Units, no es pot menystenir, malgrat les limitacions que he subratllat en aquest mateix treball, la substància política que reconeix a Catalunya la Constitució del 1978, ja no només des del punt de vista institucional, sinó també des del punt de vista del seu reconeixement com a nacionalitat, la qual cosa no implica un dret a la secessió, però permet referir-se a un subjecte polític en hivernació, que emergiria en el moment en què s'activés el procés constituent corresponent.

futur polític: un referèndum, una consulta popular no referendària i, finalment, una convocatòria electoral del resultat de la qual es dedueix l'existència d'una voluntat àmpliament majoritària en el sentit de constituir un estat propi i independent. D'entre totes tres, la manera més apropiada per fer-ho és el referèndum, mentre que la consulta no referendària presenta dificultats de tota mena que la fan desaconsellable en el context que ens ocupa. Les eleccions anomenades "plebiscitàries" apareixen en un context en què, per les raons que siguin, el referèndum no és practicable.

Amb un referèndum consultiu es podria arribar a escatir la voluntat constituent del poble de Catalunya i, a partir d'aquí, intentar trobar la millor manera de fer-la efectiva en un procés negociat al qual em referiré més endavant. Així mateix, una victòria eventual del "no" significaria un suport majoritari dels catalans al sistema constitucional vigent i la manca d'una voluntat constituent autònoma. És obvi que això permetria clarificar la situació i definir la resposta política a un problema que, en la mesura que se'n desconeix l'abast, consumeix moltes energies i genera moltes frustracions.

El referèndum consisteix, en el sistema jurídic espanyol, en una espècie del gènere de les consultes populars que es caracteritza pel fet d'interpel·lar el cos electoral –el subjecte– sobre una qüestió –l'objecte– a través de l'ús dels mecanismes i les garanties del procediment electoral –el mètode.³² El mètode utilitzat és el que assegura la fiabilitat i recognoscibilitat externa del pronunciament del subjecte sobre l'objecte de la consulta. Dit això, la pregunta que es planteja és si es podria interpel·lar el poble de Catalunya –en aquest cas, el conjunt de catalans i catalanes amb dret de sufragi actiu– mitjançant un referèndum en relació amb la seva voluntat de constituir un estat propi.

Cal considerar aquí que el Tribunal Constitucional ha estat particularment restrictiu en relació amb les possibilitats autonòmiques sobre el referèndum, ja que la jurisprudència constitucional prèvia ha expandit la competència estatal en aquesta matèria "a la entera disciplina de esa institución".³³ En aquest sentit, el Tribunal Constitucional ha reiterat que el referèndum "es manifestación del derecho de participación política directa en los asuntos públicos (art. 23.1 CE)", la

32. Així ho considera el Tribunal Constitucional en la STC 103/2008, d'11 de setembre, FJ 2.

33. Vg. STC 31/2010, de 28 de juny, FJ 69. Així, Esther Martín Núñez, a "El referèndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios", *Revista Vasca de Administración Pública*, 94, 2012, p. 103, s'ha referit a l'expansió de les competències estatals en matèria de referèndum en la jurisprudència recent del Tribunal Constitucional.

qual cosa significa que, més enllà del que preveu l'article 149.1.32 CE en relació amb l'autorització, cal entendre que existeix una competència estatal en relació amb la seva regulació, d'acord amb els articles 149.1.1 i 81.1 CE.³⁴

Tot i això, malgrat les limitacions de les comunitats autònomes en relació amb l'ús del referèndum, l'existència dels referèndums locals abonaria la possibilitat de referèndums d'àmbit autonòmic, convocats, si es considera que les institucions autonòmiques no ho poden fer, pel rei a proposta del president del Govern.³⁵ Una altra possibilitat, és clar, seria preveure la convocatòria de referèndums en les comunitats autònomes per part de les seves mateixes autoritats, a través de la referència corresponent en la Llei orgànica 2/1980 i l'aprovació d'una llei *ad hoc*, que faria el paper de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local, en relació amb les consultes en l'àmbit local. L'ús del referèndum en aquest context, però, ha d'afrontar dues objeccions importants en relació amb el marc constitucional actual.

D'una banda, l'article 92 CE es refereix a "tots els ciutadans". Caldria escatir fins a quin punt això implica necessàriament una convocatòria de referèndum adreçada al conjunt del poble espanyol.³⁶ Tot i així, la literalitat de l'article 92.1 CE no impedeix de preveure i regular expressament la figura del referèndum d'àmbit autonòmic convocat pel rei mitjançant una llei diferent de la Llei orgànica 2/1980 –que es

34. Vg. STC 31/2015, de 25 de febrer, FJ 5. Aquesta competència s'hauria exercit mitjançant la determinació del règim jurídic de la institució en la Llei orgànica 2/1980, de 18 de gener, reguladora de les diferents modalitats de referèndum, que seria "la llamada por el art. 92.3 CE para regular las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución, siendo además la única Ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de otra reserva, añadida a la competencia del art. 149.1.32 CE: la genérica del art. 81 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales, en este caso el derecho de participación política reconocido en el art. 23 CE" (STC 103/2008, d'11 de setembre, FJ 3). D'acord amb això, la Generalitat no podria convocar per si mateixa referèndums –perquè no en tindria la competència, ni hauria estat autoritzada a fer-ho per la legislació estatal, com succeeix en el cas dels ens locals. Cal recordar en aquest punt que la disposició addicional de la Llei orgànica 2/1980, de 18 de gener, sobre regulació de les diferents modalitats de referèndum, es refereix a les consultes locals, però obvia la possibilitat de consultes autonòmiques.

35. Vg. Carles Viver Pi-Sunyer i Gerard Martín i Alonso, "Informe sobre els procediments legals a través dels quals els ciutadans i ciutadanes de Catalunya poden ser consultats sobre el seu futur polític", *Tres informes de l'Institut d'Estudis Autonòmics sobre el pacte fiscal, les duplicitats i les consultes populars*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2013, p. 427-428.

36. Viver Pi-Sunyer, Martín i Alonso, a "Informe...", 2013, p. 425, consideren que aquesta era l'opinió majoritària de la literatura iusconstitucionalista abans que esclatés el procés del dret a decidir a Catalunya.

refereix als referèndums expressament previstos en la Constitució—, o bé una reforma substantiva de la llei esmentada, com a desenvolupament del règim bàsic de l'article 23.1 CE en relació amb les institucions de democràcia directa.³⁷

En segon lloc, no es pot oblidar que el Tribunal Constitucional ha considerat que, quan la pregunta formulada en un referèndum impliqui una alteració substancial de l'ordre constitucional, aquest s'hauria de convocar per a tot el poble espanyol, tot utilitzant el procés corresponent de reforma de la Constitució. D'acord amb aquesta doctrina, ni tan sols el Govern espanyol podria interpel·lar els catalans en relació amb la creació d'un estat propi.³⁸ Hi ha qui considera això desproporcionat, en la mesura que una alteració substancial de l'ordre constitucional podria canalitzar-se a través de la reforma de la Constitució, i en aquest sentit caldria acceptar un mandat popular —òbviament, no jurídicament exigible— en relació amb l'exercici de la iniciativa de reforma per fer possible el canvi desitjat.³⁹

En qualsevol cas, atesa la doctrina del Tribunal Constitucional en aquesta qüestió, sembla que la reforma constitucional de la institució del referèndum podria ser el desllorigador de la qüestió. En aquest context, crec que és possible una interpretació integrativa del marc constitucional o, si escau, la seva reforma, de manera que se'n delimiti adequadament la defensa, sense cegar les vies d'expressió

37. La proposta d'introduir la figura del referèndum autonòmic, estenent les possibilitats de l'article 92 CE més enllà del que explícitament preveu, es basaria en la manca d'una prohibició constitucional i en l'existència de referèndums d'àmbit no estatal previstos en lleis diferents de la referida per l'article 92.3 CE —els locals. Un resum sobre la construcció d'aquesta proposta a la literatura recent a Castellà Andreu, "Democracia...", 2013, p. 201ss.

38. "La cuestión que ha querido someterse a consulta [...] afecta (art. 2 CE) al fundamento del orden constitucional vigente (en la medida en que supone la reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano o, cuando menos, de la relación que únicamente la voluntad de este puede establecer entre el Estado y las Comunidades Autónomas) y por ello solo puede ser objeto de consulta popular por vía del referéndum de revisión constitucional. [...] El respeto a la Constitución impone que los proyectos de revisión del orden constituido, y especialmente de aquellos que afectan al fundamento de la identidad del titular único de la soberanía, se sustancien abierta y directamente por la vía que la Constitución ha previsto para esos fines. No caben actuaciones por otros cauces ni de las Comunidades Autónomas ni de cualquier órgano del Estado, porque sobre todos está siempre, expresada en la decisión constituyente, la voluntad del pueblo español, titular exclusivo de la soberanía nacional, fundamento de la Constitución y origen de cualquier poder político" (STC 103/2008, d'11 de setembre, FJ 4). Aquesta idea ha estat reiterada recentment en la STC 138/2015, d'11 de juny, FJ 4, que resolva la impugnació del procés participatiu del 9 de novembre de 2014 convocat per la Generalitat de Catalunya.

39. Vg. Iñaki Lasagabaster Herrarte, *Consulta o referéndum. La necesidad de una nueva reflexión jurídica sobre la idea de democracia*, Bilbao, Lete, 2008, p. 158-159.

democràtiques. En conseqüència, defenso l'ús del referèndum com a eina "intraconstitucional" per definir l'abast del conflicte polític i, d'acord amb això, donar la possibilitat als poders constituïts perquè obrin en conseqüència.⁴⁰

Pel que fa a la consulta no referendària, el que va passar amb la convocatòria del 9 de novembre de 2014 demostra les seves limitacions. Una consulta popular no referendària implica que no hi participa l'Administració electoral, garant de la transparència i la fiabilitat del procés, i que no s'utilitza el cens electoral, substrat estadístic de la voluntat democràtica en el referèndum. En la mesura que s'articulés una consulta que no es basés ni en el cens electoral ni en el procediment electoral, no es tractaria d'un referèndum i, per tant, no estaria sotmesa a les limitacions del referèndum, a les quals ens hem referit sumàriament.

Ara bé, una consulta no referendària adreçada a establir la voluntat constituent del poble de Catalunya podria considerar-se un referèndum encobert i, per aquest motiu, un frau a la voluntat constitucional en el sentit de condicionar la celebració d'un referèndum a l'autorització estatal.⁴¹ En qualsevol cas, el Tribunal Constitucional, en pronunciar-se sobre la Llei 10/2014, del 26 de setembre, de consultes populars no referendàries, ha assenyalat que "ni un referèndum dejará de serlo tan solo porque la norma legal que lo prevea le niegue la condición de tal, ni el derecho ex art. 23.1 CE a la participación directa en los asuntos públicos perderá su fuerza vinculante porque la ley, de nuevo, niegue haber procedido a su regulación o desarrollo", de manera que "[e]stas consultas generales constituyen, objetivamente, llamamientos para la participación política, a través de un procedimiento electoral, de un cuerpo de electores que vendría así a expresar, mediante el sufragio, el parecer de los ciudadanos de Cataluña en el

40. Castellà Andreu, a "Democracia...", 2013, p. 179, defensa amb bon criteri que, en les democràcies representatives, són justament les grans decisions les que es remeten a la ciutadania, particularment aquelles que tenen a veure amb la determinació de l'abast territorial del poder i les interseccions de poders concurrents –moment constituent, reforma constitucional, integració supranacional, descentralització política.

41. Castellà Andreu, a "Democracia...", 2013, p. 206, assenjala que, en definitiva, la pretesa consulta seria realment un referèndum, en la mesura que apel·la al cos electoral. Ara bé, el fet de no utilitzar el procediment electoral obre la possibilitat de diferenciar aquesta figura de la del referèndum des d'un punt de vista formal (STC 31/2015, de 25 de febrer, FJ 7).

ejercicio del derecho reconocido en el art. 23.1 CE y no como meros administrados".⁴²

A més de les consideracions del Tribunal Constitucional en relació amb l'ús d'aquesta figura, cal assenyalar que la via de la consulta no referendària davant d'una situació de bloqueig per part del Govern de l'Estat planteja problemes de legitimitat que acaben desvirtuant l'expressió dels participants com a voluntat constituent, això és, acaba privant el resultat de la consulta d'una recognoscible manifestació d'una voluntat majoritària de secessió, de manera que les prevencions del Tribunal Constitucional, en aquest cas, no estan privades de fonament. En aquest sentit, malgrat l'èxit del procés participatiu del 9 de novembre, que va a portar 2.344.828 persones a prendre part en la consulta/procés participatiu del 9 de novembre,⁴³ el que és cert és que hi ha un reconeixement generalitzat que no va constituir una manifestació fiable d'una voluntat constituent per part del poble de Catalunya.

Cal admetre que el Tribunal Constitucional apunta en la direcció correcta en subratllar la necessitat que les apel·lacions a la voluntat del poble es vehiculin, efectivament, com a referèndums, la qual cosa implica que cal anar a les limitacions consignades més amunt. Això té l'avantatge d'exigir una formulació consensuada del procés d'expressió d'una eventual voluntat constituent dels catalans en què conflueixin les voluntats de l'executiu autonòmic i l'estatal, la qual cosa obriria la porta a una gestió raonablement acordada de l'evolució subsegüent dels esdeveniments en cas que aquesta voluntat es manifestés efectivament. Ara bé, d'altra banda, implica així mateix la possibilitat d'un

42. Vg. la STC 31/2015, de 25 de febrer, FJ 8. Continúa dient el Tribunal que "[e]n ese cuerpo electoral *sui generis* (art. 5.1) está sin duda comprendido o integrado el electorado, estatutario y legal, de Cataluña (art. 56.3 EAC y art. 2 de la Ley Orgánica del régimen electoral general: LOREG). Por ello, y aun cuando una determinada consulta general se acotara, exclusivamente, a las 'personas legitimadas' que dice el art. 5.1 a), estaría siendo convocado a las urnas el cuerpo electoral de Cataluña, o de la correspondiente entidad local, aunque no solo él. Se llamaría a votar, en otras palabras, a un singular electorado: al que lo es conforme al Estatuto de Autonomía de Cataluña y a la LOREG, desde luego, aunque acrecido por las incorporaciones personales que esta Ley dispone". D'això conclou que "[e]s, por tanto, un llamamiento a un cuerpo electoral más amplio que el configurado por la legislación electoral general, pero que no por ello deja de ser una verdadera *apel·lacio ad populum*. La circunstancia de que la consulta pueda extenderse a menores de dieciocho años y a los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de terceros Estados no obsta para que sus resultados sean imputables al parecer de la ciudadanía de la Comunidad Autónoma y considerarse expresivos de su voluntad general en relación con los asuntos que se les planteen en cada caso".

43. Dades oficials: <http://www.participa2014.cat/> (última visita: 14 de gener de 2015).

bloqueig *sine die* de la qüestió per part del Govern de l'Estat, la qual cosa no sembla gaire saludable des del punt de vista democràtic.

En aquest escenari de bloqueig, s'ha plantejat l'alternativa d'unes eleccions que constitueixin una manifestació definida i fiable de l'existència (si és el cas) d'una voluntat constituent per part del poble de Catalunya. És el que s'ha qualificat com a "eleccions plebiscitàries". Atès que no es poden convocar unes eleccions "plebiscitàries" d'una manera diferent a unes eleccions "normals", el que converteix unes eleccions en "plebiscitàries" no és pas la convocatòria, ni el procés electoral, ni la normativa que s'hi aplica, sinó el fet que l'opinió pública reconegui que el resultat electoral no es tradueix només en una determinada composició de l'òrgan que s'escull, en aquest cas, el Parlament de Catalunya, sinó que representa també la manifestació d'una voluntat constituent. És el reconeixement "polític", no pas el procediment "jurídic", allò que és rellevant en aquest cas.

Partint d'aquí, unes eleccions "plebiscitàries" consisteixen en unes eleccions en què algunes de les forces polítiques que hi concorren es comprometen davant de l'electorat a fer efectiva una voluntat constituent, en el nostre cas, a fer efectiva, a través del procés que escaigui, la voluntat de secessió i, en conseqüència, la constitució d'un nou estat. En tot cas, no seria necessari que tots els concurrents a les eleccions es posicionessin en relació amb la qüestió, ja que el que comptaria seria el resultat dels que sí que ho fessin, si bé és cert que un posicionament clar, en aquest sentit, per part d'un nombre significatiu de forces polítiques faria difícil evitar el debat per a les altres, tot i que, d'altra banda, les forces polítiques favorables a la condició plebiscitària de les eleccions no podrien evitar que altres debats es barreguessin amb la qüestió constituent, de manera que la condició "plebiscitària" seria sempre volàtil.

En la situació present a Catalunya, l'avantatge d'unes eleccions convocades en aquests termes, des del punt de vista de la dilucidació de la qüestió constituent, és que la crida a la participació seria inequívoca i, per tant, no es donarien els dèficits de reconeixement de la consulta/procés participatiu del 9 de novembre de 2014. D'altra banda, el Govern espanyol difícilment podria impedir-les. D'una banda, entenc que no es podria impedir la concurrència de les forces polítiques que defensessin la secessió en un procés electoral.⁴⁴ Tampoc es podria exigir

44. Segons el meu criteri, plantejar la secessió de Catalunya en un programa electoral no se subsumeix en cap de les causes que justifiquen la il·legalització d'un partit polític, d'acord amb l'article 9.2 de la Llei orgànica 6/2002, de 27 de juny, de partits polítics.

responsabilitat penal a aquell que les convoqués pel fet de fer-ho.⁴⁵ Quedaria la possibilitat que les institucions centrals de l'Estat utilitzessin els mecanismes excepcionals de defensa de la Constitució –particularment l'article 155, i fins i tot l'article 116.3 CE.⁴⁶ Tanmateix, sembla que el cost polític seria enorme, més enllà de la legitimitat constitucional de tal utilització, com, d'alguna manera, mostraria *a contrario* la prudència amb què va actuar el Govern espanyol quan no es va fer efectiva la suspensió del procés participatiu del 9 de novembre.

En qualsevol cas, des del punt de vista de la legitimitat cal tenir en compte que una consulta en què es pregunta directament a la ciutadania sobre una determinada qüestió sempre expressa amb major claredat i contundència la seva voluntat sobre la qüestió plantejada que un procés electoral, on es barregen moltes altres qüestions. Tanmateix, cal entendre que, en principi, en la situació de bloqueig en què ens trobem caldria afrontar aquest dèficit de legitimitat *a priori* i esperar que es corregís en el resultat electoral i la seva interpretació i recognoscibilitat. La qüestió resta, doncs, oberta en la mesura que depèn de com els actors del procés gestionen la possibilitat de l'emergència d'un moment constituent a Catalunya, partint del referèndum com a opció preferible per determinar-ne l'existència.

És important notar aquí que, tant en el cas d'uns comicis considerats "plebiscitaris" com en el cas d'un referèndum, la manifestació clara de la voluntat constituent del poble de Catalunya tindria un doble caràcter.⁴⁷ Seria, alhora, una expressió de voluntat intrasistèmica, és a dir,

45. No crec que el president de la Generalitat cometés prevaricació si convoqués unes eleccions en aquests termes, d'acord amb el que estableix l'article 404 del Codi Penal. Així mateix, en manca l'element de violència, crec que ni el convocant ni els concurrents a un procés electoral de les característiques apuntades estarien incursos en cap dels delictes previstos en els articles 472 ss. CP. Vg. Gonzalo Quintero Olivares, Jordi Jaria i Manzano, "La protección penal del orden constitucional", Gonzalo Quintero Olivares (ed.), Jordi Jaria i Manzano (coord.), *Derecho penal constitucional*, València, Tirant lo Blanch, 2015, p. 552 ss.

46. D'acord amb el que estableix l'article 13 de la Llei orgànica 4/1981, d'1 de juny, dels estats d'alarma, excepció i setge, es podria considerar que el supòsit plantejat entra dintre de l'estat d'excepció. Em sembla molt discutible l'aplicació de l'estat de setge, en canvi, ateses les condicions objectives que l'article 32 de la mateixa Llei fixa per a la seva declaració. Pel que fa a l'article 155, tampoc no està clar quines implicacions reals tindria la seva utilització, ja que en la seva dicció literal queda ben definit el procediment, però no pas les conseqüències que se'n deriven.

47. No és pacífic el suport popular que cal perquè la voluntat en qüestió es consideri clara i suficient. En aquest sentit, el Tribunal Suprem del Canadà ha considerat que la valoració de la majoria que impulsa el procés polític encaminat a la secessió és una qüestió que només pot ser avaluable políticament, això és, pels diversos actors que participen en el

viable en el sistema constitucional vigent com a expressió de voluntat, alhora que un moment desconstituent, a partir del qual s'iniciaria un procés constituent certament incert, atès que, durant un període de temps més o menys llarg, conviuriem dues legitimitats oposades i amb vocació de permanència, la interacció de les quals condicionaria els passos que s'haurien d'anar efectuant per culminar en la constitució plena del nou estat, en un marc de negociació.⁴⁸

Situats en aquest punt, és pertinent veure si hi ha manera construir un espai d'entesa entre dues legitimitats contradictòries per canalitzar la decisió del poble de Catalunya d'una manera pacífica i ordenada. Sóc de l'opinió, però, que el paper del dret, en aquest cas, és el d'ajudar a construir un marc d'entesa en el qual les dues legitimitats confluents i contradictòries troben la manera de vehicular el procés constituent d'una d'elles –però que les concerneix a totes dues– en el marc d'una cultura democràtica i d'un context constitucional que parteix de la dignitat de la persona, l'estat de dret i el principi democràtic com a elements nuclears de la seva proposta política.⁴⁹ Per aquest motiu, em sembla insuficient la resposta formal en el sentit que, ja que allò que es pretén és incompatible, es miri com es miri, amb el marc

procés i que tenen la responsabilitat de donar una resposta al problema polític plantejat (*In the matter of Section 53 of the Supreme Court Act, R.S.C. 1985, Chap. S-26; And in the matter of a Reference by the Governor in Council concerning certain questions relating to the secession of Quebec from Canada, as set out in Order in Council P.C. 1996-1947, dated the 30th day of September, 1996* [1998] 2 S.C.R. 217). En alguns casos, la majoria en qüestió es fixa més enllà de la majoria absoluta, com hauria estat el cas de Montenegro, on la majoria exigida per a la secessió d'acord amb les regles fixades per la Unió Europea i aprovades pel Parlament de Montenegro va ser del 55%. Vg. Susanna Mancini, "Secession and Self-determination", Rosenfeld, Sajó, *The Oxford Handbook...*, 2012, p. 492

48. Es tractaria efectivament d'un procés en el qual la decisió derivada del referèndum, consulta o eleccions "plebiscitàries" seria una decisió desconstituent, a partir de la qual el subjecte constituent emergent iniciaria el seu camí per dotar-se d'una decisió. No hi hauria, per tant, un moment constituent, sinó, més aviat, un procés constituent. Vg., en aquest sentit, Klein, Sajó, "Constitution-making...", p. 423.

49. Entenc que el jurista i, particularment, el iusconstitucionalista ha d'actuar com a intèrpret i coadjuvant del consens social, per intentar oferir una resposta satisfactòria que els actors d'un conflicte puguin reconèixer com a vàlida a l'hora de resoldre'l. En aquest sentit, el dret constitucional seria el consens bàsic que serveix per resoldre els conflictes més profunds en una determinada societat, la qual cosa implicaria que en ocasions com la que ens ocupa el dret constitucional hauria de situar-se més enllà d'una determinada constitució formal i no, simplement, desaparèixer. Per a la idea del dret constitucional com a elaboració permanent de consensos bàsics, vg. Peter Häberle, *Verdad y Estado constitucional*, Mèxic DF, UNAM, 2006 (versió castellana de G. J. Mañón Garibay), p. 148. En relació amb la consideració del dret, en general, com a consens social sobre l'haver d'ésser de l'acció humana, vg. Burdeau, *L'État*, 1970, p. 59.

constitucional actual, el que s'ha de fer és negar la mateixa possibilitat d'una expressió constituent que el supera.⁵⁰

En relació amb això, cal tenir en compte dos elements que serveixen per matisar l'ús de la Constitució vigent per bloquejar un procés polític que no hi té cabuda. D'una banda, cal apel·lar a la qüestió de la legitimitat, en la mesura que no es pot pretendre imposar una determinada estructura de poder sobre una comunitat si aquesta no l'accepta ni la reconeix com a pròpia d'una manera prou clara i substancial.⁵¹ Segons la meua opinió, la forma del poder continguda en la Constitució ha de ser reconeguda per la societat, de manera que la qüestió de la legitimitat, substància política de la Constitució, és inseparable de la dels procediments, contingut jurídic de la Constitució.⁵² Quan la primera desapareix, no sembla que s'hi pugui oposar el segon.⁵³

50. En aquest sentit, caldria considerar que aquest tipus de resposta implica una escissió entre normativitat i consens social que acaba per privar el dret (positiu) de la seva capacitat d'interpel·lar vàlidament la societat i acaba corrent la mateixa normativitat. Vg., amb relació a la importància de la sintonia entre normativitat i convenciment de la societat, Rainer Arnold, "La contribución de los países de la Europa central y oriental al desarrollo de una cultura constitucional europea", Francisco Balaguer Callejón (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 59. Com afirmen Viver Pi-Sunyer i Martín i Alonso a "Informe...", 2013, p. 399, "els juristes, fins i tot els que opten pels plantejaments més formalistes, han de partir de l'existència d'aquest problema polític i de la seva innegable magnitud, permanència i complexitat [tot referint-se a la voluntat majoritària de la societat catalana de decidir el seu futur polític de manera incondicionada]".

51. En aquest sentit, el Tribunal Suprem del Canadà, a l'hora de pronunciar-se sobre una secessió eventual del Quebec, va considerar que "[...] a system of government cannot survive through adherent to the law alone. A political system must also possess legitimacy, and in our political culture, that requires an interaction between the rule of law and the democratic principle. The system must be capable of reflecting the aspirations of the people" (*Secession of Quebec from Canada cit.*).

52. La legitimitat és fonamental per a l'exercici del poder polític, és el requisit imprescindible perquè aquest estigui dotat d'una base sòlida, com assenyala José Juan González Encinar, "La Constitución y su reforma", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17, 1986, p. 355.

53. La funció legitimadora de la Constitució entenc que és crucial, tant per a la mateixa Constitució com per a l'organització política que depèn d'ella, ja que, de fet, l'assegurament del poder es fa a través de la convicció majoritària de la població en relació amb la seva legitimitat. En definitiva, l'ordre polític apel·la a un fonament legítim que invoca la lleialtat de la comunitat política concernida. D'aquesta manera, la funció legitimadora de la Constitució és fonamental per a l'estabilització del sistema i per garantir la interrelació entre sistema institucional i comunitat política, tot fent possible la reproducció social d'aquesta. Vg., en aquest sentit, Ralph Alexander Lorz, "The Emergence of European Constitutional Law", Eibe Riedel, Rüdiger Wolfrum (eds.), *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, Berlín-Heidelberg-Nova York, Springer, 2006, p. 47. Quan aquesta legitimació s'erosiona fins al punt de perdre capacitat d'interpel·lació a la socie-

5. Constitució i democràcia: el xoc de legitimitats

Atès que el trencament constitucional és l'única opció possible per al supòsit que es planteja, cal demanar-se com s'ha de resoldre el xoc de legitimitats en presència. Cal intentar donar una resposta que garanteixi, en la mesura del possible, tant la plenitud de la realització de la voluntat dels ciutadans i ciutadanes de Catalunya com l'evitació d'un sacrifici social –per als dos actors implicats– en termes de violència i inseguretat. És per això que penso que la societat reclama als juristes la construcció d'una resposta matisada davant d'un problema constitucional de difícil solució.

La tensió entre principi de constitucionalitat i principi democràtic és inherent a qualsevol estat democràtic de dret, com és el cas d'Espanya des del 1978.⁵⁴ El principi de constitucionalitat fixa uns límits a la voluntat democràtica –o a les voluntats democràtiques, quan el sistema admet diferents actors territorials–, però no pot expandir-se fins al punt de bloquejar la democràcia –el tema clàssic del govern dels jutges. Contràriament, el principi democràtic no pot obviar els límits de la Constitució normativa, concebuda, fonamentalment, com una protecció per a les minories –els drets fonamentals.⁵⁵

Aquesta tensió apareix, en un escenari peculiar, quan, en el marc d'un estat democràtic de dret, una part de la comunitat política decideix democràticament escindir-se i constituir-se en subjecte polític originari en plenitud. A tal voluntat democràtica, s'hi pot oposar, en

tat a la qual s'adreça, sembla evident que cal superar un marc constitucional esdevingut caduc i construir-ne un de nou, ajustat a les noves necessitats de la comunitat política concernida.

54. El conflicte entre el principi de constitucionalitat i el principi democràtic és un dels elements centrals de la reflexió iusconstitucionalista, si no el més important. Vg., per a tots, Víctor Ferreres Comella, "Justicia constitucional y democracia", Carbonell, *Teoría de la Constitución*, 2005, p. 247-248.

55. Stephen Holmes, a "Precommitment and the paradox of democracy", Jon Elster, Rune Slagstad (eds.), *Constitution and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 197, assenyala que "[t]he existence of an irreconcilable 'tension' between constitutionalism and democracy is one of the core myths of modern political thought", per proposar, més endavant, que, en realitat, democràcia i constitucionalisme es reforcen mútuament, en la mesura que la constitució normativa permet salvar la mateixa democràcia. No es pot negligir aquesta observació. En el nostre cas, tanmateix, la salvaguarda de la Constitució normativa esdevé un obstacle per al desenvolupament democràtic i, fins i tot, per a la mateixa virtualitat de l'estat de dret substancial quan bloqueja l'emergència d'un subjecte polític legítim, i nega així el mateix desplegament del seu programa substantiu a través de la defensa aferrissada de l'aplicació del seu text allà on ha deixat de tenir suport social suficient.

principi, la constitució normativa, en la mesura que no admet, en el seu articulat, la possibilitat de realització de tal voluntat. Per superar el marc constitucional existent, la primera possibilitat d'articular tal tensió és la reforma constitucional, la qual cosa, com hem vist, no té gaire sentit en el cas que ens ocupa. La segona és apel·lar a l'exercici del poder constituent i el trencament amb el sistema constitucional anterior.

Aquest és el supòsit que se'ns planteja aquí, però d'una manera prou matisada per constituir un tòpic singular, ja que el que significa la secessió de Catalunya d'Espanya implica, d'una banda, l'exercici del poder constituent a Catalunya, però també la pervivència del sistema constitucional espanyol per a (la resta del que ara és) Espanya. D'aquesta manera, no es pot apel·lar a la pura legitimitat del poder constituent que substitueix, en cas que es faci efectiu, el règim constitucional anterior, sinó que perviuen en el temps les dues legitimitats enfrontades, enquistant *prima facie* el conflicte entre voluntat democràtica i principi de constitucionalitat.⁵⁶

Per resoldre el conflicte esmentat, cal construir un àmbit de reconoscibilitat de les dues legitimitats enfrontades que permeti trobar una resposta acordada, ordenada i pacífica al problema polític profund que plantejaria l'opció de la majoria dels catalans i catalanes per separar-se d'Espanya –a l'articulació de la qual m'he referit anteriorment. Des del punt de vista de la legitimitat existent, això és, des de la matriu constitucional espanyola, això implicaria apel·lar a la idea d'estat de dret substantiu, de manera que el principi de constitucionalitat graviti sobre la protecció dels drets de les minories davant d'una majoria que té prou poder per amenaçar-los.⁵⁷ Això significaria renunciar a una concepció formal de l'estat de dret adreçada a bloquejar l'expressió política d'una comunitat que es vol constituir en subjecte polític en

56. Efectivament, hi ha moments en la història en què s'enfronten un dret i una legitimitat emergents i un dret i una legitimitat existents, com posa de manifest Rudolf von Ihering a "La lucha por el Derecho", *Estudios Jurídicos*, Buenos Aires, Heliasta, 1974 (versió castellana d'Adolfo González Posada), p. 14-15. En aquests casos, la nova legitimitat impugna totalment l'existent i pretén substituir-la. Tanmateix, en el cas que ens ocupa –i això entenc que és important– no es produeix una substitució total, sinó tan sols parcial de l'antiga legitimitat, la qual cosa crec que facilita la trobada d'espais d'entesa, més quan es parteix dels valors comuns associats als drets fonamentals i la democràcia.

57. La idea fonamental de l'estat de dret i del principi de constitucionalitat és, en definitiva, el control del poder. Vg., pel que fa a això, Riccardo Guastini, "La Constitución como límite a la legislación", Carbonell, *Teoría de la Constitución*, 2005, p. 235.

plenitud.⁵⁸ Com diu el Tribunal Suprem del Canadà, les normes constitucionals no han de ser utilitzades per frustrar “the will of a majority which must be consulted in order to alter the fundamental balances of political power”.⁵⁹

Una interpretació integrativa i teleològica de la Constitució espanyola exigeix, segons el meu criteri, prioritzar els valors fonamentals que la sostenen, més que la identitat del subjecte polític que la crea, de manera que els instruments de defensa de la Constitució haurien d'interpretar-se restrictivament en la mesura que els drets fonamentals, els valors superiors o l'existència d'Espanya com a comunitat política fossin amenaçats, la qual cosa no és el cas d'una secessió eventual de Catalunya, que no impugna la continuïtat d'Espanya com a subjecte polític, sinó que només en modifica l'abast.⁶⁰ Així, entenc que, en la mesura que el principi de constitucionalitat està adreçat protegir la llibertat contra el totalitarisme, no ha d'utilitzar-se per impedir les manifestacions de llibertat i democràcia.

Per aquest motiu, considero que la utilització dels articles 155 o 116.3 CE per impedir la determinació o la realització de la voluntat política dels ciutadans i ciutadanes de Catalunya, tot i formalment correcta, seria incompatible amb la mateixa essència axiològica de la Constitució espanyola.⁶¹ En definitiva, la resposta constitucionalment correcta seria admetre la legitimitat de la voluntat democràtica de

58. En definitiva, “[t]he Constitution is not a straitjacket” (*Secession of Quebec from Canada cit.*).

59. Vg. *Secession of Quebec from Canada cit.*

60. Em semblen particularment il·lustatives del que pretenc defensar en aquest punt unes paraules del Tribunal Suprem del Canadà, que torno a citar en el seu dictamen sobre la secessió del Quebec: “The Constitution is more than a written text. It embraces the entire global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority. A superficial reading of selected provisions of the written constitution enactment, without more, may be misleading” (vg. *Secession of Quebec from Canada cit.*).

61. En aquest sentit, cal tenir en compte quina és la finalitat i els límits del dret d'excepció. D'acord amb la STC 25/1981, de 14 de juliol, FJ 5, el dret d'excepció “solo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto a derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y, por otra, ponen en peligro el ordenamiento de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático”, és a dir, en definitiva, com a defensa de l'Estat de dret en sentit substancial i el principi democràtic. Crec que el cas que ens ocupa no amenaça ni una cosa ni l'altra, ans el contrari. Cal tenir en compte, així mateix, el principi de proporcionalitat que consagra l'article 1.2 de la Llei orgànica 4/1981. Crec que les limitacions derivades del principi de proporcionalitat i de la defensa de l'essència, no de les formes, de l'ordre constitucional, haurien de ser aplicables, així mateix, a l'ús de l'article 155 CE.

constituïció d'un nou estat i canalitzar-la d'una manera pacífica i ordenada.⁶²

Des del punt de vista de la legitimitat emergent, això exigiria, per descomptat, que la voluntat constituent fos plenament respectuosa amb els valors substantius de l'estat de dret. D'una banda, la comunitat emergent no està sotmesa encara a les limitacions constitucionals que implica la decisió constituent, per la qual cosa té menys dificultats per construir un espai d'entesa amb la comunitat preexistent. Ara bé, en tot cas, cal exigir que el nou subjecte polític comparteixi els valors profunds de l'estat de dret i respecti els interessos i sensibilitats de la comunitat política de la qual se separa. En aquest context, és imaginable la construcció d'un espai axiològic per a la negociació, que, en qualsevol cas, sembla necessària.

En aquest sentit, semblen apropiades les condicions que fixa Patten per considerar la legitimitat del subjecte polític emergent, a saber, l'existència d'una legítima reclamació sobre el territori sobre el qual es constituirà el nou estat (definit, en aquest cas, en l'article 9 EAC), uns termes de la secessió nets o honestos (això és, tenir en compte les preocupacions i els interessos legítims de l'estat preexistent i la comunitat política que el fonamenta), la fonamentació de la nova comunitat política en els principis d'un estat de dret substantiu, la possessió de la comunitat política d'una substància que permet la seva constituïció en estat i, finalment, no constituir una pertorbació en termes de pau i seguretat.⁶³

62. En un sentit anàleg, vg. Hèctor López Bofill, "L'evolució jurídica cap a un estat propi", *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, número especial sobre la STC 31/2010, 2010, p. 479.

63. Vg. Alan Patten, "Democratic Secession from a Multinational State", *Ethics*, 112, 2002, p. 562-563. Subsegüentment, el mateix autor exigeix una mancança en el reconeixement de la comunitat política emergent en el context constitucional de partida. Per raons d'espai, no em puc ocupar aquí d'això, però crec que pot construir-se una argumentació plausible en relació amb això justament a partir de la STC 31/2010, de 28 de juny, que és la que, en la meua opinió, provoca el moviment de la centralitat del catalanisme des del reformisme (centrat en Espanya en el seu conjunt) al secessionisme (la pretensió de construir un estat català independent). L'estat, en les seves decisions fonamentals, que impliquen el text de la Constitució, però també la interpretació que en fa el màxim intèrpret, això és, el Tribunal Constitucional, mitjançant una sèrie argumentativa que reposa en la defensa d'una substància política forta de la identitat pretesament compartida que banalitza i erosiona les identitats subestats, particularment aquelles sostingudes com a fortes per als que s'hi identifiquen, desequilibrat fins a un punt inadmissible l'equilibri identitari en el sistema. La comprensió de la nació espanyola com a únic subjecte polític que deriva del text de la Constitució és fonamental a l'hora d'entendre el pronunciament del Tribunal Constitucional en la STC 31/2010, de 28 de juny, i posterga desproporcionadament i de manera injustificada la naturalesa peculiar amb relació a la seva pluralitat intrínseca que

Partint de la compartició de valors constitucionals comuns, articulats al voltant de les idees d'estat de dret i de democràcia, els dos actors participants en el procés haurien de trobar un espai de mútua recognoscibilitat i entesa per canalitzar el conflicte adequadament, tot reconduint el xoc de legitimitats cap al respecte compartit a uns mateixos valors substantius. Això és el que podem esperar legítimament els ciutadans i ciutadanes afectats –tant els que continuessin sotmesos a la Constitució espanyola de 1978 com els que passarien a situar-se sota el nou poder constituent sorgit en el procés.

En aquest sentit, entenc que, com ha assenyalat el Tribunal Suprem del Canadà, el cas de secessió implicaria una negociació que partiria del mutu reconeixement dels actors i tindria com a objectiu articular la separació d'una manera pacífica i ordenada.⁶⁴ Encara que centrat en el respecte a la Constitució espanyola i considerant només el supòsit de la seva reforma, el Tribunal Constitucional espanyol també ha apel·lat a la negociació política en relació amb el cas que es planteja.⁶⁵ Com sembla evident, en la mesura que es tracta, d'una banda, de canalitzar una voluntat democràtica i, de l'altra, de garantir l'afectació mínima al sistema constitucional matriu, es tractaria d'un procés de negociació que haurien de conduir aquells que compten amb la confiança dels dos pobles implicats.⁶⁶

Aquest procés seria important per garantir la continuïtat constitucional de l'estat preexistent i el respecte dels seus ciutadans i ciu-

li atorga, així mateix, la norma fonamental (particularment, FJ 12). La lectura restrictiva que fa el Tribunal Constitucional de l'abast i la densitat del dret a l'autonomia i de la condició de nacionalitat ha estat decisiva en l'evolució política que du a l'escenari actual, en la mesura que la seva lectura de la Constitució ha expulsat del sistema determinades opinions majoritàries de la societat catalana, que es veu abocada, aleshores, a trobar una sortida més enllà de la Constitució. En aquest cas, emergiria allò que Patten, a "Democratic Secession...", 2002, p. 574, considera un dèficit de reconeixement.

64. Vg. *Secession of Quebec from Canada cit.*

65. Així, el Tribunal Constitucional, en concret, afirma que "[l]a 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. Por ello, los poderes públicos y muy especialmente los poderes territoriales que conforman nuestro Estado autonómico son quienes están llamados a resolver mediante el diálogo y la cooperación los problemas que se desenvuelven en este ámbito. El concepto amplio de diálogo, por otra parte, no excluye a sistema o institución legítima alguna capaz de aportar su iniciativa a las decisiones políticas, ni ningún procedimiento que respete el marco constitucional" (STC 42/2014, de 25 de març, FJ 4.b)). Els destacats són meus.

66. Vg., novament, *Secession of Quebec from Canada cit.*

tadanes davant d'una decisió, en principi, traumàtica per a ells, al mateix temps que caldria ser respectuós amb la voluntat majoritària dels membres d'aquell col·lectiu que vol separar-se'n per constituir una comunitat política diferenciada i originària. El mutu reconeixement i el procés de negociació subsegüent també seria important per al nou estat, en la mesura que la incapacitat per negociar adequadament el procés de materialització de la secessió podria comprometre el seu reconeixement internacional i, en conseqüència, la seva viabilitat.⁶⁷

6. Recapitulació

D'acord amb el que he dit anteriorment, entenc que la constitució d'un estat català constitueix una superació del marc constitucional actual, sense que una reforma constitucional pugui esmenar aquesta contradicció essencial entre sobirania de Catalunya i Constitució espanyola. La impossibilitat de trobar una resposta "intraconstitucional" no significa, però, ni optar per la negació del procés, basant-se en la seva incompatibilitat essencial amb el marc constitucional actual, ni optar per una via de fet. La societat interpel·la els juristes per trobar un marc conceptual raonable per canalitzar el conflicte polític subjacent al procés sobiranista.

En qualsevol cas, caldrà distingir entre la determinació de la voluntat majoritària dels catalans i les catalanes i la seva realització. Pel que fa a la seva determinació, he intentat mostrar que no hi ha obstacles constitucionals definitius i terminants per impedir consultar el poble de Catalunya, i que el referèndum és l'opció preferible. Tot i això, l'evolució dels esdeveniments entre l'acord polític del 12 de desembre de 2013 i la consulta o procés participatiu del 9 de novembre de 2014 fa pensar, llevat d'un canvi dramàtic en els actors polítics rellevants, en dificultats polítiques importants en relació amb això. Per aquest motiu, es configura com a opció alternativa la celebració d'unes eleccions al Parlament de Catalunya en què una sèrie de forces polítiques defensin la independència com a part de la seva proposta electoral i que tinguin el reconeixement, per part de l'opinió pública, del seu caràcter plebiscitari.

Si la voluntat majoritària dels catalans és la de constituir un estat propi, la seva realització implica un trencament constitucional que no

es pot integrar de cap manera a través d'una reforma de la Constitució espanyola. D'altra banda, des de la perspectiva del que continua essent Espanya, la reforma constitucional tampoc no és necessària. Situar el problema en termes de reforma constitucional només pot ser fruit de la mala comprensió del fenomen o d'una voluntat més o menys explícita de bloquejar el procés. Per això, en cas que es fes evident la voluntat majoritària dels catalans i catalanes de construir un estat propi, els dos actors implicats haurien de trobar un espai d'entesa i mutu reconeixement d'acord amb els principis democràtic i de l'estat de dret que tots dos actors sostindrien, la qual cosa implicaria minimitzar el conflicte i aprofundir en la negociació.

7. Referències

- AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. "Igualdad competencial y hecho diferencial". Diversos autors, *Uniformidad o diversidad de las comunidades autónomas*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 1995, p. 69-104.
- ALÁEZ CORRAL, Benito. *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*. Madrid: Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Constitucionales, 2000.
- ALZAGA VILLAAMIL, Óscar; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio; RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge. *Derecho político español, según la Constitución de 1978 (I)*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001³.
- APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel. "Reforma estatutaria y mutación constitucional". *Iura Vasconiae*, 7, 2010, p. 55-96.
- ARBÓS MARÍN, Xavier. "Els inicis del dret públic contemporani a Catalunya". *Revista Catalana de Dret Públic*, 41, 2010, p. 21-58.
- ARNOLD, Rainer. "La contribución de los países de la Europa central y oriental al desarrollo de una cultura constitucional europea". Francisco Balaguer Callejón (coord.). *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 57-65.
- AUBERT, Jean-François. *Traité de droit constitutionnel suisse*. Neuchâtel: Ides et Calendes, 1967.
- BARILE, Paolo. *Istituzioni di diritto pubblico*. Padova: Cedam, 1991⁶.
- BAYONA ROCAMORA, A. "El Tribunal Constitucional davant l'Estatut". *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, número especial sobre la STC 31/2010, 2010, p. 71-73.
- BRODOZ, André. *Die symbolische Dimension der Verfassung*. Wiesbaden: Westdeutscher, 2003.
- BURDEAU, Georges. *L'État*. Paris: Points, 1970.
- CAMY, Olivier. *Droit constitutionnel critique*. Paris: L'Harmattan, 2007.

- CARBONELL, Miguel. "Sobre la reforma constitucional y sus funciones". Miguel Carbonell (comp.). *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. Mèxic: Porrúa, 2005, p. 371-395.
- CASTELLÀ ANDREU, Josep M. "Democracia, reforma constitucional y referéndum de autodeterminación en Cataluña". Enrique Álvarez Conde, Clara Souto Galván. *El Estado autonómico en la perspectiva del 2020*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2013, p. 171-212.
- COLOMER, Josep Maria. "El pensament catalanista en l'època franquista". Diversos autors. *Catalanisme. Història, Política i Cultura*. Barcelona: L'Avenç, 1986, p. 257-269.
- DE CABO MARTÍN, Carlos. *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*. Madrid: Trotta, 2014.
- DE MONTAGUT, Tomàs. "Ruptura i transició a la democràcia com a font de dos tipus de drets històrics compatibles per a Catalunya". *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, número especial sobre la STC 31/2010, 2010, p. 117-121.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, Fernando. *Más allá de la nación. La idea de España como "Nación de naciones"*. Barcelona: Fundació Rafael Campalans, 2006.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "Disposición adicional primera. Los derechos históricos de los territorios forales". Ó. Alzaga Villaamil (dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978 (XII)*. Madrid: Edersa, 1999, p. 515-609.
- FERRERES COMELLA, Víctor. "Justicia constitucional y democracia". Miguel Carbonell (comp.). *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. Mèxic DF: Porrúa, 2005, p. 247-303.
- FERRET JACAS, Joaquim. "Una visió global de la Sentència". *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, número especial sobre la STC 31/2010, 2010, p. 39-44.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel. "Constitución de Cádiz y forma de Estado". José M^a. Terradillos Basoco (coord.). *La Constitución de 1812: Reflexiones jurídicas en la víspera del Bicentenario*. Cadix: Diputación de Cádiz, 2006, p. 21-56.
- . "La reforma del Estado autonómico: la propuesta del Plan Ibarretxe". Vicente Garrido Mayol, (dir.); Alexandre H. Català i Bas, Ferran García i Mengual (coords.). *Modelo de Estado y reforma de los Estatutos*. València: Fundación Manuel Broseta, 2007, p. 395-412.
- GARCÍA-Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1984.
- GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan. "La Constitución y su reforma". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17, 1986, p. 345-391.

- GUASTINI, R. "La Constitución como límite a la legislación". M. Carbonell (comp.). *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. Mèxic DF: Porrúa, 2005, p. 235-245.
- HÄBERLE, Peter. "Die Verfassung «im Kontext»". Daniel Thürer, Jean-François Aubert, Jörg Paul Müller. *Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse*. Zurich: Schulthess, 2001, p. 17-33.
- . *Verdad y Estado constitucional*. Mèxic DF: UNAM, 2006 (versió castellana de G. J. Mañón Garibay).
- HERRERO DE MIÑÓN, Miguel. "La posible diversidad de los modelos autonómicos en la Transición, en la Constitución española de 1978 y en los Estatutos de Autonomía". Diversos autors. *Uniformidad o diversidad de las comunidades autónomas*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 1995, p. 9-17.
- HOLMES, Stephen. "Precommitment and the paradox of democracy". Jon Elster, Rune Slagstad (eds.). *Constitution and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 195-240.
- JARIA I MANZANO, Jordi. "La Constitución de 1978 ante el cambio: mutación, reforma y ruptura". Diversos autors. *La reforma de la Constitución española*. Palma de Mallorca: Institut d'Estudis Autonòmics, 2010, p. 27-54.
- KLEIN, Claude; SAJÓ, András. "Constitution-making: process and substance". Michel Rosenfeld, András Sajó. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 419-441.
- LASAGABASTER Herrarte, Iñaki. *Consulta o referéndum. La necesidad de una nueva reflexión jurídica sobre la idea de democracia*. Bilbao: Lete, 2008.
- LORZ, Ralph Alexander. "The Emergence of European Constitutional Law". Eibe Riedel, Rüdiger Wolfrum (eds.). *Recent Trends in German and European Constitutional Law*. Berlín-Heidelberg-Nova York: Springer, 2006, p. 39-62.
- LÓPEZ BOFILL, Hèctor. "L'evolució jurídica cap a un estat propi". *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, número especial sobre la STC 31/2010, 2010, p. 479-487.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Madrid: Dykinson, 1998².
- MANCINI, Susanna. "Secession and Self-determination". Michel Rosenfeld, András Sajó. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 492.
- MARTÍN NÚÑEZ, Esther. "El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios". *Revista Vasca de Administración Pública*, 94, 2012, p. 95-131.
- MEADWELL, Hudson. "Secession, states and international society". *Review of International Studies*, 25, 1999, p. 371-387.
- PATTEN, Alan. "Democratic Secession from a Multinational". *Ethics*, 112, 2002, p. 558-586.

- PÉREZ ROYO, Javier. "Artículo 167". Ó. Alzaga Villaamil (dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978 (XII)*. Madrid: Edersa, 1999, p. 459-481.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; JARIA I MANZANO, Jordi. "La protección penal del orden constitucional". Gonzalo Quintero Olivares (ed.); Jordi Jaria i Manzano (coord.). *Derecho penal constitucional*. València: Tirant lo Blanch, 2015, p. 545-586.
- RIDAO, Joan. *Curs de dret públic de Catalunya. Comentari a l'Estatut*. Barcelona, Ariel, 2007.
- . "El Derecho de Cataluña a decidir su futuro político colectivo. Las vías para su probable ejercicio". E. Segarra (coord.). ¿Existe el derecho a decidir? Preguntas y respuestas sobre el proceso abierto en Cataluña. Barcelona: Tibidabo, 2014, p. 25-70.
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. "Cultura, minorías lingüísticas y educación". Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Nicolás Pérez Sola (coords.). *Constitución y cultura. Retos del Derecho constitucional en el siglo XXI*. València: Tirant lo Blanch, 2005, p. 95-139.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro. "Hecho diferencial y reconocimiento nacional en el Estatuto de Autonomía". Diversos autores. *Estudios sobre la reforma del Estatuto*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònòmics, 2004, p. 47-91.
- SUNSTEIN, CASS R. "Constitution and Secession". *The University of Chicago Law Review*, 58-2, 1991, p. 633-670.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. "Uniformidad y diversidad en las comunidades autónomas, en la legislación estatal y en la doctrina del Tribunal Constitucional". Diversos autores. *Uniformidad o diversidad de las comunidades autónomas*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònòmics, 1995, p. 19-40.
- VIVER PI-SUNYER, Carles; MARTÍN I ALONSO, Gerard. "Informe sobre els procediments legals a través dels quals els ciutadans i ciutadanes de Catalunya poden ser consultats sobre el seu futur polític". *Tres informes de l'Institut d'Estudis Autònòmics sobre el pacte fiscal, les duplicitats i les consultes populars*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònòmics, 2013, p. 395-448.
- VON IHERING, Rudolf. "La lucha por el Derecho". *Estudios jurídicos*, Buenos Aires, Heliasta, 1974 (versió castellana d'Adolfo González Posada), p. 7-85.

RESUM

Aquest treball pretén definir el marc constitucional per a l'eventual materialització de la voluntat majoritària del poble de Catalunya de constituir un estat propi i independent. L'estudi parteix de la rellevància que té el sistema constitucional de partida, això és, l'espanyol, així com de la impossibilitat d'adequar a aquest marc la secessió. Això és així perquè la secessió, en la mesura que suposa l'emergència i la plenitud d'un subjecte polític originari que l'estructura constitucional existent ignora, es configura com l'exercici del poder constituent, desvinculat, per tant, del poder de reforma de la Constitució, que no és d'aplicació a aquest supòsit. Tot i això, es distingeix entre la manifestació de la voluntat constituent, que cabria dintre del marc constitucional vigent, i la seva materialització, que en restaria fora. Ara bé, el procés constituent de la comunitat emergent hauria de ser respectuós amb la comunitat política preexistent, en un marc supraconstitucional d'entesa entre tots dos actors, basat en el respecte al principi democràtic i l'Estat de dret en sentit substancial.

Paraules clau: constitució; secessió; poder constituent; democràcia; negociació.

RESUMEN

Este trabajo pretende definir el marco constitucional para la eventual materialización de la voluntad mayoritaria del pueblo de Cataluña de constituir un estado propio e independiente. El estudio parte de la relevancia que tiene el sistema constitucional de partida, esto es, el español, así como de la imposibilidad de adecuar la secesión a ese marco. Esto es así porque la secesión, en la medida que supone la emergencia y la plenitud de un sujeto político originario que la existente estructura constitucional ignora, se configura como el ejercicio del poder constituyente, desvinculado, por lo tanto, del poder de reforma de la Constitución, que no es de aplicación a este supuesto. A pesar de ello, debe distinguirse entre la manifestación de la voluntad constituyente, que cabría dentro del marco constitucional vigente, y su materialización, que quedaría fuera. Ahora bien, el proceso constituyente de la comunidad emergente debería ser respetuoso con la comunidad política preexistente, en un marco constitucional de entendimiento entre ambos actores, basado en el respeto al principio democrático y el Estado de Derecho en sentido sustancial.

Palabras clave: constitución; secesión; poder constituyente; democracia; negociación.

ABSTRACT

This contribution focuses in defining the constitutional framing for eventually fulfilling the will of a majority in Catalonia to constitute a new and independent state. The paper starts from the relevance of the current constitutional framework, the Spanish Constitution, and acknowledges the impossibility of channelling secession through this framework. The reason for this is that secession implies the emergence of a primary political subject, ignored by the current constitutional structure and addressing to exercise framing (constituent) power. Therefore, amending power is not of relevance here. Nevertheless, a distinction should be made between the expression of this framing will, which can be accommodated to the current constitutional framework, and its fulfilment, which is clearly beyond. However, the framing process of the emergent community should be respectful with the pre-existing community, within a supraconstitutional framework built by both actors implied, and based on the democratic principle and the rule of law, conceived in a substantial sense.

Keywords: constitution; secession; framing power; democracy; negotiation.