

issn 2421-0730

Numero 2 – Dicembre 2017

Augustín José Menéndez

**Ni tótem ni fetiche**

**Abstract -** The “Catalan Independent Crisis” is a symbol of the structural crisis of the Spanish Constitutional order. By one side, the arguments against the independence lack of the substantial reference to popular will but on the other side the arguments in favor are contradictory when they try to find its legitimacy in the constitutional order they are challenging. The solution could be find in a “semantic conception” of the constitution, according to which only the popular vote can reestablish the political certainty.

**Keywords –** Catalan Crisis, Independence, Referendum, Constitutional legitimacy

Augustín José Menéndez[[1]](#footnote-1)\*

**Ni tótem ni fetiche**[[2]](#footnote-2)\*\*

Sommario: *1. ¿La Constitución como tótem? - 2. La Constitución come fetiche - 3. ¿Qué hacer?*

1. *¿La Constitución como tótem?*

El Gobierno presidido por Mariano Rajoy ha articulado su oposición a la celebración del referéndum del 1 de Octubre (y a la eventual declaración de independencia subsiguiente a un voto mayoritariamente favorable a la misma) en torno a la inconstitucionalidad tanto de la Ley por la que se ha convocado el mismo como la de una eventual secesión de Catalunya a resultas de la misma. Así, se sostiene que la “Ley del referéndum de autodeterminación vinculante sobre la independencia de Cataluña” [[3]](#footnote-3) es contraria al ordenamiento constitucional español dado que la misma infringe no sólo el artículo 2 de la Constitución Española (“la indisoluble unidad de la nación española), sino también la división de competencias entre Estado y Comunidad Autónoma, en la medida en la que el Parlamento catalán se arroga una competencia que no es suya, la de convocar un referéndum.[[4]](#footnote-4) Por tales razones, la citada ley no puede derivar su validez ni del Estatut d’Autonomia, ni, aún menos, de la Constitución española. Rota la cadena de validez en el proceso de creación del derecho, la inconstitucionalidad de la citada ley acarrea la de todas las normas de rango inferior que la desarrollen, así como la de las decisiones y los actos de las autoridades públicas que se encaminen a hacerla efectiva.[[5]](#footnote-5)

A primera vista, la línea argumental del Gobierno español parece impecable. Hay cuando menos tres razones por las que no lo es. En primer lugar, porque dado que lo que se pone en cuestión en Catalunya no es la validez de esta o aquella norma del ordenamiento constitucional español, sino la validez y legitimidad del mismo en su conjunto, no basta con poner de relieve la inconstitucionalidad de la ley por la que se convocó el referéndum y/o las acciones de las autoridades públicas catalanas para prepararlo. La fuerza de la constitución, en tales casos, no puede derivarse de argumentos exclusivamente jurídicos, por lo que el disenso se extiende a la validez del ordenamiento en su conjunto. En tales circunstancias, como Kelsen puso de relieve, es la eficacia la que termina determinando la validez del ordenamiento en su conjunto. En segundo lugar, limitarse a resaltar la inconstitucionalidad de las acciones a través de las que se pretende romper con una práctica de obediencia al ordenamiento jurídico en su conjunto puede ser contraproducente, dado que el resultado puede ser la aceleración del proceso de erosión de la legitimidad del orden constitucional. La perspectiva sociológica abierta por el concepto de derecho defendido por H.L.A. Hart nos alerta sobre los límites del derecho, en los términos desarrollados por Neil MacCormick. Finalmente, la práctica constitucional de estos últimos diez años pone de relieve que la “crisis catalana” ahonda la latente crisis de legitimidad de la Constitución, lo que hace aún menos adecuado parapetarse tras el tótem de la constitución, en lugar de articular una defensa sustentada en las razones normativas de la Constitución.

1. Que la Ley del Referéndum (como muchas otras leyes anteriores con fines relacionados con el mismo) sean inconstitucionales *desde la perspectiva del ordenamiento constitucional español* es difícilmente discutible (aunque, como veremos en la segunda sección, haya quienes hayan sostenido que no sólo se reconocería el llamado “derecho a decidir” en el derecho internacional público, por lo que la apertura a la normativa internacional sobre derechos fundamentales que deriva del Artículo 10.2 de la Constitución implicaría que ese derecho debería reconocerse también en el ordenamiento español). El fondo constitucional del conflicto es la puesta en cuestión de la validez y la eficacia en Catalunya del ordenamiento constitucional español *en su conjunto*. En tales circunstancias, limitarse a poner de relieve que tales actos no tienen encaje en la Constitución de 1978 dista de ser suficiente. Los argumentos estrictamente jurídicos son necesarios, pero manifiestamente insuficientes en los supuestos límite en los que se pone en cuestión la legitimidad del orden constitucional en su conjunto por un grupo social numeroso, que puede llegar a ser mayoritario en una parte significativa del territorio del Estado. En tales circunstancias, los argumentos jurídicos se agotan en sí mismos. Quien defienda una concepción coherentemente positivista de la constitución y del derecho sólo puede limitarse a observar cómo evolucionan los acontecimientos, dado que en tales casos la validez no puede sino *depender* de la eficacia. Si el intento de establecer un nuevo orden constitucional fracasa, tendrá sentido hablar (también y sobre todo desde una perspectiva jurídica) de un intento de subvertir el orden establecido. Pero si triunfa, no tendrá sentido tal caracterización *ni siquiera desde una perspectiva coherentemente posivista*. En los términos de Kelsen:

“[S]i la intentona fracasara a causa de que el orden nuevo resultara ser ineficaz por no adecuarse a él las conductas de los destinatarios de las normas, entonces su actuación no se podría interpretar como un acto constituyente, sino como un delito de alta traición [Pero si quienes pretenden subvertir el orden jurídico establecido] alcanzan el éxito, esto es, si expira el viejo orden y comienza a ser eficaz el nuevo debido a que la conducta real de los individuos (…) se adecúa a éste y no al anterior (…) entonces se comenzará a operar con el nuevo orden en su calidad de ordenamiento jurídico (…)”[[6]](#footnote-6)

La adhesión a un concepto “puro” de legalidad permite al teórico del derecho evitar las “distracciones” que resultan de los argumentos políticos y metafísicos sobre el derecho. El precio de esa “libertad” es que los argumentos jurídicos, así purificados, no pueden ni sustentar la fundación de un ordenamiento jurídico, ni servir de escudo cuando su legitimidad (y validez) sea puesta en cuestión.

2. A ello se añade que argumentar desde una perspectiva angostamente jurídica, puede ser no sólo insuficiente, sino contraproducente cuando amplios grupos sociales ponen en cuestión la validez y autoridad de las normas jurídicas (como es el caso en Catalunya). Por qué ello es así podemos observarlo si consideramos el conflicto que nos ocupa desde la perspectiva de una concepción del derecho en buena medida afín, pero distinta, de la kelseniana, la propuesta por H.L.A Hart y desarrollada ulteriormente por Neil MacCormick.

Hart definió al derecho como la unión de normas primarias (de conducta) y normas secundarias (que regulan la producción de las normas primarias). De entre las nomas secundarias, la por él llamada norma de reconocimiento es la piedra angular sobre la que se edifica el ordenamiento como sistema, al determinar la validez de todas las restantes normas jurídicas. A diferencia de la norma fundamental kelseniana, la norma de reconocimiento hartiana tiene un carácter marcadamente sociológico. En los términos del propio Hart:

“Hay, pues, dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y de adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. La primera condición es la única que necesitan satisfacer los ciudadanos particulares: ellos pueden obedecer cada uno ‘por su cuenta’ y por cualquier motivo; si bien en una sociedad saludable las más de las veces aceptarán realmente estas reglas como pautas o criterios comunes de conducta, y reconocerán la obligación de obedecerlas, o incluso harán remontar esta obligación a una obligación más general de respetar la constitución. La segunda condición tiene que ser satisfecha por los funcionarios del sistema. Ellos tienen que ver en las reglas pautas o criterios comunes de conducta oficial, y apreciar críticamente como fallas las desviaciones propias y ajenas”[[7]](#footnote-7)

El hábito de obediencia hacia el ordenamiento constitucional español de una buena parte de los ciudadanos muestra claros signos de quiebra. Los indicios son múltiples y reiterados en el tiempo. En tal sentido, el hecho de que más de dos millones de residentes en Catalunya acudiesen a votar el 1 de Octubre no permite determinar si existe o no una mayoría robusta a favor de la independencia, pero sí que el hábito de obediencia al ordenamiento constitucional español no pasa por sus mejores momentos, a la vista de que tales ciudadanos (incluso quienes votaron en contra) no se mostraron receptivos ni a las condenas del gobierno, ni tampoco al uso de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad (en qué medida la falta de inteligencia política del gobierno español el 1 de Octubre ha contribuido a sembrar la semilla de un hábito de obediencia a otro ordenamiento constitucional es una cuestión que excede del ámbito de este trabajo). A ello se une que el hábito de obediencia de los “funcionarios” encargados de aplicar el derecho dista de ser robustísimo. Lo es, al menos por el momento, entre los jueces. Pero no entre las fuerzas de seguridad del estado. En este sentido, no ha de tenerse en cuenta tan sólo la actitud de las fuerzas regionales y locales (los Mossos d’Esquadra y las policías locales), sino también la de las propias fuerzas estatales, que si bien actuaron en aplicación de las órdenes judiciales, y siguieron de forma disciplinada las órdenes de sus mandos, han dado muestras de un amplio malestar.[[8]](#footnote-8)

En tales circunstancias es conveniente tener presente los límites del derecho como medio de integración social, como nos recordó reiteradamente Neil MacCormick.[[9]](#footnote-9) Cuando la autoridad de un ordenamiento constitucional está en cuestión, parapetarse detrás de la legalidad formal, o pretender imponer la misma valiéndose de la coerción sustentada en el derecho, dista de ser la estrategia más idónea para reestablecer la autoridad del ordenamiento. Antes al contrario, se corre el riesgo de agotar rápidamente las reservas de legitimidad democrática. De que el derecho, desnudo de legitimidad, quede reducido a pura fuerza.

3. A ello se une que la posibilidad de defender la validez del ordenamiento constitucional sobre la base de argumentos “puramente legales” ha sido profundamente socavada por la práctica constitucional reciente. La solidez de la apelación a la integridad constitucional hubiese exigido rechazar contundentemente la forma (y a mi juicio, el contenido) de la llamada “reforma exprés” del artículo 135 de la Constitución Española. Mal se explica que se rasguen las vestiduras constitucionales quienes aplaudieron o miraron para el otro lado cuando la constitución se modificó “in a fit of absent-mindness”, en “dos tardes” del mes de agosto, mediante un procedimiento cuya idoneidad es quizás discutible incluso si se tratase de aprobar un decreto ministerial de cierta enjundia y trascendencia, y con mayor razón, una ley ordinaria.[[10]](#footnote-10) De igual forma, el uso del decreto ley en las legislaturas que comenzaron en 2008 y en 2011 es difícilmente compatible con el respeto del principio de legalidad. [[11]](#footnote-11) La proliferación de argumentos alambicados y barrocos es quizá demostrativo de que quienes se erigen en adalides del Estado de Derecho no pasan de leguleyos, y nos condenan a un Estado leguleyo (cosa bien distinta, sino antitética, del Estado de Derecho)[[12]](#footnote-12). A un Derecho que de tal sólo tiene la cáscara, pero no el contenido.

Dejando de lado de nuevo las valoraciones políticas, lo que todo ello pone de relieve es que la “cuestión catalana” es no sólo un conflicto con unas características y dinámicas propias, sino también un síntoma de una crisis estructural del sistema político y constitucional español.[[13]](#footnote-13) Crisis que es en parte la inevitable consecuencia de una actitud reverencial hacia la Constitución (típica de las democracias jóvenes, máxime si moderadamente exitosas) que obstaculizó durante años su reforma, pero también en buena parte fruto de la mutación constitucional experimentada por la propia Unión Europea.[[14]](#footnote-14) Esta crisis hubiese acabado manifestándose con independencia de la cuestión catalana. Tiempo y ocasiones hubo para reformar la Constitución. [[15]](#footnote-15) Quienes se negaron a ello son responsables materiales de que la fuerza de la Constitución, y de los argumentos derivados de la misma, sean crecientemente limitados.

1. *La Constitución como fetiche*

Los argumentos en los que el gobierno de la Generalitat, y la mayoría parlamentaria que lo respalda, sustentan la legitimidad de la ley de Referéndum son esencialmente dos. Según el primero, más ornamental que sustantivo, la apertura a la normativa internacional en materia de protección de derechos humanos contenida en el Artículo 10.2 implicaría que el llamado “derecho a decidir” sería parte del ordenamiento constitucional español. El segundo y fundamental parte de la constatación de que las elecciones autonómicas de 2015 habrían constituido un momento de ruptura constitucional. El resultado de las mismas implicaría un mandato a la nueva mayoría para—en los términos del preámbulo de la ley de referéndum—“culminar el proceso [de secesión del Estado Español] con la convocatoria del referéndum de autodeterminación”, un proceso en el que “confluyen la legitimidad histórica y la tradición jurídica e institucional del pueblo catalán –solo interrumpida a lo largo de los siglos por la fuerza de las armas”.

El primer argumento no sólo es manifiestamente endeble (tanto en lo que concierne al perfil concreto del llamado “derecho a decidir” en derecho internacional, como a la interpretación del Artículo 10.2 CE) sino, y esto es decisivo, escasamente coherente con el segundo. Si la ley de referéndum comporta “un acto de soberanía”, o lo que es lo mismo, un acto de ruptura con el ordenamiento constitucional español, no tiene mucho sentido (jurídico o constitucional) que los redactores de la misma hayan dedicado su esfuerzo a explicar cuál sea el contenido del derecho constitucional español.

Mediante el segundo argumento, el “derecho a decidir” se convierte en el perno normativo sobre el que se construye un nuevo ordenamiento, un ordenamiento radicalmente independiente, soberano, del ordenamiento español. Pero si se rompe con la Constitución Española en nombre de la soberanía democrática, esa ruptura no puede implicar una ruptura con el ideal regulador de Estado Democrático y Social de Derecho, sino que, antes al contrario, la legitimidad de la ruptura depende de forma determinante de que el que se pretende nuevo centro de poder ejerza el mismo de acuerdo con la gramática propia de la democracia. O dicho de otro modo, el Parlamento catalán puede pretender que la ley de referéndum anticipa una ruptura que hace absurdo enjuiciar la propia ley mediante referencia a la Constitución Española, pero no puede simultáneamente escapar al control normativo del ideal de Estado Democrático y Social de Derecho. Desde esta última perspectiva, y no sólo desde la perspectiva de la constitución española, la ley de referéndum es un cúmulo de despropósitos. Sería irónico, si no fuese trágico, que el procedimiento de aprobación de la misma reprodujera en buena medida el propio de la “reforma constitucional exprés” del artículo 135 CE. Lo dicho respecto a la misma es aquí también aplicable. A ello se une, como ha sido ya puesto de relieve, que es escasamente juicioso considerar que la mayoría simple de los votos emitidos sea suficiente para declarar la independencia (Artículo 4.4 de la ley), que el voto se produzca menos de un mes después de la aprobación de la ley (Artículo 9.1 de la ley) y que la estructura institucional de organización y de garantías del voto deba constituirse, en buena medida, crearse en ese reducidísimo plazo de tiempo. Reproduce también los peores hábitos del legislador estatal el hecho de que la ley prevea su entrada en vigor inmediata. De la colosal improvisación da cuenta que el paso previo a una ruptura constitucional se dé declarando que seguirán vigentes por el momento, y en su integridad, el conjunto de las normas que lo eran hasta entonces, incluidas las normas fundamentales del derecho de la Unión Europea y la propia Constitución Española. A ello se une el carácter impresionista e improvisado con el que el Gobierno catalán ha desarrollado y aplicado la Ley. Me interesa ahora destacar como tras ello subyace una concepción absolutamente semántica de la constitución, no ya española, sino catalana *in fieri*. De este modo, si la argumentación del Gobierno español se parapeta tras la constitución como tótem, el gobierno catalán hace de la constitución un mero fetiche.

*3. ¿Qué hacer?*

Con independencia de la idoneidad en abstracto de un referéndum pactado, llegados a este punto sólo una consulta popular puede dar paso a un marco político estable en España (y en Catalunya). [[16]](#footnote-16) Y ello porque la cadena de decisiones y no decisiones de los últimos años ha generado dinámicas de división y de conflicto que no pueden superarse de otro modo. Sin la claridad que se deriva del referéndum, la espada de Damocles de la ilegitimidad radical penderá sobre la solución que se dé al conflicto, sea cual sea la misma. El peligro para la estabilidad política derivaría de que no habiéndose celebrado el referéndum, no podría establecerse a ciencia cierta de qué lado está la mayoría, lo que haría plausible que todos reclamasen representarla. Si los líderes políticos nacionales y regionales pactasen una reforma amplia del Estatut, los descontentos atacarían el acuerdo en nombre del carácter presuntamente mayoritario de quienes hubiesen favorecido la independencia de Catalunya; al tiempo que se alzarían muchas voces que denunciarían lo acordado como una rendición a una presunta minoría independentista. SI por el contrario se acordase la independencia de Catalunya, o la misma se impusiese de forma unilateral, habría quien, en ambos estados, esgrimiese la existencia de una presunta mayoría en contra de la misma. En tales circunstancias, ambas partes podrían sostener, con un mínimo de plausibilidad, que la razón está de su parte, y que lo acordado es una solución espúrea, que “traiciona” la “genuina” voluntad de los ciudadanos. En tales circunstancias, sólo el voto de los ciudadanos puede restablecer la certidumbre política cortando el nudo gordiano de la incertidumbre. El referéndum puede y debe ser la ocasión para sacar la discusión del binario en los que hemos permitido caiga con una larga serie de decisiones, y sobre todo, de no decisiones y omisiones.

Para ello, es necesario que tomemos conciencia de que la crisis catalana es sólo el más agudo de los síntomas de la crisis de la constitución (y por ende) del Estado español. Y que tanto la articulación territorial del Estado (¡que no es tan sólo un problema catalán o vasco!), como la integración social y económica (a la vista de que hace años que las políticas públicas, lejos de remover los obstáculos que se impiden o dificultan la plenitud de la libertad y la igualdad entre ciudadanos, los fomentan), como la articulación de las relaciones entre España y la Unión Europea requieren una reforma en profundidad de la Constitución. Es tiempo de que los ciudadanos se (re)apropien de a misma, tras discutirla y tomar conciencia tanto de sus límites como de sus logros. Ni tótem ni fetiche, sino constitución democrática, y por tanto, viva.

1. ## \* Profesor Contratado Doctor Permanente a la Universidad de Léon, Espaňa.

   [↑](#footnote-ref-1)
2. \*\* Contributo sottoposto a valutazione anonima. [↑](#footnote-ref-2)
3. La versión en castellano de la ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referèndum (sic) de autodeterminación, puede consultarse en el *Diari Oficial*, 6 de Septiembre de 2017, disponible en http://portaldogc.gencat.cat/utilsEADOP/PDF/7449A/1633376.pdf. [↑](#footnote-ref-3)
4. De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se deriva que sólo podría plantearse una consulta popular sobre tal cuestión en el marco de un proceso de reforma de la Constitución que alterase el contenido del Artículo 2. Ello implica que tal consulta debería ir precedida de un referéndum “nacional” sobre la citada reforma constitucional. Véanse Sentencias 103/2008 (sobre el llamado Plan Ibarretxe), disponible en [https://www.boe.es/boe/dias/2008/10/10/pdfs/T00003-00014.pdf y Sentencia 42/2014](https://www.boe.es/boe/dias/2008/10/10/pdfs/T00003-00014.pdf%20y%20Sentencia%2042/2014) (derecho a decidir) disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2014/04/10/pdfs/BOE-A-2014-3885.pdf>. Aunque el Gobierno no se ha manifestado de forma explícita al respecto, la negativa en redondo a considerar siquiera la eventualidad de una negociación sobre el referéndum, podría apuntar a la asunción de que una consulta tal no cabe ni en la Constitución vigente, ni en ninguna Constitución reformada de acuerdo con los procedimientos constitucionales vigentes. La indisolubilidad de España se habría convertido de este modo en parte de un núcleo intangible implícito de la Constitución Española. [↑](#footnote-ref-4)
5. En particular, la suspensión de la Ley por el Tribunal Constitucional, así como el recordatorio explícito a las autoridades catalanas de la obligación de “impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga ignorar o eludir la suspensión acordada”, se limitarían a hacer explícito lo que se deriva lógicamente de la manifiesta inconstitucionalidad de la Ley. [↑](#footnote-ref-5)
6. H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, primera edición, cito por la edición de Gregorio Robles, Trotta, Madrid, 1934, 86. [↑](#footnote-ref-6)
7. H. L. A. Hart, *El Concepto de* Derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, 145. [↑](#footnote-ref-7)
8. ‘La Policía Nacional se aloja en Barcelona en un barco adornado con Piolín y Silvestre’, *El País*, 22 de Septiembre de 2017; ‘Sindicatos de Policía: Si Rajoy o Zoido no actúan ya, que dimitan’, *La Vanguardia*, 3 de Octubre de 2017. [↑](#footnote-ref-8)
9. Véase sobre el particular L. C. Blichner, [*Juridification from Below: The Dynamics of MacCormick’s Institutional Theory of Law*](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-90-481-8942-7_3), in J. E. Fossum – A. J. Menéndez (eds.), *Law and Democracy in Neil MacCormick’s Legal and Political Theory*, Springer, Dordrecht, 2010, 27-53. [↑](#footnote-ref-9)
10. Reforma exprés que contribuyó además, lo que es muy relevante al discutir la cuestión catalana, a la ruptura del “pacto constituyente”, al dejarse a la entonces CiU fuera de las negociaciones para la redacción del nuevo texto del 135 CE. Qué consecuencias constitucionales se derivaban lo puso de relieve Duran i Lleida, de quien es difícil sospechar fervor independentista alguno: “Nos produce escalofríos (…)pensar que pueda dar igual a algunas fuerzas políticas que Convergència i Unió, que intervino en la Constitución, pueda sentirse no identificada con la misma”, Diario de Sesiones, 30 de Agosto de 2011, disponible en http://www.congreso.es/public\_oficiales/L9/CONG/DS/PL/PL\_269.PDF, pág.7, segunda columna. [↑](#footnote-ref-10)
11. M. Aragón Reyes, *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reforma constitucional*, Iustel, Madrid, 2016. [↑](#footnote-ref-11)
12. F. Rubio Llorente, ‘Una impugnaciñon equivocada’, *El País*, 8 de Noviembre de 2003, https://elpais.com/diario/2003/11/08/opinion/1068246007\_850215.html. [↑](#footnote-ref-12)
13. J. Pérez Royo, *La reforma constitucional inviable,* Catarata, Madrid, 2015. [↑](#footnote-ref-13)
14. Remito a: *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, 14/2013, 453-256; y ‘A European Union in Constitutional Mutation’, in *European Law Journal*, 21/2014, 127-141. [↑](#footnote-ref-14)
15. F. Rubio Llorente (ed.) *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional: texto del informe y debates académicos,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006. [↑](#footnote-ref-15)
16. F. Rubio Llorente, “Un referéndum para Cataluña”, *El País*, 8 de Octubre de 2012, https://elpais.com/elpais/2012/10/03/opinion/1349256731\_659435.html. [↑](#footnote-ref-16)