
FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL



Junta General del Principado de Asturias

<http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/Portada.html>

FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL

COMITÉ DE HONOR

Excmo. Sr. Presidente de la Junta General del Principado de Asturias
Excmos. Sres. Miembros de la Mesa de la Junta General del Principado de Asturias
Rector Magnífico de la Universidad de Oviedo

DIRECTORES

Ramón Punset Blanco, Francisco J. Bastida Freijedo y Joaquín Varela Suanzes-Carpegna (†)

CONSEJO EDITORIAL

Juan Luis Requejo Pagés, Ignacio Villaverde Menéndez, Paloma Requejo Rodríguez,
Miguel Presno Linera, Benito Aláez Corral, Ignacio Fernández Sarasola y Leonardo Álvarez Álvarez

Junta General del Principado de Asturias

FUNDAMENTOS N.º 10

LA EVOLUCIÓN DE LOS MODELOS TERRITORIALES
REFORMULACIÓN VERSUS RUPTURA

Coordinadora: Paloma Requejo Rodríguez



Junta General
del Principado de Asturias

2018

FUNDAMENTOS
Junta General del Principado de Asturias

Dirección de FUNDAMENTOS
Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo
Campus de El Cristo, s/n. 33006 Oviedo. Asturias. España
E-mail: fundamentos@uniovi.es
Web: <<http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/Portada.html>>
Pedidos: correo@krkediciones.com

Krk Ediciones. C/ Álvarez Lorenzana, 27. 33006 Oviedo
ISBN: 978-84-8367-626-4
Depósito legal: AS-3236/2018

INDICE

LA EVOLUCIÓN DE LOS MODELOS TERRITORIALES: REFORMULACIÓN VERSUS RUPTURA

Presentación	
PALOMA REQUEJO RODRÍGUEZ.	11
Autores.	21

PRIMERA PARTE

LA REFORMULACIÓN DE LOS MODELOS TERRITORIALES FRENTE AL DESGASTE PROVOCADO POR PROBLEMAS TÉCNICOS

Entwicklungen des deutschen Bundesstaates	
LOTHAR MICHAEL.	25
El federalismo alemán a comienzos del siglo XXI	
ANTONIO ARROYO GIL.	57
L'evoluzione dello Stato regionale italiano: dalle riforme centrifughe al fallimento di quelle centripete	
GIANCARLO ROLLA	87
L'État unitaire français et la décentralisation: L'hybridation des modèles territoriaux	
PIERRE DE MONTALIVET.	129

SEGUNDA PARTE

LA REFORMULACIÓN DE LOS MODELOS TERRITORIALES FRENTE A LA CRISIS PROVOCADA POR RECLAMACIONES IDENTITARIAS

The United Kingdom's Evolving Constitution	
MICHAEL KEATING	157

TERCERA PARTE

LAS OPCIONES DEL MODELO TERRITORIAL ESPAÑOL

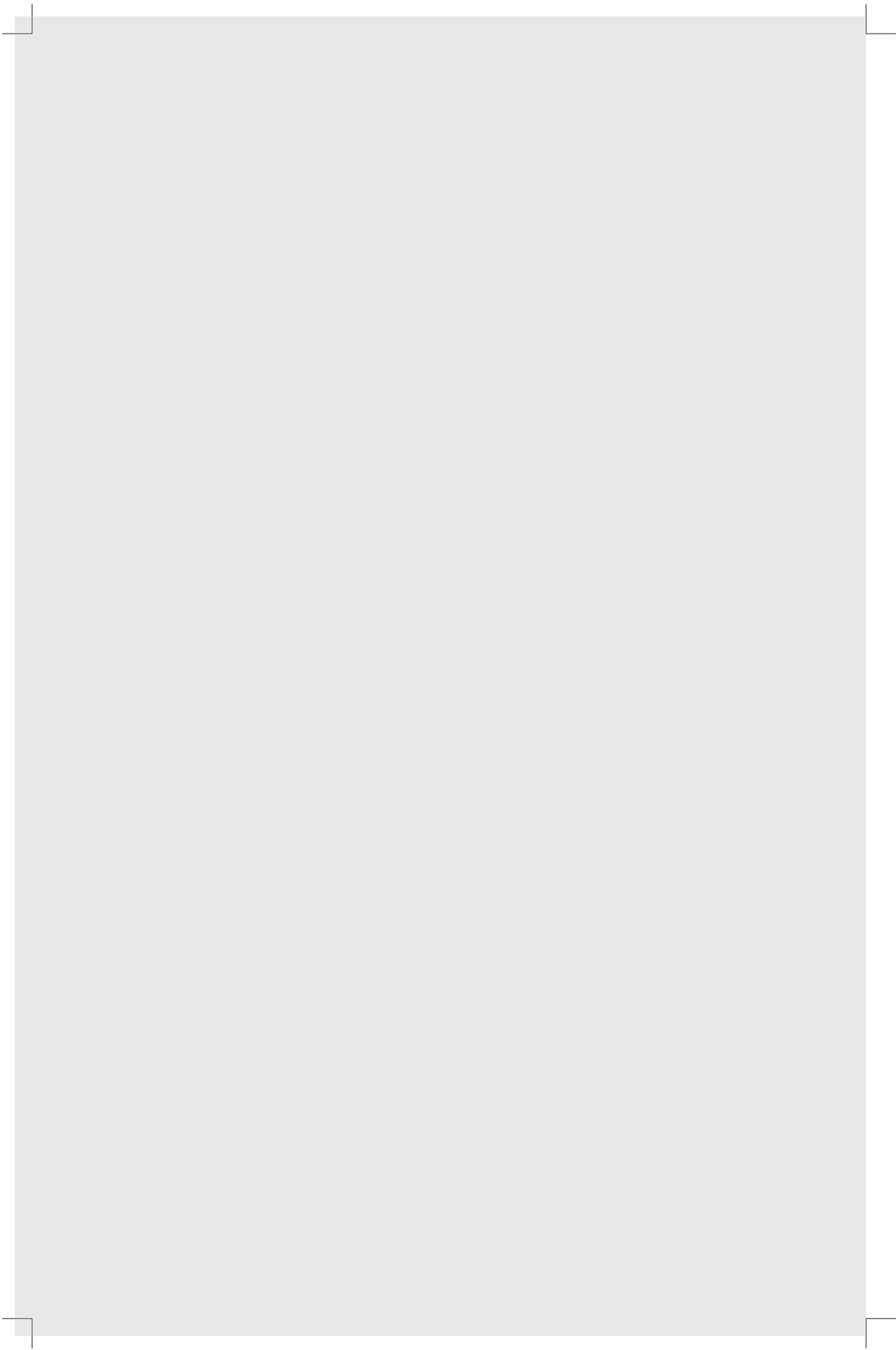
La reforma del Estado autonómico: mejora y no sustitución del modelo	
MANUEL ARAGÓN REYES	183
El arreglo constitucional del que no se habla	
FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ	215
La acomodación constitucional de la secesión: el caso español	
FRANCISCO J. BASTIDA FREIJEDO y BENITO ALÁEZ CORRAL	243
El conflicto de Cataluña como crisis constitucional	
ENOCH ALBERTÍ ROVIRA	299
El País Vasco, el modelo de autonomía territorial y la pretensión confederal del nacionalismo	
ALBERTO LÓPEZ BASAGUREN	343

CUARTA PARTE

UNIÓN EUROPEA Y EVOLUCIÓN DE LOS MODELOS TERRITORIALES

Unión Europea y secesionismo, ¿silencio de los Tratados? La identidad regional como parte de la identidad constitucional nacional	
MARIBEL GONZÁLEZ PASCUAL	377

LA EVOLUCIÓN DE LOS MODELOS TERRITORIALES:
REFORMULACIÓN VERSUS RUPTURA

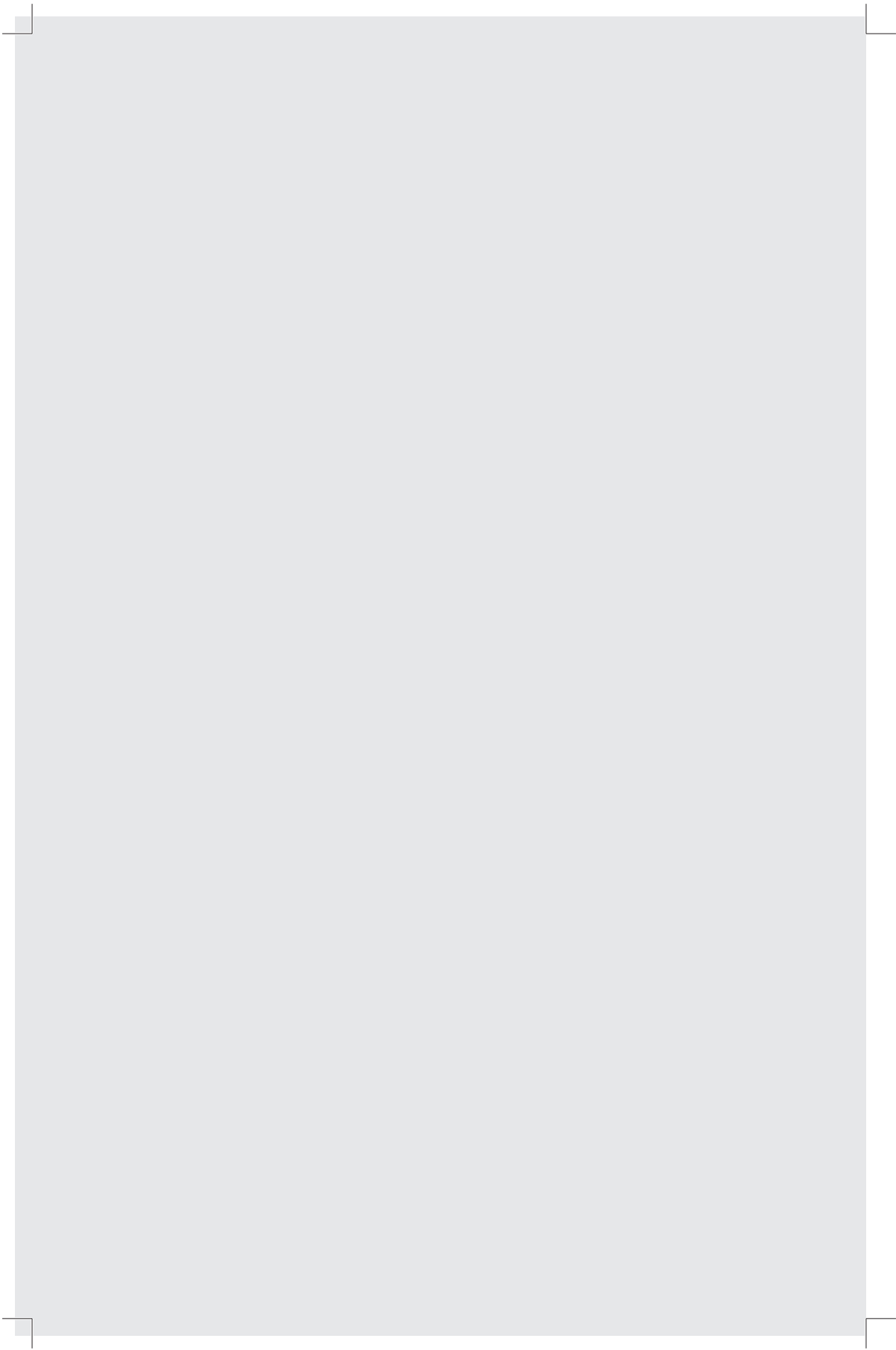


A la memoria de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna



PRESENTACIÓN

Paloma Requejo Rodríguez



La soberanía, los modelos constitucionales en la historia comparada, la representación política, la agonía de la justicia constitucional, la división de poderes, los conceptos de Constitución en la historia, el pueblo del Estado, la metamorfosis del Estado y del derecho y las nuevas fronteras de los derechos. Basta enumerar los temas analizados en los anteriores volúmenes de Fundamentos para reparar en la ausencia de un asunto primordial, la organización territorial del Estado, que se convertirá en objeto de esta nueva entrega.

Su carga teórica resulta incuestionable. El modelo territorial, tanto en su dimensión *ad intra* como en su dimensión *ad extra*, es un principio estructural definitorio de la forma de Estado que merece un examen detenido. Adicionalmente su actualidad es máxima. Nos encontramos ante uno de los mayores retos a los que nuestro país debe hacer frente; en pocas ocasiones, creo, Fundamentos ha ido tan a la par del debate político-jurídico en torno a la materia que trata. No deja de ser estimulante, pero también conlleva riesgos; desvirtuar el enfoque de teorización abstracta que distingue a esta colección. No se ha caído en ello. Todo lo más el presente número puede contribuir modestamente a esa tarea que más temprano que tarde habrá que afrontar, la remodelación de nuestro sistema territorial. Antes de acometerla es aconsejable una reflexión sosegada que tenga como base el conocimiento de los modelos clásicos, las experiencias ajenas, los pros y los contras de las distintas opciones en presencia, las expectativas de los implicados y los límites que se deben respetar. Esa es la aportación que aquí se hace y de la que cabe extraer que no existe modelo territorial que haya resistido al inmovilismo y que haya conservado su pureza. Distintas son las cuestiones a resolver y distintas las soluciones ofertadas, más o menos ambiciosas, más o menos acertadas, pero en ningún caso se ha preferido mirar para otro lado.

Bajo el título «La evolución de los modelos territoriales: continuidad vs. ruptura», la obra se ha estructurado en cuatro capítulos. Los dos primeros estudian

en qué han consistido esas transformaciones en varios países europeos, clasificando los distintos modelos no a la manera tradicional, sino atendiendo a los problemas a los que han debido enfrentarse —desgaste provocado por problemas técnicos y crisis generadas por reclamaciones identitarias—, en muchos casos comunes independientemente de su configuración centralizada o más o menos descentralizada, y que han requerido respuestas diversas que aseguren su pervivencia y eviten su desaparición cuando en ocasiones esto era lo que se perseguía. A continuación, el tercer capítulo nos interroga sobre cuál puede ser el futuro del modelo español, hasta ahora impermeable a cualquier reforma en su norma de cabecera y más proclive, aprovechando su apertura, a ajustes jurisprudenciales y legislativos en el bloque constitucional. Sin embargo, la entidad de los desafíos es tal, al combinarse los dos problemas señalados, que parece necesario un cambio de rumbo de mayor calado cuando la coyuntura sea propicia. Las alternativas son variadas: profundizar en el modelo autonómico con una actualización en clave centrífuga o más improbablemente en clave centrípeta, dar un salto cualitativo hacia un modelo federal o incluso plantearse canalizar constitucionalmente la secesión a la que aspiran algunos. Aunque no hay soluciones mágicas, se tratará de teorizar sobre su adecuación no tanto a las circunstancias como a nuestra configuración como Estado democrático de derecho. Y ya en el último capítulo se ha querido suscitar la cuestión de hasta qué punto la pertenencia a la Unión Europea condiciona las reformas que un Estado miembro quiera realizar en su modelo territorial, actuando como una especie de límite externo o como un elemento disuasorio ante posibles rupturas.

Mi gratitud a los Directores y a los miembros del Consejo Editorial de Fundamentos por sus sugerencias, que no han hecho sino mejorar el diseño del volumen que se acaba de exponer. Un especial recuerdo para el tristemente fallecido Joaquín Varela, a cuya memoria se dedica el número; me reconforta que al menos he podido compartir con él los primeros pasos de este proyecto y recibir sus buenos consejos.

También quiero dejar constancia de mi agradecimiento a Patricia García Majado, Becaria de investigación del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, por su participación en la siempre necesaria tarea de revisión del libro.

Por último, he tenido la gran satisfacción de que aceptaran sumarse a esta iniciativa especialistas españoles y extranjeros de primera línea. Gracias por su implicación y paciencia con una coordinadora inflexible. Su contribución garantiza la calidad de la obra. Ello ha permitido que podamos seguir contando con el apoyo de la Junta General del Principado de Asturias y de la Universidad de Oviedo a

través de su Convenio de colaboración. Sin su ayuda y complicidad desde el primer número de Fundamentos, hace ya veinte años, todo sería mucho más difícil.

Los Profesores Michael, Arroyo, Rolla y De Montalivet se han encargado de analizar los cambios generados por problemas técnicos que se han podido apreciar en modelos territoriales tan diferentes como el alemán, el italiano y el francés.

El Profesor Michael y el Profesor Arroyo se ocupan del modelo federal alemán. El primero, tras constatar la influencia de la historia en el actual diseño del federalismo germano hasta el punto de que algunas de sus características más conocidas —configuración del Bundesrat y predominio del y de lo ejecutivo— traen causa de sus orígenes, entra a estudiar varios de los elementos estructurales del modelo, desmontando algunos lugares comunes; la diversidad legislativa no es tan acusada como suele creerse y a través de distintas técnicas y mecanismos se constata una «unitarización», si se permite tal expresión, que abunda en la conocida idea de Konrad Hesse, como el mismo Profesor Michael recuerda, de que Alemania en realidad es un «Estado federal unitario». La renovación del modelo se ha planteado, pero no es sencilla; la existencia de cláusulas de intangibilidad y la exigencia de mayorías cualificadas en el procedimiento de reforma constitucional no la facilitan y el camino del art. 146 GG hoy por hoy es controvertido.

Precisamente las últimas revisiones constitucionales del federalismo alemán —2006, 2009 y 2017— son examinadas críticamente por el Profesor Arroyo. Motivos competenciales, institucionales y financieros se apuntan como razones de unos cambios, no libres de ciertas contradicciones, en los que el tradicional modelo de federalismo cooperativo, sin desaparecer, incorpora elementos competitivos y da paso a una creciente centralización, como se ha dicho, siempre presente. Entre ellos destacan los intentos de clarificación del reparto competencial enturbiados con la incorporación de la «legislación divergente», la disminución de la influencia del Bundesrat en la legislación federal, la mayor participación de los Länder en la fase ascendente del derecho europeo y una configuración de la fase descendente que no ayuda a visibilizar las responsabilidades o el incremento de las competencias de la Federación y su control presupuestario sobre los Länder a cambio de asumir en el ámbito de la solidaridad interterritorial el grueso de la «nivelación de la capacidad financiera» de los territorios más desfavorecidos.

Especial interés reviste el recorrido por la evolución del modelo italiano que ofrece el Profesor Rolla. Sin infravalorar las diferencias de contexto político e institucional, que en mi opinión impiden extrapolar por completo a nuestro país las conclusiones alcanzadas, son grandes las similitudes, habiendo transitado ya

el Estado regional, con diferente éxito, por caminos que en España aún están por explorar. En opinión del Profesor Rolla, la puesta en práctica de la revisión en clave federal introducida por las Leyes constitucionales aprobadas entre 1999 y 2001, con mayor colaboración y asimetría, pero no exenta de inconcreciones e incoherencias, se vio dificultada por un Parlamento deseoso de nuevas reformas constitucionales y una crisis económica que obligaba a contener el gasto. Las posteriores reformas constitucionales de 2005 y 2006, centrípetas en el fondo, con su nuevo diseño de Senado, un sistema de reparto competencial de doble lista, un incremento de competencias estatales, supresión de las compartidas y un retorno del interés general, fueron abortadas en referéndum. En este momento de impasse, a juicio del Profesor Rolla, el escenario futuro debe pasar por una regionalización diferenciada o asimétrica, que refleje los intereses propios de cada territorio sobre la base del acuerdo y supere la homogeneidad y multilateralidad vigentes hasta ahora.

En su contribución el Profesor de Montalivet echa por tierra algunos «tópicos» sobre el modelo francés, que llevan a replantearse su calificación como Estado unitario centralizado, y ejemplifica lo que parece ser una tendencia generalizada hacia modelos cada vez más híbridos. Según afirma, impulsada por una «lógica democrática», en Francia no sólo se ha producido una fuerte y progresiva descentralización «administrativa» a favor de unas colectividades territoriales, cada vez más diversas y complejas, que confirma la evolución del modelo hacia un Estado unitario descentralizado. Además, paradójicamente se ha asistido, de una parte, a la incorporación de fórmulas recentralizadoras por el deseo de racionalizar el «milhojas territorial», recortar gastos y evitar desigualdades, y, de otra, a su contrario, esto es, a la atribución de competencias material o formalmente legislativas a colectividades de ultra mar que aproxima a Francia a un modelo regional. En definitiva, Francia se ha convertido en un Estado unitario descentralizado parcialmente regional, al que aún le queda por delante el reto de Nueva Caledonia.

Las reclamaciones identitarias también se han hecho presentes en otros países europeos. Nos centraremos en el «caso escocés», aunque en muchos trabajos se ha ido más allá de nuestras fronteras incluyendo referencias a Quebec.

El politólogo Michael Keating estudia el modelo británico. Soberanía del Parlamento y ausencia de Constitución escrita, sus dos notas características, complican a mi juicio los paralelismos con el sistema español. Como señala el Profesor Keating, la primera de ellas, compatible con un pluralismo nacional e incluso con la autodeterminación, parecía contraria a la existencia de parlamentos autónomos, que terminaron por aceptarse con unos «poderes reservados»

ante la progresión electoral de los partidos nacionalistas. La segunda de ellas ha introducido flexibilidad y ha permitido salvar escollos teóricos, dando una respuesta práctica a las demandas de independencia escocesa con la celebración de un referéndum acordado, en el que el Gobierno del Reino Unido fijó fecha y pregunta seguro de una victoria fácil y de que su oposición no haría otra cosa que aumentar el nacionalismo. Una campaña en la que se ofertó una «devolution» de máximos y una independencia de mínimos aproximó resultados, siendo rechazada la opción rupturista. El Brexit ha supuesto un punto de inflexión para el Profesor Keating y abre la puerta a un futuro incierto, con distintos escenarios aún por determinar: «desintegración» con nuevos referéndums de independencia; «recentralización», con un Reino Unido como «Estado-nación unitario bajo la soberanía de Westminster» o «reconfiguración» «con un Brexit territorialmente diferenciado».

En la actualidad nuestro Estado autonómico se enfrenta al enorme desafío de encarar al mismo tiempo ambas clases de dificultades, las que son fruto de su natural desgaste o de su necesario reajuste y las que se vinculan a reclamaciones identitarias en ocasiones secesionistas. Las alternativas jurídicas son múltiples y no se ha querido cerrar ninguna puerta, ofreciendo un abanico lo más amplio y plural posible.

El Profesor Aragón, junto a cambios en las prácticas políticas, apuesta por una reforma que profundice en el Estado autonómico y contribuya a solventar la cuestión catalana, distribuyendo adecuadamente las potestades del Estado y de las Comunidades Autónomas, sumando vías de participación, coordinación y cooperación y reconociendo «singularidades territoriales», sin romper «la igualdad sustancial de derechos de los ciudadanos» y la «solidaridad» intracomunitaria. Descarta un Estado plurinacional y un referéndum en Cataluña sobre su independencia, sin más camino que el del art. 168 CE; se muestra escéptico con una reforma del Senado «a la alemana» por las diferencias de contexto político; critica la idea de «federalizar» el Poder judicial; conecta la aprobación autonómica de los Estatutos con los «federalismos de integración» y no tanto con los de «descentralización»; prefiere un doble listado de competencias estatales y autonómicas más transversales que básicas y una prevalencia vinculada a la concurrencia y sólo excepcionalmente a la compartición competencial. Reflexión, objetivos claros, consenso y calma política le parecen indispensables para revisar la Constitución. Mientras no lleguen, sugiere mantener el actual «Estado jurisdiccional autonómico» con reformas legales y una buena aplicación de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional.

Más ambicioso es el «arreglo constitucional» que propone el Profesor Caamaño; una Constitución federal que asegure la convivencia en un Estado como el nuestro. No plantea introducir en el Estado autonómico una serie de ajustes técnicos (modificar el Senado, aclarar títulos competenciales, incorporar mecanismos de cooperación...), pues, en contra de lo que algunos mantienen, lo que define a un Estado como federal, según el Profesor Caamaño, no es la descentralización política o que ésta alcance un determinado nivel, sino sus «componentes ideológicos». De lo que se trata es de realizar un pacto federal, «constitucional y explícito» entre «sujetos de base territorial», iguales pero distintos, que «renuncian a determinadas pretensiones políticas». Se consensuaría la definición en la Constitución del «nivel federal de gobierno», es decir, «un espacio de igualdad común», perteneciendo el resto a «la singularidad de cada» territorio. De este modo «la pluralidad se hace unidad», concurriendo desde entonces «la lealtad territorial y la democracia».

Imprescindible resulta conocer las expectativas en algunos territorios, especialmente en aquellos con mayores aspiraciones de autogobierno, y hasta qué punto pueden suponer una ruptura no ya con el modelo actual de organización territorial, sino con el propio ordenamiento y su norma suprema.

El Profesor López Basaguren pone de manifiesto como, sobre la base de un sobredimensionado incumplimiento estatal del Estatuto, el nacionalismo vasco ha desacreditado el sistema autonómico y pretende sustituirlo por un nuevo modelo. La ponencia sobre la reforma del Estatuto de autonomía del País Vasco ha sacado adelante, con el apoyo del PNV y EH Bildu, las bases de ese futuro estatuto político, en las que a partir de los derechos históricos se califica al pueblo vasco de nación con derecho a decidir cuál ha de ser ese estatus. Un modelo confederal, que recuerda al «Plan Ibarretxe», de relación bilateral de igual a igual entre el País vasco, «sujeto jurídico-político», y el Estado, en el que pactarán qué competencias corresponden al Estado, perteneciendo el resto en exclusiva al País vasco, y resolverán los conflictos que se susciten también mediante el acuerdo en «foros» paritarios. Una vez aprobado por el Parlamento vasco y antes de su envío al Congreso para ser «negociado», el proyecto de nuevo estatuto político se someterá a consulta entre el electorado del País vasco, opción ya descartada por la jurisprudencia constitucional. Es pronto para saber cómo evolucionarán los acontecimientos, pero mucho de lo señalado resulta de sobra conocido.

Para el Profesor Albertí Rovira el conflicto catalán manifiesta «el fin del consenso constitucional básico existente hasta el momento sobre el modelo territorial». Constatados el desacuerdo sobre las causas que han provocado esta «crisis

constitucional» —a su entender estamos ante un problema político e histórico, la relación entre Cataluña y el Estado, en el que se contraponen dos maneras de entender la unidad de España, en términos bien de uniformidad, bien de diversidad—, así como las respuestas a la misma, tras el intento frustrado de «renovar el pacto» con el Estatuto de 2006, ya sea por parte de la Generalitat —propuesta de «pacto fiscal», «derecho a decidir», «celebración de consulta sobre el futuro político de Cataluña», «referéndum» y «declaración de independencia»— ya sea por el Estado —ausencia de propuestas políticas, recurso a la jurisdicción constitucional y penal y activación art. 155 CE—, sugiere una posible solución a la vista de que ni las vías unilaterales ni las judiciales han servido de nada. No es otra que recuperar el consenso a través de una negociación política sobre ciertas premisas como el reconocimiento de la legitimidad de las posiciones ajenas, un procedimiento adecuado y garantías al contenido del acuerdo constitucional que se llegue a alcanzar, satisfactorio para todos y ratificado por la población, «incluyendo, también, específicamente» la catalana. A falta de un nuevo consenso sólo cabe canalizar democráticamente la ruptura.

Precisamente de ello se ocupan los Profesores Bastida Freijedo y Aláez Corral. A través del procedimiento de reforma del art. 168 CE, no sujeto a límites materiales, plantean incorporar al título X una cláusula de secesión acorde con una Constitución positiva y autorreferencial como la nuestra. Así se ofrece un cauce democrático a las expectativas secesionistas dentro de la legalidad y se asegura la legitimidad, eficacia y estabilidad de la propia Constitución. Un cambio de este calado obligaría a modificar principios estructurales del ordenamiento, virando hacia un Estado federal en el que el ejercicio de la soberanía pudiera corresponder no sólo al «todo», sino a las «partes» que lo componen sobre la base de un «demos federal complejo». El procedimiento de secesión que sugieren tendría varias etapas: Impulso del Parlamento territorial por mayoría cualificada y reforzada de 2/3, negociación intergubernamental durante un máximo de 2 años para buscar una solución alternativa o, de no ser posible, convenir los términos de la secesión y referéndum del Cuerpo electoral territorial, autorizado por su Parlamento por la mayoría ya señalada, para que decida sobre la secesión también por mayoría de 2/3 de los electores con derecho a voto y mayoría de los votantes de cada circunscripción. Un procedimiento de estas características, entienden, garantizaría durante su curso la debida protección de las minorías.

Por último, ha parecido imprescindible tratar el asunto de cómo la pertenencia a la Unión Europea puede mediatizar la evolución de los modelos territoriales en los Estados miembros. De ello se encarga la Profesora González Pascual, haciendo

especial hincapié en los movimientos secesionistas. Desde esta perspectiva aborda distintos temas: la conexión de estos movimientos con una integración supranacional que no ha sabido «encajar» satisfactoriamente las aspiraciones regionales; la complejidad del procedimiento fijado por los Tratados para que el territorio escindido pueda incorporarse a la Unión; el papel de límite que algunos valores fundamentales de la Unión europea, como el Estado de derecho y el principio democrático, pueden jugar respecto de los procesos de independencia. De todo ello extrae algunas propuestas. Más allá de que los Estados profundicen en la participación de las Regiones en la toma de decisiones vinculadas a la Unión Europea y tengan presente la autonomía política en lo que respecta a la integración supranacional, la Unión también debería ahondar a través del TJUE en la inclusión de la autonomía regional en la identidad nacional y tener en cuenta el «impacto que el derecho de la Unión Europea tiene en las estructuras federales o regionales».

Los asuntos complejos requieren respuestas complejas. Sin atajos. La experiencia comparada puede ser un buen punto de partida para aprender de sus aciertos y de sus errores, aunque una extrapolación automática y no matizada a un escenario histórico, político y normativo diferente no parece lo más deseable. Resulta conveniente atender a nuestras especificidades, ofreciendo alternativas propias. Es lo que se ha intentado. Confío que este volumen pueda contribuir al menos a esclarecer el panorama y a encontrar la mejor solución posible.

AUTORES

BENITO ALÁEZ CORRAL

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Oviedo

ENOCH ALBERTI ROVIRA

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Barcelona

MANUEL ARAGÓN REYES

Catedrático emérito de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Madrid

Magistrado emérito del Tribunal Constitucional

ANTONIO ARROYO GIL

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Madrid

FRANCISCO J. BASTIDA FREIJEDO

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Oviedo

FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia

PIERRE DE MONTALIVET

Catedrático de Derecho Público. Universidad Paris Est-Créteil

MARIBEL GONZÁLEZ PASCUAL

Profesora Agregada de Derecho Constitucional. Universidad Pompeu Fabra

MICHAEL KEATING

Catedrático de Ciencia Política. Universidad de Aberdeen

Director del Centre on Constitutional Change

ALBERTO LÓPEZ BASAGUREN

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad del País Vasco

LOTHAR MICHAEL

Catedrático de Derecho Público. Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

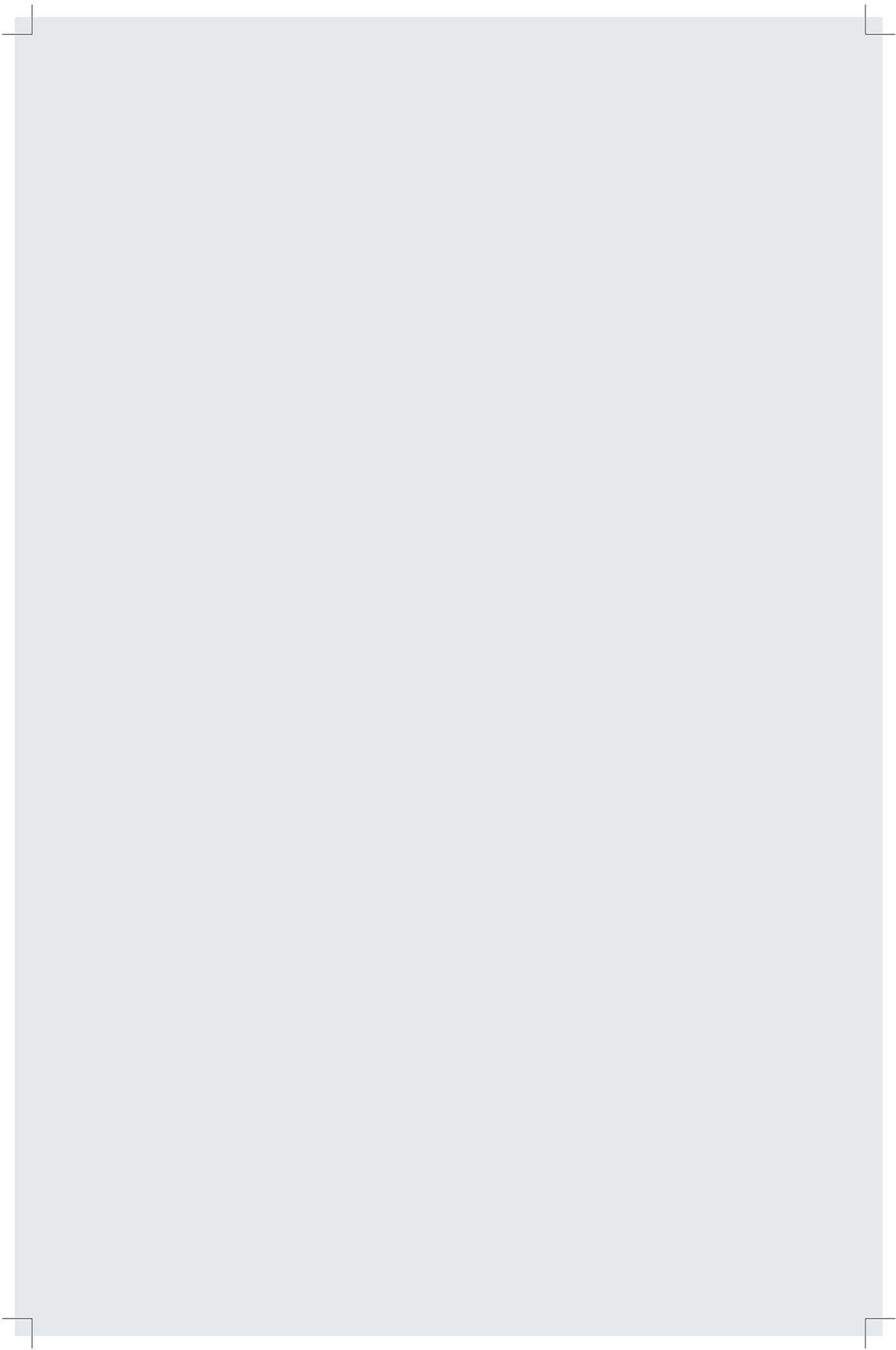
GIANCARLO ROLLA

Catedrático de Derecho Público Comparado. Universidad de Génova



PRIMERA PARTE

La reformulación de los modelos territoriales
frente al desgaste provocado por problemas técnicos

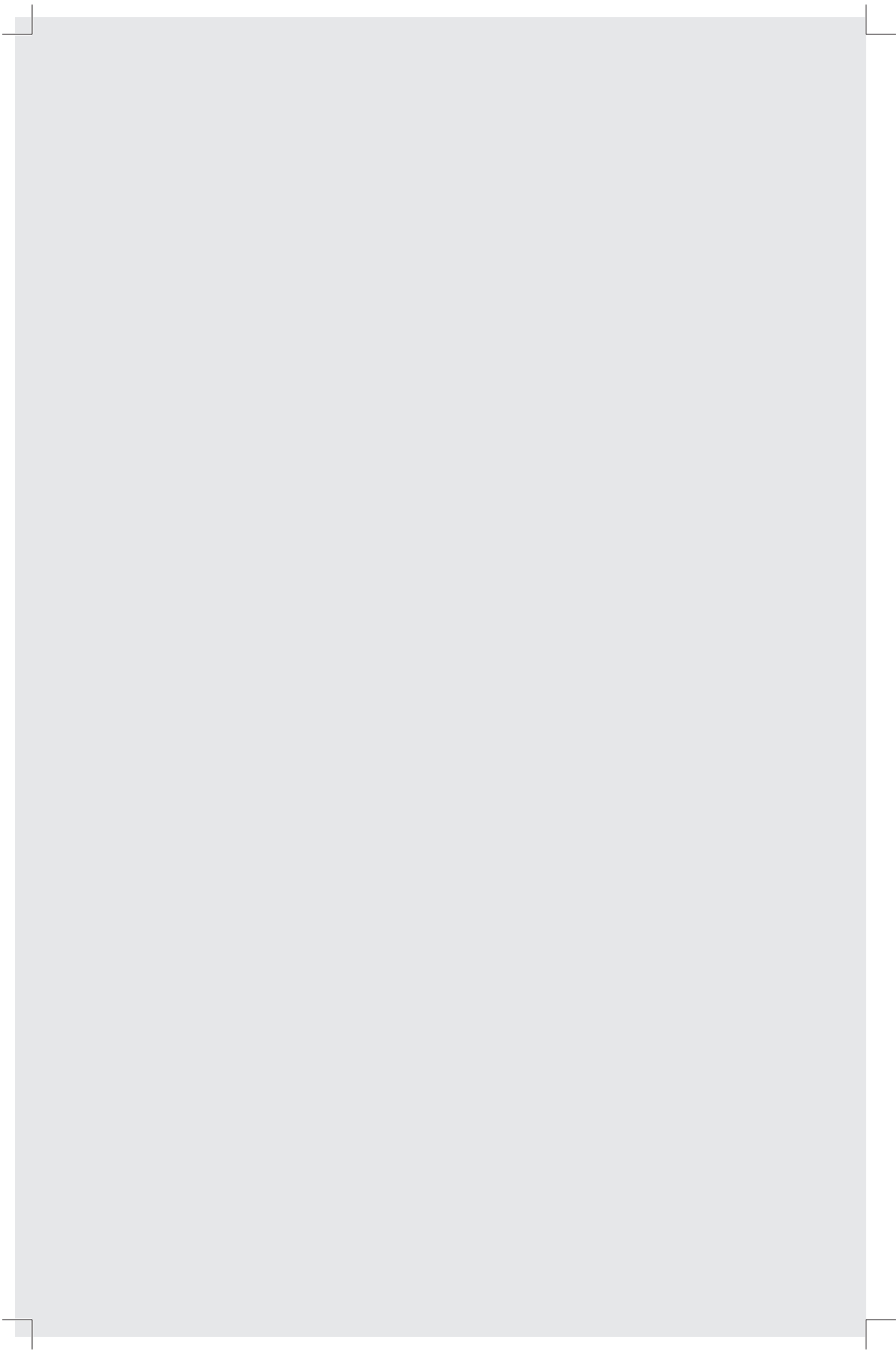


ENTWICKLUNGEN DES DEUTSCHEN BUNDESSTAATES

Lothar Michael

SUMARIO

- I. Die Wechselbeziehung zwischen Geschichte und Föderalismus in Deutschland.
 1. Die Geschichte als prägende Kraft bundesstaatlicher Verfassungen.
 2. Die geschichtsprägende Kraft bundesstaatlicher Verfassungen.
 3. Von der Relativierung und der Übertragbarkeit bundesstaatlicher Modelle.
- II. Strukturmerkmale und Entwicklungstendenzen des deutschen Föderalismus – eine problemorientierte Analyse.
 1. Die Entwicklung des Rechts im deutschen Bundesstaat.
 2. Das Homogenitätsprinzip und Phänomene zunehmender Unitarisierung.
 3. Zwischenfazit.
- III. Föderalismusreformen und Grundprobleme des Verfassungsrevisionsrechts im deutschen Bundesstaat.
 1. Verfassungsreformen der Vergangenheit im Überblick.
 2. Art. 79 Abs. 2 GG als problematischer Modus für Bundesstaatsreformen.
 3. Art. 79 Abs. 3 GG als problematische inhaltliche Grenze für Bundesstaatsreformen.
 4. Auswege und Alternativen.



I. DIE WECHSELBEZIEHUNG ZWISCHEN GESCHICHTE UND FÖDERALISMUS IN DEUTSCHLAND

1. *Die Geschichte als prägende Kraft bundesstaatlicher Verfassungen*

Verfassungen sind einerseits zukunftsweisende Grundlegungen, die als Entwicklungsschritte Geschichte schreiben und die die weitere rechtliche, gesellschaftliche, politische, wirtschaftliche und kulturelle Entwicklung eines Landes nachhaltig beeinflussen können. Sie spiegeln aber andererseits auch geronnene Erfahrungen aus der Vergangenheit.¹ Verfassungsgebung ist inhaltlich in der Regel eine Mischung aus Diskontinuität und Kontinuität.

Gerade das deutsche Grundgesetz enthält berühmte Beispiele für antithetische Reaktionen auf die Geschichte, nämlich auf das Scheitern der Weimarer Republik und auf den Nationalsozialismus (insbesondere das Bekenntnis zur Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG,² die unmittelbare Grundrechtsbindung aller Staatsgewalt nach Art. 1 Abs. 3 GG³ und die Elemente wehrhafter Demokratie in Art. 9 Abs. 2, Art. 18 und Art. 21 Abs. 3 GG).⁴ Auch das Bundesstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG und seine Absicherung in Art. 79 Abs. 3 GG (sogar gegenüber Verfassungsänderungen) kann als Antwort auf eine zentralistische Unrechtsherrschaft gedeutet werden. Jede dezentrale Machtverteilung bewirkt eine Beschränkung staatlicher Gewalten und das war auch der Grund für die westlichen Alliierten, nach dem Zweiten Weltkrieg auf einer föderalistischen Ordnung Deutschlands zu bestehen. Das Grundgesetz ist eine materielle Verfas-

¹ Häberle, 1992; S. 1034; ders., 1998; S. 776 ff.

² Häberle, 2004; S. 317 ff.; Jarass, 2018; Art. 1 Rn. 1.

³ Dreier, 2013; Art. 1 Abs. 3 Rn. 5.

⁴ Kritisch dazu Morlok, 2015; Art. 21 Rn. 145.

sung mit vergleichsweise hohem Innovationspotential. Die extensive Interpretation des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht hat den inhaltlichen Prägungsgehalt des Verfassungsrechts mit weit reichenden Konsequenzen entfaltet. Dank der Möglichkeit der Individualverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht hat dies auch praktisch eine hohe Bedeutung. Für diese Ausprägung des Konstitutionalismus ist das deutsche Verfassungsrecht auch im Verfassungsvergleich bekannt.⁵

Der folgende Beitrag handelt indes von einer anderen Seite des Grundgesetzes. Am Föderalismus lässt sich besonders gut zeigen, wie Verfassungsrecht das Gegebene, das geschichtlich Vorgefundene perpetuiert.⁶ Der Bundesstaat ist keine Erfindung der Mütter und Väter des Grundgesetzes.⁷ Er wurde den Deutschen auch nicht von den Alliierten aufoktroyiert. Zwar haben letztere auf der Wiedereinführung eines föderalistischen Verfassungssystems bestanden, damit aber nur bekräftigt, was von allen politischen Kräften nach dem Ende des Nationalsozialismus wie „selbstverständlich“ angestrebt wurde.⁸ Freilich haben die Alliierten den Zuschnitt der Länder insbesondere auf dem ehemaligen Gebiet Preußens geprägt. Die Versuche des Nationalsozialismus und der DDR, eine zentralistische Staatsstruktur in Deutschland oder auch nur in einem Teil Deutschlands zu etablieren, sind jeweils abgelöst worden durch einen Rückgriff auf eine territoriale Vorvergangenheit und eine Wiederbelebung des Föderalismus nach 1945 einerseits und ab 1990⁹ andererseits. Der innere Grund dafür ist in der Geschichte zu suchen. Diese Geschichte ist freilich auch von Brüchen gezeichnet: Es gibt sowohl die zeitlichen Unterbrechungen des Föderalismus durch die zentralistischen Strukturen des Nationalsozialismus und der DDR also auch die territorialen Brüche insbesondere der Zerschlagung Preußens und Entstehung neuer Landesgrenzen nach 1945.¹⁰ Die Stellung der alliierten Streitkräfte und die Bildung von Besatzungszonen nach dem Zweiten Weltkrieg hat Spuren bei der territorialen Neugliederung der Bundesrepublik Deutschland hinterlassen. So gibt es heute historisch gewachsene Länder – wie etwa Bayern – und solche, die erst nach 1945 gebildet wurden und deren heterogene Struktur sich auch im Namen widerspiegelt (so genannte Bindestrich-Länder) – wie etwa Nordrhein-Westfalen.

⁵ Walter, 2018; Art. 93 Rn. 3 m.w.N.

⁶ Häberle, 1993; S. 201 ff.

⁷ Stolleis, 2003; § 7 Rn. 116.

⁸ Ebd.

⁹ Ebd.; § 7 Rn. 117.

¹⁰ Funk, 2010; S. 294 f.

Bis heute prägend für den Föderalismus in Deutschland ist die Entstehung des Deutschen Reichs 1871 und seine Vorgeschichte. Bei dem langwierigen Prozess der Einigung Deutschlands im 19. Jahrhundert¹¹ stellte sich nicht die Frage, ob Deutschland als Staat eine föderale Struktur haben würde oder aber nach dem Vorbild Frankreichs eine zentralistische. Vielmehr war die Vielzahl und Vielfalt territorialer Herrschaftsgewalten der Ausgangspunkt dafür, sich die Frage zu stellen, wie eng und in welcher Form ein Zusammenschluss erfolgen soll und welche Kompetenzen überhaupt auf die Bundesebene übertragen werden sollen. Der Übergang vom Deutschen Bund über den Norddeutschen Bund zum Deutschen Reich stellt sich als Wandel von einem Staatenbund zu einem Bundesstaat dar.¹² Es ging in dem Ringen um die staatliche Einheit Deutschlands darum, ob, wann und in welcher Form die Kooperation der beteiligten Territorialstaaten eine Qualität erreichen würde, die der Begründung einer staatlichen Ebene auf Bundesebene entspricht. Die Paulskirchenverfassung (1849) wagte bereits diese Stufe, scheiterte aber an der Bereitschaft der Herrscher in den großen Territorien, insbesondere auch des preußischen Königs, sich in eine föderale Staatlichkeit mit starken demokratischen Elementen einzufügen.¹³ So gelang die Gründung des deutschen Reichs erst unter der Prämisse eines monarchisch¹⁴ geprägten Bundesstaats.¹⁵ Das lässt sich an der Präambel der Reichsverfassung von 1871 ablesen. Danach sind es die für die Gliedstaaten handelnden Monarchen, die ihrerseits „einen ewigen Bund“ schließen.¹⁶

Bis heute hat diese zunächst monarchische Prägung deutliche Spuren in der Struktur des deutschen Bundesstaates hinterlassen. Das gilt für die Weimarer Verfassung von 1919, die den Sprung von der Monarchie zur Republik bedeutete. Das gilt sogar noch stärker für das Grundgesetz von 1949, durch das die Stellung der Länder im Vergleich zur Weimarer Verfassung sogar noch einmal gestärkt wurde. Es sind vor allem zwei miteinander zusammenhängende Strukturmerkmale, die für den deutschen Föderalismus prägend sind und die auf dessen monarchische Ursprünge verweisen:

Erstens ist hier das „Bundesratsmodell“ zu nennen.¹⁷ Der Bundesrat ist nach Art. 50 GG ein Bundesorgan, durch das die Länder an der Gesetzgebung des

¹¹ Dazu ausführlich Funk, 2010; 152 ff.

¹² Stern, 2000; S. 345.

¹³ Pauly, 2003; § 3 Rn. 43.

¹⁴ Smend, 2010; S. 39 ff.

¹⁵ Stern, 2000; S. 353.

¹⁶ Huber, 2003; § 4 Rn. 9.

¹⁷ Müller-Terpitz, 2018; Art. 50 Rn. 25.

Bundes und in Angelegenheiten der Europäischen Union mitwirken. Die Länder werden nach Art. 51 Abs. 1 GG durch Vertreter ihrer Regierungen vertreten. Die Mitglieder des Bundesrates werden also, anders als Senatoren in einer echten „zweiten Kammer“, nicht unmittelbar gewählt und sie haben eine Doppelfunktion, indem sie zugleich auch Mitglieder einer Landesregierung sind. Dieses spezifisch deutsche Modell wurde im 19. Jahrhundert entwickelt, um den Monarchen eine starke Mitwirkung auf der Bundesebene zu ermöglichen. Für die Entstehung des Kaiserreichs war der Bundesrat von so zentraler Bedeutung, dass die Regelungen zu diesem Organ in der Reichsverfassung von 1871 noch vor denen zum Kaiser und zum Reichstag platziert waren.¹⁸ Der Bundesrat hatte seinerzeit weit reichende Kompetenzen, u.a. ein Vetorecht gegenüber Reichsgesetzen und die Kompetenz, den Reichstag mit Zustimmung des Kaisers aufzulösen. Mit dem Übergang zur Weimarer Republik hätte es nahe gelegen, den Bundesrat durch eine zweite Kammer mit gewählten Senatoren zu ersetzen. Diese Idee hat sich aber letztlich nicht durchgesetzt. Ein in der Struktur vergleichbarer „Staatenausschuss“ hatte bereits in der Phase der Verfassunggebung die Vertretung der Länder auf Bundesebene übernommen. Dass die Weimarer Verfassung diese Struktur im „Reichsrat“ übernahm ist ein Beispiel dafür, wie Verfassunggebung auch in Momenten radikaler Neuanfänge, hier dem Übergang von der Monarchie zur Republik, Elemente inhaltlicher bzw. struktureller Kontinuität kennt.¹⁹ Freilich wurde die Bedeutung dieses Organs wesentlich abgeschwächt.²⁰ Seine Mitwirkung bei der Reichsgesetzgebung enthielt kein Vetorecht mehr. Einsprüche des Reichsrates konnten nach Art. 74 Abs. 3 WRV mit Zweidrittelmehrheit durch das Parlament oder/und durch Volksentscheid zurückgewiesen werden. Das Grundgesetz hat das Bundesratsmodell wiederum aufgegriffen und die Stärkung föderaler Elemente im Vergleich zur Weimarer Republik zeigt sich an den wieder gewachsenen Kompetenzen des Bundesrates. So wurde für einen Teil der Gesetzgebung (so genannte Zustimmungsgesetze) das Vetorecht des Bundesrates wieder eingeführt.²¹ Freilich wurde bei den Gesetzen, die nicht Zustimmungsgesetze sind, die Möglichkeit des Parlaments, Einsprüche des Bundesrates zu überstimmen, erleichtert.²²

¹⁸ Ebd.; Art. 50 Rn. 13.

¹⁹ Ebd.; Art. 50 Rn. 18.

²⁰ Ebd.; Art. 50 Rn. 16 f.

²¹ Vgl. Art. 78 Var. 1 G.

²² Im Regelfall reicht die Mehrheit der Mitglieder des dt. Bundestags aus, um den Einspruch zurückzuweisen (vgl. Art. 77 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GG). Eine Mehrheit von zwei Dritteln bedarf es nur

Zweitens ist auch der vor allem exekutiv ausgeprägte Föderalismus²³ monarchischen Ursprungs. Je mehr die Parlamente im Rahmen der Konstitutionalisierung von Monarchien die Gesetzgebung prägten, umso mehr wurden die Monarchen auf die Funktion der zunehmend gesetzlich gebundenen Exekutive konzentriert. So nimmt es nicht Wunder, dass die deutschen Monarchen im Ringen um die staatliche Einheit in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zwar einer Vereinheitlichung der Gesetzgebung zustimmten, den Schwerpunkt des Vollzugs dieser Gesetze aber den Ländern und deren monarchischer Verwaltung vorbehielten.²⁴ Außerdem sicherten sie sich über den ebenfalls exekutiv geprägten Bundesrat die Mitwirkung an der Reichsgesetzgebung²⁵ und zentrale Kompetenzen der Bundesaufsicht.²⁶

Auch wenn der deutsche Bundesstaat seit 100 Jahren dem Republikprinzip korrespondiert, bleibt der monarchische Ursprung gerade der föderalen Ordnung bis heute ablesbar. Die Monarchen gingen, aber die von ihnen geschaffene bundesstaatliche Struktur blieb. Ähnlich ließe sich auch die Geschichte des Rechtsstaates erzählen, dessen wesentliche Elemente im 19. Jahrhundert zur Beschränkung monarchischer Macht entwickelt wurden²⁷ und heute einer demokratischen Gesetzgebung und Verwaltung Grenzen setzen. Damit sei keinesfalls gesagt, dass diese Prinzipien heute eines inneren Grundes entbehrten. Aber mehr noch als beim Rechtsstaatsprinzip kommt es beim Bundesstaatsprinzip zu Wechselwirkungen zwischen Verfassung und Geschichte. Deshalb soll nunmehr die umgekehrte Perspektive eingenommen werden.

2. Die geschichtsprägende Kraft bundesstaatlicher Verfassungen

An dieser Stelle soll noch einmal die Tatsache aufgegriffen werden, dass die territoriale Gliederung der Bundesrepublik Deutschland nur zum Teil historisch gewachsenen Ländern entspricht und insoweit deren Identität perpetuiert.²⁸ Man könnte es als eine Ironie der Geschichte bezeichnen, dass die Zerschlagung Preußens als Folge des Zweiten Weltkrieges und die aus einer Not geborene Bildung

noch, wenn der Einspruch mit zwei Dritteln der Mitglieder des Bundesrates gefasst wurde (vgl. Art. 77 Abs. 4 S. 2 Var. 2 GG).

²³ Vgl. Art. 83 GG: „Die Länder führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt“.

²⁴ Funk, 2010; S. 221 f.

²⁵ Huber, 2003; § 4 Rn. 34.

²⁶ Funk, 2010; S. 222.

²⁷ Schulze-Fielitz, 2015; Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 12.

²⁸ Funk, 2010; S. 294 f.

von großen bzw. mittelgroßen Bindestrich-Ländern ein Funktionsproblem des deutschen Bundesstaates gegenstandslos gemacht hat: Im Kaiserreich und in der Weimarer Zeit hatte Preußen eine rein quantitative Übermacht.²⁹ Deutsche Verfassungen haben hinsichtlich des Stimmgewichts der Gliedstaaten einen Mittelweg gesucht zwischen der Gleichheit der Gliedstaaten einerseits (so das Modell der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika) und der Berücksichtigung der Bevölkerungsstärke (so grundsätzlich Art. 61 WRV – jedoch mit einer Ober- und Untergrenze). Dadurch wurde die Dominanz Preußens auch formal gespiegelt: Am Ende der Weimarer Zeit hatte Preußen im Reichsrat 26 von 66 Stimmen, während Bayern als zweitgrößtes Land nur 10 Stimmen und die kleinsten Länder nur eine einzige Stimme hatten.³⁰ Demgegenüber führt die Stimmenverteilung im Bundesrat nach Art. 51 Abs. 2 GG, nach der die Länder mindestens drei und höchstens sechs Stimmen haben, zu einem vergleichsweise ausgewogenen Gefüge. Nordrhein-Westfalen hat als das bevölkerungsreichste Land mit über 17 Millionen Einwohnern „nur“ doppelt so viele Stimmen wie das kleinste Land Bremen mit deutlich weniger als 1 Million Einwohnern. Das stößt vielleicht gerade deshalb nicht auf schwerwiegende Akzeptanzprobleme, weil Nordrhein-Westfalen im Gegensatz zu Bremen keine historisch gewachsene, sondern eine erst nach dem Krieg entstandene Entität ist, die unter dem Grundgesetz erst ihre Identität hat entwickeln können.³¹ Auch das historisch gewachsene Bayern hat unter dem Grundgesetz die ihm gemäße föderale Rolle gefunden, die ohne die Zerschlagung Preußens eine viel weniger gewichtige wäre. Es ist das Land, dessen Landtag dem Grundgesetz 1949 nicht zustimmte (was nach Art. 144 Abs. 1 GG, der lediglich die Zustimmung in Zweidritteln der Länderparlamente für das Inkrafttreten des Grundgesetzes voraussetzte, im Ergebnis ohne Relevanz blieb) und das seit jeher die Rechte der Länder in besonderem Maße betont und selbst wahrnimmt. Es ist mit über 12 Millionen Einwohnern ebenfalls relativ „unterrepräsentiert“, hat aber jedenfalls gleich viele Stimmen im Bundesrat wie Nordrhein-Westfalen. Bayern hat sich dabei von einem Agrarstaat zu einem wirtschaftlich besonders starken Industrieland entwickelt. Der Beitrag der knapp zwei Millionen Vertriebenen, die sich in Bayern ansiedelten und mit ihren Fähigkeiten ihren Erfolg jenseits der Landwirtschaft suchten und fanden, zu diesem Aufstieg Bayerns, ist eine Integrationsleistung, die ihrerseits zu einem

²⁹ Zum Funktionsproblem siehe: Ebd.; S. 220 ff. [im Kaiserreich]; S. 273 ff. [in der Weimarer Republik].

³⁰ Lilla, 2006; S. 98 ff.

³¹ von Alemann, 2000; S. 48 ff.

identitätsstiftenden Mythos geworden ist. Das gilt auch für die ökonomische Entwicklung Deutschlands insgesamt, die als „Wirtschaftswunder“ bezeichnet wird und die Grundlage für die große Akzeptanz des lediglich als Übergangsverfassung³² entstandenen Grundgesetzes darstellt. Der „Verfassungspatriotismus“³³ der Deutschen ist seinerseits die Grundlage für die Scheu, an diesem Gefüge grundsätzlich zu rühren.

Erinnert sei in diesem Zusammenhang daran, dass die Wiedervereinigung 1990 nicht mit einem Akt der Verfassungsablösung nach Art. 146 GG verknüpft wurde, sondern durch die Bildung fünf neuer Bundesländer und durch die Erstreckung des Grundgesetzes auf ganz Deutschland nach dem Beitrittsartikel 23 a. F. des Grundgesetzes.³⁴ Das Modell des Föderalismus in Verbindung mit Kontinuität waren damit tragende Säulen der Wiedervereinigung– wie einst der Reichsgründung 1871.

Für den Föderalismus selbst fällt auf, dass das Grundgesetz zwar in Art. 29 GG die Option einer Neugliederung des Bundesgebiets enthält, ein Verfassungsauftrag zu einer solchen Neugliederung nach Art. 29 Abs. 1 GG a. F. aber 1976 durch Verfassungsänderung³⁵ gestrichen wurde. Bestrebungen zu solchen Neugliederungen, die es z. B. in Rheinland-Pfalz und zu einer Fusion Berlin-Brandenburg gab, sind seit der frühen Fusion Baden-Württembergs 1952 jeweils an Volksabstimmungen gescheitert. Es soll hier nicht spekuliert werden, ob viele Deutsche zu gleichgültig gegenüber solchen Bestrebungen sind oder ob die nach 1945 entstandenen Länder nach Jahren integrierend gewirkt und zur Identifikation der Bevölkerung auch mit weniger historisch gewachsenen Ländern geführt haben. Bei Diskussionen über eine Neugliederung stehen Erwägungen der ökonomischen Effizienz mehr im Vordergrund als landsmannschaftliche Verbundenheit. Autonomiebestrebungen in Franken, ein eigenes Bundesland zu bilden, waren insoweit eine Ausnahme, blieben aber ebenso leidenschaftslos wie die nüchterne Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über der Ablehnung einer in dieser Sache erhobenen Verfassungsbeschwerde.³⁶ Wie so manche politische Debatte endete auch diese in einer juristischen Fußnote.

Die Bedeutung der Länder für das Volk ist nicht allein in der Möglichkeit zu suchen, auf Landesebene landespezifische Fragen zu lösen und mit den länderspe-

³² Herdegen, 2018; Art. 146 Rn. 15.

³³ Dazu grundlegend Sternberger, 1990.

³⁴ Kilian, 2003; § 12 Rn. 76 ff.

³⁵ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 23.08.1976, BGBl. I S. 2381.

³⁶ BVerfGE 96, 139.

zifischen Mehrheitsverhältnissen Sonderwege zu gehen. Das Bundesrats-Modell prägt vielmehr das landespolitische Geschehen und vor allem auch die Wahlkämpfe entscheidend mit. Gerne wird den Politikern, den Medien und auch den Wählern vorgeworfen, dass bei Landtagswahlkämpfen bundespolitische Themen im Vordergrund stünden, obwohl doch den Ländern insoweit die Gesetzgebungskompetenz fehle. Indes treffen solche Vorwürfe die Falschen und beruhen ihrerseits auf mangelndem Systemverständnis. Hintergrund der bundespolitischen Dimensionen der Landespolitik ist es, dass die Länder – vermittelt über den Bundesrat – vor allem Kompetenzen haben, die Bundesgesetzgebung und die Europapolitik zu beeinflussen. Es drängt sich auf, diese Mitgestaltungsmöglichkeiten für bedeutender zu halten als die Eigengestaltungsspielräume im Rahmen der vergleichsweise wenigen Gesetzgebungskompetenzen der Länder. Die Politik des Bundesrates wird vielfach mehr durch parteipolitische als durch landesspezifische Interessen geprägt. Die bundesweit organisierten Parteien nutzen ihre Chancen, nicht nur über die Parlamente, sondern auch über den Bundesrat ihren Einfluss geltend zu machen.

Für die Handlungsspielräume der Bundespolitik sind die Mehrheitsverhältnisse im Bundesrat von entscheidender Bedeutung. Immer wieder erzielen gerade Parteien, die im Bundestag in der Opposition oder gar nicht vertreten sind, bei Landtagswahlen besonders gute Ergebnisse. Auf diese Weise trägt die Ausprägung des bundesdeutschen Föderalismus dem Oppositionsprinzip und der Gewaltenbeschränkung Rechnung. Am deutlichsten lässt sich die geschichtsprägende Bedeutung an folgendem Beispiel machen: Die Landtagswahl in Nordrhein-Westfalen, bei der die SPD nach fast 40 Jahren erstmals in die Opposition verwiesen wurde, deutete Bundeskanzler Gerhard Schröder als Verlust der Handlungsfähigkeit der Bundesregierung.³⁷ Das führte nach einer auflösungsgerichteten Vertrauensfrage³⁸ zu vorgezogenen Neuwahlen des Bundestages, die wiederum zu einem relativ seltenen Regierungswechsel auf Bundesebene führten und die Kanzlerschaft Angela Merckels begründeten.

Eine andere, verfassungspolitische Frage ist, wie ein föderales System zu bewerten ist, das auf solche Weise Bundes- und Landespolitik verschränkt. Wenn wir es für einen Vorteil halten, dass sich Bundesstaatlichkeit nicht primär in Gesetzgebungskompetenzen der Gliedstaaten erweist (dazu noch ausführlich unter II. 1.), wenn wir also Rechtseinheitlichkeit und Bundesstaatlichkeit mit-

³⁷ Vgl. Pressemitteilung Nr. 233 der Bundesregierung vom 22. Mai 2005.

³⁸ Vgl. zum Bundesverfassungsgerichtsurteil in der Sache BVerfGE 114, 121.

einander verbinden wollen (und das ist der Kern des deutschen Föderalismus), dann liegt es nahe, die Länder an der Bundesgesetzgebung stark zu beteiligen. Verfassungsrechtlich lassen sich die Vorteile dieses Systems wie schon erwähnt als Ausprägungen des Oppositions- und damit des Demokratieprinzips und der Gewaltenteilung und damit des Rechtsstaatsprinzips deuten.³⁹ Das hat freilich einen hohen Preis: Effektive Gesetzgebung kann durch das als „Bundesratsblockade“⁴⁰ und „Reformstau“ beschriebene Phänomen empfindlich gestört werden. Die Tendenzen einer Entparlamentarisierung der Politik, die Schwierigkeiten von Koalitionsregierungen, sich auf größere Reformvorhaben – z. B. in der Sozial-, Renten-, Steuer- und Gesundheitspolitik – zu einigen und die Zunahme der Anzahl der in den Parlamenten vertretenen Parteien und der in Betracht kommenden Koalitionen auf Landes- und Bundesebene werfen die Frage auf, ob nicht statt einer Gewaltenbeschränkung eine Effektivierung parlamentarischer Gesetzgebung Not tut. Das Bundesratsmodell hatte phasenweise den Effekt, Vorhaben der einfachen Bundesgesetzgebung – und nicht nur Verfassungsänderungen, für die Art. 79 Abs. 2 GG eine Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat vorschreibt – von einem Konsens der großen Volksparteien abhängig zu machen.⁴¹ Dieses Phänomen kann man als „faktische große Koalition“ bezeichnen. Das wiederum hat die Neigung, auf Bundesebene eine „echte große Koalition“ einzugehen, begünstigt. Inzwischen verlieren die so genannten großen Volksparteien immer mehr Wähler und werden in ihren Stimmenanteilen von den (vermeintlich) „kleinen Parteien“ überholt, die auf Landesebene bereits Ministerpräsidenten stellen. In dieser Situation kann das Bundesratsmodell dazu führen, jedenfalls in Bereichen der Zustimmungsgesetze, Rechtsänderungen von einem Vielparteien-Konsens abhängig zu machen. Die Bewertung des Bundesratsmodells hängt somit immer mehr davon ab, ob und in welchem Maße wir die Konsensfindung in der Politik als Segen oder auch als Fluch begreifen. Vieles spricht dafür, dass es jedenfalls Politikbereiche geben sollte, in denen solcher faktischer Konsens zugunsten einer effektiven Wirkung des Mehrheitsprinzips nicht vorausgesetzt wird. Das bedeutet wiederum, dass ein Bedarf entstehen kann, das föderale System an die Entwicklungen der Politik und der Parteien anzupassen. Bezogen auf das Grundgesetz würde das nicht notwendig eine Infragestellung des Bundesratsmodells bedeuten, sondern könnte auch durch den Zuschnitt der Bundesratskompetenzen erfolgen.

³⁹ Koriath, 2018; Art. 50 Rn. 16.

⁴⁰ Differenzierend zwischen tatsächlicher und vermeintlicher Blockadepolitik Bauer, 2015; Art. 50, Rn. 16 m.w.N.

⁴¹ Ebd.; Art. 50 Rn. 31.

Auf die – ebenfalls systemischen – Probleme der Reformierbarkeit des föderalen Systems wird noch ausführlich eingegangen (siehe unten: III. 2.-4.).

3. *Von der Relativierung und der Übertragbarkeit bundesstaatlicher Modelle*

Begleitet wurde die geschichtliche Entwicklung des deutschen Föderalismus durch die Verfassungstheorie und insbesondere durch Bundesstaatstheorien.

Dabei stellten sich Grundfragen: Unter welchen Voraussetzungen hat in einer föderalen Struktur die untere oder die obere Ebene Staatsqualität? Für den Bundesstaat wurde die Annahme zugrunde gelegt, dass beide Ebenen (der Gliedstaaten und des Bundes) Staatsqualität haben.⁴² Dabei ist es keinesfalls selbstverständlich, dass das überhaupt möglich ist. Gestufte Staatlichkeit hat vielmehr zur Folge, dass Souveränität, Staatlichkeit und auch Verfassungsgebung relativiert werden.

Für die Entwicklung des 19. Jahrhunderts wurden die Begriffe „Staatenbund“ einerseits und „Bundesstaat“ andererseits ausgeprägt.⁴³ Bis heute werden diese beiden Begriffe als zwei Modelle für föderale Strukturen begriffen. Diese werden als aliud verstanden, deren Gemeinsamkeit darin liegt, dass beide aus Staaten bestehen: Der Staatenbund ist aber selbst kein Staat. Die rechtlichen Regeln seiner föderalen Struktur sind deshalb völkerrechtlicher Natur und haben keine Verfassungsqualität. Der Bundesstaat ist selbst ein Staat, dessen Verfassung die föderale Struktur ausgestaltet.⁴⁴ Danach stellt sich die Entwicklung vom Deutschen Bund als einem bloßen Staatenbund zum Bundesstaat, der bereits durch die Paulskirchenverfassung 1849 konzipiert und in anderer Form mit dem Norddeutschen Bund 1867 oder jedenfalls mit dem Kaiserreich 1871 verwirklicht wurde, als das Erreichen einer neuen föderalen Entwicklungsstufe durch die Entstehung neuer Staatlichkeit dar.⁴⁵

In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts hat die Unterscheidung die deutsche Sichtweise der Entwicklung der Europäischen Union geprägt. Die modellhafte Gegenüberstellung von Staatenbund und Bundesstaat legt es nahe, die Europäische Union als Staatenbund zu verstehen. Die geschichtliche Erfahrung der deutschen Reichsgründung führt damit zu der Frage, ob die Entwicklung der Europäischen Integration in die Richtung der Gründung eines Bundesstaates geht. Vor allem in der Phase des zweiten Europäischen Konvents („Verfassungskonvent“) und der (gescheiterten) Ratifizierung des so genannten Verfassungsver-

⁴² Ebd.; Art. 20 (Bundesstaat) Rn. 37 m.w.N.

⁴³ Sommermann, 2018; Art. 20 Abs. 1 Rn. 22.

⁴⁴ Grzeszick, 2018; Art. 20 (Bundesstaat), Rn. 31 ff.

⁴⁵ Ebd.; Rn. 5 f.

trags (2001-2005) wurde um die theoretische und begriffliche Frage gerungen, ob der Entstehung von „Verfassungsrecht“ die Existenz bzw. Gründung eines Staates notwendig vorausliege. Nach ganz herrschender Auffassung in Deutschland ist die Europäische Union bis heute kein Bundesstaat.⁴⁶ Das Bundesverfassungsgericht geht sogar so weit, eine weitere Europäische Integration, die den Schritt zu einem Bundesstaat bedeuten würde, davon abhängig zu machen, dass Deutschland im Rahmen des Art. 146 GG seine eigene Verfassung ablöst.⁴⁷ Nach dieser Rechtsprechung reicht die in Art. 23 Abs. 1 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG geregelte Integrationsgewalt nicht aus, um ohne Volksabstimmung einen solchen Weg zu gehen. Obwohl der „Verfassungsvertrag“ gescheitert ist und obwohl die Europäische Union selbst kein Staat ist, hat sich inzwischen weitgehend durchgesetzt, von Europäischem Verfassungsrecht in einem weiteren Sinne zu sprechen.⁴⁸ Grundsätzlich stellt sich dabei die Frage, ob Kategorien des Staatsrechts und der Verfassungstheorie des 19. Jahrhunderts überhaupt geeignet sind, die Europäische Union in ihrem Wesen zu erfassen. Vieles spricht dafür, dass die Europäische Union ihren eigenen Weg geht, der weder allein mit dem Völkerrecht noch mit der Bundesstaatstheorie angemessen abgebildet werden kann und dass auch der Begriff „Staatenbund“ allenfalls den äußeren Rahmen, nicht aber das innere Gefüge der Unionsordnung umschreibt.⁴⁹

Die Frage nach den Wesensmerkmalen eines Bundesstaates stellt sich auch beim Verfassungsvergleich. Auch hier zeigt sich, dass eine dichotomische Gegenüberstellung von Bundesstaat und Einheitsstaat den Blick verengt und Staaten, die einen stark ausgeprägten Regionalismus haben, nicht gerecht werden kann.

Das führt zu der Erkenntnis, dass die vielen Ausgestaltungsvarianten des Föderalismus so viele Stufen kennen und so vielfältig kombinierbar sind, dass ihre theoretische Betrachtung sich nicht darauf verengen sollte, diese Varianten einer von drei Grundformen (Staatenbund – Bundesstaat – Regionalstaat) zuzuordnen.⁵⁰ Ob Unterschiede insoweit gradueller oder kategorischer Natur sind, sollte nicht überschätzt werden. Auch Vergleiche zwischen Gliedstaaten und autonomen Regionen oder zwischen Organen der Europäischen Union und denen eines Bundesstaates können bei allen Unterschieden lohnen. Solche Vergleiche lohnen

⁴⁶ Wollenschläger, 2015; Art. 23 Rn. 16 jeweils m.w.N.

⁴⁷ BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 –, BVerfGE 123, 267 (Rn. 228 u. 263).

⁴⁸ Bieber/Kotzur, 2016; S. 84.

⁴⁹ Deshalb benutzt das BVerfG seit dem Maastricht-Urteil den neuen Begriff „Staatenverbund“, BVerfGE 89, 155 (188, 190).

⁵⁰ Häberle, 2006; S. 569 ff.

auch, um Modelle zu bewerten und von positiven wie negativen Erfahrungen wechselseitig zu lernen. Damit ist freilich nicht gemeint, dass es eine Idealform des Föderalismus gäbe und es verfassungspolitisch wünschenswert wäre, diese zu übernehmen oder sich ihr anzunähern.

II. STRUKTURMERKMALE UND ENTWICKLUNGSTENDENZEN DES DEUTSCHEN FÖDERALISMUS – EINE PROBLEMORIENTIERTE ANALYSE

1. *Die Entwicklung des Rechts im deutschen Bundesstaat*

Es ist ein weit verbreiteter Irrtum, dass das Wesen des Bundesstaates auf eine Vielfalt des Rechts angelegt sei. Träfe diese Prämisse zu, dann erschiene Deutschland als ein atypischer Bundesstaat und seine Rechtswirklichkeit wäre ein Zerrbild des im Grundgesetz normierten Bundesstaatsprinzips. Denn die bei weitem meisten und bedeutendsten Gesetze sind – so es sich nicht um Unionsrecht handelt – in Deutschland Bundesgesetze.⁵¹ Soweit den Ländern Gesetzgebungskompetenzen verbleiben, finden wir nicht selten Landesregelungen, die in allen Ländern sehr ähnlich oder sogar wortidentisch sind. Von einer die deutsche Rechtsordnung prägenden Vielfalt des Landesrechts kann keine Rede sein.

Eine Vermutung landesrechtlicher Vielfalt wird freilich durch Grundannahmen des Staatsrechts und auch durch Normen des Grundgesetzes geradezu nahe gelegt: Wenn die Gliedstaaten eines Bundesstaates Staatsqualität und Verfassungsautonomie haben, folgt daraus, dass sie drei Gewalten (der Legislative, Exekutive und Judikative) haben. Dabei wird die Gesetzgebung traditionell als „erste Gewalt“ verstanden. Auch das Grundgesetz nennt sie in Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG an erster Stelle und regelt die Bundesgesetzgebung in Art. 70 ff. GG vor der Ausführung der Bundesgesetze nach Art. 83 ff. GG und der Rechtsprechung nach Art. 92 ff. GG. Auch wenn wir die Regelungen des Grundgesetzes zum Föderalismus betrachten, erwecken diese den Eindruck, als seien den Müttern und Vätern des Grundgesetzes die Gesetzgebungskompetenzen der Länder ganz besonders wichtig gewesen. Nach Art. 30 GG ist die „Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben (...) Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt“ und Art. 70 Abs. 1 GG bekräftigt diesen Grundsatz noch einmal explizit für die Gesetzgebung: „Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.“

⁵¹ Rozek, 2018; Art. 70 Abs. 1 Rn. 3.

Indes entpuppt sich die Regelung des Art. 70 Abs. 1 GG als eine rein gesetztechnische Klausel,⁵² die besagt, dass die im Grundgesetz geregelten Gesetzgebungskompetenzen die (zahlreichen) Bundeskompetenzen aufzählt und nicht die verbleibenden Landeskompetenzen. Dabei sei erwähnt, dass viele der wichtigsten Gesetzgebungskompetenzen der so genannten „konkurrierenden Gesetzgebung“ unterfallen. Das gilt nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG z. B. für „das bürgerliche Recht, das Strafrecht, die Gerichtsverfassung (und) das gerichtliche Verfahren“. Insoweit greift der Mechanismus des Art. 72 Abs. 1 GG: „Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.“ Dieser verweist zwar auf den ersten Blick primär auf die Länder, enthält aber der Sache nach eine Kompetenzsperre zulasten der Länder.

Viel besser lässt sich der deutsche Föderalismus verstehen, wenn wir als dessen Ziel weniger die Erhaltung landesgesetzlicher Vielfalt ansehen, sondern ihn umgekehrt primär als einen Modus der Rechtsvereinheitlichung begreifen. Deutschland ist ein „unitarischer Bundesstaat“ (Konrad Hesse).⁵³ Das lässt sich auch aus der Entstehung des deutschen Bundesstaates im 19. Jahrhundert ableiten. Die Reichsverfassung von 1871 hat nicht etwa Demokratie und Grundrechte konstituiert, sondern bleibt im monarchischen Modus.⁵⁴ Als Kernelement dieses Bundesstaates darf gelten, einen Modus bundeseinheitlicher Gesetzgebung geschaffen zu haben.⁵⁵ Die Reichsgesetzgebung als „Ausnahme“ und Einschränkung eines Grundsatzes föderaler Rechtsvielfalt zu sehen, mag technisch zutreffend sein, trifft aber nicht die Intention der Schaffung dieses Bundesstaats. Die Monarchen standen nicht zuletzt deshalb unter Druck, diesen Bundesstaat zu gründen, weil die Industrialisierung Deutschlands nach einem einheitlichen Rechtsrahmen verlangte. Gerade dieser wurde durch die Reichsgründung ermöglicht.⁵⁶ Der rein rechtliche Ertrag des Kaiserreichs, der bis heute das deutsche Recht prägt ist die Schaffung eines bundeseinheitlichen Privat-, Wirtschafts- und Prozessrechts.⁵⁷ Gesetze wie das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB), das Handelsgesetzbuch (HGB), die Gewerbeordnung (GewO), die Zivilprozessordnung (ZPO) gelten noch heute,

⁵² Uhle, 2018; Art. 70 Rn. 24.

⁵³ Hesse, 1962.

⁵⁴ Stern, 2000; S. 353 ff.

⁵⁵ Ebd.; S. 364 f.

⁵⁶ Ebd.

⁵⁷ Funk, 2010; S. 232 f.

haben also das Kaiserreich, die Weimarer Verfassung und den Nationalsozialismus überdauert und sind auch unter dem Grundgesetz in wesentlichen Teilen und Strukturen erhalten geblieben. Diese nationale Rechtsvereinheitlichung und die bemerkenswerte Kontinuität dieser Regelungen sind für die Entwicklung von Wirtschaft und Handel in Deutschland von nicht zu unterschätzendem Wert.

Auch die Modifizierung dieses Systems im Rahmen der Föderalismusreform 2004 ändert daran nichts: Zwar ist durch Art. 72 Abs. 3 GG n. F. das neue Modell einer Abweichungsgesetzgebung geschaffen worden. Dieses gilt aber nur in wenigen ausgewählten Bereichen und löst das Modell einer Rahmengesetzgebung ab. In Materien der Abweichungsgesetzgebung gilt für die Länder anders als sonst bei der konkurrierenden Gesetzgebung keine Kompetenzsperre, auch wenn der Bund von seiner parallel bestehenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat. In diesen Bereichen gilt auch nicht der Grundsatz des Art. 31 GG „Bundesrecht bricht Landesrecht“, sondern die *lex posterior*-Regel. Die Möglichkeit der Abweichungsgesetzgebung betrifft aber nur wenige spezielle Rechtsgebiete⁵⁸ und die Länder haben von dieser Möglichkeit bisher auch nur punktuell Gebrauch gemacht. Bemerkenswert am Modell der Abweichungsgesetzgebung ist, dass auch der Bund die Möglichkeit hat, gegebenenfalls abweichende Länderregelungen zu vereinheitlichen. Das Modell der Abweichungsgesetzgebung ist also nicht einseitig auf Rechtsvielfalt angelegt, sondern ermöglicht ein Wechselspiel zwischen landesspezifischen Regelungen und bundesrechtlicher Vereinheitlichung. Es fügt sich als Variante in eine föderale Kompetenzordnung, die insgesamt darauf angelegt ist, eine im Ausgangspunkt bestehende Rechtsvielfalt in weiten Bereichen durch eine allmähliche Vereinheitlichung des Rechts abzulösen.

An dieser Stelle sei bemerkt, dass insoweit Parallelen zur Gründung und Entwicklung der Europäischen Union bestehen. Die Vereinheitlichung des Wirtschaftsrechts ist und bleibt ein zentrales Ziel der Union.⁵⁹ Das zeigt, dass dieses Ziel auch andere föderale Ordnungen und nicht nur einen Bundesstaat prägen kann. Anders ausgedrückt: Es bedarf nicht notwendigerweise der Gründung eines Bundesstaates, um Recht zu vereinheitlichen. Auch andere föderale Ordnungen können sehr effektiv sein, um dieses Ziel zu verwirklichen.

Das Besondere des Föderalismus bezogen auf die Gesetzgebung ist die Form der Beteiligung der Gliedstaaten an solcher einheitlicher Gesetzgebung. Auch insoweit gibt es jedenfalls im Ausgangspunkt eine strukturelle Parallele zwischen

⁵⁸ Vgl. Art 72 Abs. 3 Nr. 1-6 GG.

⁵⁹ Bieber/Kotzur, 2016; S. 104 ff.

dem deutschen Bundesratsmodell und dem Rat der Europäischen Union. In beiden Organen werden die Interessen der Länder bzw. der Mitgliedstaaten durch Regierungsvertreter repräsentiert. Dadurch werden wesentliche Debatten um Inhalte und Kompromisse zwischen Regierungsvertretern – und nicht in Parlamenten – ausgetragen.

Föderalismus begünstigt deshalb die Bedeutung von Regierungen. Im deutschen Bundesstaat gilt das übrigens auch für Bereiche, in denen den Ländern Gesetzgebungskompetenzen verbleiben: Das allgemeine Sicherheitsrecht ist Länderkompetenz. Die Polizei- und Ordnungsgesetze der Länder folgen aber weitgehend einem bundeseinheitlichen Musterentwurf. Noch stärker folgen die Landes-Verwaltungsverfahrensgesetze dem Konsensprinzip. Auch die Kultur- und Bildungspolitik⁶⁰ als die „klassische“ Länderkompetenz unterliegt starken Bedürfnissen der Vereinheitlichung. Solche Vereinheitlichung erfolgt – mehr schlecht als recht – über die Kultusministerkonferenz.

Für den Bildungsföderalismus streiten – abgesehen von seiner Tradition – Argumente des Wettbewerbs, d. h. die Hoffnung, dass so immer neue Bildungspolitik dezentral ausprobiert werden möge und sich die jeweils besseren Modelle durchsetzen. Der Bildungsföderalismus steht aber auch unter heftiger Kritik von zwei Seiten: Wo sich die Kultusminister auf einheitliche Standards einigen wird einerseits beklagt, dass die Landesparlamente entmachtet werden und die föderale Vielfalt als Idee unterlaufen werde. Soweit andererseits föderale Vielfalt existiert, wird beklagt, dass gerade bei den Bildungssystemen mindestens Vergleichbarkeit zugunsten der Chancengleichheit⁶¹ und der Freizügigkeit wünschenswert wären. Glaubt man Umfragen, dann steht eine Mehrheit der Bundesbürger/innen dem Bildungsföderalismus bzw. seinen Konsequenzen skeptisch gegenüber.⁶² Zu solchem Bildungsföderalismus gibt es zwei Alternativen:⁶³ Erstens wird die Schaffung von Kompetenzen des Bundes zu Gesetzgebung in der Bildungspolitik gefordert. Dies würde freilich einen Bruch mit Traditionen und mit einem Kernelement des deutschen Föderalismus bedeuten. Zweitens wird – innerhalb des bestehenden Systems – der Abschluss eines Bildungsstaatsvertrags gefordert. Ein

⁶⁰ Häberle, 1998; S. 776 ff.; ders., 1999; S. 549.

⁶¹ Zuletzt die mangelnde Vergleichbarkeit feststellend BVerfG, Urteil vom 19. Dezember 2017 – 1 BvL 3/14 –, Rn. 176 ff.

⁶² Im Februar 2018 sprachen sich in einer Umfrage 73 % der Befragten für eine Abschaffung des Bildungsföderalismus aus; Quelle: <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Drei-von-vier-Buergern-wollen-Bildungsfoederalismus-abschaffen.html>, Stand: 13.09.2018.

⁶³ Dazu Linder, 2018; S. 96 ff. m.w.N.

solcher Staatsvertrag könnte freilich zu einer Versteinerung des Bildungssystems führen, soweit er nur im Konsens zu revidieren wäre. Damit würden der Wettbewerbsgedanke und die Vorteile der Flexibilität des Föderalismus ad absurdum geführt. Soweit ein Staatsvertrag seinerseits Mehrheitsregeln einführen würde, implizierte er die Pflicht, sich Mehrheitsentscheidungen zu unterwerfen, die weder von einem Parlament getroffen werden noch von einer Exekutive, deren Zusammensetzung durch alle Betroffenen beeinflussbar ist.

Das Phänomen der Parallelgesetzgebung im kooperativen Föderalismus⁶⁴ entlarvt nicht nur die These, dass der Bundesstaat primär auf Rechtsvielfalt angelegt sei, als Irrtum. Sie widerlegt auch die Vermutung, dass Länderkompetenzen dazu führen, dass im Föderalismus das Recht schneller geändert wird. Das Bild von einem Föderalismus, in dem auf Landesebene Gesetze ausprobiert und häufig angepasst werden und die bewährtesten Regelungen allmählich auf Bundesebene übernommen würden, entspricht nicht der Realität. Ein erster Blick in die verfassungsrechtlich geregelten Verfahren der Gesetzgebung auf Bundes- und Landesebene legt diese Vermutung freilich nahe: Allein die Tatsache, dass bei jeder Bundesgesetzgebung der Bundesrat zu beteiligen ist, lässt dieses Verfahren aufwändiger und schwerfälliger erscheinen. Wenn – wie bei den parallel im Bund und allen Ländern geregelten – Verwaltungsverfahrensgesetzen aber der Konsens politisch gelebt wird, d. h. Änderungen auf Landesebene nicht erfolgen, ohne diese mit allen andern Ländern (und dem Bund) abzustimmen, dann kehrt sich dies um. Zugespitzt könnte man sagen: Es ist leichter, auf Bundesebene die Verfassung zu ändern (wofür eine Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat erforderlich ist), als im Konsens das VwVfG zu reformieren.⁶⁵ In der Tat wurde das Grundgesetz in den letzten Jahrzehnten häufiger geändert als das Verwaltungsverfahrensgesetz.⁶⁶ Das Gesetzgebungsverfahren, das insofern am meisten auf Dynamik angelegt ist, wäre demnach die Bundeskompetenz in der Verfahrensvariante, dass der Bundesrat lediglich die Befugnis hat, Einspruch zu erheben.

2. *Das Homogenitätsprinzip und Phänomene zunehmender Unitarisierung*

Zwei Mechanismen bzw. Phänomene, die zu einer Unitarisierung des deutschen Rechts führen, wurden bereits angesprochen. Gemeint ist erstens die in Art. 72 Abs. 2 GG ausdrücklich normierte Sperrwirkung: Soweit der Bund von einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch macht, werden die

⁶⁴ Grzeszick, 2018; Art. 20 (Bundesstaat) Rn. 141 ff.

⁶⁵ Michael, 2016; S. 155.

⁶⁶ Ebd.; Fn. 89.

insoweit bestehenden Landeskompetenzen gesperrt. Zweitens sei auf das Phänomen der Parallelgesetzgebung im so genannten kooperativen Föderalismus verwiesen.

Der deutsche Bundesstaat ist aber noch weiter und tiefer gehend auf Homogenität der Rechtsordnung angelegt. Dass das im Grundsatz verfassungsgewollt ist, ergibt sich aus der so genannten „Homogenitätsklausel“ des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG: „Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen.“

Der Kerngedanke dieser Klausel ist, dass das Funktionieren eines Bundesstaats eine gewisse Homogenität seiner Gliedstaaten voraussetzt.⁶⁷ Insofern gibt es eine Entsprechung mit den Verfassungsvoraussetzungen einer Demokratie. Auch andere bundesstaatliche Verfassungen (z. B. Art. 4 Sec IV US-Verfassung) haben Homogenitätsklauseln und auch in der Europäischen Union wurde der Gedanke in Art. 6 und 7 EUV ausgeprägt. Die nicht nur praktisch entscheidende, sondern auch für die Bundesstaatstheorie grundlegende Frage ist, ob solche Klauseln restriktiv interpretiert werden und sich ihre praktische Bedeutung auf ein gemeinsames historisches Bekenntnis beschränkt oder ob sie extensiv interpretiert werden und die Verfassungsautonomie der Gliedstaaten spürbar beschränken. Letzteres rührt an die Staatlichkeit und das den Ländern bleibende Maß an Souveränität. Je strenger eine solche Homogenitätsklausel interpretiert wird, desto mehr beschränken sich die Spielräume der Gliedstaaten eines Bundesstaates auf ein Maß, das gegebenenfalls auch autonomen Regionen zugestanden wird. Für das deutsche Verfassungsrecht ist insofern eine differenzierte Antwort zu geben.

Einerseits wird Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG so interpretiert, dass er den Verfassungen der Länder einen „beträchtlichen Spielraum“⁶⁸ auf der Ebene der Verfassungsgestaltung belässt.⁶⁹ Homogenität bedeutet nach einer Formel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „weder Konformität noch Uniformität“.⁷⁰ Homogenität setzt im Bundesstaat die Verfassungsautonomie der Länder voraus und fordert „nur ein gewisses Maß“⁷¹ der Vergleichbarkeit. Auch der Text des Grundgesetzes bestätigt das: Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG spricht bloß von „Grundsätzen“.

⁶⁷ Mehde, 2018; Art. 28 Abs. 1 Rn. 4.

⁶⁸ Dreier, 2015; Art. 28 Rn. 66 m. w. N.

⁶⁹ Ebd.; Rn. 53.

⁷⁰ BVerfGE 83, 37 (58), st. Rspr.

⁷¹ BVerfGE 41, 88 (119).

Andererseits werden diese „Grundsätze“ des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG ergänzt durch Anforderungen an das Wahlrecht. Wahlen müssen danach auch auf Landesebene allgemein, unmittelbar, frei, gleich und geheim organisiert werden. Diese „Wahlgrundsätze“ sind der praktische Hauptanwendungsfall für die bundesverfassungsrechtlichen Anforderungen an die Verfassungsordnungen der Länder. In diesem praktisch relevanten Bereich hat sich eine Rechtsprechung entwickelt, die zwar rhetorisch ebenfalls die Spielräume der Wahlgesetzgeber betont, in der Sache aber sehr strenge Anforderungen aufstellt. Das gilt insbesondere für die Anforderungen an Sperrklauseln. Die einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Landesverfassungsgerichte gipfelte zuletzt in einer Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs Nordrhein-Westfalen, die es dem Landesgesetzgeber verwehrt, eine für Kommunalwahlen geltende Sperrklausel in der Landesverfassung zu verankern.⁷² Diese Rechtsprechung macht keinen Unterschied in den Anforderungen, die Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG an einfache Landesgesetze einerseits und an Landesverfassungen andererseits stellt. In dieser Lesart bedeutet Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG „insoweit Identität und nicht bloße Homogenität“.⁷³ Die strenge Rechtsprechung der deutschen Verfassungsgerichte zu den Sperrklauseln ist zwar umstritten.⁷⁴ Aber für die Entwicklung des Bundesstaates kann nicht übersehen werden, dass die Rechtsprechung einen erheblichen Beitrag zur Unitarisierung des Rechts leistet und landesspezifische „Sonderwege“ auf den Prüfstand der Vereinbarkeit mit den bundesverfassungsrechtlichen Maßstäben stellt. Das gilt auch im Verwaltungsrecht.

Das liegt auch daran, dass das Grundgesetz eine materielle Verfassung ist und dass das Bundesverfassungsgericht das materielle Verfassungsrecht und insbesondere die Grundrechte extensiv interpretiert.⁷⁵ Die Gerichte orientieren sich daran wiederum extensiv, d. h. auch dort, wo nicht unmittelbar eine formale Bindungswirkung besteht. Eine auf Homogenität und Kontinuität angelegte Judikative bewirkt Unitarisierungseffekte. Die obersten Bundesgerichte und das Bundesverfassungsgericht wiederum orientieren sich an der Rechtsprechung europäischer Gerichte, so dass dieser Effekt nicht nur innerhalb des Bundesstaates

⁷² VerfGH NRW, Urteil vom 21.11.2017 – VerfGH 15/16 –, http://www.vgh.nrw.de/entscheidungen/2017/171121_15-16.pdf.

⁷³ Möstl, 2009; Art. 14 Rn. 3 unter Verweis auf: Nierhaus, 2018; Art. 28 Rn. 18, der dies weder so klar ausspricht, noch die damit verbundene Frage der bundesstaatlichen Legitimität einer solchen Verengung stellt, sondern im Gegenteil von „Homogenität“ spricht.

⁷⁴ Michael, 2015; S. 68 ff.

⁷⁵ Koriath, 2018²; 1. Teil Rn. 15 ff.

zu beobachten ist. Freilich beobachten wir auch Beispiele für landesspezifische Rechtsprechung der Obergerichte, die wir als Phänomen eines föderalen Richterrechts bzw. als Judikativföderalismus beschreiben könnten. Aber prägender erscheinen die unitarisierenden Tendenzen.

An dieser Stelle sei auch noch einmal der Aspekt des Exekutivföderalismus aufgegriffen. Es war schon die Rede von den Landesregierungen, die im kooperativen Föderalismus in Bereichen von Gesetzgebungskompetenzen der Länder um gemeinsame oder jedenfalls vergleichbare Maßstäbe ringen. Zu erwähnen ist aber auch die föderale Verwaltungsorganisation: Hier gilt, dass der Schwerpunkt des Vollzugs der Gesetze und d. h. auch der Bundesgesetze durch Landesbehörden erfolgt. Bundesbehörden bilden die Ausnahme. Auch hier findet sich eine Parallele zum Vollzug des Unionsrechts, der primär durch die Mitgliedstaaten erfolgt – was in Deutschland bedeutet, dass auch das Unionsrecht, soweit es self executing ist, primär durch die Länder ausgeführt wird. Die föderale Vielfalt einer auf diese Weise dezentralen Verwaltung ist so organisiert, dass die Hierarchie der Verwaltung grundsätzlich – d. h. vorbehaltlich der Instrumente der Bundesaufsicht – in den jeweiligen obersten Landesbehörden, d. h. den Landesministerien gipfelt. Hinzu kommt, dass ein gewichtiger Teil der (örtlichen) Verwaltung gar nicht durch staatliche Behörden erfolgt, sondern der kommunalen Selbstverwaltung anvertraut ist.

In Zukunft wird dieses Modell einer dezentralen Verwaltungsorganisation aber mit den Entwicklungen der Digitalisierung einer zunehmend automatisierten Verwaltung unter starken Zentralisierungsdruck geraten. Die Folgen sind noch nicht absehbar, könnten aber von grundlegender Bedeutung für den Bundesstaat werden.

3. *Zwischenfazit*

Das Organisationsrecht des deutschen Bundesstaates ist auf der einen Seite von starken Kontinuitäten gekennzeichnet, die vor allem in das 19. Jahrhundert verweisen. Auf der anderen Seite steigt der Reformdruck. Insgesamt beobachten wir, dass die Frage nach dem Sinn des Bundesstaates und dem Ruf nach seiner Reform so alt wie der Bundesstaat selbst ist, die meisten Reformideen aber nie aufgegriffen wurden.

Das heißt aber nicht, dass sich das Thema theoretisch erschöpft hätte und es sich nicht lohnen würde, immer neu über die Zwecke des Föderalismus und deren Realisierung nachzudenken. Das sollte mit einer nüchternen Bestandsaufnahme beginnen. Selbst wenn es stimmen sollte, dass der Sinn des Bundesstaates nicht in der

Schaffung flexibler Rechtsvielfalt zu suchen ist. Selbst wenn das Bundesratsmodell die parlamentarische Gesetzgebung ebenso erschwert wie das politische Agieren der Bundesregierung auf der Ebene der EU. Bei allem Reformdruck wäre es geschichtsvergessen, den Bundesstaat und auch den Bundesrat als solches in Frage zu stellen.

Vielmehr ist der beständige Sinn des Bundesstaates primär auf einer symbolischen und kulturell⁷⁶ identitätsstiftenden Ebene sowie in seiner gewaltenbeschränkenden Wirkung zu sehen. Letztere gilt es auszubalancieren. Hier gibt es auch durchaus Bedarf an Nachjustierung. Deshalb soll dieser Beitrag über die Entwicklungen des deutschen Bundesstaates mit dessen Reformen abschließen. Dabei sollen nicht nur Bundesstaatsreformen der Vergangenheit als Teil dieser Entwicklung dargestellt werden. Vielmehr soll das Recht der Verfassungsrevision und seine Implikationen für die Reformfähigkeit des Bundesstaates in den Blick genommen werden.

III. FÖDERALISMUSREFORMEN UND GRUNDPROBLEME DES VERFASSUNGSREVISIONSRECHTS IM DEUTSCHEN BUNDESSTAAT

1. *Verfassungsreformen der Vergangenheit im Überblick*

Nur kurz seien die Föderalismusreformen in der Zeit des Grundgesetzes referiert. Zunächst wurde durch das Finanzverfassungsgesetz von 1955⁷⁷ das Trennungsprinzip durch Gründung eines Steuerverbundes zwischen Bund und Ländern aufgeweicht. Seither ist der Länderfinanzausgleich (Art. 107 GG) ein zentrales Thema für die politische Realität des deutschen Bundesstaates. Mit dem Finanzreformgesetz von 1969 wurden Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91a, 91b GG) eingeführt und damit Elemente eines kooperativen Föderalismus begründet und gleichzeitig der Länderfinanzausgleich reformiert.⁷⁸ Seither wird verfassungspolitisch um die Abschaffung bzw. Wiedereinführung von Gemeinschaftsaufgaben gerungen. 1976 wurden die Hürden für eine Neugliederung erhöht.⁷⁹

Die so genannte Föderalismusreform I wagte sich 2006 an eine Neuordnung der Zuständigkeiten von Bund und Ländern,⁸⁰ während die Föderalismusreform II 2009 eine Neuordnung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen versuchte.⁸¹

⁷⁶ Häberle, 1998; S. 776 ff.; ders., 1999; S. 549.

⁷⁷ Gesetz zur Änderung und Ergänzung der Finanzverfassung vom 23.12.1955, BGBl. I, S. 817.

⁷⁸ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 12.05.1969, BGBl. I, S. 359.

⁷⁹ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 23.08.1976, BGBl. I, S. 2381.

⁸⁰ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. 8. 2006, BGBl. I, S. 2034.

⁸¹ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 29.07.2009, BGBl. I, S. 2248.

2. Art. 79 Abs. 2 GG als problematischer Modus für Bundesstaatsreformen

Das bundesstaatliche Gefüge ist im Wesentlichen im Grundgesetz selbst, also auf Verfassungsebene geregelt. Um dieses Gefüge zu ändern bedarf es deshalb einer Verfassungsänderung. Der Modus der Verfassungsänderung ist in Art. 79 Abs. 2 GG geregelt: Es bedarf hierzu eines formellen Gesetzes, das mit einer doppelten Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat beschlossen werden muss.

In der Wahrnehmung der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft wird Art. 79 Abs. 2 GG als der konzeptionelle Dreh- und Angelpunkt des Verfassungsrevisionsrechts angesehen. Die Notwendigkeit von Zweidrittelmehrheiten für Verfassungsänderungen wird dabei als geradezu selbstverständlich hingegenommen oder gar als legitimitätssteigernd gepriesen. Verfassungspolitisch wird allenfalls darüber nachgedacht, Verfassungsänderungen außerdem von einer Volksabstimmung abhängig zu machen (so sieht z. B. Art. 75 Abs. 1 Verfassung des Freistaates Bayern eine Zweidrittelmehrheit im Landtag und eine Volksabstimmung vor). Genährt werden solche Überlegungen von der rein quantitativen Beobachtung, dass das Grundgesetz vergleichsweise häufig geändert wird.

Diese verbreitete Sichtweise ist aus einer verfassungstheoretischen Perspektive durchaus fragwürdig. Schon die Betrachtung des Art. 79 GG als Dreh- und Angelpunkt des Verfassungsrevisionsrechts ist angreifbar: Dem Gesetzgeber die Verfassungsänderung überhaupt anzuvertrauen, ist keinesfalls selbstverständlich. *Emmanuel Joseph (Abbé) Sieyès*⁸² hat aus seiner Trennung von verfassender und verfasster Gewalt den Schluss gezogen, dass für Verfassungsänderungen jeweils eigene Institutionen (z. B. eine verfassungsgebende Versammlung) zusammenzutreten müssen. Richtig ist, dass erhöhte Mehrheitsanforderungen plausibel sind, wenn dem Gesetzgeber Verfassungsänderungen ohne weitere Verfahrenshürden anvertraut werden. Denn sonst wären sowohl der Beständigkeitsanspruch des Verfassungsrechts als auch die Bindung der Gesetzgebung an die Verfassung in Frage gestellt. Die Verfassungsvergleichung zeigt, dass es auch andere Varianten gibt – insbesondere die in den Gliedstaaten der USA und in der Schweiz geregelten Verfahren für Verfassungsrevisionen, bei denen ein Konvent gewählt wird, um Änderungen vorzuschlagen, die dann dem Volk zur Abstimmung vorgelegt werden. In solchen Verfahren sind einfache Mehrheiten hinreichend. Es ist nämlich nicht richtig, dass qualifizierte Mehrheitserfordernisse die Konsequenz aus

⁸² Sieyès, 1975; S. 257. Thoma, 1932; S. 153: „Der Weimarer Nationalversammlung hätte es freigestanden, ein besonderes *pouvoir constituant* einzusetzen (sic!) und etwa zu bestimmen, daß Verfassungsänderungen nur von einer ad hoc zu wählenden neuen Nationalversammlung beschlossen werden könnten, oder nur mittels eines Referendums«.

dem Vorranganspruch des Verfassungsrechts darstellen. Verfassunggebung sollte zwar inhaltlich auf möglichst breiten Konsens bedacht sein, erfolgt aber letztlich im Modus der Abstimmungen mit einfacher Mehrheit. Das ist auch für Verfahren der Verfassungsablösung – in Deutschland ausdrücklich vorgesehen in Art. 146 GG – anzunehmen. Jedes Erfordernis von Zweidrittelmehrheiten hat nämlich zur Konsequenz, dass eine Sperrminorität⁸³ blockieren kann, dass eine Mehrheit die Verfassung revidieren will. Das Mehrheitsprinzip ist kein Kompromiss, sondern die ideale Mitte. Qualifizierte Mehrheitsanforderungen begründen Vetopositionen für Minderheiten. Im Verfassungsrevisionsrecht werfen sie das Problem der Herrschaft der Toten über die Lebenden auf, weil dann überkommene Verfassungsinhalte, die nicht mehr konsensfähig sind, gegen die sogar eine Mehrheit ist, bindend bleiben. Im deutschen Verfassungsrevisionsrecht wird dieses Problem noch verschärft, weil Art. 79 Abs. 2 GG auch eine Zweidrittelmehrheit im Bundesrat voraussetzt.

Bezogen auf Föderalismus-Reformen liegt es in der Natur dieses Verfahrens, dass die Länder auf Kompetenzen und Rechte wenn überhaupt nur dann verzichten, wenn ihnen dafür Kompensation angeboten wird. Erst Recht ist es in diesem Verfahren unwahrscheinlich, Rechte des Bundesrates zu begrenzen, um dem Bundestag und der Bundesregierung größere Spielräume einzuräumen. Die Föderalismus-Reform 2006 hat gezeigt, dass auch ein besonderes Gremium einer Kommission in diesen Fesseln gefangen bleibt, wenn das Ergebnis im Revisionsmodus des Art. 79 Abs. 2 GG zu verabschieden ist.

Die Folge des Revisionsmodus des Art. 79 Abs. 2 GG ist deshalb, dass sich Föderalismus-Reformen in Deutschland – das gilt insbesondere für die so genannte Föderalismusreform I 2006 – im Grunde genommen „im Kreis drehen“. Noch so gute Vorschläge für eine grundlegendere Reform des deutschen Föderalismus werden in diesem Verfahren kaum je eine Chance auf Verwirklichung haben.

3. *Art. 79 Abs. 3 GG als problematische inhaltliche Grenze für Bundesstaatsreformen*

Art. 79 Abs. 3 GG enthält auch eine inhaltliche Grenze, die im Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 GG nicht überschritten werden darf. Auch diese wird in der deutschen Rechtswissenschaft heute meist⁸⁴ als selbstverständ-

⁸³ Merkel, 1996; S. 122.

⁸⁴ Eine kritische Auseinandersetzung erfolgt hingegen bei Dreier, 1994; S. 747 f. Im Ausgangspunkt ähnlich, aber mit nicht nur verfassungspolitischen Konsequenzen: Michael, 2013; Art. 146 GG Rn. 591-602.

lich genommen und gerne als „Ewigkeitsklausel“ bezeichnet. In den 1950er Jahren lesen wir von der „Fragwürdigkeit“⁸⁵ des „nicht unbedenkliche(n)“⁸⁶ „höchst problematische[n]“⁸⁷ „unbegreifliche(n)“⁸⁸ Art. 79 Abs. 3 GG, der jedenfalls „mit seiner Festlegung auch organisationsrechtlichen Gegenwartsrechts zu weit geht“.⁸⁹ Unverfügbar sind danach nicht nur die Menschenwürde und das Demokratieprinzip, sondern auch das Bundesstaatsprinzip. Mehr noch: Anders als bei den anderen Staatsstrukturprinzipien, die nur als solche indisponibel sein sollen, nennt Art. 79 Abs. 3 GG außerdem noch zwei ausdrückliche Elemente des Bundesstaatsprinzips, die nicht angetastet werden dürfen. So ist eine „Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, (...) unzulässig“.

Zusätzliche Bedeutung erhält Art. 79 Abs. 3 GG dadurch, dass er nicht nur für Verfassungsänderungen i. e. S. gilt, sondern nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG auch für den Integrationsgesetzgeber, d. h. für die Mitwirkung der Bundesrepublik an der Europäischen Einigung. Nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts⁹⁰ ist mit dem Lissabon-Vertrag diese Grenze auch erreicht, wenn auch noch nicht überschritten.

4. *Auswege und Alternativen*

Diese Erwägungen zu Art. 79 Abs. 2 GG und zu Art. 79 Abs. 3 GG können den Eindruck erwecken, das Grundgesetz und der deutsche Föderalismus könnten mit der Zeit in eine Sackgasse geraten. Indes gibt es einen Ausweg, den das Bundesverfassungsgericht⁹¹ in Bezug auf einen weiteren Schritt der europäischen Integration, der gegebenenfalls die Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG sprengen könnte, bereits explizit benannt hat. Art. 146 GG weist den Weg in eine mögliche Verfassungsablösung, also für die nicht nur punktuelle Änderung einzelner Bestimmungen, sondern für das Inkrafttreten einer insgesamt neuen Verfassung. Dieser Weg könnte auch für eine grundlegende Föderalismus-Reform in Betracht kommen.

⁸⁵ Mosler, 1954; S. 268, Fn. 54; Schaumann, 1966; S. 721 spricht von einem „fragwürdigen Versuch“.

⁸⁶ Eschenburg, 1965; S. 390.

⁸⁷ Lerche, 1953; S. 28.

⁸⁸ Loewenstein, 1951/52; S. 420.

⁸⁹ Maunz/Dürig, 1960; Art. 79 GG Rn. 27 ff., 29.

⁹⁰ BVerfGE 123, 267 (Rn. 217); anders noch klingt BVerfGE 89, 155 (180) ist insoweit aber auch nicht eindeutig.

⁹¹ BVerfGE 123, 267 (Rn. 217); anders noch klingt BVerfGE 89, 155 (180) ist insoweit aber auch nicht eindeutig.

Die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft kritisierte das Bundesverfassungsgericht für seinen Verweis auf Art. 146 GG heftig und reagierte mit „Spott, jedenfalls aber mit Unverständnis“,⁹² sah in dem Urteil „Züge des Absurden“.⁹³ Das Missverständnis der Wissenschaft besteht indes darin, das Bundesverfassungsgericht habe damit eine „Revolution“⁹⁴ gemeint.

Richtigerweise⁹⁵ sind die Rechtsprechung und Art. 146 GG so zu deuten, dass damit auch für Deutschland eine rechtsstaatliche, nicht revolutionäre Möglichkeit eröffnet wird, das Grundgesetz jenseits des Verfahrens des Art. 79 Abs. 2 GG und jenseits der Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG zu revidieren. In einem solchen Verfahren der Verfassungsablösung wären dann nicht Bundestag und Bundesrat die Akteure, sondern ein Verfassungskonvent und das Volk, indem es diesen wählt und über dessen Entwurf mit einfacher Mehrheit abstimmt. Art. 146 GG entfaltet seine volle Wirksamkeit, indem auch das Verfahren der Verfassungsablösung mit einfachem Gesetz – ohne die Hürde des Art. 79 Abs. 2 GG – regelbar wäre.

In dieser Sichtweise ist Art. 146 GG verfassungstheoretisch sogar die Grundnorm der Verfassungsrevision und Art. 79 Abs. 2 GG im Verhältnis dazu nicht mehr als ein vereinfachtes Verfahren, das aus guten Gründen an inhaltliche Grenzen gebunden ist. *Ulrich Scheuner* spitzte das einmal so zu: Art. 79 Abs. 3 GG sei „nur erträglich, weil das GG für die Zukunft den Weg einer Gesamtrevision in Art. 146 GG eröffnet“.⁹⁶ Ob sich die Auffassung von Art. 146 GG als Verweis auf eine rechtlich verfasste, verfassungsablösende Gewalt durchsetzen wird und ob der Artikel auch praktische Relevanz erhalten wird, bleibt abzuwarten. An dieser Stelle ist lediglich festzuhalten, dass nicht nur der Prozess der Europäischen Integration, sondern auch der Reformbedarf des Bundesstaates die Frage nach Alternativen zu Art. 79 GG nahelegen. Die Verfassungstheorie tut gut daran, diese Fragen heute zu durchdringen, damit sie vorbereitet ist auf eine Situation, in dem die Grenzen des Art. 79 GG einem mehrheitsfähigen Reformdruck nicht mehr standhalten.

Die Frage der Interpretation des Art. 146 GG und seines Verhältnisses zu Art. 79 Abs. 3 GG ist freilich sehr umstritten und wurde von der Rechtsprechung⁹⁷

⁹² Nettesheim, 2012; S. 340 f.; ähnlich Halberstam/Möllers, 2009; S. 1252; Herdegen, 2018; Art. 146 GG Rn. 3.

⁹³ Nettesheim, 2012; S. 341.

⁹⁴ Möllers, FAZ vom 20.10.2011, Nr. 244, S. 6.

⁹⁵ Michael, 2013; Art. 146 GG Rn. 585-602.

⁹⁶ Scheuner, 1953; 583; zustimmend Merkel, 1996; S. 121.

⁹⁷ BVerfGE 123, 267 (Rn. 217); anders noch klingt BVerfGE 89, 155 (180), ist insoweit aber auch nicht eindeutig.

ausdrücklich offen gelassen. Vielfach⁹⁸ wird eine Anwendung des Art. 79 Abs. 3 GG auch innerhalb des Art. 146 GG gefordert. Zu einem anderen Ergebnis⁹⁹ kommen vor allem diejenigen, die Art. 146 GG als bloß deklaratorischen Verweis auf die verfassungsgebende Gewalt verstehen. Eine dritte Auffassung, die eine Verfassungsablösung als die durch Art. 146 GG verfasste Alternative zu Art. 79 Abs. 2 und Abs. 3 GG deutet, sucht ihre Begründung in der Verfassungstheorie einerseits (und fordert, das dichotomische Denken von *Carl Schmitt* insoweit zu überwinden) und verweist auf die Volkssouveränität andererseits.

Damit ist die Frage aufgeworfen, die sich unabhängig davon stellt, ob ein Verfahren nach Art. 146 GG Verfassungsgebung oder verfasste Verfassungsablösung darstellt: Wie verhält sich im Bundesstaat die Souveränität des Bundesvolks zur Souveränität der Gliedstaaten (und ihrer Teilmölkler)? Auf diese, auch in einem tieferen Sinne, „letzte“ Frage gibt es keine eindeutige Antwort der Verfassungstheorie bzw. der Bundesstaatstheorie. Denkbar sind unterschiedliche Ergebnisse und wir finden diese auch in unterschiedlichen Bundesstaaten vor. Wer Art. 146 GG als verfasste Gewalt ansieht, sollte die Antwort auf diese Frage im geltenden Verfassungsrecht suchen.

Im Vergleich zwischen der Schweiz und Deutschland zeigt sich, wie unterschiedlich Bundesstaaten konzipiert sein können: Die Präambeln beider Verfassungen benennen mit denkbar klarer Sprache die verfassungsgebende Gewalt. Nach dem Grundgesetz ist es „das Deutsche Volk“, nach der Schweizer Bundesverfassung hingegen „das Schweizer Volk und die Kantone“, die sich ihre jeweilige Verfassung gegeben haben. Das spiegelt sich auch in den einschlägigen Vorschriften über die Ablösung bzw. Totalrevision der Verfassungen: Während nach Art. 146 GG gegebenenfalls „eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist“, heißt es in Art. 195 Schweizer Bundesverfassung (1999): „Die ganz oder teilweise revidierte Bundesverfassung tritt in Kraft, wenn sie von Volk und Ständen angenommen ist.“

Die „verfassungsändernde Gewalt des Volkes und der Kantone“¹⁰⁰ ist eine geteilte. Der Souverän ist zur gesamten Hand das Volk mit den Kantonen und beide sind „gleichgestellt“.¹⁰¹ Die Schweizer Bundesverfassung relativiert die Volkssou-

⁹⁸ Isensee, 2014; § 258, Rn. 72.

⁹⁹ Scheuner, 1953; 583; Stern, 1984; S. 167, 176; Storost, 1990; 330; Wiederin, 1992; 431 ff.; Kriele, 1991, 3 f.; Grimm, 2003; § 1 Rn. 43; Huber, 2018; Art. 146 Rn. 9; Moelle, 1996; 207 ff.; Merkel, 1996; S. 121; Stückrath, 1997; S. 247 f.; vgl. auch Wahl, 1990; S. 478.

¹⁰⁰ Fleiner/Giacometti, 1949; S. 701.

¹⁰¹ Burckhardt, 1914; Art. 118, S. 812.

veränität föderal. Das Bundesvolk entscheidet nicht souverän, sondern es paktiert mit den Ständen, wobei für beide Teile das Mehrheitsprinzip gilt. Die Schweiz ist eine nach wie vor bündische Föderation des Volkes mit den Ständen. Der Unterschied lässt sich geschichtlich erklären. Während der Norddeutsche Bund und das Kaiserreich noch bündisch gegründet und begründet wurden, liegt der entscheidende, insofern diskontinuierliche Schritt in der Weimarer Verfassung. In den Worten von *Konrad Hesse*:¹⁰² „Jene älteren bündischen Grundlagen... sind heute unwiederbringlich dahin.“ Der Schritt zur Republik war ein doppelter. Hier wurde die Volkssouveränität in zweifachem Sinne begründet, nämlich dass das Volk souverän wurde (Demokratie- und Republikprinzip) und welchem Volk die Souveränität zustand (Erneuerung des Bundesstaates). Seither ist der deutsche Bundesstaat „ohne bündische Grundlage“ (*Carl Schmitt*).¹⁰³ Die Bundesrepublik Deutschland beruht auf einer „Herrschaft des ungeteilten nationalen Souveräns“.¹⁰⁴ Damit ist es möglich und legitim, das Verfassungsrevisionsrecht des deutschen Bundesstaates auf die Souveränität des Bundesvolks zu gründen.

IV. LITERATURVERZEICHNIS

- BAUER, H. (2015). In: Dreier (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar. Band II*. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck.
- BIEBER, R./KOTZUR, M. (2016). In: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur (Hrsg.). *Die Europäische Union*. 12. Auflage. Baden-Baden: Nomos.
- BURCKHARDT, W. (1914). *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*. 2. Auflage. Bern: Stämpfli.
- DI FABIO, U. (1993). Der neue Art. 23 des Grundgesetzes, Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?. *Der Staat*. 32. Jahrgang, 191-217.
- DREIER, H. (2013). In: Dreier (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar. Band I*. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck.
- DREIER, H. (2015). In: Dreier (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar. Band II*. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck.
- DREIER, H. (1994). Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat. *Juristenzeitung*. 49. Jahrgang, S. 741-752.
- ESCHENBURG, T. (1965). *Staat und Gesellschaft in Deutschland*. 3. Auflage (unveränderter Nachdruck der 2. Auflage 1957). Stuttgart: Curt E. Schwab.

¹⁰² Hesse, 1962; S. 9.

¹⁰³ Schmitt, 1928; S. 389.

¹⁰⁴ Di Fabio, 1993, S. 201; anders Hanebeck, 2004; S. 272.

- FLEINER, F./GIACOMETTI, Z. (1949). *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*. Zürich: Polygraphischer Verlag.
- FUNK, A. (2010). *Föderalismus in Deutschland. Vom Fürstenbund zur Bundesrepublik*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung.
- GRIMM, D. (2003). Ursprung und Wandel der Verfassung. In: Isensee/Kirchhof (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der BRD* (S. 3-43). Band I. 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller.
- GRZESZICK, B. (2018). In: Maunz/Dürig (Begr.). *Grundgesetz-Kommentar*. 82. EL Januar 2018. München: C.H. Beck.
- HÄBERLE, P. (1992). Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells. *Juristenzeitung*. 47. Jahrgang, S. 1033-1043.
- HÄBERLE, P. (1993). Die Entwicklung des Föderalismus in Deutschland - insbesondere in der Phase der Vereinigung. In: Kramer (Hrsg.). *Föderalismus zwischen Integration und Sezession* (S. 201-243). Baden-Baden: Nomos.
- HÄBERLE, P. (1998). *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. 2. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot.
- HÄBERLE, P. (1999). Kulturhoheit im Bundesstaat – Entwicklung und Perspektiven. *Archiv des öffentlichen Rechts*. 124. Jahrgang, S. 549-582.
- HÄBERLE, P. (2004). Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. In: Isensee/Kirchhof (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der BRD* (S. 317-367). Band II. 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller. Englische Übersetzung: In: Kotzur (Hrsg.) (2018). *Peter Häberle on Constitutional Theory* (S. 167-227). Baden-Baden: Nomos.
- HÄBERLE, P. (2006). Föderalismus/Regionalismus – eine Modellstruktur des Verfassungsstaates – Deutsche Erfahrungen und Vorhaben – Memorandum für ein spanisches Projekt. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*. 54. Jahrgang, S. 569-582. Spanische Übersetzung, *Revista Española de Derecho Constitucional*. 77. Jahrgang, S. 9-25.
- HALBERSTAM, D./MÖLLERS, C. (2009). The German Constitutional Court says „Ja zu Deutschland“. *German Law Journal*. 10. Jahrgang, S. 1241-1258.
- HANEBECK, A. (2004). *Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes*. Berlin: Duncker & Humblot.
- HERDEGEN, M. (2018). In: Maunz/Dürig (Begr.). *Grundgesetz-Kommentar*. 82. EL Januar 2018. München: C.H. Beck.
- HESSE, K. (1962). *Der unitarische Bundesstaat*. Karlsruhe: C.F. Müller.
- HUBER, E. R. (2003). Das Kaiserreich als Epoche verfassungsstaatlicher Entwicklung. In: Isensee/Kirchhof (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der BRD* (S. 129-176). Band I. 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller.

- HUBER, P. (2018). In: Sachs (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar*. 8. Auflage. München: C.H. Beck.
- ISENSEE, J. (2014). Schlußbestimmung des Grundgesetzes: Artikel 146 GG. In: Isensee/Kirchhof (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (S. 131-186). Band XII. 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller.
- JARASS, H. (2018). In: Jarass/Pieroth (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar*. 15. Auflage. München: C.H. Beck.
- KILIAN, M. (2003). Der Vorgang der deutschen Wiedervereinigung. In: Isensee/Kirchhof (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der BRD* (S. 597-668). Band I. 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller.
- KORIOTH, S. (2018). In: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar*. Band II. 7. Auflage. München: C.H. Beck.
- KORIOTH, S. (2018²). In: Schlaich/Korioth. *Das Bundesverfassungsgericht*. 11. Auflage. München: C.H. Beck.
- KRIELE, M. (1991). Art 146 GG - Brücke zu einer neuen Verfassung. *Zeitschrift für Rechtspolitik*. 24. Jahrgang, S. 1-5.
- LERCHE, P. (1953). *Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg*. Berlin: Heymann.
- LILLA, J. (2006). *Der Reichsrat (1919-1934). Ein Biographisches Handbuch*. Düsseldorf: Droste.
- LINDER, F. J. (2018). Reform des deutschen Bildungsföderalismus. *Zeitschrift für Rechtspolitik*. 51. Jahrgang, S. 94-98.
- LOEWENSTEIN K. (1951/52). Verfassungsrecht und Verfassungsrealität, Beiträge zur Ontologie der Verfassungen. *Archiv für öffentliches Recht*. 77. Jahrgang, S. 387-435.
- NETTESHEIM, M. (2012). Wo „endet“ das Grundgesetz? Verfassungsgebung als grenzüberschreitender Prozess. *Der Staat*. 51. Jahrgang, S. 313-355.
- NIERHAUS, M. (2018). In: Sachs (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar*. 8. Auflage. München: C.H. Beck.
- MAUNZ, T. /DÜRIG G. (1960). In: Maunz/Dürig (Hrsg.). *Grundgesetz-Kommentar*. 1. Auflage. München: C.H. Beck.
- MEHDE, V. (2018). In: Maunz/Dürig (Begr.), *Grundgesetz-Kommentar*. 82. EL Januar 2018. München: C.H. Beck.
- MERKEL, K. (1996). *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Grundlagen und Dogmatik des Artikels 146 GG*. Nomos: Baden-Baden.
- MICHAEL, L. (2013). In: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.). *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*. 92. Aktualisierung 2018. Heidelberg: C.F. Müller.

- MICHAEL, L. (2015). *Verfassungsunmittelbare Sperrklauseln auf Landesebene*. Baden-Baden: Nomos.
- MICHAEL, L. (2016). Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht: Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. 75. Jahrgang, S. 132-186.
- MOELLE, H. (1996). *Der Verfassungsbeschluß nach Artikel 146 Grundgesetz*. Paderborn: Schöningh.
- MORLOK, M. (2015). In: Dreier (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar*. Band II. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck.
- MOSLER, H. (1954). Die auswärtige Gewalt im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland. In: *Festschrift für Carl Bilfinger* (S. 243-300). Köln, Berlin: Heymann.
- MÖSTL, M. (2009). In: Lindner / Möstl / Wolff (Hrsg.) *Kommentar zur Verfassung des Freistaates Bayern*. 1. Auflage. München: C.H. Beck.
- MÜLLER-TERPITZ, R. (2018). In: Maunz/Dürig (Begr.). *Grundgesetz-Kommentar*. 82. EL Januar 2018. München: C.H. Beck.
- PAULY, W. (2003). Die Verfassung der Paulskirche und ihre Folgewirkungen. In: Isensee/Kirchhof (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der BRD* (S. 93-128). Band I. 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller.
- ROZEK, J. (2018). In: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar*. Band II. 7. Auflage. München: C.H. Beck.
- SCHAUMANN, (1966). Gleichheit und Gesetzmäßigkeitsprinzip. *Juristenzeitung*. 21. Jahrgang, S. 721-726.
- SCHNEIDER, U. (1953). Art. 146 GG und das Problem der verfassungsgebenden Gewalt. *Die Öffentliche Verwaltung*. 6. Jahrgang, S. 581-585.
- SCHMITT, C. (1928). *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot.
- SCHULZE-FIELITZ, H. (2015). In: Dreier (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar*. Band II. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck.
- SIEYES, E. J. (1975). Einleitung zur Verfassung, in: Schmitt (Hrsg.), *Politische Schriften 1788-1790* (S. 239-258). Oldenburg: De Gruyter.
- SMEND, R. (2010). *Staatsrechtliche Abhandlungen*. 4. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot.
- STERN, K. (2000). *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band V. Die Geschichtlichen Grundlagen des deutschen Staatsrechts*. München: C.H. Beck.
- STERN, K. (1984). *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band I. Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts. Strukturprinzipien der Verfassung*. 2. Auflage. München: C.H. Beck.

- STERNBERGER, D. (1990). *Verfassungspatriotismus*. Frankfurt a. M.: Insel-Verlag.
- STOLLEIS, M. (2003). Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit 1945 – 1949. In: Isensee/Kirchhof (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der BRD* (S. 269-314). Band I. 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller.
- STOROST, U. (1990). Das Ende der Übergangszeit. *Der Staat*. 29. Jahrgang, S. 321-331.
- STÜCKRATH, B. (1997). *Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität*. Berlin: Duncker & Humblot.
- THOMA, R. (1932). Die Funktionen der Staatsgewalt, Grundbegriffe und Grundsätze. In: Anschütz/Thoma (Hrsg.). *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* (S. 108-159). Band II. Tübingen: Mohr Siebeck.
- UHLE, A. (2018). In: Maunz/Dürig (Begr.). *Grundgesetz-Kommentar*. 82. EL Januar 2018. München: C.H. Beck.
- VON ALEMANN, U. (2001). Nüchtern und ohne Leidenschaft: Ein Land hat sich gefunden. In: Canaris/Rüsen (Hrsg.). *Kultur in Nordrhein-Westfalen. Zwischen Kirchturm, Förderturm & Fernsehturm* (S. 48-56). Stuttgart, Berlin, Köln: W. Kohlhammer.
- WAHL, R. (1990). Die Verfassungsfrage nach dem Beitritt. *Staatswissenschaften und Staatspraxis*. 1. Jahrgang, S. 468-484.
- WALTER, C. (2018). In: Maunz/Dürig (Begr.). *Grundgesetz-Kommentar*. 82. EL Januar 2018. München: C.H. Beck.
- WIEDERIN, E. (1992). Die Verfassunggebung im wiedervereinigten Deutschland. *Archiv des öffentlichen Rechts*. 117. Jahrgang, S. 410-448.
- WOLLENSCHLÄGER, F. (2015). In: Dreier (Hrsg.). *Grundgesetz Kommentar*. Band II. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck.

EL FEDERALISMO ALEMÁN A COMIENZOS DEL SIGLO XXI¹

Antonio Arroyo Gil

SUMARIO

- I. Introducción: las reformas constitucionales de 2006, 2009 y 2017.
- II. Del federalismo cooperativo al federalismo competitivo.
- III. Cooperación *versus* distribución y delimitación de competencias.
- IV. De la imbricación política y la irresponsabilidad organizada a la desafección democrática.
- V. Más competencia, menos codecisión.
- VI. No es la soberanía, la autonomía constitucional o la jerarquía, sino la competencia.
- VII. No es lo mismo exclusividad de la competencia que regulación completa de una materia.
- VIII. La introducción de las competencias dobles en el orden constitucional alemán.
- IX. Competencia *versus* jerarquía o prevalencia.
- X. Competencia *versus* concurrencia.
- XI. De las garantías jurídicas a las garantías políticas del federalismo.
- XII. Disminución de la influencia del *Bundesrat* por motivos de eficacia y de democracia.
- XIII. De la «desparlamentarización» a la «reparlamentarización» de la vida pública.
- XIV. Reparto y difuminación de responsabilidades en el ámbito del derecho europeo.

¹ El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación de la Subdirección General de Proyectos de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad (DER2015-68160-C3-1-P) sobre «Formas de Participación política en los sistemas de gobierno multinivel y mejora de la Calidad Democrática (PACADE)» (IP: Prof. Dr. D. José Tudela Aranda).

- xv. En materia financiera, la desconexión entre ingresos y gastos sigue ausente de la Constitución, la estabilidad presupuestaria ya no.
- xvi. La solidaridad interterritorial es, sobre todo, cosa de la Federación.
- xvii. Conclusión final: La República Federal de Alemania sigue siendo un «Estado federal unitario»

I. INTRODUCCIÓN:

LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2006, 2009 Y 2017

La República Federal de Alemania, que surge, tras el horror nacional-socialista y la debacle de la II Guerra Mundial, con la aprobación, el 8 de mayo de 1949, por parte del Consejo Parlamentario, reunido a orillas del Lago Herrenchiem, de la Ley Fundamental de Bonn (proclamada el 23 de mayo de 1949), requiere, como todo Estado organizado territorialmente en base al principio federal, de ajustes constantes de las distintas piezas que lo constituyen y, en particular, de aquellos engranajes que permiten que el conjunto de la maquinaria funcione adecuadamente. De ahí que no hayan sido infrecuentes, sino todo lo contrario, no solo reformas legales, sino también, cuando ha sido preciso, constitucionales, con el fin de hacer frente en mejores condiciones a las transformaciones sociales, económicas y políticas que demandan los nuevos contextos, tanto internos como internacionales. Así sucedió durante toda la segunda mitad del siglo XX, y así ha seguido ocurriendo en lo que llevamos de siglo XXI. Que en este lapso de tiempo (sesenta y nueve años) se hayan producido sesenta y dos reformas constitucionales, y que la mayor parte de ellas afecte a la organización federal, da buena cuenta de ello.

Hay que tener presente, además, que casi desde su misma concepción, el orden federal alemán se encuentra sometido a un fuerte cuestionamiento, en la medida en que los intereses, más favorables a la concentración de competencias en la Federación o Estado central, de los representantes alemanes en el referido Consejo Parlamentario, no se correspondían con los que defendían las potencias de ocupación, netamente partidarias de dividir territorialmente el poder público en Alemania, a fin de evitar o, al menos, dificultar el nacimiento o gestación de un Estado central fuerte y, una vez más, potencialmente expansionista.

Este cuestionamiento de la organización federal resurge de manera clara a partir de la reunificación de las dos Repúblicas alemanas a comienzos de los años noventa del siglo pasado, consecuencia directa de lo que hemos dado en llamar coloquialmente «la caída del Muro de Berlín», así como del incesante, pese a sus vaivenes, proceso de integración europea. Tanto aquella como este someten a los mimbres que arman el Estado alemán a tensiones tales que, si no se quiere que salten por los aires o, lo que no sería mejor, que caigan en la inoperancia, demandan reformas estructurales en las que se atienda de mejor modo a las exigencias propias de los principios que constituyen la columna vertebral del edificio constitucional alemán: Democracia, Estado de Derecho y Federalismo. Así lo dispone explícitamente el art. 20.1 de la Ley Fundamental (en adelante, GG), de acuerdo con el cual «[I]a República Federal de Alemania es un Estado federal, social y democrático de Derecho».² Estos principios, por cierto, son (o, mejor dicho, se pretende que sean) inmodificables, según establece la propia Ley Fundamental en su art. 79.3 GG: «Cualquier modificación de esta Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en *Länder*, a la participación esencial de los *Länder* en la legislación [federal, cabe entender] o a los principios recogidos en los artículos 1 y 20, es inválida».³

De la formulación de estos principios, sin demasiadas dificultades podríamos adelantar ya alguna consecuencia de interés para el objeto de este estudio: Necesidad de que exista una determinación clara de las responsabilidades por el ejercicio de las competencias que corresponden a cada entidad territorial, así como una participación decisiva del órgano llamado a representar a los Estados miembros o *Länder* en la configuración de la voluntad del Estado central o Federación, en particular, en aquellas cuestiones que afecten al núcleo duro de sus propios intereses. A mayor abundamiento, también aquí podrían encontrar acomodo ciertas garantías financieras de los *Länder* que permitan a estos ejercer, con verdadera autonomía, las competencias que les correspondan, ya que de poco serviría proclamar con toda solemnidad la intangibilidad del principio federal, si este no se puede hacer efectivo por falta de financiación de las partes integrantes del todo.

Pero como no es infrecuente que suceda en un Estado organizado en torno al principio federal, en el que, por tanto, el poder público se encuentra dividido entre las distintas partes que lo componen, antes o después acaban revelándose

² Art. 20.2 GG: «*Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat*».

³ Art. 79.3 GG: «*Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig*».

ciertos déficits en lo relativo a la asunción de responsabilidades por cada una de las partes de la relación federativa, derivadas, por lo general, de la dificultad de discernir con claridad a quién corresponde la titularidad y el ejercicio de determinadas competencias. Esta confusión competencial, en buena medida derivada de la fuerte imbricación política (*Politikverflechtung*) que ha caracterizado durante años las relaciones entre la Federación y los *Länder*, casi inevitablemente acaba provocando el desconcierto entre los ciudadanos, incapaces muchas veces de identificar al responsable de la actuación que se toma por (in)adecuada, lo que, en último término, trae consigo la correspondiente desafección política, con los riesgos que ello conlleva para la buena salud del principio democrático. Esto es algo que ha contribuido decisivamente a poner de relieve la importancia de proceder a una distribución de competencias en términos de exclusividad.

Pero estas dificultades que se manifiestan con tanta intensidad en el momento competencial, aparecen también en el terreno institucional. De hecho, desde hace tiempo un coro creciente de voces se ha venido alzando contra la que se considera (ba) excesiva intervención de la Cámara de representación territorial, el Consejo Federal o *Bundesrat*, en el procedimiento legislativo federal. En la misma línea se han de encuadrar los argumentos acerca de la insuficiente participación de los *Länder* en la formación de la voluntad europea, en tanto que muchas de las decisiones que se toman en este nivel de gobierno afectan directamente a sus propias competencias, así como aquellos otros que llaman la atención sobre la necesidad de involucrar más decididamente a estos, los *Länder*, en la tarea de implementación del derecho europeo.

Tampoco las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, y las de estos entre sí, se han visto exentas de dificultades a lo largo de la historia de la República Federal de Alemania. No en vano, algunas de las más importantes reformas de la Ley Fundamental de Bonn han afectado, precisamente, a esta materia. Muy en concreto, dos de las últimas, la de 2009 y la más reciente de julio de 2017, han tenido como protagonista absoluta a esta cuestión, manifestándose, así, una constante tensión entre el poder federal y los federados, cuyo equilibrio, a tenor de la última modificación constitucional referida, parece inclinarse claramente a favor del centro.

Han sido, por consiguiente, razones de tipo competencial, institucional y financiero, fundamentalmente, las que han motivado que en Alemania, desde la misma fundación de la República Federal, y a los efectos que aquí más nos interesan, de manera destacada desde principios del presente siglo, se haya acometido, en diversas fases, un proceso de reforma constitucional destinado a someter a

revisión profunda los cimientos sobre los que se asienta la organización territorial del poder. Proceso que, con los altibajos propios de toda reforma que se quiere de envergadura, acabó fructificando en 2006, 2009 y 2017, mediante las respectivas modificaciones de diversos preceptos de la Ley Fundamental, orientadas, la primera, a redibujar, sobre todo, cuestiones atinentes a la distribución competencial y al papel que el *Bundesrat* debía desempeñar en la aprobación de determinadas leyes federales; y las segundas, a sentar las bases del nuevo modelo de relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, y de estos entre sí.⁴

Pese a que su alcance no haya sido siempre el anunciado y esperado en un principio, sobre todo por lo que se refiere a las reformas de 2006 y 2009, lo cierto es que todas ellas, en conjunto, aunque no siempre de manera plenamente coherente, al tiempo que apuntan hacia un cambio de modelo de federalismo, en el que las «viejas» fórmulas cooperativas parecen haber llegado a un punto de saturación como consecuencia de los procesos de reunificación, europeización e internacionalización referidos, dejando paso a otras de corte más competitivo, reflejan también, destacadamente la de 2017, una cierta tendencia recentralizadora del federalismo en Alemania.⁵

Es precisamente en este sentido en el que podemos hablar con cierta propiedad de «crisis del Estado federal alemán»,⁶ en el bien entendido de que con esta expresión no nos referimos a un cambio radical de la forma territorial de Estado en Alemania, sino, más bien, a una evolución de la misma, algo que, por otra parte, es consustancial al federalismo, entendido como principio dinámico, o movi-

⁴ Sobre la reforma de 2006, vid. Ch. Starck (ed.), 2007; H. Meyer, 2008. En castellano, puede encontrarse un estudio de los preparativos de la misma en A. Arroyo Gil, 2006; 207 págs., y un análisis de sus resultados en A. Arroyo Gil, 2009; 172 págs.; y M. A. Cabellos Espiérrez, 2006. Sobre la reforma de 2009, vid. U. Häde, 2010; pp. 541-572. En castellano, A. Arroyo Gil, 2010-1; pp. 41-72. Acerca del acuerdo sobre las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* en Alemania que dio lugar a la reforma de 2017, vid. M. Kölling, 2016; pp. 34 y ss. Sobre los concretos resultados de esta reforma constitucional pueden consultarse las distintas contribuciones contenidas en EZFF (Ed.), 2017, cuyo tema clave está dedicado precisamente a este asunto: «Reforma de las relaciones financieras en el Estado federal alemán y sus efectos sobre el federalismo alemán».

⁵ En un sentido contrario, M. Dreyer, 2017; pp. 23-36, para quien esta última reforma de 2017 trae consigo un fortalecimiento del federalismo alemán.

⁶ Esta es una expresión que se viene utilizando desde hace tiempo para referirse al Estado federal alemán. Ya me pareció oportuno que un comentario a tres libros (de Edin Šarčević: *Das Bundesstaatsprinzip*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000; Ronald Sturm: *Föderalismus in Deutschland*, Leske+Budrich, Opladen, 2001; y Hans-Georg Wehling (Ed.): *Die deutschen Länder*, Leske+Budrich, Opladen, 2.^a ed., 2002), publicado a comienzos del presente siglo en la Revista de Estudios Políticos, 117, 2002, llevara precisamente por título: «El Estado federal en crisis (*A propósito de la República Federal de Alemania*)» (A. Arroyo Gil, 2002; pp. 313-352).

miento político, que se resiste a ser petrificado de una vez y para siempre en una determinada forma de organización y funcionamiento de los poderes públicos.

Conviven, por tanto, en estas reformas constitucionales del orden federal dos tendencias en permanente dialéctica. La que apuesta por un incremento de la *vis* competitiva en detrimento de la cooperativa, que se manifiesta, básicamente, por un lado, en la pretensión de dividir más claramente las competencias entre la Federación y los *Länder*, y, por el otro, en el afán de disminuir la capacidad de veto del *Bundesrat* en la aprobación de la leyes federales, lo que, a su vez, no deja de resultar algo paradójico, ya que una primera intuición nos llevaría a pensar que en los contextos mencionados de fuerte interrelación, precisamente, lo que interesa es ahondar en los instrumentos de colaboración y cooperación entre las distintas partes de las relaciones federativas (Federación-*Länder*; Unión Europea-Estados miembros; Comunidad internacional-Estados nacionales). Sin embargo, la experiencia demuestra —como es lógico, por otra parte— que esa cooperación y colaboración leal entre las distintas partes que integran un Estado compuesto (o una comunidad supranacional o internacional de Estados) solo será posible cuando la cuestión sobre la propia competencia esté bien resuelta, es decir, cuando, en el caso de la República Federal de Alemania, tanto la Federación como los *Länder* tengan perfectamente claro a cuál de los dos corresponde la titularidad y ejercicio de la concreta competencia de que en cada caso se trate. Dicho en otros términos, la necesaria cooperación entre las distintas partes de la relación federativa requiere de un reparto claro, estricto e indiscutido de competencias, siendo precisamente esta una de las cuestiones de las que con más énfasis se viene hablando en Alemania en los últimos años.

Por su parte, la tendencia centralizadora que refleja la última de las reformas constitucionales habida hasta la fecha, la de 13 de julio de 2017, más allá de su concreto alcance, viene a desenmascarar una de las debilidades presente en gran parte de las organizaciones estatales de carácter federal: la que se refiere a la contribución a la solidaridad de los territorios financieramente mejor dotados para con aquellos otros que atraviesan mayores dificultades, coyuntural o estructuralmente. Algo que en Alemania se ha puesto crudamente de manifiesto como consecuencia de los grandes desequilibrios financieros existentes entre unos *Länder* y otros, sobre todo, a partir de la incorporación a la República Federal de los nuevos cinco *Länder* provenientes de la extinta República Democrática, necesitados de importantes trasvases financieros para ir superando sus déficits estructurales y, en último término, para poder garantizar condiciones de vida equivalentes a todos los ciudadanos, con independencia del *Land* en el que residan.

Tras varios lustros en los que esas descompensaciones han tratado de reducirse, en parte, gracias a las aportaciones provenientes de los *Länder* «ricos» (o «pagadores»), y ante el horizonte cercano de 2019, en el que el complejo sistema de ayudas financieras hasta ahora vigente llega a su fin, se ha logrado finalmente alcanzar un acuerdo, en buena medida forzado por la presión que a tal efecto ejercieron los *Länder* de Baviera y Hesse, que en el año 2013 llegaron a recurrir ante el Tribunal Constitucional Federal ese sistema de compensación financiera. De resultas del acuerdo alcanzado en 2017, que entrará en vigor en 2020, la Federación asume un mayor protagonismo en la nivelación de la capacidad financiera de los *Länder* más necesitados mediante la transferencia de fondos por importe de 9.700 millones anuales de euros, a asignar en función de determinados criterios (población, etc.). Pero esto, como es natural, tiene un precio, que en este caso se traduce en un incremento de las competencias de la Federación (en materia educativa, de planificación, construcción y mantenimiento de autopistas y carreteras, de control y auditoría del uso dado por parte de los *Länder* a las subvenciones y ayudas federales...) y de su capacidad de control sobre los presupuestos de los *Länder* por medio del Consejo de Estabilidad.

En definitiva, esta reforma constitucional pone de relieve que en un Estado federal en el que existen importantes desequilibrios financieros entre las distintas partes que lo integran puede acabar resultando decisiva la intervención del Estado central para hacer frente a tales desigualdades, en la medida en que la solidaridad interterritorial de carácter horizontal puede ser insuficiente o, en el peor de los casos, puede acabar agotándose, con el consiguiente riesgo que ello conlleva para el mantenimiento de condiciones de vida equivalentes de todas las personas que viven en los diferentes territorios de ese Estado.

Pues bien, es en este contexto en el que se han de analizar los procesos de reforma constitucional acaecidos en Alemania durante los dos primeros decenios del nuevo milenio, orientados, por un lado, a clarificar, en lo posible, el sistema de reparto competencial, particularmente en el terreno de la legislación, aunque prestando también atención a la ejecución de las leyes de la Federación por parte de los *Länder*, así como a redefinir la posición institucional del Consejo Federal, circunscribiendo su participación inexcusable en el procedimiento legislativo a la aprobación de aquellas leyes federales que tengan un auténtico contenido federal o, dicho de otro modo, que afecten de plano a los intereses de los *Länder*. Y todo ello sin olvidar aspectos tan cruciales para el orden federal alemán como son aquellos que se refieren tanto a la participación de los propios *Länder* en la creación del derecho europeo (fase ascendente), como a la

determinación de sus responsabilidades en caso de incumplimiento del mismo (fase descendente).

Asimismo, en el marco de este proceso de transformación del federalismo alemán de un modelo más cooperativo⁷ hacia otro más competitivo, se impone también una reflexión nueva sobre las denominadas tareas comunes (*Gemeinschaftsaufgaben*), tanto las obligatorias o auténticas como las voluntarias, así como una mirada renovada a las relaciones de la Federación y los *Länder* con los municipios y asociaciones de municipios, que centre su enfoque en el reforzamiento de la garantía de la autonomía local.

Por último, el complejo y transformado campo de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*, y de estos entre sí, deberá ser, asimismo, objeto de atención, pues, como resulta evidente, cualquier afectación del orden competencial, tanto de carácter legislativo como ejecutivo, debería ir acompañada de una redefinición igualmente sustantiva de las relaciones financieras entre los principales agentes políticos de la República Federal, la Federación y los *Länder*, si es que se quiere que aquella sea efectiva. En este sentido, recientemente se ha podido observar un claro desplazamiento del protagonismo en la búsqueda del equilibrio financiero interterritorial claramente a favor de la Federación.

Este es, por tanto, el punto en que se encuentra el debate sobre el federalismo en Alemania, sobre el que tampoco deja de planear la sombra de una reordenación, a la baja, del número de *Länder* que no acaba de cuajar (*Länderneugliederung*), sobre todo, por falta de interés de las elites políticas regionales y de los propios ciudadanos. Un debate que con toda seguridad no va a concluir con las tres reformas constitucionales mencionadas, en la medida en que tampoco los procesos de europeización y globalización, tan determinantes del sistema territorial de cada Estado, van a dejar de evolucionar en los próximos años. Y es que, como se ha señalado ya, el federalismo es movimiento político, lo que, entre otras cosas, implica un acercamiento a su estudio con la vista puesta en el hecho de que lo que hoy puede ser válido, tal vez, no lo sea mañana (o, al menos, no de igual modo). Al contrario de lo que sucede en los Estados unitarios o fuertemente centralizados, en los que la organización y funcionamiento de los poderes públicos responde a reglas más fijas y estables, en los Estados federales o territorialmente descentralizados tales reglas son más volubles, salvando unos pocos principios identificadores.

⁷ Un estudio muy completo en castellano sobre los rasgos cooperativos del federalismo alemán hasta mediados de los años ochenta del siglo pasado en E. Albertí Rovira, 1986.

A partir de estas premisas, nos encontramos en condiciones ya de realizar una sucinta enumeración crítica del contenido de las principales modificaciones constitucionales que han tenido lugar en la República Federal de Alemania en lo que llevamos de siglo (en 2006, 2009 y 2017), enmarcándolas en el contexto general del federalismo alemán, con sus principales señas de identidad, poniendo de manifiesto que las mismas apuntan claramente hacia un viraje en el paradigma federal hasta entonces imperante, no solo porque la *vis centralizadora* haya adquirido nuevo impulso, sino también en tanto que los elementos cooperativos, aun sin desaparecer, van cediendo paso a otros de corte más competitivo, y recalcando cómo el principio de competencia explica y da respuesta por sí solo a las relaciones entre las normas provenientes de los diferentes niveles de gobierno. Al mismo tiempo apreciaremos que la otra pieza clave del federalismo alemán, el Consejo Federal o *Bundesrat*, sin dejar de cumplir la función para la que fue concebido, esto es, un órgano de participación de los gobiernos de los *Länder* en la elaboración de la legislación federal que más directamente les afecte, ha acabado actuando, en ocasiones, como un instrumento al servicio de los intereses del partido o partidos políticos, mayoritarios en los *Länder* correspondientes pero no a nivel federal, que tratan de hacer oposición a la mayoría parlamentaria de gobierno, lo que puede ser especialmente grave si se tiene en cuenta que, como se verá, la capacidad de intervención de aquel había aumentado considerablemente hasta la reforma constitucional de 2006. Y todo ello sin perder de vista el reequilibrio de fuerzas que ha supuesto la reorganización de las piezas financieras entre la Federación y los *Länder*, particularmente a partir de la reforma constitucional de 2017.

II. DEL FEDERALISMO COOPERATIVO AL FEDERALISMO COMPETITIVO

Ya desde su misma configuración constitucional, el orden federal alemán presentaba signos centralizadores, que en su evolución posterior, por obra del legislador federal y de la jurisprudencia constitucional, se vieron notablemente acentuados. Para hacer frente a esa deriva que, en alguna medida, suponía un socavamiento de los rasgos federales del Estado alemán, tan intensamente garantizados, por otra parte, por la propia Ley Fundamental en su art. 79.3 GG, en el segundo lustro del siglo XXI el reformador constitucional asumió la tarea de reforzar los elementos competitivos del modelo en detrimento de los más cooperativos,⁸ al entender que de esa manera la posición de los *Länder*, en tanto que Estados fede-

⁸ Sobre la existencia de esta tensión entre los elementos cooperativos y competitivos en el federalismo alemán se venía hablando con insistencia desde comienzos de siglo. Vid. E. Schmidt-Jortzig, 1998; pp. 745-751; H. Bauer, 2002; pp. 837-845; T. Dietsch, 2004; y R. Herzog, 2006; pp. 3-5.

rados de la República Federal, se vería asimismo reforzada. A tal efecto, se culminaron, tras complejos procesos y sustanciosos debates, dos importantes reformas constitucionales en los años 2006 y 2009, que aunque no acaban de responder a las altas expectativas con que se anunciaron, sí suponen, en cierto modo, un giro en el modo de concebir las relaciones federativas, desde un punto de vista, sobre todo, competencial e institucional, pero también financiero, entre las distintas partes del Estado global, la Federación y los *Länder*. Algunos años después, en 2017, se acometió una nueva modificación constitucional de amplio alcance, con el fin de dotar a la Federación de un mayor peso en las transferencias financieras destinadas a corregir los desequilibrios de este tipo en que se encuentran los *Länder* con menor capacidad financiera, lo que, a su vez, tiene como contraprestación un incremento de las competencias federales en determinados ámbitos antes reservados a los *Länder* (infraestructuras de autopistas y carreteras, mayor control de la administración tributaria de los *Länder* por parte del Tribunal de Cuentas Federal, competencias educativas, control presupuestario de los *Länder* a través del Consejo de Estabilidad, etc.).

La primera duda que surge, a este respecto, responde a la pregunta de si no resulta algo paradójico ese afán de incentivar los rasgos competitivos en perjuicio de los cooperativos, a la luz de los procesos de reunificación nacional, integración europea supranacional e internacionalización o globalización en que se halla inserta la República Federal de Alemania, en tanto que, por una parte, Estado renovado que surge a raíz de la «fusión» de las dos *Alemanias* tras la caída del Muro de Berlín a finales de los años ochenta y comienzos de los noventa de la pasada centuria; en segundo término, en cuanto Estado miembro fundador y muy destacado de las Comunidades Europeas (hoy Unión Europea); y, en último lugar, en su condición de Estado con presencia creciente en el concierto internacional, como consecuencia, sobre todo, de su importantísima potencia exportadora que inevitablemente tiene reflejo en su creciente peso político. Y es que, a primera vista, parecería que todos estos procesos exigen un incremento de las virtudes cooperativas en los procesos de toma de decisiones, dado que son —o pueden ser— muy diversos los agentes e intereses a ahormar, y no tanto de las competitivas, que vendrían a poner el acento en el aspecto más exclusivo, entendido aquí como excluyente.

III. COOPERACIÓN *VERSUS* DISTRIBUCIÓN Y DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS

La conclusión que se intuía en el párrafo anterior, desde una aproximación más ponderada a los principios de competencia y cooperación, ha de ser co-

rregida, porque la colaboración leal entre las distintas partes de las relaciones federativas (Federación-*Länder*, en el seno de la propia República Federal de Alemania; Instituciones europeas-Estados miembros, en el ámbito de la Unión Europea; e Instituciones internacionales-Estados nacionales, en el terreno de las relaciones exteriores) demanda, como requisito previo, una clara distribución y delimitación de competencias entre todas ellas. Porque si hay discusión sobre la propia competencia, es decir, sobre quién es el titular de la misma o a quién corresponde su ejercicio y con qué alcance, difícilmente se dará aquella necesaria cooperación leal.

Esta es una de las enseñanzas que podemos extraer de la experiencia germana. El federalismo alemán, a partir de la II Guerra Mundial, se ha construido, en efecto, sobre unas bases cooperativas, en un principio impuestas, en buena medida, por las potencias de ocupación, y que después se han ido desarrollando extraordinariamente. Solo un ejemplo de ello es la introducción a finales de los años sesenta del siglo pasado de las llamadas «tareas comunes» (*Gemeinschaftsaufgaben*).⁹ Lo más llamativo es que esas tendencias cooperativas han venido de la mano de otras que apuntan hacia un incremento de las facultades legislativas de la Federación, dando lugar a las derivas centralizadoras del federalismo alemán a que nos referíamos más arriba.

IV. DE LA IMBRICACIÓN POLÍTICA Y LA IRRESPONSABILIDAD

ORGANIZADA A LA DESAFECCIÓN DEMOCRÁTICA

Resulta evidente que en Alemania, en el terreno de la legislación, que es el determinante cuando hablamos de poder político, la Federación ha venido ocupando una posición preeminente desde 1949, año de aprobación de la Ley Fundamental. Posición que se ha ido afianzando a través de las reformas constitucionales, de la actividad legislativa federal, así como de la jurisprudencia constitucional. La contrapartida que ha habido que pagar a los *Länder* por ese sobrepeso de la Federación en el campo legislativo no ha sido irrelevante: aquellos han visto cómo su capacidad de codecisión en la adopción de las decisiones legislativas federales aumentaba exponencialmente a través de la intervención del *Bundesrat* o Consejo Federal, hasta el punto de que antes de la reforma constitucional de 2006 en Alemania la aprobación de aproximadamente el cincuenta y tres por ciento de

⁹ Sobre el debate que precedió a la reforma constitucional de 2006 en relación con la necesaria disminución del alcance o, en su caso, supresión de las tareas comunes, vid. A. Arroyo Gil, 2006; pp. 129 y ss. Acerca de su efectiva reducción a partir de dicha reforma, vid. A. Arroyo Gil, 2009; pp. 104 y ss.

todas las leyes federales requería inexcusablemente el asentimiento de este órgano constitucional de representación de los Gobiernos de los *Länder*.

Tal y como se apuntó con anterioridad, esta situación, caracterizada por parte de la doctrina como de fuerte imbricación política (*Politikverflechtung*), paulatinamente dio lugar a lo que en algún momento ha sido entendido como grave irresponsabilidad organizada, queriendo significar con ello que, en muchas ocasiones, resultaba muy difícil, al menos para la mayoría de los ciudadanos, determinar quién era de qué responsable. Más allá de otras consideraciones, ello traía consigo una gran desafección democrática, poniéndose así de relieve la directa conexión entre dos principios estructurales de la organización del poder público en los Estados territorialmente descentralizados, y, por supuesto, también en Alemania: el principio democrático y el principio federal.¹⁰

V. MÁS COMPETENCIA, MENOS CODECISIÓN

Conscientes de la gravedad de estos problemas, las principales fuerzas políticas alemanas decidieron acometer, a los pocos años de dar comienzo el nuevo siglo, una reforma profunda de su sistema federal. Entre los objetivos principales que se perseguían, destacaba la necesidad de llevar a cabo una reformulación del orden de distribución de competencias entre la Federación y los *Länder* orientada por el principio de subsidiariedad, a fin de que se produjese una clarificación de las responsabilidades políticas de cada una de las partes, tanto a nivel territorial (Federación y *Länder*), como institucional (Dieta Federal y Consejo Federal).

Esta nueva división competencial, que debía significar la devolución de amplios campos materiales a la competencia exclusiva de los *Länder*, para ser equilibrada había de venir acompañada de una correlativa reducción de la influencia del Consejo Federal en la aprobación de la legislación federal, lo que, en el fondo,

¹⁰ Fue el politólogo Fritz W. Scharpf quien primero acuñó este término en 1985 para referirse a aquellos supuestos de confusión de responsabilidades que se dan con frecuencia tanto en el contexto europeo como en el alemán como consecuencia de la concurrencia de distintos sujetos políticos a la adopción de una misma decisión política (F. W. Scharpf, 1985). Posteriormente, son diversos los autores que se han referido a esta misma problemática desde diferentes enfoques (vid. A. Benz, 1998; pp. 558-589; U. Wachendorfer-Schmidt, 2003). En España la traducción del libro de Thomas Darnstädt, «La trampa del consenso», con estudio introductorio de F. Sosa Wagner, ofreció una visión, a mi juicio, demasiado «degenerada» del funcionamiento de las relaciones federativas en Alemania como consecuencia, precisamente, de la necesidad de buscar acuerdos entre la mayoría parlamentaria federal, representada en el *Bundestag*, y la mayoría gubernamental de los *Länder*, representada en el *Bundesrat* (T. Darnstädt, 2005). Con alcance más general, sobre las dificultades que, en ocasiones, presenta la compatibilidad entre federalismo y democracia, vid. A. Benz, 2009; pp. 3-22.

significaba una reducción de la capacidad de codecisión de los *Länder*, al tiempo que una clarificación de las responsabilidades propias de estos y, por ende, también de las de la Federación.

VI. NO ES LA SOBERANÍA, LA AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL O LA JERARQUÍA, SINO LA COMPETENCIA

En torno a la idea de competencia, por tanto, gira, en buena medida, el debate sobre el federalismo en Alemania. Es el principio de competencia el que explica las relaciones entre las normas procedentes de los distintos niveles de gobierno. Ya no son los viejos conceptos de soberanía o autonomía constitucional los que nos ofrecen las pautas más adecuadas para comprender el Estado federal alemán.¹¹ Las relaciones entre la Federación y los *Länder* no se explican tanto en términos de supra o subordinación, como de sujeción de ambos a las prescripciones de la Ley Fundamental. Es el reparto de competencias (y no la jerarquía) entre la Federación y los *Länder* el que nos permite conocer en qué términos se desarrollan las relaciones federativas en el seno del Estado federal alemán, de modo que la Federación, en el ámbito de sus responsabilidades, toma decisiones que vinculan a los *Länder*, de igual modo que estos, en el terreno de las suyas propias, adoptan asimismo medidas vinculantes para aquella. Y todo ello sin perjuicio de que, en momentos críticos que requieran una actuación de la Federación sobre los *Länder* que asegure el respeto al orden constitucional por parte de estos (prescrito por el art. 28 GG), la propia Ley Fundamental así lo prevea, incluso con carácter coercitivo (art. 37 GG).¹²

¹¹ Vid. S. Schäler, 2016. Una reflexión en castellano sobre el sentido de la «soberanía» en Alemania, tanto en relación con la Federación como, más en particular, con los *Länder*, para concluir que estos, en realidad, ni son soberanos ni tienen auténtica autonomía constitucional, en A. Arroyo Gil, 2012; pp. 30-73. Desde otra perspectiva y con conclusiones parcialmente diferentes, el excelente trabajo de S. Arias Guedón, 2016, 331 págs. Vid. asimismo S. Oeter, 1998; p. 384, para quien cada *Land* tiene su pueblo del que emana su soberanía. Probablemente, la razón de esta diferente apreciación de una cuestión clave como lo es la que se refiere a la «soberanía» derive del distinto significado que cada autor da a este término. Aunque, quizás, el problema esté ya resuelto si hacemos caso de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que sostuvo la imposibilidad de la celebración de un referéndum de autodeterminación en Baviera, por ser contrario al orden constitucional, así como acerca de que los *Länder* no son los dueños de la Ley Fundamental (Decisión de 16 de diciembre de 2016; 2 BvR 349/16: «*In der Bundesrepublik Deutschland als auf der verfassungsgebenden Gewalt des deutschen Volkes beruhendem Nationalstaat sind die Länder nicht «Herren des Grundgesetzes». Für Sezessionsbestrebungen einzelner Länder ist unter dem Grundgesetz daher kein Raum. Sie verstoßen gegen die verfassungsmäßige Ordnung.*».)

¹² Sobre la coerción federal (*Bundeszwang*), vid. H.-D. Pötschke, 1967; H. Schäfer, 1952-53; pp. 1-49. En castellano, vid. A. Arroyo Gil, 2015; pp. 51-70; G. Gómez Orfanel, 2005; pp. 41-60.

VII. NO ES LO MISMO EXCLUSIVIDAD DE LA COMPETENCIA

QUE REGULACIÓN COMPLETA DE UNA MATERIA

Para que el reparto de competencias entre la Federación y los *Länder* cumpla con el deseable objetivo de claridad y precisión, se requiere, con carácter previo, definir un concepto de «competencia» que lo haga posible, lo que pasa por asumir que esta solo puede ser adecuadamente entendida en términos de exclusividad. De este modo, idealmente, a la Federación le corresponde en exclusiva la competencia para regular legislativamente las materias que tiene atribuidas por la Constitución, de igual forma que son los *Länder* competentes en exclusiva para legislar sobre los campos materiales que les corresponden en virtud de las propias normas constitucionales.

Otra cosa es que, en función del tipo legislativo de que se trate el alcance de la normativa federal o de los *Länder* sea diferente. Así, la Federación podrá establecer una regulación completa cuando actúe en el terreno de la legislación exclusiva y concurrente (*ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebung*), pues esta última, pese a su denominación, cumplidas ciertas condiciones, también posibilita una intervención normativa de la Federación agotadora de la materia. Por el contrario, cuando se trate del ejercicio de una competencia marco (*Rahmenvorschriften*) —antes de ser derogada en 2006— o básica (*Grundsatzgesetzgebung*), la Federación únicamente podrá establecer una normativa de carácter principal o básico, si bien, en el primer supuesto (legislación marco) excepcionalmente se admitía también una regulación completa. Por su parte, los *Länder* también podrán establecer una regulación completa en el campo de su legislación exclusiva o en el de la legislación concurrente en tanto en cuanto la Federación no haya actuado. Solo podrán, en cambio, establecer una legislación de desarrollo o complementaria en el terreno de la (extinta) legislación marco y de la legislación básica.¹³

En resumen, esta distribución competencial así entendida, en términos de exclusividad, es la que permite que la necesaria cooperación entre la Federación y los *Länder* se desarrolle adecuadamente. Frente a lo que se suele creer, cooperación y competencia, como hemos señalado, no son ideas incompatibles, sino más bien todo lo contrario. Una correcta cooperación demanda, como condición previa, un nítido reparto de competencias entre las partes llamadas a cooperar. Si ello no fuera así, la discusión en torno a la competencia propia impediría o, al menos, dificultaría mucho una correcta cooperación.

¹³ Un estudio del reparto de competencias en el Estado federal alemán entre la Federación y los *Länder* en A. Arroyo Gil, 2013; pp. 85-154.

VIII. LA INTRODUCCIÓN DE LAS COMPETENCIAS DOBLES

EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL ALEMÁN

Sin embargo, esta idea de la exclusividad competencial, presente en muchas de las discusiones en torno a la reforma del federalismo en Alemania, no parece que haya sido tenida debidamente en consideración por los responsables de la modificación de la Ley Fundamental. Y es que, en efecto, en la reforma constitucional de 2006, además de suprimirse la legislación marco (decisión claramente orientada a reducir los ámbitos de cooperación legislativa entre la Federación y los *Länder*), se introdujo un nuevo tipo legislativo, el de la legislación divergente de los *Länder* (*Abweichungsgesetzgebung der Länder*), que por más que sistemáticamente quede encuadrado en el apartado 3 del artículo dedicado a regular la legislación concurrente (art. 72 GG), presenta, sin embargo, unos contornos propios que lo individualizan como tipo legislativo autónomo.¹⁴ En virtud del mismo, sobre determinados campos materiales la Federación podrá establecer legislación propia, una vez que se cumplan las condiciones que este mismo art. 72 GG en su apartado 2 establece para la legislación concurrente federal. Aprobada esa normativa federal, los *Länder* podrán desviarse de la misma sin ningún requisito adicional. Hecho esto, la Federación, a su vez, podrá dictar una nueva norma divergente sobre esas mismas materias, que, de nuevo, podrá ser sustituida por regulación de *Land*, en virtud del criterio temporal de la *lex posterior*. Y así *ad infinitum*.

Con independencia de que este nuevo tipo legislativo sea únicamente aplicable respecto de un elenco material muy reducido y de escasa importancia, lo cierto es que el mismo, como técnica normativa, deja mucho que desear, dado que, en último término, puede provocar una enorme confusión entre los ciudadanos acerca de quién es el responsable de la regulación de una determinada materia. Además, desde el punto de vista de la economía legislativa tampoco parece ser lo más adecuado, en tanto que podría dar lugar a una incesante actividad normativa de la Federación y los *Länder*, en el supuesto de que tanto aquella como estos desearan que respecto de alguna de esas materias referidas en el art. 72.3 GG prevaleciera su regulación. Al margen de que ello efectivamente suceda, el hecho

¹⁴ Sobre las posibilidades y límites de este nuevo tipo legislativo, vid. L. Beck, 2009; 221 págs.; y sobre lo que el mismo significa de cara a la posibilidad de diferenciación entre unos *Länder* y otros, vid. F. Decker, 2008; pp. 205-223. Véase, asimismo, H.-J. Dietsche, 2006; pp. 182-199, para quien la legislación divergente de los *Länder*, en el campo de la legislación concurrente, constituye un nuevo instrumento jurídico-constitucional de distribución de competencias.

mismo de que pueda suceder descalifica —a mi juicio— la bondad de esta técnica de reparto competencial.¹⁵

La verdadera relevancia de esta legislación divergente de los *Länder* se pone de manifiesto cuando caemos en la cuenta de que a través de la misma se acaba con uno de los principios básicos del federalismo alemán: la inexistencia de dobles competencias. Hasta la reforma constitucional de 2006 el ordenamiento constitucional alemán se había caracterizado por contener un reparto completo de competencias entre la Federación y los *Länder*, en el que, por consiguiente, no había lugar posible para las lagunas competenciales. Un reparto completo y separado de competencias en el sentido antes explicado: imposibilidad de que una misma materia pudiera ser regulada simultáneamente y con el mismo alcance por dos legisladores diferentes, uno federal y el otro de *Land*. Pues bien, esta regla básica quiebra con la introducción de la mencionada legislación divergente de los *Länder*. A partir de ahora son posibles las competencias dobles. Y el conflicto a que ello dé lugar no se podrá solucionar ya por aplicación del principio de competencia, tal y como ocurría hasta el momento en todo caso, dado que el principio de prevalencia del derecho federal sobre el de *Land* reconocido en el art. 31 GG carecía de aplicación práctica, sino que se habrá de acudir ahora a la aplicación del criterio temporal, prevaleciendo, en esos supuestos, siempre la norma posterior sobre la anterior, con independencia de la procedencia, federal o de *Land*, de cada una de ellas.

De esta forma, la concurrencia auténtica (pues la que existía hasta ahora, por más que se denominase así, no lo era) ha sido introducida en el orden constitucional alemán a partir de la reforma de 2006. Al margen de su incidencia práctica, la misma, en mi opinión, no puede ser bien recibida, en tanto que supone, desde un punto de vista dogmático, una auténtica *aberratio iuris*, al difuminar por completo la cuestión de la responsabilidad, justo lo contrario de lo que una norma jurídica debe hacer.

IX. COMPETENCIA *VERSUS* JERARQUÍA O PREVALENCIA

El principio de competencia, que es el que articula las relaciones en el seno de un Estado territorialmente descentralizado en el que el poder de las distintas partes que lo integran no está sujeto a la voluntad de una sola de ellas, resulta, precisamente por esta razón, difícilmente compatible con el principio de jerarquía

¹⁵ Vid. A. Arroyo Gil, 2009; pp. 59 y ss. Una valoración más positiva de este nuevo tipo legislativo en M. A. Cabellos Espiérrez, 2012; pp. 125-159.

o, incluso, con el de prevalencia del derecho de una de esas partes (normalmente, la federal) sobre el de la otra (los Estados miembros o *Länder*). Lo característico de la jerarquía y la prevalencia es dejar en manos de la entidad territorial cuyo derecho es jerárquicamente superior o prevalente la decisión sobre el alcance de la propia competencia, lo que llevado a sus últimas consecuencias es tanto como ignorar la pretensión constitucional de establecer una distribución competencial entre todas esas entidades que, precisamente por ser las integrantes de un Estado compuesto, han de tener un poder constitucionalmente limitado.

Esta es la razón que explica por qué en la República Federal de Alemania el principio de prevalencia del derecho federal sobre el de *Land*, expresamente reconocido en términos muy rotundos en el art. 31 GG («*Bundesrecht bricht Landesrecht*»),¹⁶ carece de virtualidad práctica en las relaciones entre las normas de carácter legislativo provenientes de cada una de esas partes de la relación federativa. Y es que en el ordenamiento constitucional alemán —según hemos tenido ocasión de ver— los eventuales conflictos que se produzcan entre las leyes federales y las de los *Länder* se resuelven en un estadio previo al de la prevalencia: en el de la competencia.

La labor del juez constitucional se ha de limitar, por tanto, a determinar cuál de las dos partes se ha extralimitado en el ejercicio de su competencia, a fin de decidir qué norma es inválida. Labor que puede alcanzar una gran complejidad, dada la dificultad que existe, por un lado, en fijar las fronteras entre campos materiales cercanos y, por el otro, en decidir el alcance concreto de una competencia que no conlleve la posibilidad de establecer una regulación completa de la materia de que se trate (caso de la extinta legislación marco y de la legislación básica). Con todo, pese a esta dificultad, el conflicto normativo —insisto— se habrá de resolver en el momento de la competencia, sin que, por tanto, tenga posibilidad alguna de entrar en juego el principio de prevalencia.

Lógicamente, la introducción de la legislación divergente de los *Länder* ha venido a alterar esta regla básica del federalismo alemán, pues ahora, en los campos materiales objeto de este nuevo tipo legislativo, los conflictos que surjan entre las leyes federales y las de los *Länder* se resolverán, como sabemos, por aplicación del criterio temporal, lo que, en realidad, supone una prevalencia (en la aplicación) de la norma posterior sobre la anterior.

Conviene también aclarar en este punto que, sin perjuicio de que el protagonismo del principio de competencia en la resolución de los conflictos normativos

¹⁶ Vid. W. März, 1989.

de base competencial entre la Federación y los *Länder* sea el señalado más arriba, hay momentos o circunstancias excepcionales que —según hemos visto— demandan una intervención federal al margen del orden competencial, intervención que, precisamente, por estar prevista en la propia Ley Fundamental, resulta perfectamente legítima (de manera muy especial, la llamada «coerción federal» del art. 37 GG). A través de estos poderes «excepcionales» la Federación o Estado central puede cumplir con una función propiamente estatal: garantizar el respeto al orden constitucional alemán, cuando los mecanismos «ordinarios» de organización y funcionamiento del conjunto del orden federal no sean capaces, o aptos, para ofrecer una respuesta oportuna y eficaz a los desafíos al Estado constitucional y democrático de Derecho provenientes de alguna de las partes que lo integran.

X. COMPETENCIA *VERSUS* CONCURRENCIA

Si, como acabamos de ver, competencia y prevalencia son dos principios que conviven con dificultad en el seno del Estado federal alemán, algo similar cabe decir respecto de la relación entre «competencia» y «concurrencia».¹⁷ Tal y como hemos tenido ocasión de comprobar, hasta la reforma constitucional de 2006 al federalismo alemán le era extraña la idea de las competencias dobles, en el sentido de que dos legisladores diferentes, uno federal y otro de *Land*, fueran simultáneamente competentes para regular con el mismo alcance una misma materia. Ni siquiera en el terreno de la llamada legislación concurrente se daba una auténtica concurrencia, ya que cuando actuaba la Federación, porque se cumpliera alguna de las condiciones que la habilitaban para ello, podía hacerlo con tanta extensión como si se tratase de una competencia exclusiva, es decir, podía agotar la regulación de la materia, sin que, en consecuencia, quedase espacio alguno para la normativa de *Land*. Por el contrario, en tanto la Federación permaneciera inactiva, porque no se cumpliera alguna de esas condiciones o porque, aun dándose alguna de ellas, decidiera no intervenir, los *Länder* podían regular, asimismo de manera completa, las materias objeto de este tipo legislativo.

Tampoco se producía concurrencia auténtica en el campo de la extinta legislación marco y de la legislación básica, ya que aquí el alcance de la competencia de la Federación y de los *Länder* era distinto, por más que ambos pudieran actuar simultáneamente para la regulación completa de la materia. Así, a la Federación le correspondía (corresponde aún, en el caso de la legislación básica) el estable-

¹⁷ Véase A. Arroyo Gil, 2014; pp. 623-636.

cimiento de los principios, bases o normas marco, mientras que a los *Länder* les quedaba (queda) reservada la correspondiente normativa de desarrollo.

Competencia y concurrencia eran, en conclusión, ideas que convivían con dificultad en el federalismo alemán hasta la modificación de la Ley Fundamental de 2006. Pero tras esta, con la introducción de la llamada legislación divergente de los *Länder*, las cosas cambian notablemente, dado que a partir de este momento —según hemos visto— tanto estos como la Federación son simultáneamente competentes para regular una misma materia con idéntico alcance, resolviéndose el conflicto normativo a que ello dé lugar mediante el criterio de la *lex posterior*.

XI. DE LAS GARANTÍAS JURÍDICAS A LAS GARANTÍAS POLÍTICAS DEL FEDERALISMO

Esta novedad del federalismo alemán solo puede ser recibida con altas dosis de escepticismo, ya que —tal y como se ha señalado— puede dar lugar a una confusión de responsabilidades que, más allá de su limitado alcance, por tratarse de un número de materias bien acotado (art. 72.3 GG), en nada contribuye a facilitar a los ciudadanos la identificación de la entidad responsable de la actuación de que se trate, lo que podría acabar teniendo consecuencias nada favorecedoras de la afección por parte de estos al propio principio democrático.

En último término, las competencias exclusivas (con independencia de su alcance) se mueven en el terreno de las garantías jurídicas, dado que la operación que en cada caso habrá que hacer para resolver el posible conflicto pasará por determinar la titularidad de la propia competencia. Por el contrario, la concurrencia competencial, aunque los conflictos a que dé lugar también se resuelvan por aplicación de criterios jurídicos (el temporal, en el caso de la legislación divergente), despliega su ámbito de actuación, básicamente, en el terreno de las garantías políticas, ya que el control de la actuación (o ausencia de ella) de la Federación o de los *Länder* dependerá siempre de un juicio de oportunidad, al ser ambos legisladores competentes en todo momento.

Esto significa un cambio de paradigma que, en mi opinión, encaja mal en un sistema jurídico político como el alemán, caracterizado hasta el momento por su afán de precisión jurídica, tanto desde una perspectiva normativa como jurisprudencial, en lo que a distribución y delimitación competencial se refiere, o lo que viene a ser prácticamente lo mismo, en su división del poder público entre las distintas partes integrantes del Estado global: la Federación y los *Länder*.

XII. DISMINUCIÓN DE LA INFLUENCIA DEL *BUNDESRAT*

POR MOTIVOS DE EFICACIA Y DE DEMOCRACIA

Pero al margen de estas consideraciones sobre la competencia, la reforma constitucional del federalismo alemán de 2006 también trajo consigo algunas otras novedades, al tiempo que puso de manifiesto problemas o tendencias que se han ido acentuando con el paso del tiempo y que, entre otras cosas, afectan al núcleo duro de la organización del poder público en Alemania y, por ende, en cualquier otro Estado territorialmente descentralizado que se organice, al menos, parcialmente, sobre fundamentos similares a los propios del constitucionalismo germano.

Así, una de las razones principales que animaron esta reforma tenía que ver con la necesidad de disminuir la influencia del Consejo Federal en la legislación federal, tal y como señalamos anteriormente. La evolución experimentada por el federalismo alemán había llevado a que más del cincuenta por ciento de las leyes federales precisasen para su aprobación del asentimiento inexcusable del *Bundesrat*. Esto situaba a este órgano constitucional de representación de los Gobiernos de los *Länder* en una posición privilegiada que acarrea determinadas consecuencias desde el punto de vista del funcionamiento del sistema, así como desde la perspectiva del principio democrático.¹⁸

Por lo que se refiere a lo primero, esa intervención imprescindible del *Bundesrat* obligaba a poner en práctica procesos de negociación arduos y complejos, en los que, en el peor de los casos, no era posible alcanzar acuerdos, de modo que la ley en cuestión no se podía aprobar, o, lo que no es mucho mejor, el compromiso que se lograba cerrar resultaba a todas luces insuficiente o incompleto para ofrecer una respuesta adecuada al problema planteado. Esto ocurría, sobre todo, cuando la mayoría en la Dieta Federal que sostenía al Gobierno Federal no era del mismo color político que la dominante en el Consejo Federal. En estos casos existía siempre el riesgo, cierto o latente, de que esta última utilizase su poder para hacer labor de oposición política, primando, por tanto, los intereses partidistas sobre los de los *Länder*, lo que provocaría, como es previsible, graves distorsiones en el funcionamiento del sistema de adopción de decisiones.

Por su parte, desde la perspectiva del principio democrático no podemos ignorar que el *Bundesrat* se encuentra integrado por representantes de los Gobiernos de los *Länder* y que, en consecuencia, ostenta una legitimidad democrática mucho más dé-

¹⁸ Estudios recientes en castellano sobre el *Bundesrat* en S. Oeter, 2005; S. Oeter / J. Wolf, 2006; A. López Castillo, 2008; pp. 287-345; A. Arroyo Gil, 2010-2; pp. 229-266.

bil que aquella que corresponde a la Dieta Federal, integrada por los representantes del pueblo directamente elegidos por este. De ahí que colocar en plano de igualdad a ambos órganos constitucionales en la aprobación de la mayoría de las leyes federales, tal y como ocurría antes de la reforma constitucional de 2006, no dejase de plantear algunas dudas desde la perspectiva del principio democrático. Y es que el *Bundesrat*, por más que conceptualmente no esté caracterizado como cámara parlamentaria en sentido estricto, sino como órgano constitucional de representación territorial de composición gubernamental, lo cierto es que juega un papel muy importante, decisivo, en muchas ocasiones, en la aprobación de todas las leyes federales.

Así pues, aunque este era otro de los principales propósitos de la modificación de la Ley Fundamental (disminuir drásticamente el número de leyes federales precisadas del asentimiento inexcusable del Consejo Federal), apuntando algunas de las decisiones adoptadas claramente en esa dirección, tampoco se puede desconocer que hay otras que van, curiosamente, en el sentido contrario. Así, aquellas leyes federales que supongan un incremento de las obligaciones económicas de los *Länder* van a necesitar tras la reforma el asentimiento del *Bundesrat* para poder ser aprobadas. Con todo, parece que, al menos en términos cuantitativos, la reforma constitucional, en este sentido, ha traído consigo una reducción significativa del número de leyes que precisan de esa aprobación imprescindible del *Bundesrat*. Entre 1949 (año de aprobación de la Ley Fundamental de Bonn) y 2006 (año de la reforma referida) el 53 % de las leyes aprobadas en Alemania requirió el voto favorable del *Bundesrat*. Ese porcentaje ha disminuido desde 2006 hasta la actualidad aproximadamente al 40%.

XIII. DE LA «DESPARLAMENTARIZACIÓN» A LA

«REPARLAMENTARIZACIÓN» DE LA VIDA PÚBLICA

La cuestión anterior, no obstante, hay que enmarcarla dentro de un debate de más amplio calado y alcance, que tiene que ver con la crisis del parlamentarismo en nuestras democracias como consecuencia del papel preponderante que dentro de ellas juegan los partidos políticos, que han llegado a ejercer un poder de control sobre las mayorías en las Cámaras legislativas y, en definitiva, en los Gobiernos, casi absoluto, lo que ha supuesto una alteración completa del papel que teóricamente tiene asignado cada uno de estos poderes, de modo que hoy en día es difícil negar que son los Gobiernos los que, partido político mediante, controlan a los Parlamentos, o, al menos, a la mayoría dentro de cada uno de ellos, lo que se ve extraordinariamente acentuado cuando el partido que sostiene al Gobierno ostenta una amplia mayoría parlamentaria.

Esta crisis del parlamentarismo ha tenido su reflejo en Alemania en la proliferación de órganos de composición reducida que actúan con facultades, en ocasiones, similares a las del propio Parlamento en pleno (caso de la Comisión de mediación), y que por lo que se refiere al *Bundesrat*, pese a que no se trate de un órgano propiamente legislativo, ha tenido su reflejo más claro en la creación de la Cámara de Asuntos Europeos, que con una composición netamente más reducida que el órgano del que pende, puede, sin embargo, tomar decisiones como si se tratase de este acerca de cuestiones de tanta trascendencia como son las relativas al derecho europeo, y en la que, además, se permite el voto por correo.

Para hacer frente a esta situación, caracterizada de manera muy expresiva como de «desparlamentarización» («*Entparlamentarisierung*»),¹⁹ parte de la doctrina científica en Alemania ha reclamado un proceso contrario de «reparlamentarización» de la vida pública, cuya manifestación principal debe centrarse en el incremento del protagonismo de la Dieta Federal, auténtica cámara de representación popular, en detrimento del Consejo Federal, cuya actuación debería circunscribirse con más rigor a la prestación de su asentimiento para la aprobación de aquellas leyes federales que afectasen de manera directa y sustancial al ámbito competencial de los *Länder*.

Al mismo tiempo, como alternativa se ha propuesto llevar a cabo un fortalecimiento de los mecanismos de democracia directa, no sólo a nivel federal, sino también de *Land*, así como una mejora del derecho electoral, que permita una conexión más estrecha entre los titulares últimos de todo el poder público y sus representantes, mitigando así las posibilidades de falseamiento de la voluntad popular, como consecuencia de la preponderancia de los intereses partidistas. También se ha puesto de relieve la necesidad de mejorar el funcionamiento democrático de los propios partidos políticos, como paso primero para buscar una mejor integración de los mismos en el entramado institucional y organizativo del Estado, a la vista de que, como hemos apuntado, son ellos cada vez más, y no tanto los órganos constitucionales de representación popular o territorial, la Dieta Federal o el Consejo Federal, los auténticos protagonistas en la democracia parlamentaria alemana.

XIV. REPARTO Y DIFUMINACIÓN DE RESPONSABILIDADES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO EUROPEO

Por lo que se refiere a la participación de los *Länder* en la creación del derecho europeo, la reforma constitucional de 2006 también ha traído consigo alguna

¹⁹ Denunciada, entre otros, por el entonces presidente del Tribunal Constitucional Federal alemán (H.-J. Papier, 2003; p. 8). Vid. asimismo T. Puhl, 2005; pp. 639-683; R. Tils / B. Bornemann, 2004; pp. 43-45; F. Brehm, 2017; pp.1-21.

novedad. Particularmente, en la llamada «fase ascendente», al tiempo que se ha circunscrito también se ha potenciado la intervención de los *Länder* en el proceso de toma de decisiones a nivel europeo en aquellos aspectos más directamente relacionados con su «soberanía cultural» (enseñanza, cultura y radiodifusión). Ahora la Federación tiene el deber de transferir a un representante de los mismos, nombrado por el Consejo Federal, el ejercicio de los derechos que le corresponden a la República Federal de Alemania en tanto que Estado miembro de la Unión Europea. Lógicamente, ello deberá hacerse en coordinación con el Gobierno Federal, dado que finalmente es la Federación la que responde por el conjunto del Estado ante las autoridades europeas.

Por lo que se refiere a la llamada «fase descendente», la regla general es que la carga de una infracción de las obligaciones supranacionales debe ser soportada por aquella parte a la que es atribuible el incumplimiento de acuerdo con el orden interno de reparto de competencias. No obstante, en los supuestos de correcciones financieras de la Unión Europea esta regla básica de la responsabilidad se ve matizada por la de la solidaridad de la Federación y los *Länder*, cuando quien incumple es alguno de estos.

Algo similar sucede en el terreno de las obligaciones de la República Federal de Alemania respecto a la observancia de la disciplina presupuestaria fijada en los Pactos de Estabilidad y Crecimiento de 1997. Si se produjese, a este respecto, algún incumplimiento, la Federación respondería por el 65% del coste del mismo, y los *Länder* por el 35% restante (de manera diferente en función de cuál de ellos haya sido el incumplidor). Se trata, por tanto, de una regla objetiva de determinación de la responsabilidad, que en poco ayuda a conseguir uno de los propósitos de la reforma constitucional: determinar con mayor precisión, sobre todo, de cara a los ciudadanos, las responsabilidades propias de la Federación y los *Länder*. De ahí que su introducción no haya estado exenta de críticas y objeciones.

XV. EN MATERIA FINANCIERA, LA DESCONEXIÓN ENTRE INGRESOS Y GASTOS SIGUE AUSENTE DE LA CONSTITUCIÓN, LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA YA NO

Las reformas competenciales e institucionales a que nos hemos referido se verían muy mermadas si no viniesen acompañadas de modificaciones financieras que dotasen a aquellas de mayor virtualidad. De ahí que a la reforma constitucional de 2006 le siguiese la de 2009, en la que, entre otras cosas, se pretendía llevar a cabo una reordenación de las relaciones financieras de la Federación y los *Länder*. Más allá de declaraciones retóricas, lo cierto es que esta tuvo un alcance más bien

modesto, pues los aspectos fundamentales de aquellas no se vieron afectados, y, en concreto, lo relativo a la ordenación de las competencias de la Federación y los *Länder* en materia fiscal, reflejo principal de la autonomía presupuestaria y, por ende, financiera de aquella y estos.²⁰

En definitiva, no fue posible hacer realidad el principio básico que debería regir este tipo de cuestiones en un Estado territorialmente descentralizado: el principio de conexión entre ingresos y gastos públicos. Pues solo si cada una de las partes de la relación federativa es responsable de los ingresos que obtiene, sobre todo, vía fiscal, podrá garantizarse, asimismo, su responsabilidad por los gastos que realice.

Por el contrario, sí fue posible avanzar en la plasmación constitucional del principio de estabilidad presupuestaria, hasta el punto de que el mismo quedó así recogido en el propio texto de la Ley Fundamental, en unos términos, por cierto, no indiscutidos, pues se ha cuestionado, en efecto, la conveniencia de fijar una barrera del máximo nivel normativo, infranqueable, por tanto, para el legislador ordinario, tanto federal como de los *Länder*, que impida poner en práctica políticas de incremento del gasto público para hacer frente a situaciones de parálisis o decrecimiento económico.²¹ Con todo, esta es una medida que, en la actualidad, supera el ámbito territorial de un Estado miembro de la Unión Europea, para desenvolverse, precisamente, en el terreno de la legislación europea. No obstante, conviene recordar que ha sido el Gobierno alemán el que más ha presionado para que ello así ocurriera.

XVI. LA SOLIDARIDAD INTERTERRITORIAL ES, SOBRE TODO, COSA DE LA FEDERACIÓN

Como consecuencia de la reforma constitucional de 2017, a partir de 2020 (y hasta 2030) el sistema de compensación financiera, destinado a paliar los déficits de capacidad financiera de los *Länder* «pobres», se verá sustancialmente modificado, de forma que el sistema de transferencias horizontales (entre *Länder* pagadores y perceptores) cederá protagonismo al de transferencias verticales, procedentes de la Federación. Como contraprestación, la Federación asumirá más competencias y control presupuestario sobre los *Länder*. Paradójicamente, esta reforma no solo traerá consigo una centralización del federalismo alemán,

²⁰ Vid. U. Häde, 2010; pp. 541-572. En Castellano, A. Arroyo Gil, 2010-1; pp. 41-72; y G. Gómez Orfanel, 2009; pp. 233-242.

²¹ Vid. A. Arroyo Gil, 2010-1; pp. 41-72 y A. Arroyo Gil / I. Giménez Sánchez, 2013; pp. 153 y ss. Sobre el alcance de esta reforma de 2009, con atención especialmente a su significado en términos de límite al endeudamiento, vid. I. Deubel, 2009; pp. 231-249; A. Scholl, 2010; pp. 160-169.

sino que, además, al contrario de lo que se pretendía con la de 2006, supondrá una disminución de las capacidades competitivas del mismo.

Pero más allá de esto, lo que la misma pone claramente de relieve es que en la práctica de la solidaridad interterritorial resulta decisiva la intervención del poder central cuando los Gobiernos de las entidades federadas empiezan a dar muestra de cansancio o agotamiento. En último término, la nivelación de la capacidad financiera de los *Länder* no solo sirve a un loable objetivo de equilibrio territorial, sino que, en el fondo, de ella depende algo mucho más importante: que todos los ciudadanos alemanes disfruten de condiciones de vida equivalentes, tal y como la propia Constitución desea en su art. 106.3 núm. 2 GG.

XVII. CONCLUSIÓN FINAL: LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA SIGUE SIENDO UN «ESTADO FEDERAL UNITARIO»

Las reformas constitucionales objeto de estudio en este trabajo, sobre todo, la de 2006, pese a su trascendencia y alcance, no han supuesto un auténtico cambio de modelo del federalismo alemán. La República Federal de Alemania, por consiguiente, sigue siendo un «Estado federal unitario»,²² en el que los avances experimentados en la clarificación de la distribución y delimitación constitucional de competencias entre la Federación y los *Länder* coadyuvan a que la cooperación entre aquella y estos, que continúa siendo imprescindible para el buen funcionamiento del conjunto del sistema, resulte más eficaz y democrática. Al mismo tiempo, por medio de estas reformas, y singularmente a través de la última de ellas, la de 13 de julio de 2017, se ha puesto también de relieve que el elemento «unitario» o «centralizador», con el paso de los años ha adquirido un peso creciente en el federalismo alemán, fundamentalmente como consecuencia de los importantes y prolongados desequilibrios territoriales que existen entre los diferentes *Länder* integrantes de la República Federal, muy acentuados a partir de la reunificación que tuvo lugar hace ya casi 30 años. Desequilibrios estos que demandan una potente intervención financiera de la Federación orientada a paliar unas diferencias de capacidad financiera que pueden poner en riesgo uno de los objetivos básicos a que ha de servir todo Estado: el disfrute de condiciones de vida equivalentes por parte de todos los ciudadanos, con independencia del lugar en el que residan.

²² Como ya lo definiera Konrad Hesse a comienzos de la década de los sesenta del siglo pasado (K. Hesse, 1962). Más recientemente, Gerhard Lehbruch ha retomado este expresivo término para caracterizar, de nuevo, al Estado federal alemán de comienzos del siglo XXI, si bien su apuesta es ahondar en la descentralización (G. Lehbruch, 2002; pp. 53-110).

XVIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTÍ ROVIRA, E. (1986). *Federalismo y cooperación en la República Federal de Alemania*. Madrid: CEC.
- ARIAS GUEDÓN, S. (2016). *Las Constituciones de los Länder de la República Federal de Alemania*. Contenido, garantías y posición en el ordenamiento jurídico alemán. Madrid: CEPC.
- ARROYO GIL, A. (2002). El Estado federal en crisis (A propósito de la República Federal de Alemania). Recensión a los libros de Edin Šarčević: *Das Bundesstaatsprinzip*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000; Ronald Sturm: *Föderalismus in Deutschland*, Leske+Budrich, Opladen, 2001; Hans-Georg Wehling (ed.): *Die deutschen Länder*, Leske+Budrich, Opladen, 2.ª ed., 2002. *REP*, n.º 117, pp. 313-352.
- ARROYO GIL, A. (2006). *El federalismo alemán en la encrucijada* (Sobre el intento de modernización del orden federativo en la República Federal de Alemania), Prólogo de Manuel Medina Guerrero. Madrid: CEPC / Fundación Manuel Giménez Abad.
- ARROYO GIL, A. (2009). *La reforma constitucional del federalismo alemán*: Estudio crítico de la 52.ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006, Prólogo de J. J. Solozábal Echavarría. Colección Con(Textos)A, n.º 11. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms.
- ARROYO GIL, A. (2010-1). La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* en la República Federal de Alemania. *REAF*, n.º 10, pp. 41-72.
- ARROYO GIL, A. (2010-2). Las Relaciones Intergubernamentales en el Federalismo Alemán: el *Bundesrat* o Consejo Federal alemán. En J. Tudela Aranda / F. Knüpling (Eds.). *España y modelos de federalismo* (pp. 229-266). Prólogos de Francisco Rubio Llorente y Arnold Koller. Col. Cuadernos y Debates, n.º 204. Madrid: CEPC / Fundación Manuel Giménez Abad.
- ARROYO GIL, A. (2012). Cualidad estatal, soberanía, autonomía constitucional y competencia en la República Federal de Alemania: Las Constituciones de los Länder. *REAF*, n.º 16, pp. 30-73.
- ARROYO GIL, A. (2013). Fundamentos constitucionales del reparto de competencias en la República Federal de Alemania. En AA.VV. *Cooperación y reparto competencial en los estados descentralizados* (pp. 85-154). Col·lecció Institut d'Estudis Autònoms, n.º 83. Barcelona: IEA-Generalitat de Catalunya.
- ARROYO GIL, A. (2014). Exclusividad vs. Concurrencia competencial. Tipos legislativos en la República Federal de Alemania. En A. López Basaguren / L. Escajedo

- San Epifanio (Eds.). *Los caminos del federalismo y los horizontes del Estado autonómico* (pp. 623-636). Oñati: IVAP.
- ARROYO GIL, A. (2015). Unidad, lealtad y coerción federal (o estatal) en Alemania y España. *RJUAM*, n.º 31, pp. 51-70.
- ARROYO GIL, A. / GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. (2013). La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia. *REDC*, n.º 98, pp. 149-188
- BAUER, H. (2002). Entwicklungstendenzen und Perspektiven des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland: Zugleich ein Beitrag zum Wettbewerbsföderalismus. *DÖV*, n.º 55, pp. 837-845.
- BECK, L. (2009). *Die Abweichungsgesetzgebung der Länder* (aus staatsrechtlicher, rechtsvergleichender und dogmatischer Sicht). Baden-Baden: Nomos.
- BENZ, A. (1998). Politikverflechtung ohne Politikverflechtungsfälle – Koordination und Strukturpolitik im europäischen Mehrebenensystem. *Politische Vierteljahresschrift*, n.º 39, 3, pp. 558-589.
- BENZ, A. (2009). Ein gordischer Knoten der Politikwissenschaft? Zur Vereinbarkeit von Föderalismus und Demokratie. *Politische Vierteljahresschrift*, n.º 50, 1, pp. 3-22.
- BREHM, F. (2017). *Die Gouvernentalisierung parlamentarischer Gesetzgebung – Eine Analyse der Entparlamentarisierung durch Gesetzgebungsoutsourcing am Beispiel der Kanzlei Linklaters*. Halle (Saale): Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A. (2006). Los resultados del proceso de reforma del federalismo en Alemania. Tema del semestre, *RGDC*, n.º 2.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A. (2012). Nuevas formas de distribución competencial: la legislación divergente en el federalismo alemán. *REDC*, n.º 96, pp. 125-159.
- DARNSTÄDT, Th. (2005). *La trampa del consenso*, Estudio introductorio de Francisco Sosa Wagner. Madrid: Trotta / Fundación Alfonso Martín Escudero.
- DECKER, F. (2008). Mehr Asymmetrie im deutschen Föderalismus? Die neue Abweichungsgesetzgebung. En Ezff (Ed.). *Jahrbuch des Föderalismus 2007* (pp. 205-223). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- DEUBEL, I. (2009). Die Föderalismusreform II: eine sinnvolle Weiterentwicklung der Verschuldungsgrenzen. *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE)*, n.º 2, pp. 231-249.
- DIETSCH, T. (2004). *Wettbewerbsföderalismus vs. Kooperativer Föderalismus?* (Reformen im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland). Diplomarbeit. Freie Universität Berlin.

- DIETSCHKE, H.-J. (2006). Die ‚konkurrierende Gesetzgebung mit Abweichungsrecht für die Länder. Zu den verschiedenen Modellen der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung eines neuen materiell-rechtlichen Gesetzgebungsinstrumentes. En Ezff (Ed.). *Jahrbuch des Föderalismus 2006* (pp. 182-199). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- DREYER, M. (2017). Die Reform der Finanzbeziehungen im deutschen Bundesstaat: Eine Stärkung des Föderalismus. En Ezff (Ed.). *Jahrbuch des Föderalismus 2017* (pp. 23-36). Baden-Baden: Nomos.
- EZFF (Ed.) (2017). *Jahrbuch des Föderalismus 2017*. Baden-Baden: Nomos.
- GÓMEZ ORFANEL, G. (2005). La coerción federal en el Derecho comparado. *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 26, pp. 41-60.
- GÓMEZ ORFANEL, G. (2009). La reforma constitucional del federalismo financiero alemán (*Föderalismusreform 2009*) y la reforma constitucional española de 2011. *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 38, pp. 233-242.
- HÄDE, U. (2010). Die Ergebnisse der zweiten Stufe der Föderalismusreform. *AöR*, n.º 135, pp. 541-572.
- HERZOG, R. (2006). Kooperation und Wettbewerb. *APuZ*, n.º 50, pp. 3-5.
- HESSE, K. (1962). *Der unitarische Bundesstaat*. Karlsruhe: C. F. Müller.
- KÖLLING, M. (2016). Las relaciones financieras entre la Federación y los Länder a partir de 2020. Acerca del reciente acuerdo sobre las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en Alemania. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 12, pp. 34-36.
- LEHMBRUCH, G. (2002). Der unitarische Bundesstaat in Deutschland: Pfadabhängigkeit und Wandel. En A. Benz / G. Lehbruch (eds). *Föderalismus. Politische Vierteljahresschrift Sonderheft*, vol 32 (pp. 53-110). Wiesbaden: vs Verlag für Sozialwissenschaften.
- LÓPEZ CASTILLO, A. (2008). El Consejo Federal alemán. En J.J. Solozábal Echavarría (Ed.). *Repensar el Senado. Estudios sobre su reforma* (pp. 287-345). Madrid: Senado.
- MÄRZ, W. (1989). Bundesrecht bricht Landesrecht. Eine staatsrechtliche Untersuchung zu Artikel 31 des Grundgesetzes. *Tübingen Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht*, Tomo 1. Berlin: Duncker-Humblot.
- MEYER, H. (2008). *Die Föderalismusreform 2006* (Konzeption, Kommentar, Kritik). Berlin: Duncker&Humblot.
- OETER, S. (1998). *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- OETER, S. (2005). La posición del *Bundesrat* en el sistema constitucional alemán. Consideraciones desde el punto de vista histórico y jurídico constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 16.

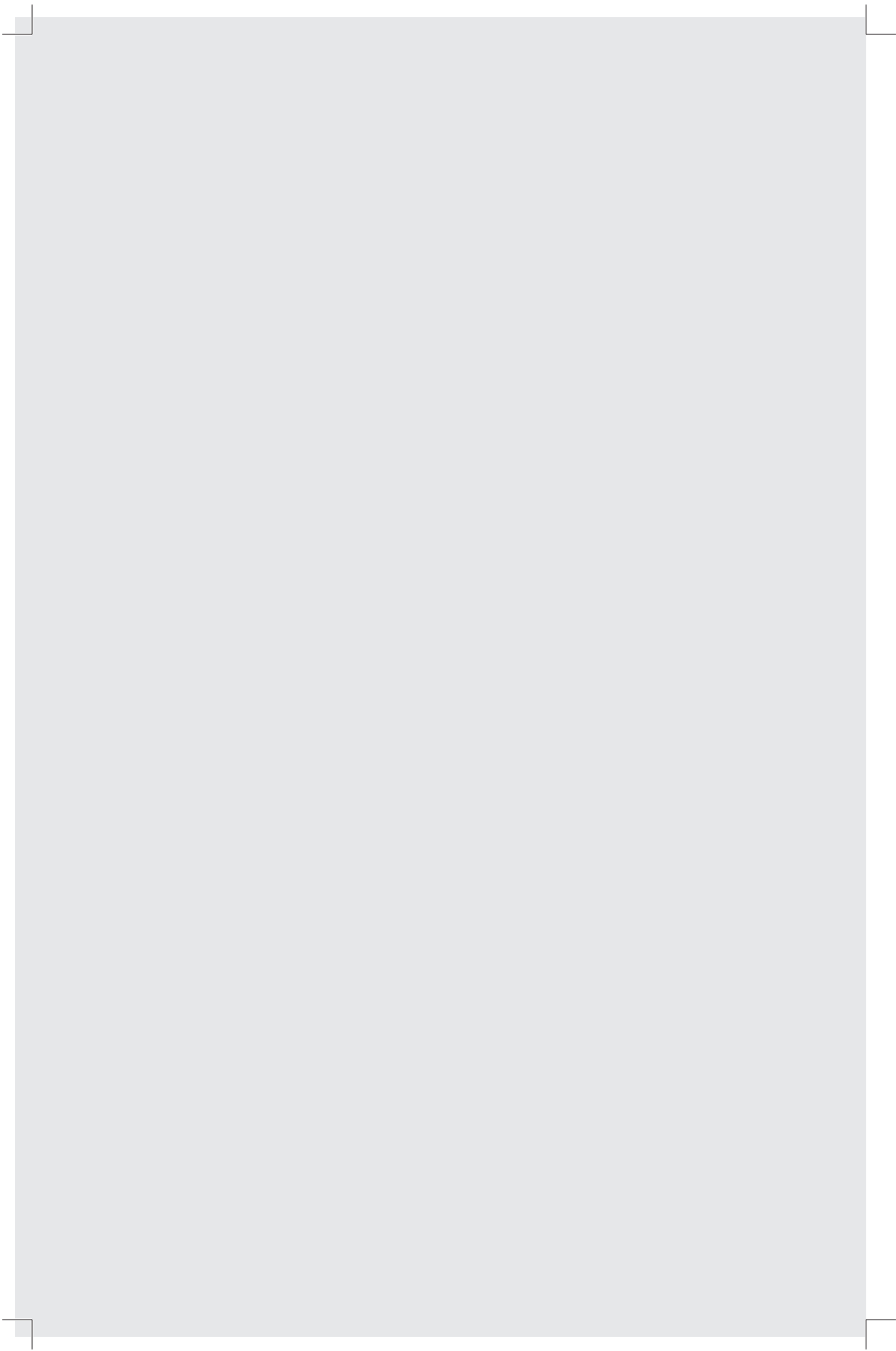
- OETER, S. / WOLF, J. (2006). La posición del *Bundesrat* tras la reforma del federalismo. *REDCE*, n.º 6 (*La reforma del federalismo alemán*).
- PAPIER, H.-J. (2003). Reform an Haupt und Gliedern. Eine Rede gegen die Selbstentmachtung des Parlaments. *FAZ*, n.º 26, 21.01.2003, p. 8.
- PÖTSCHKE, H.-D. (1967). *Bundesaufsicht und Bundeszwang nach dem Grundgesetz*, Würzburg.
- PUHL, T. (2005). Entparlamentarisierung und Auslagerung staatlicher Entscheidungsverantwortung. En Isensee/ Kirchof (Eds.). *Handbuch des Staatsrechts*, Tomo III - *Demokratie – Bundesorgane* (pp. 639-683). Heidelberg: C. F. Müller.
- SCHÄFER, H. (1952-53). Bundesaufsicht und Bundeszwang. *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 78 (N.F. 39), n.º 1, pp. 1-49.
- SCHÄLER, S. (2016). *Föderalismus und Souveränität im Bundesstaat*: Ideengeschichtliche Grundlagen und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Wiesbaden: Springer.
- SCHARPF, F. W. (1985). Die Politikverflechtungs-Fälle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich. *Politische Vierteljahresschrift*, n.º 26.
- SCHMIDT-JORTZIG, E. (1998). Herausforderungen für den Föderalismus in Deutschland (*Plädoyer für einen neuen Wettbewerbsföderalismus*). *DÖV*, n.º 18, pp. 746-751.
- SCHOLL, A. (2010). Die Neuregelung der Verschuldungsregeln von Bund und Ländern in den Art. 109 und 115 GG. *DÖV*, n.º 4, pp. 160-169.
- STARCK, Ch. (ed.) (2007). *Föderalismusreform*: Einführung. München: Beck/Vahlen.
- TILS, R./BORNEMANN, B. (2004). Im Schatten der Regierung? Tendenzen der Entparlamentarisierung und Gegenstrategien. *Forschungsjournal Neue Soziale Bewegungen (NSB)*, Jg. 17, 3/2004, pp. 43-45.
- WACHENDORFER-SCHMIDT, U. (2003). *Politikverflechtung im vereinigten Deutschland*. Wiesbaden: Wtdt. Verlag.

L'EVOLUZIONE DELLO STATO REGIONALE ITALIANO: DALLE RIFORME CENTRIFUGHE AL FALLIMENTO DI QUELLE CENTRIPETE

Giancarlo Rolla

SUMARIO

- I. La formazione in Italia di uno Stato unitario centralizzato e la scelta regionalista in Assemblea costituente.
- II. Nascita e sviluppo del regionalismo.
- III. La travagliata via crucis delle riforme costituzionali: dalle Commissioni bicamerali alla revisione dell'intero titolo v della Costituzione.
- IV. La difficile e contraddittoria attuazione della riforma costituzionale.
- V. L'accentuazione di tendenze centripete tra vincoli europei e tentativi (falliti) di rivedere la Seconda parte della Costituzione.
- VI. E' possibile una nuova fase per il regionalismo italiano?



I. LA FORMAZIONE IN ITALIA DI UNO STATO UNITARIO CENTRALIZZATO E LA SCELTA REGIONALISTA IN ASSEMBLEA COSTITUENTE

Quando si dovettero definire i lineamenti costituzionali del nascente Regno d'Italia (1861), i costituenti avevano davanti due distinte esperienze di ordinamenti unitari: le Repubbliche federali e le Monarchie costituzionali.

Le prime erano storicamente nate per soddisfare un'esigenza di maggiore unità: diverse comunità territoriali avevano rinunciato a parti della propria originaria sovranità per meglio affrontare insieme problemi comuni, in quanto la forma di Stato federale appariva l'assetto istituzionale più idoneo ad assicurare l'unificazione giuridica ed economica, nonché a favorire un'amalgama di culture e tradizioni. A questo proposito si è rivelata particolarmente acuta l'osservazione di Dicey il quale ha individuato le precondizioni per la creazione di una federazione, da un lato, nella presenza di una pluralità di territori collegati dalla storia, dalla razza, da una comune nazionalità e, dall'altro lato, nella circostanza che gli abitanti di quei territori desideravano l'unione, ma non l'omogeneità.¹

Per contro, le monarchie costituzionali si sono diffuse in Europa nell'800 ispirandosi in vario modo ai principi organizzativi propri dello Stato liberale di diritto (principio di legalità, separazione dei poteri, superamento dell'unitarietà del potere regio a vantaggio di un maggior ruolo dei Parlamenti, centralità della legge nei confronti delle altre fonti del diritto).

Si è trattato di due esperienze alternative: gli Stati federali hanno individuato nel principio repubblicano un *humus* favorevole allo sviluppo di tale forma di Stato e sono pervenuti all'unità attraverso una libera scelta dei territori (Svizzera, Stati Uniti d'America, Stati Uniti del Messico, Venezuela, Argentina), viceversa

¹ A. Dicey, 1885; p. 141.

le Monarchie costituzionali si sono formate attraverso la fusione e l'annessione di nuovi territori. Non a caso, le prime esperienze federali si sono realizzate nel continente americano, mentre in Europa, eccetto la peculiare esperienza svizzera, il federalismo si affermò solo nel secolo successivo con la caduta degli Imperi (Austria, Repubblica di Weimar in Germania).

Alla luce di queste considerazioni si può ritenere che —all'atto della formazione dello Stato italiano— l'opzione italiana a favore della monarchia costituzionale fosse nella logica del processo storico europeo, anche se si sarebbe potuto introdurre un assetto non rigidamente centralistico, in coerenza con le posizioni di chi sosteneva l'opportunità di un'unificazione capace di dare espressione alle differenze culturali, storiche e politiche.²

In altri termini, gli statisti cui toccò l'arduo compito di promuovere un accelerato processo di unificazione del paese manifestarono in tema di decentramento politico un diverso orientamento rispetto a precedenti posizioni: la centralizzazione politica e amministrativa dello Stato fu perseguita con coerente determinazione e conseguì il risultato di fondere in breve tempo sette Stati, superando ogni particolarismo territoriale. Esclusa la convocazione di un'assemblea costituente, si preferì percorrere un'evidente continuità tra lo Stato Sabauda e la Monarchia italiana, simboleggiata dalla decisione di fare dello Statuto albertino la Costituzione dello Stato nazionale italiano.

L'opzione a favore di un'organizzazione amministrativa uniforme e di un ordinamento fortemente centralizzato e politicamente omogeneo ha avuto motivazioni diverse. Sicuramente determinanti furono le ragioni di ordine politico, alimentate dalla diffusa convinzione che il riconoscimento di autonomie territoriali avrebbe alimentato tendenze centrifughe favorite dall'assenza di una coscienza nazionale, mettendo in pericolo il consolidamento dell'unificazione politica dell'Italia.

Eguale, furono addotte sia ragioni di ordine economico (i governi liberali considerarono il centralismo la via più sicura per assecondare lo sviluppo dell'economia italiana), che motivazioni di natura giuridica e istituzionale. Tra queste ultime vi era —su influenza del costituzionalismo francese— la convinzione che l'esercizio delle funzioni sovrane (come il potere legislativo e giurisdizionale) dello Stato non potesse essere trasferito a enti politicamente autonomi, nonché il prevalere di una concezione del principio di eguaglianza inteso come eguale trattamento dei cittadini innanzi alla legge.³

² D. Veneruso, 2005; pp. 95 ss.

³ C. Ghisalberti, 2000; pp. 87 ss.

Alla luce di queste considerazioni non stupisce se, in concreto, la prima limitata apertura al decentramento regionale si ebbe con il Regio decreto n. 1319 del 1921, il quale istituì una commissione consultiva con il fine di valutare la possibilità di concedere un'autonomia regionale, ai territori del Trentino-Alto Adige e della Venezia Giulia. Tuttavia, tale decreto, che si proponeva di dare attuazione al Trattato di *Saint Germain* relativamente all'annessione all'Italia di territori facenti parte del Regno austro-ungarico alla fine della prima guerra mondiale, non ebbe alcuno sviluppo concreto.

Con la nascita della Repubblica in seguito a un referendum popolare a suffragio universale (2 giugno 2016), l'Assemblea costituente (eletta nella stessa data) introdusse una cesura nella natura dello Stato italiano approvando il titolo v della Costituzione (intitolato "Le Regioni, le Province, i Comuni"): l'istituzione dell'ordinamento regionale, preceduto dall'inserimento dell'autonomia degli enti locali tra i principi fondamentali, ha rappresentato —al pari della giustizia costituzionale e dell'indipendenza dell'ordine giudiziario dal potere esecutivo— un elemento di forte discontinuità nell'evoluzione della forma di Stato.⁴

Si trattò di una scelta netta, ma non improvvisata: sia perché anticipata dalla decisione di istituire alcune Regioni ad autonomia speciale, sia in quanto il dibattito in Assemblea costituente fu orientato da una pregevole attività preparatoria svolta dalla Commissione per la riforma dell'amministrazione e dalla Commissione per gli Studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, nonché dalla documentazione fornita dal Ministero per la Costituente.⁵

Nonostante il timore per alcune tendenze separatiste e la preoccupazione per i difficili problemi sociali ed economici della ricostruzione, nei costituenti maturò la convinzione che diverse zone del paese avrebbero costituito un potenziale focolaio di movimenti antiunitari se non si fossero introdotte istituzioni finalizzate a facilitare la partecipazione dei cittadini alla vita pubblica e alle decisioni politiche. Di conseguenza, ribaltando molte delle impostazioni culturali e politiche che avevano alimentato la formazione dello Stato nazionale, la Costituzione repubblicana afferma per la prima volta la compatibilità tra natura unitaria dello Stato e decentramento politico.⁶

I costituenti, quindi, scelsero di dar vita a un assetto istituzionale "intermedio" tra lo Stato federale e l'ordinamento unitario accentrato. E la chiave per comprendere l'"idea" di Regione regolata nel titolo v della Costituzione deve essere

⁴ G. Rolla, 1979; p. 12.

⁵ A. Perelli, 2013; pp. 321ss.

⁶ E. Rotelli, 1979; pp. 17 ss.

trovata nella formula dell'art.5 Cost., che simboleggia il coagulo delle posizioni diverse attorno a un punto comune, rappresentato dalla volontà di affermare i principi dell'autonomia e del decentramento e di evitare che nella distribuzione delle competenze vada perduta l'unità del paese, che il pluralismo territoriale generi una contrapposizione istituzionale.⁷

Natura unitaria dello Stato e distribuzione territoriale del potere politico sono considerati valori complementari, due poli contrapposti ma inscindibili, dal momento che l'assetto istituzionale (Stato, Regioni ed enti locali) risulta composto da ordinamenti autonomi, ma integrati all'interno di un medesimo sistema di valori e di principi individuato dalla Costituzione.⁸ Di conseguenza, al riconoscimento di condizioni costituzionali di autonomia si accompagna la previsione di efficaci poteri che consentano allo Stato di intervenire a salvaguardia dell'unitarietà del sistema, nonché al fine di evitare che le differenze tra le comunità regionali incrinino i principi di eguaglianza (nel godimento dei diritti sociali ed economici) e di solidarietà (tra i territori).

A differenza della Costituzione spagnola del 1978, l'autonomia delle Regioni che emerge dall'architettura del titolo v non si basa sul principio dispositivo, ma si sviluppa su impulso dell'attività legislativa dello Stato: come bene emerge dall'art.5 Cost., che utilizza l'espressione "promuove" per sottolineare il ruolo centrale dello Stato nel conformare l'autonomia delle comunità territoriali.

II. NASCITA E SVILUPPO DEL REGIONALISMO

Nel rendimento delle istituzioni un ruolo importante è svolto dal "fattore tempo": il ritardo nell'attuazione della Costituzione non determina soltanto un'omissione da parte del Governo e del Parlamento, ma anche una deviazione dalle scelte originarie.⁹ Di ciò pareva consapevole la stessa Assemblea costituente, la quale si era premurata di prevedere tempi rapidi per l'istituzione delle Regioni: infatti, secondo l'VIII disposizione transitoria i nuovi Consigli regionali avrebbero dovuto essere eletti entro un anno dall'entrata in vigore della Costituzione, mentre la IX disposizione transitoria assegnava al Parlamento tre anni di tempo per adeguare la legislazione statale alle nuove competenze regionali.

Nonostante tali aspettative, l'ordinamento regionale decollò con molto ritardo a causa di motivazioni diverse, ma concomitanti: dal prevalere all'interno dei partiti della maggioranza di posizioni centraliste all'azione frenante svolta degli apparati

⁷ C. Esposito, 1954; p. 69.

⁸ G. Rolla, 2006; pp. 9 ss.

⁹ G. Rolla, 1980; pp. 21 ss.

ministeriali preoccupati di perdere competenze e quote importanti di potere decisionale, sino alle preoccupazioni per un eccessivo onere per le finanze pubbliche.

Le previsioni del titolo V della Costituzione trovarono, quindi, le condizioni favorevoli alla loro attuazione soltanto alla fine degli anni '60 in un contesto sociale, economico e politico profondamente mutato; e l'avvio dell'esperienza regionale (1968-1970) risentì di un clima culturale aperto all'approvazione di leggi volte a promuovere la partecipazione e il pluralismo, a favorire la democratizzazione dello Stato e a correggere una visione della sovranità interamente fondata sulla rappresentanza politica nazionale. L'istituzione delle Regioni ordinarie fu considerata in questo contesto un'opportunità per promuovere una riforma complessiva dello Stato, coerentemente con un'interpretazione evolutiva della formula dell'art.5 Cost. secondo cui spetta alla Repubblica adeguare i principi e i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento.

Sinteticamente l'evoluzione del regionalismo in Italia —dalla scelta costituente alla c.d. “stagione” delle riforme costituzionali (1999-2001)— può essere suddivisa in quattro fasi.

a) La prima fase (1948-1970) si qualificò per una regionalizzazione parziale, limitata alle cinque Regioni ad autonomia speciale previste dall'art.116 Cost., consistente nell'attribuire a porzioni del territorio italiano condizioni particolari di autonomia secondo i rispettivi Statuti speciali adottati con legge costituzionale.

In primo luogo, ciascuna delle Regioni ad autonomia speciale ebbe uno *status* costituzionale proprio —codificato nei rispettivi Statuti— coerente con le diverse motivazioni poste a sostegno della specialità delle singole comunità. Nel caso della Sicilia e della Sardegna esse furono individuate nell'insularità di quei territori, integrata da specifiche valutazioni di natura politica (come la necessità di contrastare le tendenze separatistiche della Sicilia e di porre riparo al mancato sviluppo della Sardegna, imputato al processo storico di unificazione nazionale).

Alla base della codificazione della specificità del Trentino-Alto Adige/*Südtirol* vi era, invece, la necessità di dare attuazione all'Accordo di pace siglato nel 1946 tra il presidente del Consiglio dei ministri italiano Alcide De Gasperi e il ministro degli esteri austriaco Karl Gruber finalizzato ad assicurare la convivenza tra la comunità italiana e quella austriaca: e tale obiettivo fu conseguito riconoscendo alle due Province di Trento e di Bolzano un'ampia autonomia all'interno dell'autonomia generale della Regione. Mentre nel caso della Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste* l'attribuzione di una condizione di specialità scaturì da un impegno assunto in quel territorio dai Comitati di liberazione nazionale della Valle d'Aosta, del Piemonte e dell'Alta Italia, i quali trovarono in tale soluzione un punto di me-

diazione tra posizioni locali favorevoli all'annessione alla Francia e orientamenti politici favorevoli a considerare l'autonomia della Valle come parte integrante dell'unità nazionale: si offrì, quindi, un particolare riconoscimento alla minoranza francofona, come riparazione delle politiche di assimilazione intraprese durante il periodo fascista. Infine, la vicenda della Regione Friuli-Venezia Giulia fu condizionata dal delicato contesto politico internazionale caratterizzato dallo *status* della città di Trieste, dal contenzioso in ordine alla definizione dei confini, dalle diversità tra i territori friulani e giuliani.

Per quanto concerne il rapporto tra Regioni ordinarie e speciali, gli orientamenti manifestati in seno all'assemblea costituente furono sufficientemente espliciti nel ritenere che a questa ultime dovesse essere attribuita una posizione di maggior rilievo, mentre la dottrina ritenne che la specialità dovesse implicare un'autonomia più vasta e un complesso di attribuzioni più intense.¹⁰

In sintesi, la specificità attribuita dalla Costituzione e dagli Statuti alle Regioni ad autonomia speciale si è manifestata essenzialmente nell'attribuzione di competenze legislative maggiori e suscettibili di manifestarsi entro una gamma più vasta di settori materiali; nella previsione di procedimenti formalmente distinti, di natura bilaterale, per definire i molteplici aspetti che attengono al contenuto costituzionale dell'autonomia; nell'ammissibilità di deroghe rispetto a quanto previsto in via generale dalla Costituzione in tema di organizzazione e funzionamento degli organi regionali; nella specificità del sistema finanziario.

b) La seconda fase (1971-1978) — di avvio dell'esperienza delle Regioni ad autonomia ordinaria —, si è caratterizzata innanzitutto per l'approvazione degli Statuti e per il tentativo di interpretare in chiave estensiva le materie di competenza regionale, con particolare interesse per le quelle riconducibili ai temi ambientali e alla programmazione del territorio. Inoltre, i neo eletti Consigli regionali individuarono nuovi strumenti di partecipazione popolare (aumentando i tipi di referendum rispetto a quelli previsti in ambito nazionale) e di tutela dei cittadini a fronte di casi di *maladministration* (con l'istituzione del Difensore civico). Sul piano della forma di governo, gli Statuti si proposero di favorire l'apporto delle forze politiche ai processi decisionali sia potenziando il ruolo delle assemblee legislative, sia introducendo il principio di collegialità degli esecutivi.¹¹

Con l'approvazione del decreto presidenziale n. 616 del 1977 di trasferimento delle funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni si ebbe, forse, il

¹⁰ F. Bassanini, 1972; p. 1732.

¹¹ D. Serrani, 1972; pp. 600 ss.

più rilevante processo di decentramento e si raggiunse il livello più alto nella progettazione delle relazioni interistituzionali : non soltanto perché si attribuirono alle Regioni e agli enti locali numerose e importanti competenze amministrative, ma anche in quanto si precisarono le relazioni tra la Regione e il sistema delle autonomie locali, determinando l'ossatura del nuovo "Stato delle autonomie".

In particolare, con tale decreto legislativo -frutto di una trattativa "trilaterale" tra il Governo, le Regioni ed il Parlamento, nonché di un innovativo coinvolgimento della dottrina- si afferma un'interpretazione evolutiva delle materie di competenza regionale e si prevede un trasferimento organico di funzioni amministrative a favore delle Regioni. Inoltre, si potenziano le competenze amministrative dei Comuni e delle Province attraverso una duplice strategia: da un lato, prevedendo la soppressione di numerosi enti locali non elettivi e strumentali e il conseguente trasferimento delle loro attribuzioni a favore dei Comuni, dall'altro lato, introducendo una tendenziale differenziazione di "ruolo" tra Regione ed enti locali, riservando alla prima eminentemente compiti di normazione, di coordinamento e di programmazione e ai secondi funzioni di natura amministrativa e di rappresentanza delle istanze territoriali di base.

c) Nella terza fase (1980- 1992) dell'esperienza regionale si conseguì la stabilizzazione del sistema al termine di un processo che si svolse secondo un percorso peculiare, distinto tanto dalle originarie intenzioni dei costituenti, quanto dagli obiettivi perseguiti al momento dell'attivazione delle Regioni ordinarie (della sua fase c.d. "costituente"). Nel corso di quel periodo si generò una modificazione del "dover essere" dell'ente Regione prodotta tanto dagli scostamenti dal dettato costituzionale introdotti in via di prassi o sulla base della legislazione ordinaria,¹² quanto dalla crisi complessiva che, in tempi successivi, ha coinvolto il sistema politico ed istituzionale italiano.

Innanzitutto, si è modificato il sistema delle relazioni interistituzionali, determinando il graduale passaggio da un regionalismo di tipo garantistico a uno di natura collaborativa, ispirato a criteri di lealtà costituzionale (secondo cui nessun livello istituzionale deve porre in essere comportamenti finalizzati a incrinare la necessaria coesione che deve sussistere tra le singole parti che compongono il tutto) e di collaborazione (che impongono di superare una logica competitiva, a vantaggio del conseguimento di intese nel perseguimento di comuni obiettivi). L'esperienza acquisita ha testimoniato che la forma di Stato regionale può funzio-

¹² A. D'Atena, 1994; pp. 208 ss.

nare soltanto se si instaura un'attitudine di tipo relazionale, che diviene decisiva per l'efficacia complessiva del sistema.

Tale apertura a forme di collaborazione è stata promossa sia da fattori endogeni che esogeni.

Tra i primi possiamo annoverare la "crisi" di un criterio di ripartizione delle competenze, il quale presupponeva — attraverso l'elencazione delle materie di competenza regionale — una statica demarcazione delle sfere di competenza dello Stato e delle Regioni. Infatti, l'esistenza di numerosi intrecci e sovrapposizioni tra le materie ha reso necessario un coordinamento tra le politiche nazionali e quelle locali; inoltre, si è introdotta una sostanziale "decostituzionalizzazione" degli ambiti di competenza legislativa regionale, con l'affermazione (giurisprudenziale) che la concreta definizione giuridica delle materie è fissata dal legislatore (statale) e scandita dall'evolversi nel tempo della produzione normativa¹³

Inoltre, per quanto concerne l'esercizio della funzione amministrativa, il principio del parallelismo delle competenze amministrativo previsto dall'art.118 Cost. si incrinò, a causa tanto del crescente ruolo amministrativo degli enti locali territoriali, quanto dell'attribuzione al Governo di significativi poteri di intervento — non esplicitamente previsti in Costituzione —, ma ritenuti necessari per garantire le esigenze unitarie dell'ordinamento costituzionale — come, ad esempio, l'attività di indirizzo e di coordinamento e l'esercizio del potere sostitutivo —.

Tra i fattori esogeni che hanno influito sui caratteri dell'ordinamento regionale meritano un'attenzione particolare il ruolo svolto dall'Unione europea e dalla Corte costituzionale.

Con riferimento alla prima va considerata, innanzitutto, l'incidenza che il rafforzamento dell'integrazione comunitaria esercitò sulle relazioni interistituzionali. Innanzitutto, si dovettero affrontare problematiche inizialmente non previste quali, ad esempio, la disciplina del procedimento di attuazione della normativa comunitaria, la definizione dei rapporti tra le Regioni e gli organi comunitari, la previsione di poteri statali di intervento in caso di inadempimento degli obblighi comunitari da parte delle Regioni. Inoltre, le relazioni tra l'Unione europea e gli Stati sono scandite da regole differenti da quelle delineate dal titolo V della Costituzione — come, ad esempio, l'armonizzazione delle normative piuttosto che la rigida distinzione delle competenze, il coordinamento per assicurare la soddisfazione di esigenze unitarie invece di una riserva di poteri a favore del livello istituzionale sovraordinato, la sussidiarietà al posto di un sistema statico di

¹³ G. Rolla, 1982; pp. 100 ss.

attribuzione delle competenze— che hanno inevitabilmente influito sui criteri di funzionamento delle istituzioni nazionali.¹⁴

Un ruolo importante nell'evoluzione del regionalismo è stato svolto anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha assunto nel tempo una posizione articolata, ma coerente. Da un lato, ha promosso una limitata “attualizzazione” del dettato costituzionale, favorendo il dinamismo nel sistema delle competenze e la collaborazione nelle relazioni tra i livelli istituzionali: in tal modo, la Corte ha consentito allo Stato di far evolvere i contenuti giuridici delle materie e ha permesso alle Regioni di meglio difendere le proprie prerogative legittimando il diritto a partecipare all'attività decisionale statale.

Dall'altro lato, il giudice costituzionale è apparso determinato nel salvaguardare il contesto unitario entro cui le Regioni debbono operare. Si deve, infatti, alla sua giurisprudenza l'elaborazione di alcune nozioni chiave: come quelle relative all'interesse nazionale, all'attività statale di indirizzo e di coordinamento, alla ripartizione delle competenze sulla base della dimensione degli interessi, al “ritaglio” delle competenze regionali per la salvaguardia dell'unità giuridica dell'ordinamento, ai pregnanti poteri dello Stato in materia di attività internazionale delle Regioni.¹⁵

d) Tra il 1992 e il 1999 l'ordinamento regionale entra, infine, in una sorta di “cono d'ombra” essendo contagiato dalla crisi che ha caratterizzato la vita politica italiana, a proposito della quale è stata coniata, sia pure impropriamente, l'espressione di “seconda Repubblica”.

L'idea di Regione che aveva ispirato il periodo iniziale del regionalismo —maggiormente attenta alla sua dimensione politica e alla capacità di riformare lo Stato in senso pluralistico e democratico— fu considerata un freno alle potenzialità di sviluppo dell'economia e venne sostituita da una concezione dell'autonomia di tipo funzionale, intesa come soluzione istituzionale idonea a migliorare l'efficacia ed efficienza delle politiche pubbliche, a semplificare i processi di decisione politica.

Inoltre, il pieno decollo del principio costituzionale di autonomia fu limitato dai caratteri del sistema italiano dei partiti politici: la mancanza di effettivi partiti regionali (eccetto forse la Lega nord nella sua fase iniziale di esistenza), ha reso meno incisiva l'attività rivendicativa e di contrattazione delle Regioni; mentre l'autonomia politica delle Regioni è stata condizionata dalla presenza di

¹⁴ P. Costanzo, A. Ruggeri, 2006; pp. 425 ss.

¹⁵ AA.VV., 1988; pp. 1-490.

forti partiti di massa (nazionali e centralizzati), le cui strategie hanno riprodotto in ambito locale le problematiche nazionali ovvero hanno utilizzato le Regioni quale terreno di sperimentazione o di anticipazione di soluzioni istituzionali da adottare a livello statale.¹⁶

In altri termini, le spinte alla differenziazione hanno perso di incisività a vantaggio di soluzioni uniformi sull'intero territorio regionale: conformemente all'idea, peraltro non nuova nella formazione dello Stato italiano, che è preferibile decentrare in amministrazione e accentrare in politica. Il trasferimento di competenze amministrative dallo Stato alle Regioni fu equilibrato da un progressivo rafforzamento dell'omogeneità dell'assetto istituzionale, che confermò la secolare aspirazione dello Stato italiano all'uniformità istituzionale e politica.

La crisi del sistema politico regionale fu accelerata, infine, dai gravi scandali di corruzione politica che investirono l'Italia nel corso degli anni '90 e che coinvolsero anche gli organi di governo delle comunità territoriali; inoltre la critica al sistema dei partiti, la ricerca di nuove forme di legittimazione della rappresentanza politica, il tentativo di introdurre forme di governo di "democrazia immediata" in grado di limitare il potere di intermediazione dei partiti politici fecero maturare la consapevolezza che l'attualizzazione dell'ordinamento regionale non potesse più avvenire attraverso una sua graduale modificazione "tacita", sfruttando (in funzione integrativa) i "silenzi" della Costituzione.

In altri termini, apparve ineludibile modificare il testo della Carta costituzionale e anche le Regioni furono investite dal dibattito politico generale sulle riforme istituzionali che portò all'approvazione delle leggi costituzionali n.1 del 1999 e n.3 del 2001.

III. LA TRAVAGLIATA VIA CRUCIS DELLE RIFORME COSTITUZIONALI:

DALLE COMMISSIONI BICAMERALI ALLA REVISIONE DEL'INTERO TITOLO V DELLA COSTITUZIONE

Come si è visto, il regionalismo si è sviluppato secondo un percorso differente rispetto all'originario disegno dei costituenti, mettendo in crisi il "modello" di Regione delineato dalla Costituzione del 1948. Dal contrasto tra disposizioni e prassi costituzionali si è tentato di uscire secondo due percorsi distinti: il primo – considerando fisiologico un certo disallineamento tra il testo costituzionale e le trasformazioni politiche e sociali - si è limitato a esercitare un'opera di "manutenzione" costituzionale attraverso un aggiornamento del testo costituzionale;

¹⁶ G. Pasquino, 1983; pp. 785 ss.

il secondo — animato da una maggiore progettualità — ha proposto un'ampia e organica revisione della materia, che coinvolgesse l'intero titolo V della Costituzione.¹⁷

Il primo percorso fu seguito dalla Commissione parlamentare per le riforme istituzionali istituita nel 1983 e presieduta dal costituente Aldo Bozzi la quale si proponeva essenzialmente di allineare il testo della Costituzione all'ordinamento regionale allora vigente. In particolare, le proposte di revisione più significative tendevano ad adeguare le materie di competenza concorrente ai settori organici individuati dal decreto di trasferimento n.616 del 1976 e a conferire un fondamento costituzionale all'attività di indirizzo e di coordinamento. Inoltre, al fine di favorire la partecipazione delle Regioni ai processi decisionali dello Stato prevedeva, all'interno del procedimento di approvazione delle leggi che fissano i principi della competenza concorrente delle Regioni, l'intervento con poteri consultivi della Commissione parlamentare per le questioni regionali, integrata da 20 rappresentanti delle Regioni.¹⁸

Tali proposte non ebbero, tuttavia, un seguito legislativo; però, la via delle "microriforme" costituzionali fu tentata anche in anni successivi. Nel 1991 la Commissione bicamerale per le questioni regionali fu incaricata di svolgere un'indagine conoscitiva, la quale anticipò diversi temi che, successivamente, focalizzarono il dibattito sulle riforme costituzionali: è il caso, ad esempio, della proposta di far eleggere direttamente dal corpo elettorale i Presidenti delle Giunte regionali (introdotta, poi, con la legge costituzionale n.1 del 1999), nonché di modificare la composizione del Senato trasformandolo in Camera rappresentativa delle Regioni (presente nelle leggi costituzionali del 2005 e del 2016, ma non entrata in vigore a causa dell'esito negativo dei successivi referendum confermativi).

Nel 1992 fu istituita una nuova Commissione per le riforme costituzionali — presieduta da Nilde Iotti e da Enrico De Mita — la quale approvò una serie di principi direttivi per la riforma della parte seconda della Costituzione, ma lo scioglimento anticipato delle Camere pose fine a questo tentativo. Alcune delle ipotesi di revisione saranno, poi, presenti nelle leggi di revisione costituzionale del 1999 e del 2001: si pensi, sul piano dell'organizzazione costituzionale, alla proposta di riservare all'autonomia degli Statuti regionali la scelta della forma di governo; mentre, sotto il profilo delle competenze, si segnala sia l'attribuzione di una potestà regionale concorrente in materia di ordinamento degli enti locali,

¹⁷ A. Morrone, 2005; pp. 376 ss.

¹⁸ S. Galeotti, 1984; pp. 619 ss.

sia il superamento del sistema della enumerazione delle competenze regionali a favore del riconoscimento —accanto alla competenza concorrente— di materie riservate alla competenza esclusiva delle Regioni.

Infine, una Commissione ministeriale istituita nel 1994, oltre ad anticipare la formulazione del nuovo art.114 Cost. proponendo l'espressione "la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Regioni e dallo Stato", suggeriva di introdurre innanzi alla Corte costituzionale un ricorso diretto a tutela dell'autonomia locale. Anche in questo caso l'interruzione anticipata della legislatura impedì al Parlamento di potare a termine la complessa procedura di revisione costituzionale prevista dall'art.138 Cost.

Con la legislatura successiva, il Parlamento decise di tentare nuovamente l'*iter* di revisione costituzionale: istituì una nuova Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, ma ammaestrato dalle esperienze negative precedenti introdusse una deroga al procedimento ordinario previsto dall'art.138 Cost.: per un verso, riservò alla Commissione parlamentare l'iniziativa legislativa (demandando alle Camere solo la discussione e la votazione sulla proposta di legge di revisione costituzionale), per un altro verso, stabilì l'obbligatorietà del referendum popolare sulla legge di revisione.¹⁹ La Commissione, sotto la presidenza dell'on. D'Alema, lavorò con ritmi intensi: tuttavia, le profonde divisioni tra le forze politiche su aspetti costituzionalmente rilevanti (inerenti, in particolare, alla forma di governo e all'organizzazione costituzionale dell'ordine giudiziario) determinarono una situazione di stallo che indusse le Camere ad interrompere la discussione parlamentare.²⁰

Dinanzi alla verificata impossibilità di conseguire una *macroconstitutional reform* attraverso l'istituzione di Commissioni bicamerali *ad hoc* e la previsione di procedimenti legislativi derogatori, il Parlamento optò realisticamente per il ritorno alle procedure costituzionali ordinarie. Il Parlamento, riprendendo molte delle proposte e delle ipotesi avanzate nel decennio precedente, riuscì ad approvare prima della fine della legislatura tre importanti leggi costituzionali che produssero la revisione totale del titolo v della Costituzione: la prima (n.1 del 1999), entrata in vigore nella prossimità delle elezioni per il rinnovo dei Consigli regionali, modificò la forma di governo delle Regioni e le materie riservate agli Statuti; la seconda (n.2 del 2001) estese alle Regioni ad autonomia speciale le novità previste dalla legge del 1999, che riguardava le sole Regioni ordinarie; la

¹⁹ R. Romboli, 2006; pp. 100 ss.

²⁰ G. Ferrari, 1998; pp. 63 ss.

terza, infine (n.3 del 2001) revisionò la ripartizione delle competenze normative e amministrative tra lo Stato e le autonomie territoriali e la disciplina dei relativi rapporti finanziari.²¹

Per avere un quadro sintetico del profondo cambiamento introdotto dalle riforme costituzionali del 1999-2001 rispetto all'impostazione originaria data dall'Assemblea costituente è opportuno prendere in considerazione soprattutto la nuova disciplina dell'art.114 Cost. (elementi costitutivi della Repubblica), dell'art.120 (Statuti regionali), dagli art.117 (distribuzione della competenza normativa) e art.118 (ripartizione della competenza amministrativa).

In ordine al primo punto, va precisato che l'art.114 Cost. deve essere interpretato in relazione all'art.5 Cost, costituendone una qualificazione: se quest'ultimo afferma la natura unitaria dell'ordinamento, sia pure retto dal principio di autonomia, il primo individua la spina dorsale dello Stato che risulta costituito da una pluralità di livelli istituzionali autonomi, ma coordinati.

L'originaria formulazione (lo Stato si riparte in Comuni, Province e Regioni) esprimeva una visione gerarchica degli ordinamenti in quanto le Regioni e gli enti locali erano qualificati come una parte dello Stato nazionale. Invece, il nuovo testo dell'art.114 Cost., introdotto dalla legge costituzionale n.3 del 2001, delinea un sistema interistituzionale "a rete" secondo il quale tanto lo Stato, quanto gli altri livelli istituzionali sono, nella loro rispettiva autonomia (organizzativa, normativa e politica) elementi costitutivi della Repubblica italiana. In tal modo, la Costituzione revisionata recepisce l'innovazione apportata dal *multilevel constitutionalism* europeo e fatto proprio dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che, in proposito, ha parlato di "ordinamenti reciprocamente autonomi, ma tra loro coordinati e comunicanti" (sentenza n.389/89).

Tale mutamento di prospettiva valorizza la rilevanza degli strumenti di coordinamento e di collaborazione; favorisce, poi, il superamento del principio di omogeneità e di uniformità, a vantaggio di quello di differenziazione grazie alla competenza statutaria delle Regioni in tema di forma di governo e legislativa in materia elettorale. Inoltre, il principio di differenziazione introduce all'interno della tradizionale distinzione tra Regioni ordinarie e speciali, un *tertium genus* aprendo alla possibilità di forme di regionalismo asimmetrico.

La nuova formulazione dell'art.116 Cost., infatti, incrinando una tendenza storica del regionalismo italiano all'uniformità, favorisce sostanziali processi di dif-

²¹ S. Mangiameli, 2002; pp. 21-295. G. Cerrina Ferroni, G. Tarli Barbieri (cur.), 2008; pp. 1-230. A. Anzon, 2008; pp. 1-230.

ferenziane in ordine alle competenze esercitabili: consente alle Regioni ordinarie di acquisire maggiori competenze sia in materie rientranti nella potestà esclusiva dello Stato (norme generali sull'istruzione, tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali), sia per disciplinare in forma esclusiva materie rientranti nella competenza concorrente. Tuttavia, per acquisire tali "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia", è necessario seguire un procedimento legislativo aggravato (iniziativa regionale, acquisizione del parere degli enti locali, approvazione di una legge da parte del Parlamento), che per la sua complessità —nonostante ricorrenti dichiarazioni di intenti da parte di alcune Regioni— non è stato ancora concretamente attivato.²²

La nuova disciplina della potestà statutaria, a sua volta, si proponeva di superare gli evidenti limiti dell'originaria formulazione dell'art.123 Cost., la quale apparve, sin dai primi commenti, insoddisfacente, tanto dal punto di vista sostanziale, quanto sotto il profilo procedurale: per quanto concerne l'oggetto della potestà statutaria, la scelta dei costituenti circoscriveva i margini di autonomia all'organizzazione interna delle Regioni, inoltre, i suoi contenuti dovevano essere in armonia non solo con la Costituzione, ma anche con le leggi della Repubblica; sotto il profilo del procedimento, poi, lo Statuto era deliberato a maggioranza assoluta dal Consiglio regionale, ma approvato con legge dello Stato.

Tali limiti sono stati superati in buona parte dalla legge costituzionale n.1 del 1999. Dal punto di vista procedurale, la legge riserva alla Regione la competenza sull'intero procedimento e individua un *iter* che sembra riecheggiare quello previsto per le leggi costituzionali, testimoniando un'implicita volontà del legislatore di fare dello Statuto una sorta di "Costituzione regionale". Lo Statuto regionale è approvato con legge regionale secondo un *iter* aggravato: per un verso, è prevista una maggioranza qualificata (la maggioranza assoluta dei componenti il Consiglio regionale), per un altro verso, viene richiesta una procedura speciale (occorrono due deliberazioni successive adottate ad un intervallo non minore di due mesi).

La legge di approvazione dello Statuto può essere impugnata dal Governo, che ha la facoltà di promuovere la questione di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale, entro trenta giorni dalla pubblicazione. Infine, lo Statuto, può essere sottoposto a referendum popolare qualora ne facciano richiesta, entro tre mesi dalla data della sua pubblicazione, un cinquantesimo degli elettori della Regione o un quinto dei componenti il Consiglio regionale.²³

²² G. D'Ignazio, 2007; pp. 13 ss.

²³ G. Rolla, 2014; pp. 118 ss.

L'autonomia statutaria delle Regioni è stata, inoltre, incrementata (almeno sotto il profilo linguistico) per quanto concerne gli oggetti disciplinabili in tale fonte. Più precisamente si è ampliato il contenuto necessario delle leggi statutarie, estendendolo alla possibilità di determinare la forma di governo di ciascuna Regione: si tratta di un riconoscimento importante (anche se, come vedremo in seguito, perderà molto della sua portata innovativa in sede di attuazione della riforma costituzionale) in quanto per la prima volta si ammette l'esistenza di assetti istituzionali differenziati tra le Regioni. Viene, in altri termini, codificato il principio che l'autonomia costituzionale implica una differenziazione delle forme di organizzazione politica, incrinando quel principio di sostanziale uniformità che, tuttora, regola la potestà statutaria dei Comuni e delle Province.

Inoltre, il nuovo testo costituzionale prevede una riduzione significativa dei limiti materiali all'autonomia statutaria, nel senso che è stato abrogato il generico e ambiguo riferimento alle "leggi della Repubblica", rimanendo come limite generale quello di contenere norme "in armonia con la Costituzione". Formula alla quale, tuttavia, non è stato attribuito un significato univoco: avendo ricevuto una interpretazione sia estensiva (nel senso di ritenere che gli Statuti non solo non possono derogare alla lettera delle singole prescrizioni costituzionali, ma debbono rispettarne anche lo spirito), sia restrittiva (ritenendo che le Regioni possono adottare delle soluzioni normative che si discostano da quelle costituzionali, purché coerenti con i principi ispiratori).²⁴

Tuttavia, nonostante la molteplicità delle modifiche costituzionali introdotte con le revisioni costituzionali, la innovazione più radicale ha riguardato i criteri di ripartizione delle competenze tra lo Stato e le Regioni, sia per quanto concerne la potestà legislativa che amministrativa.²⁵

Il testo originario dell'art.117 Cost. aveva optato per la sola elencazione delle materie di competenza regionale, che doveva svolgersi nel rispetto dei principi fondamentali della materia indicati dalla legislazione statale; inoltre era lasciato alla discrezionalità del Parlamento di demandare alle Regioni la possibilità di emanare norme per l'attuazione di leggi della Repubblica. Il nuovo sistema di distribuzione della potestà legislativa tra lo Stato e le Regioni si basa, invece, su di un criterio differente: vengono enumerate le materie di competenza statale e quelle di competenza concorrente, mentre le altre sono riservate in via residuale alla competenza legislativa delle Regioni ordinarie.

²⁴ M.Olivetti, 2002; pp. 165 ss. G. D'Alessandro, 2008; pp. 1-374. A. D'Atena, 2008; pp. 1-192; E. Catelani (cur.); 2008, pp. 1-252.

²⁵ A. Anzon, 2002; pp. 1-240. E. Malfatti, 2003; pp. 285 ss.

Se l'attribuzione alle Regioni di una competenza legislativa di tipo concorrente —cioè, da esercitarsi nell'ambito dei principi della materia individuati da leggi statali— non ha carattere innovativo, risulta —invece— del tutto nuova l'estensione a tutte le Regioni ordinarie di una potestà legislativa di tipo esclusivo, la quale si affianca a quella propria dello Stato e delle Regioni ad autonomia speciale. Con tale scelta la Costituzione ha determinato una parificazione piena tra legge dello Stato e della Regione, non solo dal punto di vista della forza giuridica, ma anche per quanto concerne le limitazioni.²⁶

Inoltre, la potestà legislativa delle Regioni e quella dello Stato incontrano i medesimi limiti, consistenti nel rispetto della Costituzione, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, degli obblighi internazionali. Se i primi due limiti non rappresentano una novità rispetto al sistema vigente prima della revisione costituzionale, appare innovativo invece, il limite degli obblighi internazionali, dal momento che attribuisce agli atti di diritto internazionale ratificati dallo Stato con legge ordinaria la natura di norme interposte utilizzabili per verificare la legittimità costituzionale della legislazione.

Per quanto concerne, infine, l'attività amministrativa, la riforma costituzionale del 2001 ha adottato un criterio di attribuzione delle competenze autonomo rispetto a quello previsto per la potestà legislativa: se in quest'ultimo caso ha fatto ricorso alla tecnica degli elenchi, distinguendo la competenza in base alle materie, a proposito dell'attività amministrativa rinuncia a ogni elencazione e si limita all'individuazione di un principio e alla codificazione di alcuni criteri interpretativi. Il principio generale è rinvenibile nell'affermazione che le funzioni amministrative sono attribuite in via prioritaria ai Comuni, mentre i criteri da adottare sono individuati nella sussidiarietà, differenziazione e di adeguatezza. In concreto, poi, spetterà al legislatore statale e regionale (secondo le rispettive competenze) il compito di provvedere analiticamente alla distribuzione delle competenze tra i diversi livelli istituzionali.

Tali criteri non hanno rappresentato, invero, per il nostro ordinamento giuridico una novità, dal momento che erano previsti già dalla legislazione ordinaria, per cui, pare corretto presumere che il legislatore costituzionale abbia inteso, al momento di codificarli, far riferimento al significato e alla portata che avevano secondo la normativa primaria. In base al criterio di differenziazione, il legislatore deve considerare le diverse caratteristiche (associative, demografiche, territoriali e strutturali) degli enti; mentre per adeguatezza si intende valutare l'idoneità

²⁶ R. Bifulco, A. Celotto, 2015; pp. 1-502.

organizzativa delle singole amministrazioni a garantire, anche in forma associata con altri enti, l'esercizio delle diverse funzioni. La sussidiarietà, infine, applicata in un sistema —come quello delineato dalla nuova formulazione dell'art.118 cost.— che afferma la centralità dei Comuni nell'esercizio delle funzioni amministrative, rappresenta una formula che autorizza a “sottrarre” competenze amministrative ai Comuni, a favore —soprattutto— delle Regioni.

IV. LA DIFFICILE E CONTRADITTORIA ATTUAZIONE DELLA RIFORMA COSTITUZIONALE

Questa revisione organica del regionalismo venne inizialmente valutata positivamente sia dalla dottrina che dalla “classe politica” regionale al punto che si pensò di avere avviato una evoluzione del sistema in senso federale.²⁷ Tuttavia l'iniziale ottimismo cominciò a declinare quando, avviando il processo politico di attuazione delle nuove disposizioni costituzionali, emerse la difficoltà di tenere ferma la rotta che è stata impressa dalle revisioni costituzionali del biennio 199-2001.

Un primo dubbio ha riguardato la stessa qualificazione della riforma costituzionale: ad esempio, se —utilizzando alcune classificazioni inerenti all'esercizio del potere costituente— si fosse in presenza di una revisione costituzionale “bilancio” o “programmatica”. Alcune soluzioni normative inducevano a ritenere che il legislatore abbia voluto conferire organicità e stabilità al sistema, così come si era evoluto nel corso di trenta anni. Ad esempio, si può intravedere una sorta di continuità tra i principi in materia di titolarità delle funzioni amministrative codificati dall'art.118 Cost. e le scelte del decreto legislativo n.112 del 1998, che aveva individuato nei Comuni gli enti pubblici più idonei all'esercizio delle attività amministrative, attribuendo alle Regioni il compito di organizzare il sistema delle funzioni amministrative esercitate a livello locale.

Sotto un altro profilo, poi, si poteva evidenziare che il nuovo criterio di ripartizione delle competenze tra lo Stato e le Regioni introdotto dall'art.117 cost. era stato anticipato dall'art.1 della legge n. 59 del 1997, il quale aveva esteso il decentramento delle competenze al di là delle materie elencate in Costituzione, sino a coinvolgere potenzialmente ogni settore materiale, con l'esclusione di un elenco di materie esplicitamente riservate alla legislazione statale.

Altre disposizioni, per contro, lasciavano intravedere un obiettivo più ambizioso, sintetizzabile nell'intenzione di superare tanto l'originaria disciplina delle

²⁷ A. D'Atena, 2001; pp. 71 ss.

Regioni introdotta dai nostri costituenti, quanto il concreto regionalismo che si è evoluto nel tempo: come nel caso del passaggio da una visione omogenea a una pluricentrica delle relazioni interistituzionali, fondata su prospettive di differenziazione e di collaborazione.

In fase attuativa emersero, poi, alcuni limiti della nuova disciplina costituzionale, riconducibili sia ad alcune omissioni, sia all'approssimativa formulazione di determinate disposizioni costituzionali. È il caso, per un verso, della mancata considerazione dei riflessi che una nuova impostazione dei rapporti tra i livelli istituzionali deve riverberare sull'assetto istituzionale, con particolare riferimento alla costituzionalizzazione dei necessari organi di collaborazione e degli strumenti di partecipazione regionale alla formazione della volontà legislativa dello Stato: nel nuovo testo la leale collaborazione è meramente evocata, mentre mancano norme relative alla natura, alla composizione e ai caratteri degli organi di collaborazione.

Mentre, per un altro verso, l'esperienza concreta ha evidenziato i limiti della concreta ripartizione delle competenze tra lo Stato e le Regioni, la quale ha generato un ampio e complesso contenzioso innanzi alla Corte costituzionale.²⁸ Egualmente, il riconoscimento di una competenza residuale delle Regioni si è rivelato meramente virtuale, dal momento che tale competenza ha incontrato —oltre a limiti “espliciti” (come il rispetto dei vincoli europei e degli obblighi internazionali)— anche pregnanti limiti “impliciti”, individuabili in materie statali che hanno una caratterizzazione trasversale, cioè sono suscettibili di incidere su una molteplicità di materie di competenza regionale (come nel caso, ad esempio, della tutela della concorrenza, dell'armonizzazione dei bilanci pubblici, della perequazione delle risorse finanziarie, della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili che debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale).

In effetti, dall'analisi complessiva del nuovo testo costituzionale non emerge un'idea univoca circa il futuro ruolo delle Regioni. Se l'esperienza di diritto comparato evidenzia distinti modelli di distribuzione del potere su base territoriale, il legislatore italiano non sembra intenzionato a compiere un'opzione netta, per cui all'interno della Costituzione si rinvengono disposizioni riconducibili a visioni contrapposte: vi sono scelte favorevoli a un regionalismo tanto omogeneo, quanto asimmetrico; così come una visione funzionale dell'autonomia pare convivere con una comunitaria.

²⁸ P. Carrozza, 2003; pp. 69 ss.

Ad esempio, l'art.114 Cost. —laddove afferma che “la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato” — fa intravedere l'adesione del legislatore costituzionale a un tipo di distribuzione territoriale del potere di natura politico-costituzionale, secondo cui le Regioni sono enti rappresentativi delle comunità locali preposti alla cura dei loro interessi generali e la loro autonomia è riconducibile più alla comunità territoriale di riferimento che dell'ente giuridico. Mentre altri articoli del titolo V —in particolare, l'art.118 cost.— sembrano optare per una regionalizzazione di natura prevalentemente funzionale, attenta a criteri di sussidiarietà e di adeguatezza, più che di integrazione comunitaria.

Alcune difficoltà attuative sono, poi, ascrivibili ai limiti del processo politico che ha portato all'approvazione delle leggi costituzionali e ai comportamenti tenuti dai principali attori istituzionali in sede di attuazione della normativa costituzionale.

Per quanto concerne il primo profilo, va innanzitutto sottolineato che la legge costituzionale n.1 del 1999 fu approvata sotto l'urgenza delle imminenti elezioni regionali e condizionata nella sua formulazione dalla pressione politica favorevole a introdurre nella forma di governo regionale istituti già sperimentati a proposito dell'ordinamento dei Comuni e delle Province. Tale soluzione ha favorito un sostanziale avvicinamento tra il Consiglio regionale e i Consigli degli enti locali territoriali, riproponendo, in un certo senso, l'antica (ma mai sopita) concezione della Regione come ente locale.

A sua volta, la legge costituzionale n.3 del 2001, approvata da una maggioranza parlamentare assai ridotta e sulla scia di profonde divisioni politiche, ha costituito il primo caso di revisione costituzionale non condivisa tra i principali gruppi parlamentari; tale aspetto merita una particolare sottolineatura non soltanto perché segna una discontinuità (che si verificherà anche nei successivi tentativi di riforma costituzionale del 2005 e del 2016) rispetto alla precedente prassi parlamentare, ma anche —e soprattutto— in quanto ha finito per condizionare negativamente il processo di attuazione costituzionale.

L'attuazione completa e coerente del testo costituzionale fu resa difficile sia dal rapido succedersi di maggioranze politiche contrapposte, che hanno tolto linearità al processo di decisione politica (nelle elezioni politiche del 2001 lo schieramento politico che aveva approvato la revisione della Costituzione fu ampiamente sconfitto dell'opposizione); sia dal fatto che il Governo, appena insediato, si pose l'obiettivo di sostituire la legge appena entrata in vigore con una nuova, più ampia, revisione costituzionale che coinvolse l'intera Parte Seconda

(approvata dal Parlamento e pubblicata sulla Gazzetta ufficiale il 18 novembre del 2005).

Per sintetizzare le vicende istituzionali di quel quinquennio può essere utile richiamare figure mitiche —come quella di Penelope— o mitologiche —come quello di Sisifo—. Affrontare in modo organico i difficili problemi applicativi sollevati dalle nuove disposizioni in materia di ordinamento regionale costituì una vera e propria “fatica di Sisifo” a fronte dell’ *iter* di revisione costituzionale del titolo v della Costituzione avviato dal nuovo Governo. A sua volta, il mito della “tela di Penelope” riecheggia nella tentazione di depotenziare la portata delle disposizioni costituzionali, inserendo le “novità” del nuovo titolo v della Costituzione nell’alveo del precedente processo evolutivo. Infatti, dinanzi a tanti dilemmi, l’inerzia del sistema ha ricercato in diversi casi l’approdo nel porto sicuro della continuità.

A tal proposito, è interessante analizzare il comportamento tenuto dai principali attori istituzionali (Regioni, Parlamento e apparati dello Stato, Corte costituzionale) in sede di attuazione della normativa costituzionale.

Sul versante regionale va segnalata, ad esempio, la parabola involutiva che ha contraddistinto il dibattito sull’autonomia statutaria. Innanzitutto, il processo di elaborazione dei nuovi Statuti regionali è stato lento e politicamente laborioso, specie se comparato con la solerzia che aveva contrassegnato l’approvazione dei primi Statuti regionali. E’ vero che il contesto istituzionale delle due distinte “fasi statutarie” era assai diverso, qualora si consideri che l’approvazione degli Statuti nel 1970-71 era condizione necessaria per il funzionamento delle Regioni (appena istituite), mentre nel secondo caso la presenza nella legge costituzionale n.1 del 1999 di una disciplina transitoria, accompagnata dall’assenza di interventi sostitutivi in caso di inerzia, non incentivava una rapida approvazione delle leggi regionali statutarie.

Inoltre, non si è molto lontani dal vero se si afferma che la ritardata approvazione dei nuovi Statuti da parte delle Regioni sia stata la conseguenza della posizione critica assunta dai Consigli regionali nei confronti della previsione dell’art.126,3 c. Cost. secondo la quale la rimozione, l’impedimento permanente, la morte o le dimissioni volontarie del Presidente della Giunta eletto a suffragio universale e diretto determina lo scioglimento automatico del Consiglio regionale. Da parte regionale, in particolare, si criticava questa disposizione costituzionale per la scelta di far sciogliere un’assemblea legislativa legittimata direttamente dal voto elettorale in seguito a “fatti” naturali, non rilevanti politicamente (come la morte, un impedimento permanente o le dimissioni volontarie).

Tra i limiti della seconda fase statutaria regionale rientra anche l'affermarsi di un orientamento a favore di una forma di governo omogenea per tutte le Regioni: a tale risultato concorsero sia le Regioni, sia una giurisprudenza restrittiva della Corte costituzionale. Se la formulazione dell'art.123 Cost. apriva alla possibilità di assetti istituzionali differenziati, nella realtà i Consigli regionali hanno fatto propria la soluzione "transitoria" prevista dall'art.122 Cost.: valutando come politicamente non proponibile (specie in una fase politica critica al ruolo di intermediazione dei partiti politici) il ritorno all'elezione indiretta del Presidente della Giunta da parte del Consiglio regionale. Di conseguenza, la forma di governo di tutte le Regioni fu configurata secondo le disposizioni della legge costituzionale del 1999, che riprendeva nella sostanza la disciplina valida per il sistema delle autonomie comunali: cioè, inesistenza di un rapporto iniziale di fiducia tra il Consiglio e il Presidente della Giunta, autonomia del Presidente nella scelta e nella revoca dei componenti la Giunta, scioglimento automatico del Consiglio in caso di dimissioni del Presidente o approvazione di una mozione di sfiducia nei suoi confronti.

Inoltre, i tentativi di alcune Regioni di potenziare in sede di approvazione degli Statuti il ruolo "politico" del Consiglio regionale, accrescendone le funzioni di controllo e partecipazione alla determinazione dell'indirizzo politico, sono stati ripetutamente frustrati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. In particolare, il giudice costituzionale se, da un lato, ha ritenuto non illegittime le disposizioni degli Statuti secondo cui il programma di governo del Presidente eletto deve essere discusso ed approvato dal Consiglio (sentenza n. 372/04); dall'altro lato, si è premurato di evitare che la disciplina dei modi di discussione consiliare delle scelte del Presidente determini "indirettamente" una violazione delle disposizioni costituzionali relative alla ripartizione delle competenze tra i due organi elettivi (art. 122 Cost.). Di conseguenza, ha precisato che le determinazioni del Consiglio sul punto debbono assumere un valore meramente politico e non giuridico, con la conseguenza che da un eventuale voto contrario non deve discendere alcun obbligo giuridico per il Presidente di dimettersi, di modificare il programma ovvero di sostituire uno dei componenti la Giunta (sentenza n. 6/2006).

Inoltre, un orientamento restrittivo della Corte costituzionale ha espunto la materia elettorale dagli oggetti disciplinabili in sede statutaria, riservando tale disciplina non agli Statuti, ma ad apposite leggi regionali. Tale precisazione — apparentemente formalistica in quanto tale materia veniva riservata alla fonte legislativa ordinaria invece che alla legge statutaria (e, in quanto tale criticabile dal momento che la materia elettorale, concorrendo a determinare il carattere

della rappresentanza politica, costituisce, comunque, un profilo importante della forma di governo regionale)— possedeva una rilevanza sostanziale dal momento che i controlli statali sulle leggi regionali sono più penetranti di quelli relativi alle leggi statutarie.

Per quanto concerne, poi, l'atteggiamento complessivo della Corte costituzionale nei confronti del ricco contenzioso che la revisione costituzionale ha prodotto si può sinteticamente affermare che ha prevalso un atteggiamento di cautela: in genere, ha evitato di intervenire nel contenzioso tra Stato e Regioni con pronunce —e, soprattutto, con motivazioni— suscettibili di imporre (a fronte delle incertezze e delle aporie dello stesso testo costituzionale) un modello di regionalismo di natura giurisdizionale. Anche se è apparsa prevalente la preoccupazione di assicurare una ragionevole continuità nel funzionamento del sistema costituzionale, piuttosto che di sottoporre a riesame, alla luce della nuova normativa costituzionale, i propri precedenti (consolidati) orientamenti giurisprudenziali.²⁹

D'altra parte, siffatto atteggiamento appare comprensibile, dal momento che il giudice di costituzionalità delle leggi ha dovuto navigare tra Scilla e Cariddi, tra il rischio di favorire la continuità con il passato (attraverso un'interpretazione restrittiva delle disposizioni costituzionali) e il pericolo di attuare in via giurisdizionale —a fronte dell'inerzia del legislatore— le disposizioni del “nuovo” titolo V della Costituzione, tra l'altro in un contesto politico critico nei confronti della legge del 2001.³⁰

Non va, inoltre, sottovalutato che la Corte, a causa della mancata inserzione nella legge costituzionale n.3 del 2001 di norme finali e transitorie, si è fatta carico, in più occasioni, dell'esigenza di assicurare la continuità e la funzionalità dei processi istituzionali, nonché di garantire la certezza del diritto e la sicurezza giuridica. Siffatta preoccupazione si è manifestata soprattutto in materia di finanza pubblica e di continuità di servizi essenziali.

In tema di finanza pubblica il giudice costituzionale ha avvertito l'esigenza che il passaggio dal vecchio al nuovo sistema avvenisse in modo graduale e ha auspicato la definizione di una disciplina transitoria che consenta l'ordinato passaggio dall'attuale sistema al nuovo (sentenza 37/04): di conseguenza, ha ritenuto che la piena operatività del principio codificato nell'art.119 Cost. (Le Regioni stabiliscono e applicano tributi ed entrate propri, in armonia con la Costituzione e se-

²⁹ G. Rolla, 2007; pp. 287 ss.

³⁰ G. Cerracchio, 2007; pp. 123 ss. L. Ronchetti, N. Viceconte, 2007; pp. 134 ss.

condo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario) decorresse soltanto successivamente alla definizione di “un complessivo ridisegno dell'autonomia tributaria delle Regioni” (sentenza 381/04). Di conseguenza, la normativa costituzionale nell'importante settore della finanza regionale e locale non ebbe immediata applicazione, ma costituì un obiettivo (peraltro indeterminato nei tempi) da concretizzare a cura del legislatore nazionale.

Eguale, la Corte costituzionale ha subordinato l'operatività delle nuove competenze legislative delle Regioni all'effettiva operatività delle strutture e dei servizi regionali, ritenendo prioritario garantire la continuità delle funzioni pubbliche (a fronte di un'attribuzione formale di competenza). Secondo questa prospettiva, il giudice costituzionale ha riconosciuto, ad esempio, transitoriamente la validità degli atti di programmazione della rete scolastica compiuti dal Ministero, in attesa che le Regioni provvedano a dotarsi di apparati burocratici regionali preposti all'esercizio di tale funzione. Mentre in materia di attività culturali, ha negato che l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001 abbia determinato l'automatica sopravvenuta incostituzionalità della legislazione statale vigente (sentenza 255/04).

Da ultimo, l'azione del Parlamento si è contraddistinta in questo periodo per una duplice, ma concomitante azione: per un verso, ha rallentato l'attuazione della normativa costituzionale del 1999-2001, per un altro verso, ha approvato un nuovo progetto di revisione della Costituzione che sarà sottoposto al voto referendario.

Molte significative previsioni costituzionali sono state disattese: dalla piena attuazione del principio del federalismo fiscale codificato dall'art. 119 Cost., alla determinazione in via legislativa delle norme statali suscettibili di fungere come limite alla competenza concorrente delle Regioni; dall'individuazione delle funzioni fondamentali spettanti ai Comuni e alle Province all'integrazione della Commissione bicamerale per le questioni regionali con rappresentanti delle Regioni e del sistema delle autonomie. Emerge anche la non attuazione dei criteri di ripartizione delle competenze amministrative codificata dall'art. 118 Cost. e il blocco nel decentramento di ulteriori funzioni amministrative.

Lo stesso orientamento di risolvere le incertezze interpretative emergenti dal testo della legge costituzionale n.3 del 2001 ricorrendo all'approvazione di una legge ordinaria ha sollevato gli stessi problemi di legittimità costituzionale che hanno coinvolto la legge spagnola di armonizzazione (LOAPA), dichiarata incostituzionale dal Tribunale Costituzionale con la motivazione che “...l'interesse che si intende tutelare e che giustifica l'utilizzazione di tecniche armonizzatrici

si identifica con lo stesso interesse generale che già fu tenuto in considerazione dal potere costituente nel fissare il sistema di distribuzione delle competenze tra lo Stato e le Comunità autonome” (STC 76/83).

Se, da un lato, l’approvazione di questa legge di attuazione del dettato costituzionale —legge n.131 del 2003— sembrò indicare la volontà del Parlamento di concludere il percorso aperto dal legislatore costituzionale; per un altro verso, l’approvazione nel 2005 di nuove proposte di revisione costituzionale —alternative all’esperienza di regionalismo sinora consolidatosi— ha contribuito a rendere incerto il quadro di riferimento.

In particolare, quest’ultima legge costituzionale —approvata dal Parlamento in data 16 novembre 2005, ma mai entrata in vigore a causa dell’esito del referendum costituzionale svoltosi nel mese di giugno del 2006 (i NO raggiunsero il 61,09 %)— prevedeva dei sostanziali cambiamenti del Titolo V, oltre che dell’assetto organizzativo dello Stato (organi di governo, Presidente della Repubblica, ordine giudiziario, Corte costituzionale).

Alcune disposizioni costituzionali si proponevano, invero, di completare la riforma costituzionale del 2001, disciplinando profili che non erano stati affrontati: in particolare la costituzionalizzazione degli organi dello Stato che consentono alle Regioni di partecipare la formazione della volontà nazionale e che appaiono necessari per assicurare un corretto funzionamento del regionalismo collaborativo (il Senato federale della Repubblica e la Conferenza Stato-Regioni).

Altre disposizioni innovavano, a loro volta, il testo della Costituzione uscito dalla riforma del 2001: tra queste, la modificazione più significativa aveva interessato le materie di competenza legislativa delle Regioni. In primo luogo, si è tentato di incrementare il numero delle materie di competenza esclusiva dello Stato; in secondo luogo, la competenza residuale delle Regioni, riconosciuta attualmente sotto forma di clausola residuale (spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato) era stata riformulata nel senso di introdurre, sia pure in forma esemplificativa, un nuovo elenco delle materie rientranti nella competenza esclusiva regionale (assistenza ed organizzazione sanitaria; organizzazione scolastica; definizione dei programmi scolastici e formativi di interesse specifico della Regione; polizia amministrativa regionale e locale).

Infine, la riforma costituzionale votata nel 2005 conteneva delle disposizioni suscettibili di limitare sostanzialmente l’autonomia costituzionale delle Regioni. Ha suscitato, ad esempio, fortissime perplessità l’introduzione di un controllo di merito sulle leggi regionali, che consentiva al Governo, qualora ritenga che una

legge regionale pregiudichi l'interesse nazionale della Repubblica, di sottoporre la questione al Parlamento in seduta comune, il quale poteva annullare la legge a maggioranza assoluta dei propri componenti.

I limiti della richiamata formulazione furono subito evidenziati dalle opposizioni che lamentavano l'introduzione di un controllo di merito sulle leggi regionali, difficilmente compatibile con lo *status* di autonomia costituzionale di cui godono le Regioni.³¹

V. L'ACCENTUAZIONE DI TENDENZE CENTRIPETE TRA VINCOLI EUROPEI E TENTATIVI (FALLITI) DI RIVEDERE LA SECONDA PARTE DELLA COSTITUZIONE

Non essendo entrata in vigore in vigore la revisione costituzionale del Titolo v approvata nel 2005 in conseguenza dell'esito negativo del referendum confermativo, la riforma istituzionale del 2001 ha potuto riprendere il suo percorso attuativo, il quale, tuttavia, ha seguito un itinerario assai diverso dalle iniziali aspettative a causa di fattori concomitanti come, ad esempio, l'ambigua struttura linguistica di alcuni articoli, l'esistenza di "omissioni" nella disciplina costituzionale di alcuni istituti, ma soprattutto il mutamento del panorama economico e finanziario internazionale. Da ciò, la crescente necessità di controllare della spesa pubblica e di aderire ai vincoli posti dall'Unione europea, con il conseguente accentramento dei poteri decisionali.³²

I nuovi criteri di ripartizione delle competenze tra lo Stato e le Regioni introdotti dalla revisione costituzionale del 2001 avevano indotto a ipotizzare un ampliamento quantitativo (nuovi ambiti materiali) e qualitativo (minori limiti) della potestà normativa regionale, con particolare riferimento alla competenza residuale.³³ Tuttavia, l'esperienza successiva ha evidenziato come tale auspicio fosse eccessivamente ottimistico, dal momento che si è determinato un sostanziale rafforzamento del ruolo del legislatore statale e della sua capacità di coordinamento e di indirizzo.

Tra processo è stato agevolato dalla tecnica di ripartizione delle competenze adottata dalla nuova formulazione dell'art.117 Cost. di dividere la competenza statale e regionale in submaterie (come nel caso, ad esempio, dell'ambiente, dei beni culturali, dell'istruzione) e, soprattutto, di attribuire in forma esclusiva allo Stato della disciplina delle c.d. "materie trasversali", che consente allo Stato di

³¹ Per un esame organico del tentativo di riforma si rinvia al numero monografico della Rivista *Le regioni*, n. 1/2015, Bologna, Il Mulino.

³² AA.VV., 2016; pp. 3-301.

³³ G. Rolla, 2008; pp. 140 ss.

intervenire su oggetti rientranti nella gran parte delle materie riservate alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni.

Ma, in una fase di crisi delle finanze pubbliche, ha assunto una importanza preponderante la scelta di riservare alla competenza esclusiva dello Stato particolari attività materiali come la tutela della concorrenza, la perequazione delle risorse finanziarie, il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario. L'espansione del legislatore statale è stata giustificata dalla preoccupazione di evitare che la capacità autonoma di spesa delle Regioni e degli enti locali (riconosciuta dall'art.119 Cost.) impedisca la realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica conseguenti all'adesione al patto di stabilità e di crescita definito in sede di Unione europea.³⁴

Anche se la giurisprudenza della Corte costituzionale ha cercato di circoscrivere la discrezionalità del legislatore statale, precisando che le sue "incursioni" in ambiti materiali di competenza regionale dovrebbero avvenire secondo procedure di leale collaborazione e in via transitoria, la compressione dei poteri regionali è divenuta sempre più evidente. Al punto che l'intervento del legislatore ordinario è giunto persino a circoscrivere l'autonomia statutaria delle Regioni, in virtù dell'approvazione di norme che, con l'obiettivo di porre un freno alle spese degli organi politici delle Regioni, hanno fissato un limite all'ammontare degli emolumenti dei consiglieri e al numero dei consiglieri e degli assessori regionali: oggetti che in precedenza erano considerati riservati alle leggi statutarie regionali in quanto riconducibili alle materie "forma di governo" e "principi fondamentali di organizzazione e funzionamento".

Inoltre, nel periodo tra il 2006 e il 2016 la finanza pubblica ha costituito una vera e propria *grundnorm* costituzionale, dal momento che l'emergenza economica e finanziaria ha prodotto —in Italia come in altri ordinamenti—³⁵ un'alterazione dell'ordinaria organizzazione dei poteri. Infatti, le crisi economiche globali hanno favorito un accentramento delle sedi decisionali, con un correlato indebolimento dei livelli intermedi: dello Stato nei confronti degli organismi sovranazionali, dei livelli territoriali decentrati rispetto allo Stato.³⁶ Si tratta di fenomeni che incidono sulla forma di governo (per quanto concerne i rapporti tra Parlamento ed esecutivo), sul sistema delle fonti (a proposito dell'attribuzione della potestà normativa) e sulle forme di Stato (con specifico riferimento alle

³⁴ E. Albanesi, 2016; pp. 161 ss. P. Masala, 2016; pp. 189 ss.

³⁵ G. Delle Donne, 2016; pp. 73 ss.; A. Canepa, 2016; pp. 227 ss. F. Balaguer Callejón, 2014; pp. 73 ss.

³⁶ G. Rolla, 2016; pp. 13 ss.

relazioni interistituzionali): i quali possono essere “tollerati” dagli ordinamenti democratici solo a condizione che la deroga all’ordinario sistema delle competenze sia provvisoria e limitata a un arco temporale circoscritto.

Nel caso dell’ordinamento italiano, però, si è preferito irrigidire la distribuzione delle competenze: ciò che avrebbe dovuto essere transitorio rischia di trasformarsi in un dato permanente nella misura in cui l’esercizio di poteri emergenziali da parte dello Stato si trasforma in regola costituzionale. Emblematicamente la legge costituzionale n.1 del 2012 ha costituzionalizzato la giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di controllo della finanza pubblica: la materia “armonizzazione dei bilanci pubblici” è stata inserita nell’elenco delle materie di competenza esclusiva dello Stato, mentre la nuova formulazione dell’art.119 Cost. ha esteso il vincolo costituzionale del rispetto dell’equilibrio di bilancio dallo Stato a tutti i singoli livelli istituzionali (Stato, Regioni, Comuni, Città metropolitane).³⁷

Esattamente dieci anni dopo la mancata entrata in vigore della revisione costituzionale del 2005, il corpo elettorale si è nuovamente espresso con un voto referendario contro l’entrata in vigore di una nuova revisione costituzionale della Seconda parte della Costituzione. L’*iter* per una nuova legge costituzionale fu avviato nel 2013 dal Presidente della Repubblica (Napolitano) con la nomina di una Commissione di “saggi”, quindi —sempre nel 2013— il Presidente del Consiglio dei Ministri (Letta) istituì un comitato parlamentare per le riforme costituzionali; infine l’*iter* ebbe una decisa accelerazione con la nomina a Presidente del Consiglio di Matteo Renzi, che nell’aprile del 2014 presentò un disegno di legge costituzionale di iniziativa governativa (derogando alla prassi secondo la quale in materia di revisione costituzionale l’iniziativa era riservata ai gruppi parlamentari). Il disegno di legge, terminato il proprio percorso parlamentare, fu pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il 15 aprile 2016 e, non avendo ottenuto la prescritta maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, fu sottoposto a referendum. La consultazione elettorale si svolse il 4 dicembre del 2016 e la proposta ebbe il voto contrario del 59,12% dei votanti.

Diversi articoli di questa legge costituzionale incidono in misura significativa sul Titolo V e sull’ordinamento delle Regioni in generale. In particolare, i punti più controversi hanno riguardato la natura e la composizione del Senato, la disciplina del procedimento legislativo, la nuova ripartizione delle competenze legislative, l’introduzione di una clausola di supremazia a favore dello Stato.³⁸

³⁷ AA.VV., 2016; pp. 5-302.

³⁸ A. D’Atena, 2015; n.º 2. AA.VV., 2015; pp 1-310. F. S. Marini, G. Scaccia, 2016; pp. 1 ss.

A proposito della disciplina costituzionale della Seconda Camera la nuova formulazione dell'art.55 Cost. precisava che il Senato della Repubblica non rappresenta più la Nazione (come la Camera dei deputati), ma le istituzioni territoriali: conseguentemente i suoi componenti non erano eletti a suffragio universale e diretto, ma indirettamente dai Consigli regionali in proporzione alla popolazione dei rispettivi territori. Tuttavia, pur qualificandosi come organo di rappresentanza territoriale, il suo *status* costituzionale era incerto e non pienamente coerente con gli obiettivi espliciti del legislatore costituzionale.

Ad esempio, non gli erano stati attribuiti significativi compiti di raccordo e di collaborazione tra lo Stato e le Regioni, che rimanevano affidati alle Conferenze Stato - Regioni e Stato - autonomie locali. Inoltre, l'incertezza circa la natura del Senato risultava accresciuta dalla circostanza che, da un lato, ai Senatori si applicavano le stesse prerogative dei Deputati (immunità, insindacabilità, inviolabilità), mentre, dall'altro lato, nei loro confronti non operava il divieto di mandato imperativo. Nei confronti della soluzione istituzionale adottata la dottrina prevalente ha criticamente evidenziato che l'introduzione di un Senato di rappresentanza delle comunità territoriali aveva senso se si inseriva all'interno di una prospettiva di rafforzamento del ruolo delle Regioni (e non di maggior accentramento delle competenze e di rafforzamento dei poteri statali di indirizzo).³⁹

Inoltre, è stato sottolineato come la stessa non teneva conto delle ricette offerte dalle esperienze comparate le quali, nel caso degli ordinamenti regionali, prevedono o un Senato con minori competenze rispetto alla Camera ma sempre elettivo, salvo una limitata rappresentanza delle Comunità autonome (Spagna), o un Senato eletto a suffragio indiretto, che possiede il medesimo *status* costituzionale della Assemblea nazionale (Francia); oppure un Senato a composizione mista —una parte eletta direttamente, un'altra designata dalle Comunità territoriali, una terza infine cooptata— (Belgio).

Negli ordinamenti federali europei, poi, i senatori sono eletti direttamente dal corpo elettorale (Svizzera) oppure dalle Diete dei *Länder* in base alla popolazione e per consuetudine scelti tra i non consiglieri (Austria). Mentre costituisce un *unicum* la soluzione adottata nella Repubblica federale di Germania in cui i membri del *Bundesrat* sono costituiti da membri dei governi territoriali e votano con il vincolo di mandato, mentre il coordinamento tra le due Assemblee è esercitato

³⁹ I. Ruggiu, 2016; pp. 1-413. I. Ciolli, 2016; n.° 4. M. Olivetti, 2014; n.° 19. R. Bifulco, 2016; pp. 35 ss.

tramite una Camera “comune” composta per due terzi da membri del *Budestag* e per 1/3 del *Bundesrat*.⁴⁰

La legge italiana di revisione costituzionale, tuttavia, non ha aderito a nessuna di queste esperienze, preferendo assemblare elementi propri della disciplina francese (elezione indiretta) e di quella austriaca (elezione da parte dei Consigli regionali); mentre i profili essenziali del *Bundesrat* tedesco — ad esempio, la partecipazione degli esecutivi e il vincolo di mandato dei rappresentanti dei singoli *Länder* — non sono stati introdotti.⁴¹

La previsione di un bicameralismo imperfetto influiva evidentemente in modo significativo sull’*iter legis*: il procedimento legislativo rimaneva bicamerale paritario solo in materie espressamente riservate dalla Costituzione (leggi costituzionali, tutela delle minoranze linguistiche, disciplina dei referendum, leggi elettorali regionali e locali, legge elettorale del Senato, attribuzione alle Regioni di forme di autonomia particolari ai sensi dell’art.118 Cost.); nelle altre materie, invece, il Senato partecipava al procedimento con competenze e modalità diversificate. Rimaneva, in ogni caso, ferma la “centralità” della Camera dei Deputati a cui competeva sia la elaborazione del testo della legge sia la votazione finale, mentre la Seconda Camera esprimeva dei pareri diversamente vincolanti.⁴² Siffatta eccessiva segmentazione del procedimento legislativo è stato valutato criticamente dalle forze politiche ed intellettuali contrarie alla revisione costituzionale in quanto ritenuta un fattore di conflitti procedurali, suscettibili di incrementare il contenzioso innanzi alla Corte costituzionale.

Particolarmente acceso è stato anche il dibattito sull’introduzione all’interno dell’art.117 Cost. di una c.d. “clausola di supremazia”, secondo la quale “su proposta del Governo la legge dello Stato può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell’unità giuridica e economica della Repubblica, ovvero la tutela dell’interesse nazionale”.⁴³ Tale istituto è stato interpretato come il tentativo di reintrodurre la contestata formula dell’interesse generale (già presente in Costituzione sino alla revisione del 2001, ma come limite di merito sanzionabile dal Parlamento), con l’obiettivo di fornire al Governo e alla sua maggioranza parlamentare uno strumento incisivo per ingerirsi in materie di competenza delle Regioni. Una clausola, tra l’altro, che si sarebbe aggiunta al po-

⁴⁰ G. Rolla, 2008; pp. 55 ss.

⁴¹ P. Martino, 2009; pp. 1-299. A. Sciortino, 2005; pp. 1-138. N. Occhiocupo, 1975; pp. 3-77. AA.VV., 2016; pp. 303 ss.

⁴² G. Brunelli, 2016; I. P. Passaglia, 2016, marzo.

⁴³ L. Violini, 2015; p. 308.

tere sostitutivo che il vigente art.120 Cost. attribuisce in via generale al Governo per sostituirsi alle Regioni qualora venga compromessa la sicurezza nazionale, l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento, la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali.⁴⁴

Solo un accostamento superficiale poteva avvicinare la formula introdotta nella nuova formulazione dell'art.117 Cost. ad alcune delle molteplici soluzioni che l'esperienza comparata offriva a salvaguardia del carattere unitario dell'ordinamento: è il caso, ad esempio, delle clausole che riservano allo Stato l'esercizio di poteri impliciti, finalizzati a salvaguardare l'unità politica, economica e giuridica del sistema (come l'*interstate commerce clause* della Costituzione degli Stati Uniti d'America, o i poteri di intervento attribuiti alla Federazione del Canada allorché ciò sia necessario per assicurare *peace, order and good government*);⁴⁵ ovvero di quelle che riconoscono la prevalenza del diritto federale su quello decentrato (Repubblica federale di Germania, Svizzera, Argentina, Australia) e affermano il carattere suppletivo del diritto statale rispetto a quello delle Comunità autonome (Spagna).

La differenza tra questi poteri riservati allo Stato e la clausola ipotizzata dalla revisione costituzionale del 2016 è notevole.

Infatti, il principio di *supletoriedad* —come è stato ricordato dalla dottrina e confermato dal giurisprudenza del Tribunale costituzionale— “puede dictar normas... con la finalidad específica de servir de derecho supletorio a la Comunidades Autónomas, pero con ello no se puede producir una invasión de la competencias de éstas”,⁴⁶ mentre l'esercizio di poteri impliciti suscettibili di interferire con importanti competenze decentrate è temperato dalla presenza di un legislatore in cui una Camera è rappresentativa degli interessi dei territori (USA, Germania, Svizzera) ovvero dall'esistenza di solidi e sostanziali meccanismi di collaborazione interistituzionale (come le conferenze intergovernative in Canada). Per contro, la clausola di supremazia poteva interferire anche in materie di competenza propria delle Regioni e, oltre a presupporre una scelta unilaterale dello Stato, spostava il potere sostanziale di decisione dal Parlamento al Governo.⁴⁷

⁴⁴ AA.VV., 2003; pp. 1-176.

⁴⁵ Si può far riferimento ad altri ordinamenti in cui lo Stato può intervenire per garantire l'unità economica e monetaria (Belgio) e l'equilibrio di bilancio (Messico), per promuovere un equilibrio socio-economico tra gli Stati (Brasile), per assicurare lo sviluppo armonico all'interno delle diverse Province (Argentina)

⁴⁶ E. Álvarez Conde, R. Tur Ausina, 2012; p. 829.

⁴⁷ S. Aru, 2016; pp. 63 ss.

Un'ulteriore innovazione che la legge di revisione costituzionale del 2016 ha tentato di introdurre riguardava, infine, la codificazione di un diverso criterio di ripartizione della competenza legislativa tra i diversi livelli istituzionali.

Nella formulazione della Costituzione del 1948 l'art.117 Cost si limitava a elencare le materie di competenza regionale, riservando alla legge statale sia la competenza di fissare i principi generali della materia, sia la possibilità di delegare alle Regioni una competenza legislativa di tipo integrativo. La revisione costituzionale del 2001, invece, aveva ribaltato il "modello" enumerando le materie di competenza statale ed introducendo una clausola residuale a favore delle Regioni; per alcune materie, poi, era prevista una competenza ripartita, in cui le Regioni legiferavano nell'ambito dei principi fondamentali riservati alla legislazione dello Stato. Infine, la legge del 2016 ha optato per la tecnica del "doppio" elenco, dettagliando le materie di competenza propria sia dello Stato che delle Regione: con tale soluzione veniva eliminato il tipo di competenza legislativa concorrente, ritenuta dai fautori della legge costituzionale la causa principale dell'ampio contenzioso costituzionale tra lo Stato e le Regioni e della conseguente disfunzionalità del sistema.⁴⁸

L'obiettivo enunciato dal legislatore costituzionale (ridurre i conflitti di competenza) apparve sicuramente condivisibile, ma la soluzione proposta (eliminare la competenza concorrente) apparve subito inadatta allo scopo. Infatti, l'esperienza costituzionale — italiana e straniera — ha dimostrato che la frontiera delimitatrice le competenze è tutt'altro che statica e stabile nel tempo; inoltre, gli "argini linguistici" offerti dagli elenchi di materie si rivelano non sempre efficaci e in grado di proteggere la competenza regionale dalle frequenti incursioni della legislazione statale. In altre parole, l'esperienza evidenzia come, nonostante l'aspirazione onnicomprensiva degli elenchi, le incertezze in ordine all'attribuzione di una determinata competenza rappresentano — nelle relazioni tra i diversi livelli istituzionali — una costante quasi quotidiana, dal momento che il Parlamento e i Consigli regionali, quando approvano una legge, regolano spesso un complesso di attività riconducibili a materie differenti, per cui l'intreccio di competenze è per molti versi inevitabile.

Di conseguenza, un ulteriore ampliamento degli elenchi di materie riservate allo Stato o alle Regione contribuisce non già a rendere "sicuri i confini" delle rispettive competenze, ma ad inflazionare le "zone grigie" in cui si annida il conten-

⁴⁸ F. Palermo, 2015; pp. 170 ss. E. Gianfrancesco, 2015; p. 170. P. Caretti, 2015; n.° 4. G. Serges, 2015; 3.

zioso tra Stato e Regioni in ordine alle rispettive competenze. Mentre l'esperienza comparata evidenzia, ancora una volta, che lo stesso è più facilmente limitabile promuovendo meccanismi partecipativi in grado di produrre scelte condivise e concordate circa l'attribuzione delle competenze (Svizzera e Germania) - il c.d. *political path* -.⁴⁹

VI. È POSSIBILE UNA NUOVA FASE PER IL REGIONALISMO ITALIANO?

Gli obiettivi di rafforzamento delle competenze regionali e di modernizzazione delle forme di governo perseguiti con le riforme costituzionali del 1999 e del 2001 sono stati conseguiti solo parzialmente a causa sia di alcuni limiti imputabili alle scelte normative del Parlamento, sia dell'accentramento dei processi decisionali "imposto" dalla crisi economico finanziaria e dai conseguenti vincoli europei. Nello stesso tempo, le mancate revisioni del 2006 e del 2016 —determinate dall'esito negativo dei referendum costituzionali— hanno, al momento, bloccato il tentativo di imporre una riforma in senso centripeto del regionalismo italiano: il quale sembra vivere una situazione di attesa, una sorta di leopardiana "quiete dopo la tempesta".

Anche per la dottrina il referendum costituzionale del 2016 costituisce una sorta di spartiacque, che alimenta non tanto certezze, quanto "prospettive";⁵⁰ ricerca di "piste possibili";⁵¹ interrogativi circa "quale dei tanti regionalismi si prospetta".⁵² A tal proposito, i più recenti numeri dell'autorevole Rivista "Le Regioni" contengono alcune proposte per migliorare l'attuale assetto delle Regioni, le quali possono essere classificate a seconda che si limitino a prevedere interventi di mera "manutenzione" dello *status quo* ovvero aspirino a conferire una più elevata organicità al sistema.

A proposito della partecipazione delle Regioni ai processi decisionali dello Stato (in particolare del Parlamento), preso atto che per ben due volte il corpo elettorale ha rifiutato una revisione del bicameralismo con l'istituzione di un Senato di rappresentanza territoriale, l'idea prevalente è quella di dare finalmente un seguito alla previsione di cui all'art.11 della legge costituzionale n.3 del 2001, che assegnava ai regolamenti parlamentari la possibilità di integrare la Commissione bicamerale per le questioni regionali con la partecipazione di "rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali". Tale nuova Commis-

⁴⁹ G. Rolla, 2014; pp. 32 ss.

⁵⁰ A. Ruggeri, 2015; pp. 15 ss.

⁵¹ G. Falcon, 2016; pp. 777 ss.

⁵² L. Violini, 2016; pp. 909 ss.

sione —una volta istituita— può intervenire nell' *iter legis* inerente a materie di competenza regionale o di finanza regionale e locale con parere motivato; qualora esso venga disatteso dall'Aula, la legge dovrà essere approvata dall'Assemblea a maggioranza assoluta dei suoi componenti.

Altre proposte suggeriscono di mettere ordine nel sistema delle Conferenze tra Stato e Regioni e tra Stato-autonomie locali, potenziando il ruolo delle Regioni al fine di conseguire un più efficace sistema di *cooperative federalism*. Inoltre, si auspica di estendere il principio della “leale collaborazione” dai procedimenti di natura amministrative a quelli legislativi, approfittando di alcuni *obiter dicta* presenti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale.

Il riferimento è alla sentenza n.251 del 2016 in cui il giudice costituzionale, a proposito di alcuni decreti legislativi che incidevano su materie di competenza legislativa “mista” (in parte statale, in parte regionale), ha precisato che “occorre contemperare le ragioni dell'esercizio unitario delle stesse con la garanzia delle funzioni costituzionalmente attribuite alle autonomie”; e tale obiettivo —sempre secondo il giudice costituzionale— può essere conseguito attraverso una necessaria “intesa” tra i livelli istituzionali da raggiungere in sede di Conferenza unificata tra lo Stato e le Regioni. Si tratta di un'importante apertura giurisprudenziale, in quanto in precedenza la Corte aveva riservato l'istituto dell'intesa solo agli atti di natura non legislativa.⁵³

Un terzo percorso da intraprendere è stato individuato nella semplificazione dei criteri di ripartizione delle competenze legislative e nella riduzione del conseguente contenzioso innanzi alla Corte costituzionale. In relazione al primo profilo, viene ipotizzata una loro sostanziale “decostituzionalizzazione”, sia inserendo le materie regionali negli Statuti in modo da favorire una certa asimmetria sulla base degli interessi specifici di ciascuna Regione, sia pervenendo all'individuazione delle rispettive attribuzioni attraverso intese concordate tra i diversi livelli istituzionali. Nel primo caso, si avrebbe una possibile diversificazione nelle competenze tra le Regioni, nel secondo —invece— la competenza sarebbe comune a tutte le Regioni, ma concordata con lo Stato. Ad avviso di qualche autore, poi, il contenzioso innanzi alla Corte costituzionale potrebbe essere ulteriormente contenuto, qualora si statuisse che i ricorsi di costituzionalità o i conflitti di attribuzione debbano essere preceduti da tentativo di accordo istituzionale tra i soggetti interessati.

Ferma restando l'utilità degli interventi correttivi sopra ipotizzati, sarebbe —a nostro avviso— utile introdurre alcune correzioni istituzionali capaci di incidere

⁵³ R. Bifulco, 2017; p. 1 ss.

sulla qualità del sistema regionale italiano, depurandolo del limite principale che l'esperienza di questi cinquant'anni ha evidenziato. Infatti, l'ordinamento regionale non è riuscito ad affermare appieno la sua specificità, emancipandosi dall'idea che le Regioni appartengano alla più ampia categoria degli enti locali territoriali: come emerge dalla disciplina che "omogeneamente" riguarda le modalità di trasferimento delle funzioni amministrative, la disciplina dell'autonomia finanziaria, la determinazione "dall'alto" della forma di governo delle Regioni e dei Comuni.

Inoltre, si è affermato un tipo di regionalismo territorialmente omogeneo e centripeto che sembra messo in crisi sia dalle più recenti trasformazioni che interessano gli ordinamenti federali e regionali,⁵⁴ sia da alcuni apporti della dottrina che individuano nella forma di Stato regionale un criterio di organizzazione che favorisce la creazione di una comunità nazionale composta da una pluralità di comunità più circoscritte che mantengono la propria peculiarità.⁵⁵ Secondo questa prospettiva, nei processi di regionalizzazione il territorio deve assumere un nuovo e centrale significato costituzionale: non è più inteso nella sua dimensione meramente fisica, come spazio di vigenza delle norme statali, bensì come ambito spaziale in cui elementi geografici convivono con altri di natura culturale e identitaria. In altri termini, l'autonomia di determinate comunità si dovrebbe fondare sulla storia e sugli "interessi profondi" di quei territori, determinando un rapporto di necessità tra uno specifico ambito territoriale e la disciplina del suo assetto istituzionale.

Nei casi di regionalizzazione uniforme si è alla presenza di un «modello» comune che plasma omogeneamente l'organizzazione delle singole comunità territoriali; nella regionalizzazione differenziata o asimmetrica —invece— le Regioni dovrebbero distinguersi per competenze, poteri, soluzioni organizzative, fruendo di un distinto *set* di competenze. Regionalismo ordinario e differenziato rappresentano anche due strategie istituzionali differenti al fine della integrazione tra le comunità territoriali: nel primo caso, le specificità territoriali non vengono annullate, ma "neutralizzate" attraverso l'attribuzione di comuni ambiti di autonomia e di competenza; nel secondo, invece, l'integrazione di un determinato territorio all'interno dell'ordinamento generale è perseguito attraverso il riconoscimento (e la valorizzazione) delle sue specificità.

Le cause giustificative una disciplina asimmetrica dell'autonomia sono molteplici: possono essere ricondotte a un complesso di fattori di natura culturale, giu-

⁵⁴ W. Norman, 2006; pp. 1 ss.

⁵⁵ E. Fossas, F. Requejo, 1999; pp. 1-344. P. Haberle, 1994; pp. 130 ss.

ridica e politica, che hanno una base nella storia, ma permangono nell'attualità e, a causa della loro vitalità, si proiettano nel futuro; ma il riconoscimento di regimi giuridici differenziati può essere favorito anche da esigenze di natura sociologica ed economica — come il miglioramento della capacità competitiva — o di natura giuridica, connesse al riconoscimento di particolari sistemi legali. Infine, le varie esperienze di regionalismo differenziato (o di asimmetria) sono portatrici di una visione innovativa dell'eguaglianza, intesa come riconoscimento che possono esistere “bisogni particolari” e che, quindi, vanno rispettate le differenze nel modo di conseguire obiettivi unitari.

Per avviarsi, *rebus sic stantibus*, lungo questo sentiero può essere utile partire dalle potenzialità presenti nell'art.116, 3 c. Cost., che — introdotto con la revisione costituzionale del 2001 — ha avuto agli inizi un *appeal* assai limitato. Infatti, dal 2001 al 2016 gli sporadici tentativi di attivare questa procedura si arenarono ai primi adempimenti formali: la Regione Toscana (2003) elaborò una proposta di acquisizione di competenze nel settore dei beni culturali e paesaggistici, la Lombardia, il Veneto (2007) e il Piemonte (2008) si limitarono ad approvare alcuni documenti e atti di indirizzo. Tuttavia tali iniziative non ebbero alcun seguito.

Ciononostante, in tale disposizione si può individuare la “chiave” per introdurre una visione più dinamica e attuale del regionalismo: infatti, essa prefigura una relazione interistituzionale di tipo pattizio e di natura settoriale — che si contrappone a quella attualmente vigente, improntata a relazioni multilaterali e paritarie —, così come incrina una consolidata tendenza all'uniformità delle competenze, dando vita a sostanziali processi di differenziazione circa le competenze esercitabili. L'attuazione della “clausola di asimmetria” potrebbe, in sintesi, favorire una più compiuta realizzazione dell'autonomia ordinaria, che faccia perno sulle specificità delle identità territoriali.

Dopo l'esito negativo del referendum costituzionale del 2016 due Regioni (Veneto, Lombardia) hanno indetto referendum consultivi per chiedere alle popolazioni interessate l'autorizzazione ad avviare la trattativa con lo Stato per la concessione dell'autonomia ai sensi dell'articolo 116, 3° comma della Costituzione; mentre una terza Regione (l'Emilia-Romagna) ha deliberato un complesso di richieste, senza attivare la procedura referendaria. Conseguentemente, si è avviato un confronto con il Governo circa le materie da trasferire alle Regioni (tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, tutela della salute, istruzione, tutela del lavoro, rapporti internazionali con specifica attenzione a quelli con l'Unione europea) e in data 28 febbraio 2018 è stata sottoscritta una specifica intesa di durata decennale tra lo Stato e le Regioni.

Attualmente, l'*iter* è in *stand by* a causa della fine della legislatura e delle priorità di natura economica e sociale che stanno impegnando il nuovo esecutivo: sarebbe, tuttavia, auspicabile che il processo di differenziazione non si interrompesse, costituendo la base di partenza per una diversa considerazione del regionalismo e della sua collocazione all'interno della forma di Stato.

VII. BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. (1988). *La Corte costituzionale e le Regioni*. Napoli: ESI.
- AA. VV. (2003). *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*. Torino: Giappichelli.
- AA.VV. (2015). Regioni e riforme costituzionali. *Le Regioni*, n° 1.
- AA.VV. (2016). *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*. Napoli: Editoriale scientifica.
- AA.VV. (2016). Il nuovo Senato italiano? *Istituzioni del federalismo*, n° 2.
- ALBANESI, E. (2016). La giurisprudenza ed il ruolo della Corte costituzionale nel delineare i rapporti tra Stato e Regioni alla luce del principio di equilibrio di bilancio (nel contesto della crisi economica). In *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche* (pp. 161-188). Napoli: Editoriale scientifica.
- ÁLVAREZ CONDE, E., TUR AUSINA, R. (2012). *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos.
- ANZON, A. (2002). *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- ARAGÓN, M. (1986). ¿Estado jurisdiccional autonómico? *Revista vasca de administración pública*, n° 16, pp. 9-14.
- ARU, S. (2016). La clausola di supremazia statale nel ddl di revisione costituzionale; si scrive "interesse nazionale", si legge "indirizzo politico-governativo", *Costituzionalismo.it.*, n° 1.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2014). Autonomia finanziaria e pluralismo territoriale in Spagna nel contesto della crisi economica. In S. Gambino (Cur.). *Il federalismo fiscale in Europa*. Milano: Giuffrè.
- BASSANINI, F. (1971). Alcune riflessioni sui problemi attuali delle regioni a statuto speciale e sui rapporti tra autonomia speciale ed autonomia ordinaria, *Rivista trimestrale diritto pubblico*.
- BIFULCO, R. (2016). Il Senato: composizione, elezione e rappresentanza (art. 57 Cost.; artt. 39, commi 1-7, e 40, commi 5 e 6, l. cost.). In F. S. Marini, G. Scaccia (Cur.). *Commentario alla riforma costituzionale del 2016*. Napoli: ESI.
- BIFULCO, R., CELOTTO A. (Cur.) (2015). *Le materie dell'art.117 nella giurisprudenza della Corte costituzionale: 2001-2014*. Napoli: Editoriale Scientifica.

- BIFULCO, R. (2017). L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale. *Federalismi*, n° 3.
- BRUNELLI, G. (2016). La funzione legislativa bicamerale nel testo di revisione costituzionale: profili problematici. *Rivista Aic*.
- CANEPA, A. (2016). *Crisi economica e Costituzione in Portogallo, in Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*. Napoli: Editoriale scientifica.
- CARETTI, P. (2015). La potestà legislativa regionale nelle proposte di riforma del Titolo v della seconda parte della Costituzione. www.osservatoriosullefonti.it.
- CARROZZA, P. (2003). Le "materie": uso delle tecniche di enumerazione materiale delle competenze e modelli di riferimento del "regionalismo di esecuzione" previsto dal nuovo Titolo v della Costituzione. In G. F. Ferrari, G. Parodi (Cur.). *La revisione costituzionale del titolo v tra nuovo regionalismo e federalism*. Padova: Cedam.
- CATELANI, E. (Cur.) (2008). *L'attuazione statutaria delle Regioni: un lungo cammino*. Torino: Giappichelli.
- CERRACCHIO, G. (2007). Profili "quantitativi" del contenzioso costituzionale. In *Quarto Rapporto annuale sullo stato del regionalismo in Italia*. Milano: Giuffrè.
- CERRINA FERRONI, G., TARLI BARBIERI, G. (Cur.) (2008). *Le Regioni dalla Costituente al nuovo Senato della Repubblica*. Napoli: ESI.
- CIOLLI, I. (2016). Il Senato della riforma tra forma e sostanza. *Rivista Aic*.
- COSTANZO, P., RUGGERI, A. (2006). Unione europea ed autonomie territoriali. In P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri (Cur.). *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*. Torino: Giappichelli.
- CRUZ VILLALÓN, P. (2001). La Constitución accidental. In F. Pau i Vall (Coord.). *El futuro del Estado autonómico*. Navarra: Aranzadi.
- D'ALESSANDRO, G. (2008). *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie*. Padova: Cedam.
- D'ATENA, A. (1994). La vicenda del regionalismo italiano ed i problemi della transizione al federalism. In A. D'Atena (Cur.). *Federalismo e regionalismo in Europa*. Milano: Giuffrè.
- D'ATENA, A. (2001). *L'Italia verso il "federalismo". Taccuini di viaggio*. Milano: Giuffrè.
- D'ATENA, A. (2008). *I nuovi Statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria*. Milano: Giuffrè.
- D'ATENA, A. (2015). Luci ed ombre della riforma costituzionale Renzi-Boschi. *Rivista Aic*.
- DICEY, A. (1885). *An introduction to the Study of the Law of the Constitution* London: Mac Millan.
- D'IGNAZIO, G. (2007). Integrazione europea e tendenze asimmetriche del "neoregionalismo" in Italia. In G. D'Ignazio (Cur.). *Integrazione europea e asimmetrie regionali: modelli a confronto*. Milano: Giuffrè.

- DELLEDONNE, G. (2016). Il dibattito dottrinale e l'esperienza di gestione degli stati di crisi economica in Germania. In *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*. Napoli: Editoriale scientifica.
- ESPOSITO, C. (1954). Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione. In *La Costituzione italiana. Saggi*. Padova: CEDAM.
- FALCON, G. (2017). Le piste possibili del regionalismo, dopo il referendum costituzionale. *Le Regioni*, n° 5-6.
- FERRARI, G. F. (1988). *La forma di Stato, in La Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*. Padova: Cedam.
- FOSSAS, E., REQUEJO, F. (1999). *Asimetría federal y estado plurinacional. El debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*. Madrid: Trotta.
- GALEOTTI, S. (1984). Le Regioni e la riforma istituzionale, *Quaderni regionali*.
- GAMBINO, S. (2015). Una nuova riforma costituzionale per il Titolo V: soluzione intricata e compromesso difficile fra riassetto istituzionale ed esigenze in conflitto. *Osservatorio AIC*.
- GARCÍA RUIZ, J. L., GIRÓN REGUERA, E. (Coord.). *Estudios sobre descentralización territorial*. Cadiz: Universidad de Cádiz.
- GHISALBERTI, C. (2000). *Storia costituzionale d'Italia*. Bari: La Terza.
- GIANFRANCESCO, E. (2015). Regioni e riforma costituzionale: alcuni (non pochi) profili problematici. *Le Regioni*, n° 1.
- HABERLE, P. (1994). Problemi attuali del federalismo Tedesco. In A. D'Atena (Cur.). *Federalismo e regionalismo in Europa*. Milano: Giuffrè.
- LÓPEZ GUERRA, L. (1997). Modelo abierto y modelo cerrado del Estado de las Autonomías. In *Asimetría y cohesión en el Estado Autonomico*. Madrid: MAP.
- MALFATTI, E. (2006). Legge costituzionale 2001, n.3. In *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1994-2005)*. Bologna: Zanichelli.
- MANGIAMELI, S. (2002). *La riforma del regionalismo italiano*. Torino: Giappichelli.
- MARINI, S., SCACCIA, G. (2016). *Commentario alla riforma costituzionale del 2016*. Napoli: ESI.
- MARTINO, P. (1999). *Seconde Camere e rappresentanza politica*. Torino: Giappichelli.
- MASALA, P. (2016). La tutela dei diritti sociali nelle situazioni di crisi economica: gli orientamenti della Corte costituzionale italiana. In *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*. Napoli: Editoriale scientifica.
- MAZZOLA, G. (2018). Autonomia regionale: da sviluppare o da ridimensionare? *Rivista I.S.S.I.R.F.A.*
- MORRONE, A. (2005). L'ordinamento regionale tra riforme e controriforme. In A. Vignudelli (Cur.). *Istituzioni e dinamiche del diritto*. Torino: Giappichelli.

- NORMAN, W. (2006). *Negotiating Nationalism: Nation Building, Federalism and Secession in the Multinational States*. Oxford: Oxford University Press.
- OCCHIOCUPO, N. (1975). *La "Camera delle Regioni"*. Milano: Giuffrè.
- OLIVETTI, M. (2002). *Nuovi Statuti e forme di governo delle Regioni*. Bologna: Mulino.
- OLIVETTI, M. (2014). Alcune osservazioni sulla riforma del Senato e del Titolo V nel disegno di legge costituzionale n. 1429, approvato dal Senato l'8 agosto 2014. *Amministrazione in cammino*.
- PALERMO, F. (2015). Diagnosi errata e terapia inefficace. Le Regioni nella riforma costituzionale. *Forum costituzionale*.
- PASSAGLIA, P. (2016). Il presumibile aumento delle denunce di vizi procedurali e l'ampliarsi di una «zona d'ombra» della giustizia costituzionale. *Federalismi*.
- PASQUINO, G. (1983). Organizzazione dei partiti. In *La regionalizzazione*. Milano: Giuffrè.
- PERELLI, A. (2013). Il dibattito sulla regionalizzazione dello Stato nel periodo transitorio, In Rolla, G. (Cur.). *Regimi giuridici speciali di autonomia delle comunità territoriali. Profili di diritto comparato*. Milano: Giuffrè.
- ROLLA, G. (1979). *Riforma delle istituzioni e costituzione material*. Milano: Giuffrè.
- ROLLA, G. (1979). *La commissione per le questioni regionali nei rapporti tra Stato e Regioni*. Milano: Giuffrè.
- ROLLA, G. (1982). La determinazione delle materie di competenza regionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale. *Le Regioni*.
- ROLLA, G. (2006). Las relaciones entre niveles institucionales en los Estados Federales y Regionales: autonomía, unidad e integración. In J. L. García Ruiz, E. Girón Reguera (Coord.). *Estudios sobre descentralización territorial*. Cádiz: Universidad de Cádiz.
- ROLLA, G. (2007). *Scritti sulla giustizia costituzionale*. Genova: ECIG.
- ROLLA, G. (2008). *L'autonomia delle comunità territoriali. Profili costituzionali*. Milano: Giuffrè.
- ROLLA, G. (2014). *L'organizzazione territoriale della Repubblica*. Milano: Giuffrè.
- ROLLA, G. (2016). *Profili costituzionali dell'emergenza, in Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*. Napoli: Editoriale scientifica.
- ROMBOLI, R. (2006). Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art.138 Cost. In S. Gambino, G. D'Ignazio (Cur.). *La revisione costituzionale e i suoi limiti*. Milano: Giuffrè.
- RONCHETTI, L., VICECONTE, N. (2007). La giurisprudenza costituzionale. In *Quarto Rapporto annuale sullo stato del regionalismo in Italia*. Milano: Giuffrè.

- RUGGERI, A. (2017). Prospettive del regionalismo in Italia. *Le Regioni*, n° 1-2.
- RUGGIU, I. (2016). *Contro la Camera delle Regioni*. Napoli: Jovene.
- SCIORTINO, A. (2005). *Parlamento e sistema delle autonomie territoriali*. Torino: Giappichelli.
- SERGES, G. (2015). La potestà legislativa delle Regioni nel progetto di riforma della Costituzione. *Rivista Aic*.
- SERRANI, D. (1972). Momento costituente e statuti. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*.
- VENERUSO, D. (2005). Carlo Cattaneo e la mancata affermazione del modello federalistico nell'Europa dell'ottocento. In D. Preda, C. Rognoni Vercelli (Dir.). *Storia e percorsi del federalismo*. Bologna: Mulino.
- VIOLINI, L. (2015). Note sulla riforma costituzionale. *Le Regioni*, n° 1.
- VIOLINI, L. (2016). Dopo il referendum: quale dei tanti regionalismi si prospetta? *Le Regioni*, n° 5-6.

L'ÉTAT UNITAIRE FRANÇAIS ET LA DÉCENTRALISATION: L'HYBRIDATION DES MODÈLES TERRITORIAUX

Pierre de Montalivet

SUMARIO

- I. Introduction.
- II. Les avancées de la décentralisation dans le cadre d'un État unitaire: une reformulation plus qu'une rupture.
 1. La construction progressive de la décentralisation.
 - 1.1. L'existence de transferts de compétences à des collectivités territoriales.
 - 1.1.1. L'application justifiée de la notion de décentralisation.
 - 1.1.2. La diversification des collectivités territoriales.
 - 1.2. Les vagues successives de transferts de compétences.
 - 1.3. Les raisons du mouvement de décentralisation: une logique démocratique.
 - 1.4. Les avancées de la démocratie locale.
 - 1.4.1. La consécration de la «démocratie locale».
 - 1.4.2. L'institution de différentes formes de démocratie locale.
 - 1.4.3. Une séparation accrue des pouvoirs.
 - 1.4.4. La promotion des droits et libertés des collectivités territoriales.
 - 1.4.5. Le renforcement de la place des administrés locaux.
 2. L'unité préservée de l'État.
 - 2.1. L'inexistence d'un État fédéral.
 - 2.2. L'inexistence d'un État régional.
- III. Les ambivalences de la décentralisation dans le cadre d'un État «plurilégislatif»: une décentralisation schizophrène?
 1. Les résistances à la décentralisation.
 - 1.1. La permanence de la prépondérance étatique.

- 1.2. Une démocratie locale limitée.
- 1.3. La tentation de la recentralisation.
2. Les dépassements de la décentralisation.
 - 2.1 Un État «plurilégislatif»: la territorialisation du droit.
 - 2.2. Une citoyenneté plurielle: le cas de la Nouvelle-Calédonie, futur État indépendant, associé ou fédéré?
- IV. Conclusion.

I. INTRODUCTION

La doctrine a élaboré progressivement des catégories conceptuelles censées résumer les différentes formes ou modèles territoriaux de l'État: l'État unitaire centralisé, l'État unitaire décentralisé, l'État (unitaire) régional et l'État fédéral.¹ Selon les définitions généralement admises par la doctrine française, l'État unitaire est caractérisé par l'unité de l'ordre juridique et politique. Il n'y existe qu'une seule souveraineté. Cet État unitaire peut lui-même revêtir trois formes, selon l'existence ou le pouvoir reconnu aux autorités locales. Dans l'État unitaire centralisé, il n'existe pas d'autorités politiques locales élues par les citoyens. Dans l'État unitaire décentralisé, il existe des autorités politiques locales élues par les citoyens dotées d'un pouvoir réglementaire, essentiellement administratif.² Dans l'État unitaire régional, ont été instituées des autorités politiques locales élues par les citoyens dotées d'un pouvoir législatif, plus politique. L'État fédéral est enfin celui dans lequel intervient une dualité des ordres juridiques et politiques, manifestée principalement par le fait que des États fédérés ont un pouvoir constituant.

Si les définitions peuvent varier selon les auteurs et les traditions juridiques nationales, si ainsi l'État régional (ou autonome) peut apparaître selon les cas comme une modalité de la décentralisation ou comme une forme indépendante de l'État

¹ On mettra de côté ici les questions de la confédération et de la fédération. Sur cette dernière, v. notamment O. Beaud, 2007.

² Rappelons, si besoin était, que la décentralisation en droit consiste à conférer des compétences de l'État à d'autres personnes morales de droit public. Elle peut ainsi être fonctionnelle, en ce qu'elle consiste à déléguer des compétences propres de l'État à des personnes publiques spécialisées, généralement des établissements publics, chargés de gérer un service public. Elle peut être territoriale ou géographique et s'entend alors comme le transfert de compétences propres de l'État à des collectivités territoriales, c'est-à-dire à des personnes morales de droit public administrées par des autorités locales élues au suffrage universel.

unitaire décentralisé, intermédiaire entre l'État unitaire et l'État fédéral,³ il n'empêche que ces catégories sont reprises par la plupart des auteurs, du moins en France.

Il apparaît néanmoins que l'évolution de certains États amène à reconsidérer ces catégories et à en illustrer les limites. Les reformulations et éventuelles ruptures rencontrées ici ou là conduisent ainsi à reformuler les concepts mêmes des différents modèles territoriaux.

Il ne s'agit pas ici de proposer une théorie reformulée de ces concepts, mais beaucoup plus simplement de les interroger à la lumière de l'évolution de l'État français.

La France, on le sait, à partir d'une tradition fortement centralisatrice, à tel point qu'elle a pu apparaître comme le modèle de l'État unitaire centralisé, s'est engagée sur la voie de la décentralisation, de sorte qu'aujourd'hui les observateurs s'accordent à lui reconnaître la qualité d'État unitaire décentralisé.

Mais certaines évolutions affectant la décentralisation en France apparaissent de ce point de vue paradoxales. D'un certain côté, l'État semble parfois tenté par des formes indirectes de recentralisation. De l'autre, certaines dévolutions de compétences au profit de collectivités situées outre-mer semblent aller au-delà d'une simple décentralisation administrative.

Ainsi, l'étiquette d'État unitaire décentralisé résume-t-elle bien les forces centrifuges et centripètes à l'œuvre en France? En particulier, en raison de certains des traits de la décentralisation outre-mer, la France ne devient-elle pas un État régional partiel, voire un État fédéral en devenir? Ce faisant, ces évolutions ne remettent-elle pas en question les grilles de lecture habituelles?

Il apparaît que le phénomène de territorialisation du droit à l'œuvre – en France mais aussi dans de nombreux pays – aboutisse à une multiplicité des situations juridiques selon les territoires considérés. Ainsi, c'est à une hybridation des modèles que l'on assiste, à la multiplication des modèles mixtes. C'est ce que l'on voudrait ici montrer: qu'à travers les paradoxes et hésitations de la décentralisation à la française, ce sont peut-être nos catégories conceptuelles qu'il faut repenser ou en tout cas réarticuler.

II. LES AVANCÉES DE LA DÉCENTRALISATION DANS LE CADRE D'UN ÉTAT UNITAIRE: UNE REFORMULATION PLUS QU'UNE RUPTURE

Le modèle territorial français a connu en quelques décennies un bouleversement, une évolution tout du moins considérable. L'État unitaire français, héritier d'une tradition centralisée héritée de l'Ancien régime, de la Révolution et du

³ Sur la question, en langue française, v. notamment J. Fougerousse, 2008.

Premier Empire, a accepté de transférer une part non négligeable de ses compétences à des collectivités territoriales dont certains droits et caractéristiques ont été précisés dans la Constitution. Il n'en reste pas moins que l'État est resté unitaire. Ainsi la décentralisation s'analyse plus comme une évolution que comme une révolution, davantage comme une reformulation que comme une rupture. Si rupture il y a, c'est moins par rapport à la forme de l'État unitaire en tant que telle que par rapport à celle de l'État unitaire centralisé.

1. *La construction progressive de la décentralisation*

La décentralisation en France s'est construite de manière progressive mais relativement rapide. On constatera l'existence même de la décentralisation, les vagues successives de cette décentralisation ainsi que les avancées, elles aussi progressives, de la démocratie locale.

1.1. *L'existence de transferts de compétences à des collectivités territoriales*

Le qualificatif d'État unitaire décentralisé qui s'applique à la France est justifié, dans la mesure où certaines compétences de l'État ont été transférées à diverses collectivités territoriales.

1.1.1. *L'application justifiée de la notion de décentralisation*

La notion de décentralisation territoriale s'applique très justement à la situation française. L'État a en effet transféré certaines de ses compétences de l'État à des collectivités territoriales. La commune bénéficie ainsi d'une clause générale de compétence, qui n'a pas été remise en cause depuis 1884.⁴ D'une manière générale, les compétences transférées aux collectivités touchent au développement économique, à l'éducation, à la formation professionnelle, à l'urbanisme, au transport, à la culture ou encore à l'aide sociale. Leur diversité aboutit à couvrir un champ important de l'action publique.

Il s'agit bien de transferts de compétences et non de simples délégations comme dans le cas de la déconcentration.⁵ Les formulations retenues par la loi sont de

⁴ «Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune», principe aujourd'hui codifié à l'article L. 2121-29 du code général des collectivités territoriales.

⁵ La déconcentration s'entend usuellement dans la doctrine française comme la délégation de certaines compétences de l'administration centrale à un agent de l'État qui exerce ses compétences au plan local (ou du moins dans un cadre territorial déterminé, c'est-à-dire infra-étatique). La relation de pouvoir existant entre l'agent central et l'agent local est le pouvoir hiérarchique et non le pouvoir de tutelle, la déconcentration se déployant au sein d'une même personne morale.

ce point de vue très claires: «Des principes fondamentaux et des modalités des transferts de compétences»,⁶ «Les transferts de compétences prévus par la présente loi au profit des communes, des départements et des régions»⁷ ou encore la «compensation des transferts de compétences».⁸

Si l'on se place ensuite du côté des bénéficiaires des transferts de compétences, on est bien face à des collectivités territoriales. Ces bénéficiaires sont des personnes morales de droit public dirigées par des autorités locales élues au suffrage universel, qui administrent librement leur territoire.

1.1.2. *La diversification des collectivités territoriales*

Les collectivités territoriales françaises ont connu une forte et progressive diversification, qui n'a pas manqué de susciter un mouvement concomitant de complexification, lui-même aggravé par une grande instabilité normative. Aux communes et aux départements institués dès la Révolution française se sont ajoutées les régions, instituées comme établissements publics en 1972 et comme collectivités territoriales en 1982-1986. Aujourd'hui, si plusieurs typologies existent, l'on peut distinguer les collectivités métropolitaines des collectivités se trouvant outre-mer. Parmi les premières, on peut ranger les collectivités de droit commun que sont les communes, les départements et les régions. On y range aussi les collectivités à statut particulier que sont Paris, Lyon, Marseille ou encore la Corse. Parmi les secondes, alors que l'on distinguait classiquement les départements d'outre-mer (DOM) et les territoires d'outre-mer (TOM), depuis 2003 la Constitution évoque elle-même d'un côté les départements et régions d'outre-mer (DROM), comme la Martinique, la Guadeloupe ou La Réunion, et les collectivités d'outre-mer (COM), comme la Polynésie française, Saint-Barthélemy et Saint-Martin. À ce tableau s'ajoutent la Nouvelle-Calédonie et les Terres australes et antarctiques françaises (TAAF) et l'île de Clipperton, qui n'entrent dans aucune catégorie prédéfinie et sont soumises à des règles particulières. Par ailleurs, le paysage institutionnel a été marqué par la multiplication des groupements de collectivités territoriales, notamment avec les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), eux-mêmes divisés en EPCI à fiscalité propre (les communautés de communes, les communautés urbaines, les com-

⁶ Titre premier de la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État.

⁷ Article 2 de la loi du 7 janvier 1983, aujourd'hui abrogé.

⁸ Titre VI de la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales.

munautés d'agglomération ou encore les métropoles)⁹ et les EPCI sans fiscalité propre, comme par exemple les syndicats intercommunaux, catégorie regroupant elle-même de nombreuses unités. Cette diversification et cet « empilement » des collectivités territoriales et de leurs groupements a constitué ce que l'on appelle, par une expression consacrée dans le débat public, le « millefeuille territorial ». En réaction, les réformes récentes ont cherché à rationaliser le paysage institutionnel et normatif, notamment en favorisant le « couple » EPCI-région, au détriment du couple traditionnel commune-département.

L'adoption de certaines réformes a pu rendre plus délicate l'identification des collectivités territoriales. Traditionnellement, les collectivités territoriales se caractérisaient par l'élection au suffrage universel direct et une compétence générale. Les communes de ce point de vue apparaissent comme un « idéal-type », en ce que leurs conseils sont élus au suffrage universel direct et qu'elles bénéficient d'un transfert général de compétences, puisqu'elles gèrent l'ensemble des affaires de la commune. La question est devenue plus délicate pour les départements et des régions, dont les conseils sont élus au suffrage universel direct mais qui ont une compétence spécialisée depuis 2015. Mais, par l'addition de leurs compétences particulières, par l'exercice de compétences partagées ou encore par la délégation conventionnelle de certaines compétences, leur compétence reste en définitive générale, de sorte que cette suppression n'a pas remis en cause leur qualification de collectivité territoriale. À l'inverse, les établissements publics de coopération intercommunale ont pour leur part toujours été qualifiés, comme leur nom l'indique, d'établissements publics et non de collectivités territoriales, mais l'élection au suffrage universel direct de leurs conseils, instituée en 2010, les a rapprochés du modèle des collectivités territoriales. Si leur compétence spécialisée justifie de continuer à les ranger parmi les établissements publics, il reste que les frontières entre les catégories d'organes sont devenues plus perméables.

La complexité créée par la multiplicité des catégories de collectivités territoriales et de groupements de collectivités est renforcée par la multiplicité des collectivités elles-mêmes. La situation française se distingue, on le sait, par la multiplicité des communes: on comptait ainsi plus de 35 000 communes au 1^{er} janvier 2018, dont une très grande majorité de moins de 2 000 habitants. C'est ainsi que la France est le pays de l'Union européenne qui compte le plus grand nombre de communes, même si un mouvement de réduction et de fusion est

⁹ Ce sont les dernières-nées, créées par la loi du 16 décembre 2010 et modifiées par la loi du 27 janvier 2014.

entamé depuis quelques années. Ses régions étaient également, en proportion, plus nombreuses que celles de ses voisins, notamment l'Allemagne. C'est pourquoi, afin de mieux rivaliser avec les Länder allemands, elles ont connu en 2015 un redécoupage par fusion aboutissant à des régions moins nombreuses et plus étendues.

1.2. *Les vagues successives de transferts de compétences*

Sans remonter aux origines de la décentralisation en France au 19^e siècle, on veut ici mettre l'accent sur le caractère progressif de la décentralisation récente. Selon la terminologie unanimement – ou presque – utilisée par la doctrine française, trois « actes » ont rythmé l'histoire de ces transferts de compétence.

L'« acte I » de la décentralisation (1982-1983) est le plus marquant, tant il a constitué une rupture avec l'état antérieur du droit: suppression de la tutelle de l'État sur les collectivités territoriales – du moins remplacement du contrôle *a priori* exercé par le préfet sur les actes des collectivités par un contrôle *a posteriori* s'exerçant via la saisine du juge administratif –, transfert de l'exécutif départemental du préfet au président du conseil général,¹⁰ création de la région comme collectivité territoriale, transferts généraux de compétences, etc.

L'« acte II » (2003-2004) a franchi un pas supplémentaire, en venant modifier la Constitution, qui consacre désormais que l'« organisation [de la République] est décentralisée » et qui garantit l'autonomie financière des collectivités ainsi que leur droit à l'expérimentation normative ou encore le principe de subsidiarité. À la suite de cette révision constitutionnelle, la loi est venue renforcer les transferts de compétences.

Ce qu'on a appelé l'« acte III » de la décentralisation est en revanche plus flou, tant dans ses étapes et donc dans ses dates (2010-2015)¹¹ que dans sa portée véritablement décentralisatrice: les textes concernés ne prévoient pas de nouveaux transferts de compétences de l'État vers les collectivités territoriales et ne font que les réorganiser afin de les rationaliser, mais témoignent néanmoins d'une forme de « localisation », avec la création des métropoles, dont certaines se voient transférer des compétences départementales. Ainsi, le mouvement de décentralisation a été globalement continu depuis 1982.

¹⁰ Aujourd'hui appelé conseil départemental (depuis la loi du 17 mai 2013).

¹¹ On peut citer notamment les lois du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales (loi exclue par certains auteurs de cet acte III), du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (dite « maptam ») et du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (dite « NOTRE »).

1.3. *Les raisons du mouvement de décentralisation: une logique démocratique*

Plusieurs raisons expliquent ce puissant mouvement de décentralisation qu'a connu la France depuis la fin du 20^e siècle.

La logique démocratique tout d'abord, même si ce n'est peut-être pas le facteur le plus puissant dans les faits. Tocqueville affirmait que «C'est pourtant dans la commune que réside la force des peuples libres. Les institutions communales sont à la liberté ce que les écoles primaires sont à la science [...]. Sans institutions communales, une nation peut se donner un gouvernement libre, mais elle n'a pas l'esprit de la liberté».¹² Cette célèbre affirmation, si elle a été contestée au 20^e siècle par le juriste Charles Eisenmann,¹³ a pu établir dans l'esprit de beaucoup une équation entre décentralisation et liberté, et plus généralement l'idée d'un lien entre la décentralisation et la démocratie.¹⁴ Les avancées en faveur des pouvoirs locaux ont d'ailleurs été opérées par les régimes les plus libéraux de leur époque, comme la monarchie de Juillet ou la III^e République.¹⁵ A l'inverse, les empires ont privilégié la déconcentration. Ce lien entre démocratie et décentralisation se retrouve également dans des textes internationaux ou étrangers: ainsi la Charte européenne de l'autonomie locale, adoptée en 1985 dans le cadre du Conseil de l'Europe, affirme dans son préambule que «les collectivités locales sont l'un des principaux fondements de tout régime démocratique» et l'article 1^{er} de la Constitution suédoise proclame que «La démocratie¹⁶ suédoise [...] se réalise [...] par une gestion autonome des collectivités territoriales». Dans le même ordre d'idées, la séparation verticale des pouvoirs entre l'État et les collectivités infra-étatiques apparaît comme une condition de la liberté politique du citoyen, dans le prolongement de la pensée de Montesquieu. En définitive, la promotion et le perfectionnement de la démocratie au 20^e siècle ont logiquement conduit à renforcer les libertés locales.

Les inconvénients de la centralisation ensuite: si ces inconvénients ont été perçus à toutes les époques, un livre a particulièrement marqué les esprits au milieu du 20^e siècle: celui de Jean-François Gravier, au titre significatif, *Paris et le désert français*, paru en 1947. Si l'ouvrage est celui d'un géographe et non d'un juriste, il n'en prône pas moins une politique décentralisatrice.

¹² A. de Tocqueville, 1835; p. 95-96.

¹³ V. notamment C. Eisenmann, 1948.

¹⁴ Citons un autre grand juriste français, Maurice Hauriou: «la démocratie et la souveraineté nationale vont à la décentralisation et à l'élection locale comme un fleuve suit sa pente» (1929; p. 190).

¹⁵ V. la loi de 1884 sur l'organisation municipale.

¹⁶ On retrouve les mots «souveraineté nationale» pour d'autres traducteurs.

Enfin, la permanence des revendications locales. L'association des maires de France, créée en 1907, avait justement été instituée et le premier congrès des maires de France convoqué la même année afin de demander le maintien par l'État d'un impôt local, l'octroi, et pour réclamer à la fois plus de liberté et de moyens pour les communes.

On pourrait ajouter un dernier élément tenant aux circonstances politiques. La victoire de la gauche en 1981, la première dans l'histoire de la Ve République, a permis à une majorité favorable à la décentralisation, sous l'impulsion du Président François Mitterrand, de faire voter les lois qui ont formé l'«acte I» de la décentralisation.

1.4. *Les avancées de la démocratie locale*

À l'inverse de cette démocratie décentralisatrice que l'on vient de constater, le mouvement continu de décentralisation depuis plus de 35 ans s'est traduit par une démocratisation elle-aussi continue des collectivités territoriales.

1.4.1. *La consécration de la «démocratie locale»*

Une première avancée a été constituée par la consécration de la démocratie locale. Il était traditionnellement entendu que l'idée de démocratie ne pouvait s'appliquer qu'au plan national. La démocratie étant entendue selon la définition traditionnelle héritée de Lincoln comme le gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple, elle ne pouvait s'appliquer au plan local, dans lequel n'existe qu'une «population» et non un peuple au sens plein du mot. Mais la dimension politique des enjeux locaux a eu raison de ces hésitations. Tout d'abord, les questions locales sont des questions politiques. Le pouvoir local peut être vu comme un pouvoir politique, même s'il est différent du pouvoir étatique. Ensuite, les élections locales sont des élections politiques. Les conseils des collectivités territoriales sont élus et le juge constitutionnel français, le Conseil constitutionnel, a considéré que les élections locales devaient être rangées parmi les élections politiques et non pas administratives comme cela était généralement admis.¹⁷ Enfin, la citoyenneté nationale s'exerce également au plan local. Les lois électorales républicaines définissent traditionnellement une seule et même qualité d'électeur valant pour les élections tant nationales que locales (sous réserve du droit de vote aux élections municipales des citoyens de l'Union européenne résidant en France). Ainsi, la citoyenneté comprend de manière indissociable la

¹⁷ V. cc, n° 82-146 dc, 18 novembre 1982.

désignation de représentants nationaux et locaux. Elle n'est donc pas réservée à l'exercice du droit de vote et à l'éligibilité au niveau national. C'est ainsi que l'idée de démocratie locale est aujourd'hui acceptée. Elle a même été consacrée par le législateur, qui a évoqué la «démocratie locale»¹⁸ ou encore la «démocratie de proximité».¹⁹

1.4.2. *L'institution de différentes formes de démocratie locale*

Une seconde avancée a été constituée par l'institution de différentes formes de la démocratie locale, à la fois représentative et participative.

La démocratie locale représentative est fondée sur l'élection de représentants, siégeant au sein des assemblées délibérantes des collectivités territoriales. Elle a été renforcée par l'institution par la loi de l'élection au suffrage universel direct des conseils régionaux en 1982 ou des conseils des établissements publics de coopération intercommunale en 2010.

La démocratie locale participative, quant à elle, a été promue afin de dépasser les insuffisances de la démocratie représentative, dans laquelle le citoyen ne s'exprime qu'au moment des élections. Elle a été vue comme ayant l'avantage de lui permettre de faire entendre sa voix dans la période qui sépare deux élections. Elle ne joue pas seulement au profit des citoyens-électeurs, mais également, dans certains cas, aux habitants non-électeurs, comme les mineurs ou les étrangers. Les différents procédés juridiques par lesquels elle s'exerce se sont multipliés, le droit venant souvent prendre acte des pratiques: tout d'abord «l'information des habitants sur les affaires locales»,²⁰ qui constitue l'une des conditions de la participation. Ensuite la «participation des habitants à la vie locale»,²¹ qu'il s'agisse de la participation aux conseils de quartier, aux comités consultatifs sur les problèmes d'intérêt communal, à la gestion des services publics ou encore à la commission communale pour l'accessibilité aux personnes handicapées. Enfin, la participation des citoyens aux décisions locales, à travers les consultations locales des électeurs (pour avis), les référendums décisionnels et le droit de pétition.

¹⁸ V. le Titre II de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République et l'article L. 2141-1 du Code général des collectivités territoriales.

¹⁹ Loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

²⁰ Titre de l'un des chapitres de la loi du 6 février 1992.

²¹ Titre d'un autre chapitre de la loi du 6 février 1992. V. aujourd'hui les articles L. 2143-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

1.4.3. *Une séparation accrue des pouvoirs*

Comme on l'a déjà évoqué, une logique de séparation verticale descendante est à l'œuvre entre l'État et les collectivités territoriales.²² Les avancées de la décentralisation ont ainsi consolidé cette séparation. Si elle est bien évidemment plus marquée au sein des États fédéraux ou régionaux, dans un État unitaire comme la France cette logique de séparation a pu être favorisée par le phénomène de multiplication des échelons territoriaux. Ce que les acteurs appellent le «millefeuille territorial» constitue une atomisation du pouvoir local.

Au-delà de cet aspect purement institutionnel, certaines réformes touchant aux relations entre les pouvoirs nationaux et locaux ont pu être justifiées au nom de la séparation des pouvoirs. C'est le cas tout du moins de la loi organique du 14 février 2014 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur, qui établirait selon certains un principe de «séparation entre la défense des intérêts nationaux et locaux».²³

Sur un autre plan, au sein des collectivités infra-étatiques, s'ajoute une forme atténuée de séparation des pouvoirs, à travers la distinction entre les organes exécutif et délibérant.²⁴ Il reste vrai cependant que cette séparation est parfois purement formelle. Mais la promotion des droits des membres des assemblées locales, notamment de l'opposition,²⁵ illustre la volonté de revivifier cette séparation horizontale dans le cadre d'une séparation verticale.

1.4.4. *La promotion des droits et libertés des collectivités territoriales*

La décentralisation est allée de pair avec la promotion des droits fondamentaux des collectivités territoriales. Il est vrai que l'admission même des droits et libertés des collectivités territoriales n'a pas été sans controverses. L'idée de reconnaître des droits et libertés à des personnes morales, publiques de surcroît, a pu apparaître comme allant à l'encontre de la philosophie des droits de l'homme, signe ici comme ailleurs de la difficulté à transposer certains concepts traditionnels aux réalités locales. Les interrogations portant sur la nature exacte du principe de libre administration des collectivités territoriales persistent aujourd'hui: certains auteurs ont pu estimer qu'il ne constitue pas un droit mais une garantie,²⁶ tandis

²² M.-A. Cohendet, 2013; p. 202 et s.

²³ V. P. Jan, 2014; p. 14.

²⁴ V. F. Sauvageot, 2001; p. 25 et M. Vonsy, 2008.

²⁵ V. les lois du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République et du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité. V. L. Janicot, 2004.

²⁶ M. Verpeaux, 2001; p. 684.

que d'autres ont pu déclarer que «les libertés locales ont autant de valeur que les libertés individuelles».²⁷ Ces débats doctrinaux illustrent les hésitations entre deux conceptions différentes des collectivités territoriales en tant que personnes morales: une conception les envisageant comme des réalités et les assimilant ainsi aux personnes physiques quant à leurs droits fondamentaux et une autre les envisageant comme des fictions, limitant alors la portée de ces droits. Ces débats doctrinaux et hésitations expliquent en partie la reconnaissance tardive de ces droits.

Il n'en demeure pas moins que cette reconnaissance a été progressive et continue. Elle a été le fait des textes tout d'abord²⁸ puis de la jurisprudence, constitutionnelle et administrative.²⁹ Les collectivités territoriales partagent ainsi certains droits avec les autres personnes physiques et morales, comme la propriété, l'égalité, la liberté contractuelle ou le droit au recours et à un procès équitable, mais elles sont aussi titulaires de droits qui leur sont propres, à savoir la libre administration, l'expérimentation et l'autonomie financière.

L'invocabilité de ces droits s'est également accrue: ils peuvent désormais être invoqués dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois *a priori*, puis *a posteriori*, avec la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) instaurée en 2008 et entrée en vigueur en 2010, qui a permis aux collectivités d'invoquer directement leurs droits devant le juge constitutionnel. Ils peuvent être invoqués également dans le cadre du référé-liberté, recours institué en 2000 et ouvert aux personnes morales comme aux personnes physiques devant le juge administratif pour défendre leurs libertés fondamentales.

1.4.5. *Le renforcement de la place des administrés locaux*

La décentralisation continue s'est traduite par le renforcement de la place de l'administré local, c'est-à-dire de la personne dans ses relations avec l'administration locale.

Traditionnellement en effet, les administrés apparaissent comme les sujets des collectivités territoriales. Ils sont sujets d'obligations envers les collectivités. Ce déséquilibre, qui se manifeste de diverses façons, se justifie par la mission d'intérêt général confiée à l'administration, mission qui lui permet d'être dotée de prérogatives de puissance publique, exorbitantes du droit civil. Mais les administrés

²⁷ R. Drago, 1998; p. 132.

²⁸ La constitution de 1946 et celle de 1958, révisée en 2003.

²⁹ CC, n° 79-104 DC, 23 mai 1979, cons. 9; CE, 2 février 1983, *Union des transports urbains et régionaux*, n° 34027; CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*; CC, n° 2010-12 QPC, 2 juillet 2010.

apparaissent également comme des sujets de droits face aux collectivités. Aux droits «classiques» dont ils bénéficient, comme les droits-libertés et les droits-créances, se sont ajoutés des droits «nouveaux»: le droit à l'information et à la communication (notamment le droit de saisine de l'administration par voie électronique), les droits-garanties (comme les droits au recours, à une bonne administration, ou à l'application du principe du silence vaut acceptation). Ils bénéficient également de nouvelles garanties des droits, qu'elles soient juridictionnelles (par exemple le référé-liberté) ou extra-juridictionnelles (par les autorités administratives indépendantes, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) notamment).

Les collectivités territoriales sont devenues plus récemment facteur d'émergence de figures nouvelles des administrés. Elles promeuvent ainsi la «citoyenneté administrative», que ce soit par la démocratie représentative (via les élections) ou participative (via, on l'a vu, la consultation ou la codécision). L'administré est alors promu au rang de citoyen. Mais ce mouvement va plus loin encore, les collectivités territoriales allant désormais à la conquête des «administrés-clients». Au sein des services publics, les usagers ont aujourd'hui la figure de clients. De même, la logique contractuelle fait des administrés des partenaires de l'administration. Enfin, l'utilisation accrue aujourd'hui des techniques du marketing territorial aboutit à voir les administrés comme l'objet d'un marché.

Ainsi, dans un contexte plus général de démocratisation et d'individualisme, les figures de l'administré local sont en train de se transformer dans un sens plus démocratique. L'administré local, de la figure de sujet, prend la figure d'acteur.

2. *L'unité préservée de l'État*

L'État décentralisé français demeure unitaire. Ainsi il n'y a pas de rupture, mais une simple reformulation de l'État unitaire, qui n'est devenu ni fédéral, ni régional.

2.1. *L'inexistence d'un État fédéral*

L'État fédéral, on le sait, se caractérise notamment par un principe de superposition des ordres juridiques et politiques. Essentiellement, il se distingue par une superposition des constitutions.

Dans le cas français, cette superposition des ordres juridiques n'existe pas. Les régions, et *a fortiori* les autres collectivités territoriales, ne sont pas dotées de constitutions qui leur seraient propres. De même, il n'existe pas de superposi-

tion des ordres politiques, dans la mesure où il n'existe pas de juridictions locales notamment. S'il existe une assemblée délibérante et un exécutif local, il n'existe pas à proprement parler de séparation locale des pouvoirs entre trois pouvoirs législatif, exécutif et juridictionnel.

L'unité juridique de l'État est préservée par la nécessaire uniformité du droit. Cette exigence s'applique notamment en matière de solidarité nationale et d'égalité des droits et libertés des citoyens. La jurisprudence constitutionnelle a pu montrer en effet que l'égalité peut fixer des limites à la décentralisation.³⁰

L'unité politique, quant à elle, s'exprime par l'indivisibilité de la République, consacrée à l'article 1^{er} de la Constitution. Les collectivités décentralisées n'ont pas de pouvoir politique, ni juridique propre, sauf le cas de la Nouvelle-Calédonie avec les «lois de pays». La souveraineté, indivisible, n'est pas partagée entre l'État et les collectivités infra-étatiques. L'État ne peut transférer aux collectivités territoriales de compétences régaliennes,³¹ telles que la justice, les relations diplomatiques ou la défense. D'ailleurs aucune loi n'a conféré aux collectivités de telles compétences.

L'unité se manifeste également par l'indivisibilité du territoire. Mais cette indivisibilité ne signifie pas l'intangibilité: ainsi le Conseil constitutionnel a-t-il reconnu un droit de sécession aux collectivités d'outre-mer ainsi qu'aux départements et régions d'outre-mer.³² Mais il a refusé ce droit au peuple corse comme faisant partie du peuple français.³³

L'unité signifie également l'«unicité du peuple français»: le Conseil constitutionnel a bien marqué qu'il n'y avait qu'un seul peuple et qu'il n'était donc pas possible d'évoquer dans la loi un «peuple corse, composante du peuple français».³⁴ Il refuse également de reconnaître des droits collectifs à des groupes d'individus, notamment en matière de langues.³⁵

³⁰ «si le principe de libre administration des collectivités locales a valeur constitutionnelle, les dispositions que le législateur édicte ne sauraient conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi relative à l'exercice de la liberté de l'enseignement dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire» (CC, n° 93-329 DC, 13 janvier 1994, cons. 27).

³¹ A. Roux, 2009; p. 911 et s.; J.-M. Pontier, 2003; p. 193 et s.

³² V. notamment CC, n° 2000-428 DC, 4 mai 2000, à propos de Mayotte.

³³ CC, n° 91-290 DC, 9 mai 1991.

³⁴ CC, n° 91-290 DC, préc.

³⁵ CC, n° 99-412 DC, 15 juin 1999, à propos de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires.

L'unité se manifeste enfin à travers l'idée de l'unité du corps politique et l'unité de la représentation politique³⁶ : le principe de la souveraineté nationale impose celui du mandat représentatif et prohibe ainsi tout mandat impératif. Et les principes d'indivisibilité de la République et d'égalité s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles, notamment sur une base territoriale.

2.2. *L'inexistence d'un État régional*

En principe et d'une manière générale, les collectivités territoriales à statut de droit commun ne bénéficient pas de compétences législatives, contrairement à ce qu'il en est en Italie ou en Espagne. Elles n'ont reçu qu'une compétence réglementaire et leur assemblée délibérante n'est pas assimilable à un parlement. Cela révèle une conception administrative plus que politique de la décentralisation. L'article 72 alinéa 3 de la Constitution prévoit ainsi expressément que « ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ».³⁷ Les collectivités apparaissent ainsi comme des institutions administratives et le droit des collectivités est essentiellement un droit administratif, même si ses sources constitutionnelles se sont considérablement développées.

Par ailleurs, la répartition des compétences n'est inscrite que dans la loi et non dans la Constitution. Et les collectivités territoriales ne bénéficient pas de statuts concertés révélant un pouvoir d'auto-organisation. Enfin, contrairement à ce que la présentation de la loi de 1982 a pu faire croire, elles sont toujours soumises au pouvoir de tutelle de l'État, qui peut aller jusqu'à un pouvoir de substitution d'action du préfet en cas de défaillance d'une collectivité à remplir certaines de ses obligations.

On le voit, le modèle de l'État unitaire français, devenu décentralisé, a connu une profonde reformulation en l'espace de quelques décennies. Mais l'on constate aussi, qu'à l'inverse, cette décentralisation est elle-même reformulée ou du moins réinterrogée, dans deux directions ambivalentes.

III. LES AMBIVALENCES DE LA DÉCENTRALISATION DANS LE CADRE D'UN ÉTAT « PLURILÉGISLATIF » : UNE DÉCENTRALISATION SCHIZOPHRÈNE ?

Le mouvement de décentralisation en France est marqué par une certaine ambivalence, révélatrice des hésitations de l'État en la matière et du caractère fluctuant

³⁶ V. notamment L. Favoreu et alii (2017); p. 547 et s.

³⁷ Souligné par nous.

du modèle territorial français. Cette ambivalence est le fruit de la combinaison de forces centripètes et centrifuges. Elle se manifeste tant par certaines résistances à la décentralisation que par certains dépassements de cette décentralisation.

1. *Les résistances à la décentralisation*

Au-delà de la permanence de la prépondérance étatique et des limites de la démocratie locale, certains éléments montrent que l'État est tenté par une forme de recentralisation.

1.1. *La permanence de la prépondérance étatique*

Un premier élément de cette prépondérance tient à la dépendance financière des collectivités territoriales vis-à-vis de l'État, qui vient réduire l'effectivité du principe d'autonomie financière des collectivités. À la dépendance traditionnelle s'ajoute une dépendance accrue par certaines réformes, deux principalement. La suppression de la taxe professionnelle en 2010 a privé les collectivités de leur première ressource fiscale. Si cette taxe a été remplacée par une autre (la contribution économique territoriale), les ressources engendrées par celle-ci n'ont pas été aussi importantes, de sorte que l'État a dû compenser le manque à gagner pour les collectivités. De même, l'actuel projet de suppression progressive de la taxe d'habitation pour 80 % des foyers fiscaux aurait pour effet de remplacer un impôt local dont le taux est fixé par les collectivités territoriales par, notamment, une partie du produit d'impôts nationaux, déterminés nécessairement par l'État. À ces réformes s'ajoutent la dépendance de certaines collectivités à la péréquation, notamment verticale, c'est-à-dire concernant les dotations versées par l'État.

Un deuxième élément tient au fait que l'intercommunalité est parfois imposée par l'État. Par la loi, le préfet, représentant de l'État, s'est vu reconnaître le droit d'imposer à certaines communes le regroupement avec d'autres au sein d'un établissement public de coopération intercommunale choisi par lui. Il est ainsi arrivé à des collectivités territoriales de se voir imposer un rattachement dont elles ne voulaient pas.

Un troisième élément tient au rôle de l'État dans la fixation du territoire même des collectivités territoriales. Un exemple frappant tient au redécoupage régional: si ce dernier a été en définitive validé par le législateur,³⁸ il a été essentiellement décidé par le Président de la République lui-même, François Hollande.

³⁸ Loi du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral.

Quatrième élément, la faible protection des droits des collectivités territoriales. La protection offerte par certaines branches du droit aux droits fondamentaux des collectivités territoriales est restée limitée par leur invocabilité et leur effectivité restreintes devant certains juges. En matière administrative, le référé-liberté, s'il est bien ouvert aux personnes morales, ne profite essentiellement qu'aux personnes physiques. En matière constitutionnelle, les droits des collectivités territoriales peuvent être invoqués dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois *a priori*, mais toujours sur saisine d'autorités politiques nationales. Quant au contrôle *a posteriori* par le biais de la QPC, on constate le succès limité des recours formés par les collectivités territoriales, ce qui révèle la faible valeur matérielle de leurs droits fondamentaux.³⁹ En matière européenne enfin, les collectivités ne bénéficient pas du droit de saisir la Cour européenne des droits de l'homme. La Convention européenne des droits de l'homme ne consacrant pas de liberté spécifique aux collectivités et la Charte européenne de l'autonomie locale étant interprétée restrictivement, le juge national n'opère en outre qu'un contrôle de conventionnalité limité en la matière. À cela s'ajoute la saisine limitée de la Cour de justice de l'Union européenne. On le voit, les droits fondamentaux des collectivités territoriales ne sont manifestement pas des droits comme les autres, tant leur effectivité paraît plus limitée que celle reconnue aux droits des autres personnes physiques et morales.

1.2. *Une démocratie locale limitée*

Une autre limite de la décentralisation, tant dans les textes que dans la pratique, tient aux limites de la démocratie locale. S'il ne s'agit pas à proprement parler d'une «résistance» à la décentralisation, ces limites montrent parfois une réticence, de la part de l'État ou des collectivités territoriales elles-mêmes dans certains cas, à aller au bout de la logique décentralisatrice et à utiliser les moyens donnés par la loi.

Ces limites affectent tout d'abord la démocratie locale représentative. Elles sont ici nombreuses: on constate, pêle-mêle, la confusion des pouvoirs exécutif et «législatif», d'où une personnalisation du pouvoir, la faiblesse de l'opposition, le faible pluralisme des médias locaux, le manque d'intérêt des citoyens que révèle notamment le fort abstentionnisme aux élections locales, le brouillage des responsabilités locales dû au «mille-feuille» territorial, brouillage qui rend délicate la sanction politique, et enfin, dans certains cas, des dérives démagogiques, clientélistes, voire des cas de corruption.

³⁹ V. P. de Montalivet, 2016; p. 586 et s.

Les limites de la démocratie locale participative sont dues, quant à elles, à divers facteurs. Les textes manifestent leur insuffisance par la portée parfois limitée des mécanismes de démocratie locale participative qu'ils instituent, comme celui de la consultation locale pour avis. Mais on peut aussi reprocher aux élus l'insuffisance du recours aux mécanismes participatifs, notamment les votations et encore plus particulièrement les référendums, ou, quand ils sont mis en œuvre, l'instrumentalisation de ces mécanismes : les votations locales sont fréquemment utilisées à des fins de légitimation des élus.⁴⁰ Enfin, les insuffisances sont parfois dues aux habitants eux-mêmes, dont l'implication est parfois faible : l'exemple des conseils de quartier montre que ne participent aux organismes collégiaux que les habitants les plus impliqués dans la vie de la cité, ce qui nuit à la représentativité des « participants » et entraîne un risque de prévalence des intérêts particuliers sur l'intérêt général.

1.3. *La tentation de la recentralisation*

Aussi étonnant que cela puisse paraître, certains éléments tendent à montrer que, sur certains points et dans une mesure pour l'instant extrêmement limitée mais néanmoins réelle, un mouvement de recentralisation est à l'œuvre. Certes, la loi ne réattribue pas expressément à l'État des compétences antérieurement dévolues aux collectivités territoriales, mais on observe un recul dans le transfert de compétences à ces collectivités territoriales ou parfois un transfert de compétences appartenant aux collectivités les plus petites vers les plus grandes. C'est un retour en arrière que l'on remarque dans certains cas.

Le cas de l'abandon de la clause générale de compétence pour les départements et les régions est significatif. Cette clause, on l'a dit, fonde une vocation générale des collectivités territoriales à intervenir sur toute question d'intérêt public local.⁴¹ Supprimée une première fois par la loi du 16 décembre 2010, réintroduite par la loi du 28 janvier 2014, la clause a finalement été de nouveau supprimée dans celle du 7 août 2015, signe des hésitations du législateur et de l'instabilité du droit des collectivités territoriales. Pour clarifier l'articulation des compétences entre les différents niveaux de collectivités et de leurs groupements, la loi NOTRE de 2015 a en effet mis fin à la clause générale de compétences des départements et des régions, en privilégiant le principe de spécialisation. Si, comme on l'a déjà souligné, les contreparties prévues par la loi ont fait en sorte que la situation actuelle n'est

⁴⁰ V. P. de Montalivet, 2011 ; p. 145 et s.

⁴¹ J.-C. Douence, 2006.

finalement pas concrètement très différente de celle antérieure à la suppression, il n'en reste pas moins que, sur le principe, il y a là un recul par rapport à la logique décentralisatrice antérieure.

D'autres formes de recentralisation ont pu être mises en œuvre. On a déjà cité le cas de la dépendance financière accrue des collectivités territoriales vis-à-vis de l'État. On peut ajouter le cas de la perte de la compétence de fixer les taux d'imposition des impôts directs locaux. Cette compétence avait été octroyée aux différentes collectivités par la loi du 10 janvier 1980. Mais depuis 2011 les régions ne peuvent plus l'exercer.

On peut aussi évoquer les cas de transfert ascendant de compétences des communes et des départements au profit, respectivement, des intercommunalités et des régions, ce qu'on peut appeler les transferts de compétences « vers le haut ». Les communes ont ainsi perdu des compétences au profit des intercommunalités: en matière de tourisme et de collecte des ordures ménagères ou en ce qui concerne la détermination du plan local d'urbanisme, sauf opposition de la commune. De même, les départements ont perdu leur compétence en matière de subventions économiques au profit des régions. Il ne s'agit pas de recentralisation à proprement parler, au sens de transfert de compétences des collectivités territoriales vers l'État, mais plutôt de transferts de compétences d'une collectivité territoriale « inférieure » à une collectivité territoriale « supérieure » ou au territoire plus large.

On peut également citer le phénomène de contractualisation croissante des rapports entre l'État et les collectivités territoriales. Derrière cette forme apparemment plus respectueuse de la libre administration des collectivités territoriales, se cache en réalité, selon certains acteurs et observateurs, un contrôle accru de l'État, dans un contexte marqué par la nécessaire maîtrise des dépenses publiques. Si l'on ajoute enfin le projet du Président Macron de « recentralisation » du financement du revenu de solidarité active (RSA) ou certaines propositions tendant à redonner à l'État la compétence en matière de construction de logements sociaux, on voit bien qu'existe une véritable tentation de la recentralisation. La prise de décision se trouve « recentrée » en s'éloignant des échelons les plus bas géographiquement.

Comment l'expliquer ? Au-delà des hésitations d'un pouvoir central face à un mouvement allant à l'encontre de la centralisation qui a accompagné la naissance, la construction et la consolidation de l'État français, différents facteurs interviennent, comme souvent: tout d'abord le besoin unanimement ressenti de simplifier un paysage institutionnel et fonctionnel devenu excessivement complexe: ainsi, l'enchevêtrement des compétences locales, fréquemment exercées de manière

partagée par les collectivités, a été vu comme un élément de complexité nuisible à la fois pour les collectivités et pour les citoyens. La remise en cause de la clause générale de compétence est alors apparue à certains gouvernements comme à certains experts⁴² comme l'un des moyens de rationaliser l'action publique. On peut aussi évoquer le constat d'une gestion locale augmentant parfois excessivement les dépenses de fonctionnement et génératrice d'endettement, le manque de volonté politique de certains élus locaux dans la réalisation de certains objectifs nationaux fixés par la loi (en matière de construction de logements sociaux notamment) ou encore la crainte dans une partie de l'opinion publique d'une décentralisation qui accroît les inégalités territoriales et les impôts locaux.⁴³ Il reste que ces retours en arrière rencontrent l'opposition farouche des collectivités territoriales, dont les rapports avec l'État se tendent depuis plusieurs années, notamment depuis l'acte III de la décentralisation. Les sujets de crispation se concentrant surtout sur les questions financières, certains élus se prononcent pour l'institution d'une nouvelle catégorie de lois, les lois de financement des collectivités territoriales.

2. *Les dépassements de la décentralisation*

Parallèlement à cette tentation de la recentralisation, se déploie un mouvement inverse, tendant au dépassement de la conception administrative de la décentralisation classiquement retenue en France. On observe en effet une politisation de la décentralisation et partant une régionalisation partielle de l'État.

2.1. *Un État « plurilégislatif » : la territorialisation du droit*

On constate la diversification territoriale des régimes juridiques, que l'on qualifie fréquemment de territorialisation du droit. L'uniformité du droit applicable s'en trouve limitée, ce qui met en jeu le principe d'indivisibilité de la République. On parle ainsi d'un État devenu « plurilégislatif », signe d'une décentralisation « à la carte » ou à plusieurs vitesses.

En métropole tout d'abord, on doit constater l'existence d'un droit local particulier: le droit alsacien-mosellan, caractérisé par une législation spécifique en

⁴² V. notamment les rapports de l'Institut de la décentralisation (*Propositions pour une nouvelle décentralisation*) de 2006 et celui du Comité Balladur pour la réforme des collectivités locales de 2009.

⁴³ Le référendum perdu du Général de Gaulle en 1969 sur la régionalisation a pu montrer que la volonté populaire pouvait aller à l'encontre de la décentralisation. Plus récemment, des sondages ou enquêtes ont montré la volonté des Français de ne pas aller plus loin dans la décentralisation, voire de revenir en arrière (cas par exemple du sondage réalisé en 2006 par Ipsos pour *La Gazette des Communes*).

matière religieuse, dérogoire au principe de laïcité, mais qui s'explique par des facteurs historiques. La diversification normative selon les territoires se déploie aussi par l'expérimentation législative, permise aux collectivités territoriales par la révision constitutionnelle de 2003.⁴⁴ Mais cette autorisation est enserrée dans de nombreuses conditions et limitations.⁴⁵ C'est pourquoi une pérennisation de l'expérimentation est envisagée aujourd'hui. D'une manière générale, c'est un «droit à la différenciation» qui pourrait être inscrit dans la Constitution.⁴⁶ La territorialisation du droit se manifeste aussi par la possibilité d'adaptations législatives et réglementaires en Corse.

C'est surtout en outre-mer, par l'autonomisation des collectivités qui y sont situées, que se déploie cette territorialisation du droit, au point d'engendrer une certaine complexité normative et institutionnelle. Si dans les départements et régions d'outre-mer (DROM) le principe est celui de l'identité législative, c'est-à-dire de l'application de plein droit des lois et règlements sous réserve des adaptations nécessaires, dans les collectivités d'outre-mer (COM) le principe est celui de la spécialité législative. On peut surtout citer le cas significatif des «lois du pays» de la Polynésie française, publiées d'ailleurs au *Journal officiel de la Polynésie française*, et celui des «lois du pays» de la Nouvelle-Calédonie, publiées au *Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie*.⁴⁷ Les lois du pays de Polynésie française n'ont le caractère que d'actes réglementaires, en ce qu'elles relèvent du contrôle de légalité opéré par le Conseil d'État, c'est-à-dire le juge administratif français.⁴⁸ En revanche, les lois du pays de Nouvelle-Calédonie ont une valeur législative,

⁴⁴ «Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences» (art. 72 de la Constitution).

⁴⁵ S. Diémert, 2005; p. 109.

⁴⁶ V. l'actuel projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, délibéré en conseil des ministres en mai 2018.

⁴⁷ La loi organique permet même à ces lois du pays d'instituer des autorités administratives indépendantes locales et de les doter de prérogatives auparavant détenues par ces collectivités (v. l'art. 8 de la loi organique du 1^{er} août 2011 relative au fonctionnement des institutions de Polynésie française; l'article 1^{er} de la loi organique portant actualisation de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie; CC, n° 2013-678 DC, 14 novembre 2013, cons. 5 et s.). Relevons par exemple l'institution d'une autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie par la loi du pays du 3 avril 2014.

⁴⁸ La loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française prévoit d'ailleurs expressément que «Le Conseil d'État se prononce sur la conformité des actes prévus à l'article 140 dénommés «lois du pays» au regard de la Constitution, des lois organiques, des engagements internationaux et des principes généraux du droit» (art. 176 III).

puisqu'elles sont soumises au contrôle de constitutionnalité opéré directement par le Conseil constitutionnel, comme pour les lois nationales.⁴⁹ Elles sont ainsi mises quasiment au même niveau que les lois votées par le Parlement. Ainsi, en donnant un pouvoir législatif à ces collectivités, matériellement pour la Polynésie et formellement pour la Nouvelle-Calédonie,⁵⁰ la France évolue-t-elle ici vers le modèle de l'État régional, à l'instar de l'Espagne ou de l'Italie. Si l'on ajoute le fait que ces collectivités peuvent saisir le juge constitutionnel pour faire trancher des litiges relatifs à la répartition des compétences entre elles et l'État et l'octroi à leur profit de compétences en matière internationale, on voit que pour ces collectivités le modèle de l'État unitaire décentralisé est lui-même reformulé.⁵¹

2.2. Une citoyenneté plurielle: le cas de la Nouvelle-Calédonie, futur État indépendant, associé ou fédéré?

La redéfinition des catégories constitutionnelles usuelles tient aussi à l'institution d'une nouvelle citoyenneté, réservée à certains habitants d'une collectivité en particulier, la Nouvelle-Calédonie. A été instituée une citoyenneté néo-calédonienne, qui justifie une restriction contestable du droit de vote en Nouvelle-Calédonie, dans le contexte certes particulier de l'accession progressive de la Nouvelle-Calédonie à l'indépendance, ou à un statut d'État associé ou fédéré, peut-être à l'issue du référendum prévu sur place en novembre 2018.

Ainsi ce n'est plus la question d'un État régional qui est posée, mais celle d'un État fédéral, partiel ou en devenir, d'autant que la Nouvelle-Calédonie bénéficie d'un statut spécial fixé par une convention, l'accord de Nouméa, auquel la Constitution fait directement référence et donne donc valeur constitutionnelle. Des auteurs ont pu écrire que le juge constitutionnel français veille à la répartition des compétences entre la République et la Nouvelle-Calédonie «À la manière d'une cour fédérale»⁵² et que «La Nouvelle-Calédonie évolue vers la condition d'un État fédéré *sui generis*».⁵³ D'autres auteurs ont pu également se poser la question d'un fédéralisme français.⁵⁴

⁴⁹ La loi organique du 19 mars 1999 leur reconnaît d'ailleurs «force de loi» (art. 107).

⁵⁰ Un auteur souligne que les institutions locales «exercent ainsi un véritable pouvoir législatif *rationae materiae* – la Nouvelle-Calédonie pouvant même édicter des normes ayant force de loi» (S. Diémert, 2005; p. 109 et s.). *Contra*, v. Gohin, 2013; p. 67.

⁵¹ Un auteur a pu écrire que «Le droit d'outre-mer illustre le pluralisme juridique de la République française» (J.-Y. Faberon, 2005; p. 21).

⁵² J. Gicquel et J.-É. Gicquel, 2017; p. 851.

⁵³ J. Gicquel et J.-É. Gicquel, 2017; p. 82.

⁵⁴ T. Michalon, 1982; p. 623; Leclercq, 2000; p. 65.

IV. CONCLUSION

Que penser de ces affirmations ou interrogations évoquant une dimension fédérale française? Certes, la France évolue vers la formule d'un État régional, voire fédéral du point de vue du principe d'autonomie, mais ce n'est pas le cas du point de vue des principes de participation et de superposition. Surtout, cette évolution n'est que partielle, circonscrite à des cas très particuliers et propres à certaines collectivités les plus éloignées du territoire métropolitain.⁵⁵ Certes, un référendum d'autodétermination est organisé en Nouvelle-Calédonie en novembre 2018 mais pour l'instant celle-ci ne constitue pas un État fédéré car elle n'a pas de Constitution. Elle évolue plutôt vers la condition d'un État indépendant. Ainsi, en définitive et en l'état actuel des choses, la France apparaît bien comme un État en principe unitaire décentralisé, mais partiellement régional.

Tout cela conduit à relativiser les modèles-types d'États recensés en introduction. On se rend compte, et le constat serait probablement le même pour toute une série d'autres États, que le modèle territorial français est marqué par l'hybridité, la mixité. Les catégories traditionnelles pourraient ainsi être repensées, à l'image des catégories de régimes politiques: déjà sous l'Antiquité Polybe avait bien montré la mixité du régime romain et au 20^e siècle la classification binaire entre régime parlementaire et présidentiel a connu un dépassement par la qualification de régimes semi-présidentiels ou présidentielistes. En ce qui concerne les formes d'États, la diversité induite par la territorialisation du droit applicable et l'asymétrie de la répartition des compétences conduisent à nuancer fortement les étiquettes trop rapidement accolées à certains États. L'important est désormais de faire la part entre la répartition de principe des compétences et ses exceptions territoriales. La difficulté est alors de trouver le curseur. Si la France apparaît comme un État unitaire décentralisé à tendance (ou particularité) régionaliste,⁵⁶ il reste alors à requalifier certains autres États.

Juillet 2018

⁵⁵ Un auteur a pu ainsi écrire que «des signes fédératifs existent bien en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, mais de manière différenciée. Limité, de surcroît, à ces deux seules collectivités autonomes, le débat sur la question de la réalité tangible d'une France fédérale devient alors sans véritable objet juridique» (N. Clinchamps, 2005; p. 92).

⁵⁶ V. O. Gohin, 2013; p. 88: la France est qualifiée d'État unitaire «constitutionnellement décentralisé, à propension autonome». L'auteur ne partage pas pour autant l'idée d'un État mixte ou asymétrique (p. 93-94).

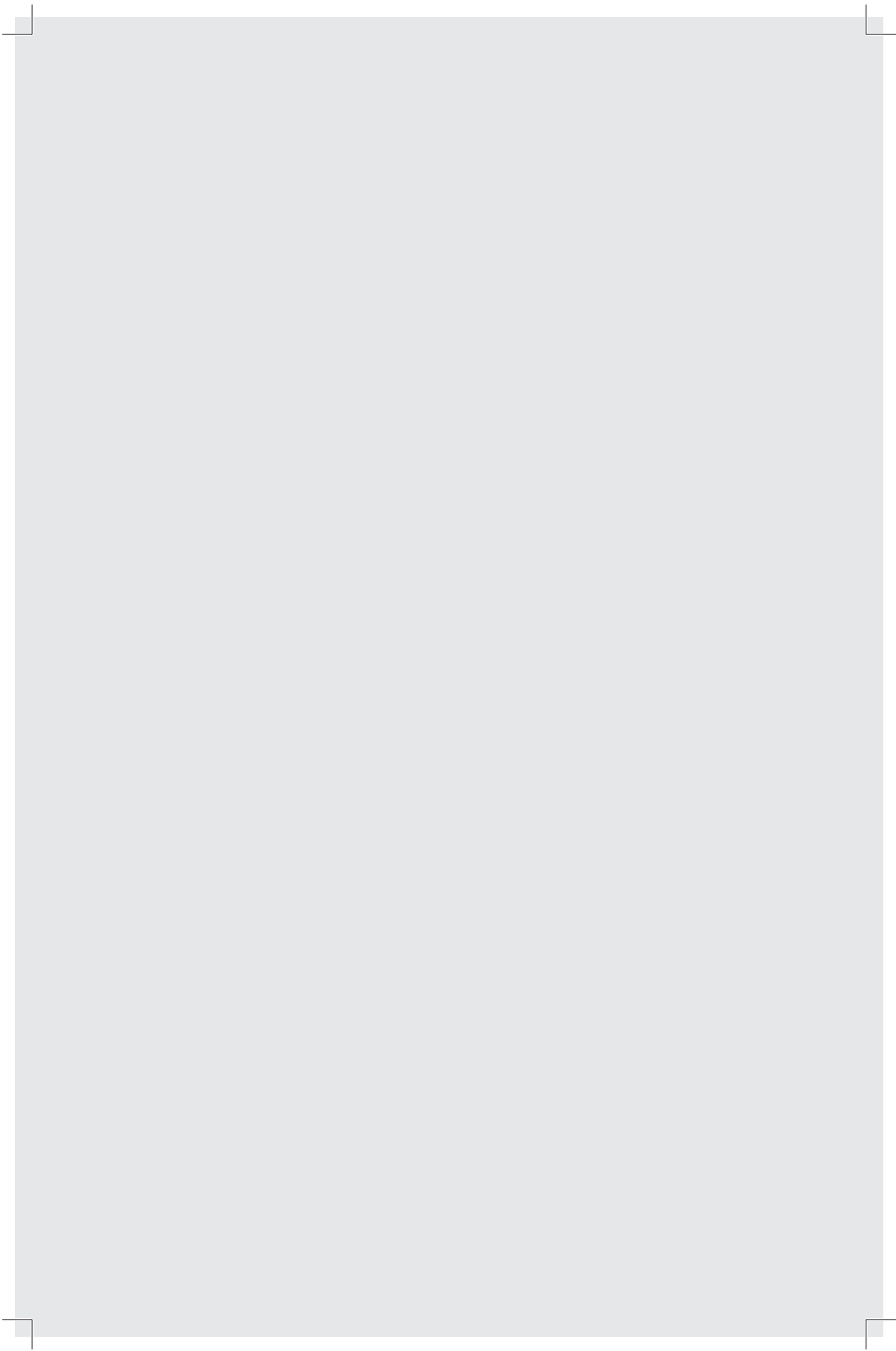
V. BIBLIOGRAPHIE

- AUBY, J.-B. (2006). Réflexions sur la territorialisation du droit. In *La profondeur du droit local, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence* (p. 2). Paris: Dalloz.
- BEAUD, O. (2007). *Théorie de la Fédération*. Paris: PUF.
- CLINCHAMPS, N. (2005). Les collectivités d'outre-mer et la Nouvelle-Calédonie: le fédéralisme en question. *Pouvoirs*, n° 113, p. 92.
- COHENDET, M.-A. (2013). *Droit constitutionnel*. Paris: LGDJ.
- DIÉMERT, S. (2005). Le droit de l'outre-mer. *Pouvoirs*, n° 113, p. 109.
- DOUENCE, J.-C. (2006). La clause générale de compétence aujourd'hui. *Pouvoirs locaux*, n° 68, p. 47.
- DRAGO, R. (1998). Droits fondamentaux et personnes publiques. *AJDA*, n° spéc., p. 132.
- EISENMANN, C. (1948). *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*. Paris: LGDJ.
- FABERON, J.-Y. (2005). La France et son Outre-Mer: un même droit ou un droit différent? *Pouvoirs*, n° 113, p. 21.
- FAVOREU, L., GAÏA, P., GHEVONTIAN, R., MESTRE, J.-L., PFERSMANN, O., ROUX, A., SCOFFONI, G. (2017). *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz.
- FOUGEROUSSE, J. (Dir.) (2008). *L'État régional, une nouvelle forme d'État? Un exemple de recomposition territoriale en Europe et en France*. Bruxelles: Bruylant.
- GICQUEL, J., GICQUEL, J.-É. (2017). *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Montchrestien.
- GOHIN, O. (2013). *Droit constitutionnel*. Paris: Litec.
- GUÉRARD, S. (Dir.) (2004). *Crise et mutation de la démocratie locale. En Angleterre, en France et en Allemagne*. Paris: L'Harmattan.
- HAURIOU, M. (1892). *Études sur la décentralisation*. Paris: Paul Dupont.
- HAURIOU, M. (1929). *Traité de Droit constitutionnel*. Paris: Sirey, rééd. (1965). Paris: CNRS.
- JAN, P. (2014). Au nom de la séparation, point de cumul. *Petites affiches*, n° 152, p. 14.
- JANICOT, L. (2004). *Les droits des élus, membres des assemblées des collectivités territoriales*. Paris, LGDJ.
- LECLERCQ, C. (2000). La France, État fédéral? In *Mélanges Patrice Gélard. Droit constitutionnel* (p. 65). Paris: Montchrestien.
- MADIOT, Y. (1995). Vers une territorialisation du droit. *RFDA*, p. 946.
- MARCOU, G. (2008). Le bilan en demi-teinte de l'Acte II. Décentraliser plus ou décentraliser mieux? *RFDA*, p. 295.

- MICHALON, T. (1982). La République française, une fédération qui s'ignore? *RD*, p. 623.
- MONTALIVET, P. de (2011). La démocratie participative, voie détournée de légitimation des élus locaux? In J.-P., Feldman, E.-P., Guiselin (Dir.). *Les mutations de la démocratie locale. Élections et statut des élus* (p. 145). Paris: L'Harmattan.
- MONTALIVET, P. de (2016). QPC et droit des collectivités territoriales. *AJDA*, p. 586.
- PONTIER, J.-M. (2003). La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques. *RD*, p. 193.
- ROUX, A. (2009). Peut-on encore décentraliser? In *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois* (p. 911). Paris: Dalloz.
- SAUVAGEOT, F. (2001). Pouvoir exécutif et pouvoir délibérant dans les collectivités territoriales françaises. *Annuaire des collectivités locales*, t. 21, p. 25.
- TOCQUEVILLE, A. de (1835). *De la démocratie en Amérique*. Rééd. (1951). Paris: Ed. M.-Th. Génin - Librairie de Médecis.
- VERPEAUX, M. (1997). *Histoire de la décentralisation*. Paris, PUF.
- VERPEAUX, M. (2001). Libre administration, liberté fondamentale, référé-liberté. *RFDA*, p. 681.
- VONSY, M. (2008). La séparation des pouvoirs dans les collectivités territoriales. *Congrès de l'Association française de droit constitutionnel*, Paris: www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC4/VonsyTXT.pdf.
- WOEHLING, J.-M. (Dir.) (2014). *Du droit local à la territorialisation du droit. Perspectives et limites*. Strasbourg: Publications de l'Institut du droit local alsacien-mosellan.

SEGUNDA PARTE

La reformulación de los modelos territoriales
frente a la crisis provocada por reclamaciones identitarias

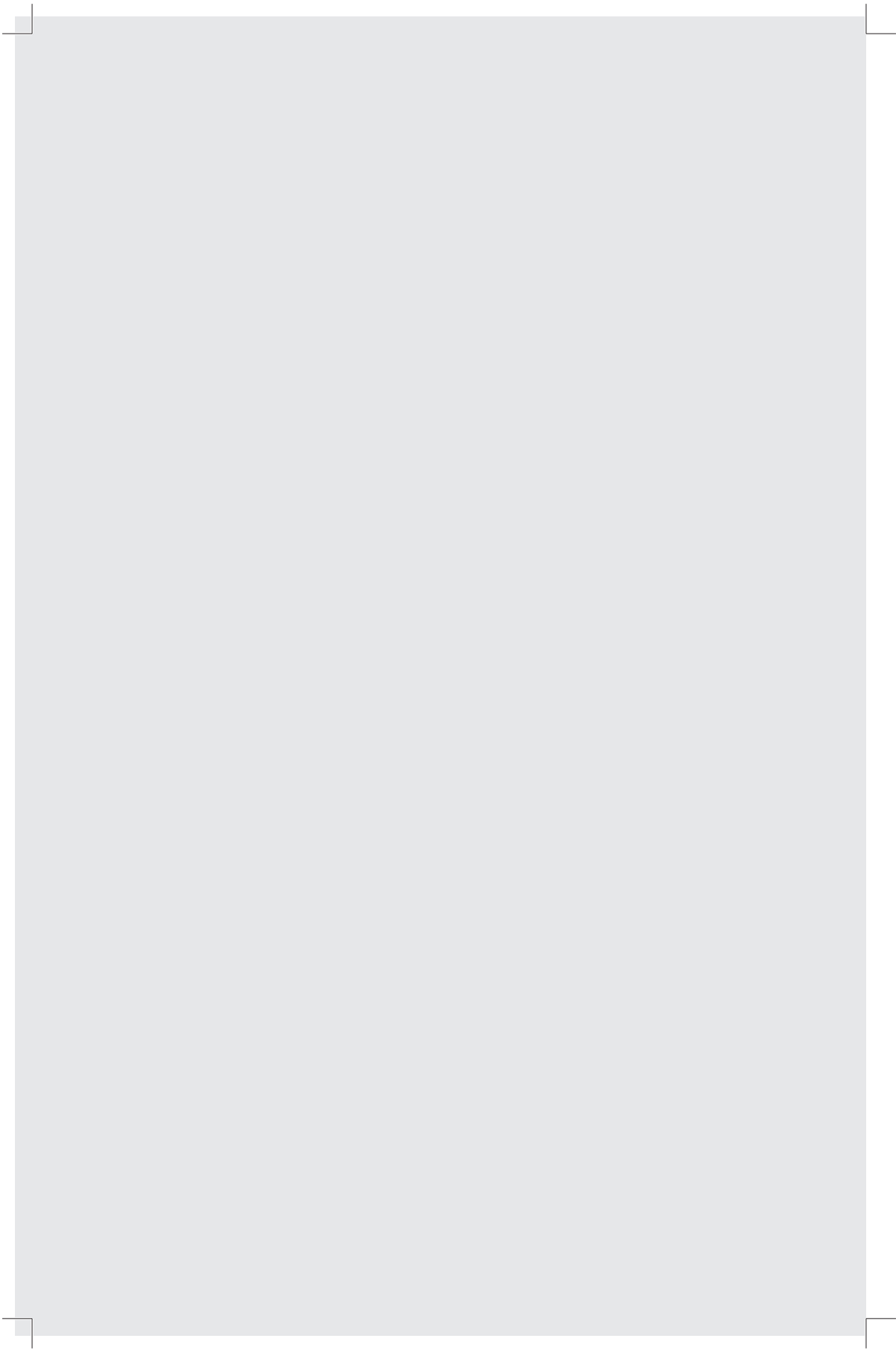


THE UNITED KINGDOM'S EVOLVING CONSTITUTION

Michael Keating

SUMARIO

- I. The Union
- II. The millennium Settlement
- III. Stability
- IV. Brexit and the Unión
- V. Brexit scenarios
 1. Disintegration
 2. Recentralization
 3. Reconfiguration
- VI. The future of Union



I. THE UNION

The United Kingdom poses something of a constitutional conundrum. It is an established European state with a continuous constitutional tradition, but it lacks a written, codified constitution. Instead, it relies on ordinary laws to regulate the conduct of politics and government, together with constitutional conventions. Conventions are shared understandings about the conduct of government and the relationships among institutions, which are considered politically but not legally binding and are not subject to judicial control. They are not fixed for all time but evolve along with changing understandings, such as the expansion of democracy and the reduction of the monarchy to a symbolic role. When understandings break down, as they did over the powers of the hereditary House of Lords in the early twentieth century, there is a constitutional crisis, after which the rules are usually clarified and codified. In that case, the Parliament Act, agreed by both houses, stipulated that the Lords would have only a suspensory veto over legislation and none over finance. If there is a fixed principle, providing ultimate certainty, it is that of the sovereignty of the Monarch in Parliament. As the monarch has retreated to a ceremonial role, this effectively means Parliament, with the House of Commons having the final word.

This principle of parliamentary sovereignty and supremacy, which might be called the ‘Westminster doctrine’, is associated with the English jurist Albert Venn Dicey in the late nineteenth and early twentieth centuries. According to it, Parliament can do anything except bind its own successors.¹ It could not, however, alienate this sovereignty by transferring it to other legislatures.² In recent years,

¹ A. V. Dicey, 1961.

² A. V. Dicey, 2012.

however, challenges including membership of the European Union and devolution, have raised questions about what parliamentary sovereignty means in the modern world.

This is not, in fact, a new question. The ‘Westminster’ doctrine of sovereignty is based on the notion that Parliament is the direct descendant of the English Parliament as it existed before the union with Scotland in 1707 and with Ireland in 1801. The Scottish union, Dicey insisted, did not leave any residual sovereignty to Scotland.³ Many Scottish jurists, on the other hand, have pointed out that the union of 1707 abolished both English and Scottish Parliaments, creating a new Parliament of the United Kingdom of Great Britain.⁴ This could not assume full sovereignty, because the Scottish Parliament had not established such wide prerogatives. The English doctrine of sovereignty was the outcome of conflicts in the seventeenth century, the outcome of which was that monarchical and parliamentary claims to sovereignty were merged into the institution of monarch-in-Parliament, leaving no room for alternative sources of authority. In Scotland, neither the monarchy nor the parliament had been strong enough to achieve this; in particular the established Church of Scotland, unlike the Church of England, remained independent of the state. So, the issue of sovereignty was unresolved, as recognized by Lord Cooper’s *orbiter dictum* in the famous case of *MacCormick vs Lord Advocate* in 1953.⁵

³ A. V. Dicey, R. Rait, 1920.

⁴ N. MacCormick, 1999. I. McLean, A. McMillan, 2005. C. Kidd, 2008. M. Keating, 2009.

⁵ The case was *MacCormick vs. Lord Advocate*. MacCormick had challenged the right of the Queen to use the title Elizabeth II in Scotland. The Court dismissed the case on the grounds that the matter came under the royal prerogative. Lord President Cooper commented: The principle of the unlimited sovereignty of Parliament is a distinctively English principle which has no counterpart in Scottish constitutional law. It derives its origin from Coke and Blackstone, and was widely popularised during the nineteenth century by Bagehot and Dicey, the latter having stated the doctrine in its classic form in his *Law of the Constitution*. Considering that the Union legislation extinguished the Parliaments of Scotland and England and replaced them by a new Parliament, I have difficulty in seeing why it should have been supposed that the new Parliament of Great Britain must inherit all the peculiar characteristics of the English Parliament but none of the Scottish Parliament, as if all that happened in 1707 was that Scottish representatives were admitted to the Parliament of England. That is not what was done. Further, the Treaty and the associated legislation, by which the Parliament of Great Britain was brought into being as the successor of the separate Parliaments of Scotland and England, contain some clauses which expressly reserve to the Parliament of Great Britain powers of subsequent modification, and other clauses which either contain no such power or emphatically exclude subsequent alteration by declarations that the provision shall be fundamental and unalterable in all time coming, or declarations of a like effect. I have never been able to understand how it is possible to reconcile with elementary canons of construction the adoption by the English constitutional theorists of the same

This is not merely a Scottish nationalist interpretation but is present in Scottish unionist thought. Scottish unionism is not based on the idea of the United Kingdom as a unitary nation-state. On the contrary, it accepts that Scotland is a nation, which retained many of its own institutions after 1707, notably the legal system, the ecclesiastical settlement, local government and its education system. There has never been a single education ministry for the United Kingdom, even before devolution. In this vision, the union is the result of a historic pact. Even Irish unionism incorporates ideas of a historic bargain and, in Northern Ireland, has been informed by the Covenant tradition in which loyalty is contingent; hence the historic co-existence of a strident 'Britishness' with willingness to break with the UK should unionists feel betrayed.

This alternative tradition sees the UK as a plurinational union of nations lacking in a unitary people or *demos*. Rather, citizens in the non-English nations have a choice of identities and can hold more than one at the same time. Nor does the UK have a single purpose or *telos*, but is interpreted differently across and within its component parts. Rather than being a single thing, shared across the polity, the union is a family resemblance concept, without shared normative foundations. The UK never had a problem in recognizing that Scotland, Ireland and Wales are nations. To the bewilderment of outsiders, they have their own team in international football and rugby tournaments – but not in the Olympic Games. Scotland and Northern Ireland have their own banknotes, issued by private banks, but in Pounds Sterling. There were dedicated ministers in the UK Government dealing with Scottish, Welsh and (after 1973) Northern Ireland, with their own departments, administering central government policy, with some local modifications.

The one thing unionism could not accept was the existence of parliamentary institutions in the component nations, arguing that, precisely because these were nations, such institutions would inevitably assume sovereignty rights themselves. As Colls⁶ puts it, unionists never allowed the wires of nationality and statehood to be crossed. So Conservative prime ministers like Margaret Thatcher⁷ and John Major⁸ could even accept that (in theory) Scotland could separate if its people so desired but, as long as it was in the union, it could not have an autonomous parliament. In the years leading up to the First World War, Conservative politicians

attitude to these markedly different types of provisions. He added, however, that neither the English nor the Scottish courts were competent to enforce this provision.

⁶ R. Colls, 2002.

⁷ M. Thatcher, 1993.

⁸ J. Major, 1993.

were even prepared to countenance armed rebellion to prevent the then Liberal government from giving Home Rule (autonomy) to Ireland. The ambivalence of unionist doctrine and practice, far from a weakness, has historically proven to be its strength as unionism has made different appeals across the component nations. Unionism thus stands out in Europe as a state ideology that is not inimical to the recognition of national pluralism.

In the event, most of Ireland broke away after the First World War and eventually became an independent republic. Six counties in Northern Ireland, where Protestant unionists were strongest, remained part of the United Kingdom, with an autonomous parliament for which they had not asked. In the early 1970s that settlement broke down, ushering thirty years of conflict.

II. THE MILLENIUM SETTLEMENT

Periodically during the twentieth century there was agitation for an autonomous Scottish parliament⁹ and, to a lesser degree for devolution to Wales.¹⁰ Every opinion poll and every election in which it was an issue showed a popular majority for Scottish Home Rule, or devolution as it came to be called. UK Governments resisted, fearing for the union and, in the case of Labour Governments, for the unity of the working class and the welfare state at a time when Scotland might not have been able to afford its own welfare settlement. This changed from the 1970s when the Scottish National Party (SNP) began to pose an electoral threat to both Conservatives and Labour. After a failed effort in the late 1970s, devolution legislation was introduced by the incoming Labour Government in 1997-8. As a result of the peace process and the Good Friday Agreement of 1998, devolution was also restored in Northern Ireland. All three settlements were agreed by referendum in the respective territories.

This was part of a set of constitutional changes at the turn of the millennium, which included the establishment of the Supreme Court and the incorporation into UK law of the European Convention for the Protection of Human rights (ECHR). The three territorial settlements were initially quite different. Scotland has a legislative Parliament, with a 'reserved powers' model in which its competences cover all matters not expressly reserved to the central parliament (Westminster). The main excluded competences initially included monetary policy; taxation; social security; defence; and foreign affairs. Competences are mostly

⁹ J. Mitchell, 1996.

¹⁰ K. Morgan, 1980.

exclusive and there are very few framework laws or limitations on competence within devolved fields. A Scottish Government (formerly Scottish Executive) has the executive power, taking over from the old Scottish Office, a UK department formerly charged with administering Scottish matters. There is a National Assembly for Wales, which initially had powers over defined fields only and secondary but not primary legislative competence. There was initially no separate executive. Successive devolution statutes have now brought Wales more or less in line with the Scottish model. Both the Scottish Parliament and the National Assembly for Wales are elected by proportional representation, with mixed system of constituency members and party lists. There is provision in both Scotland and Wales for more powers to be transferred (technically, unreserved) by statutory instrument.

Northern Ireland has an Assembly elected by proportional representation (single transferable vote), also with a reserved powers model. This gives a set of competences somewhat wider than for the Scottish Parliament, as social security is not reserved, although in practice it is highly constrained by UK policies. In addition to reserved powers, which can be transferred in time, there are excepted powers which cannot be transferred under the existing settlement. There is a Northern Ireland Executive in which there is obligatory power sharing between nationalists and unionists. In addition, there is a complex set of institutions to satisfy the conflicting demands of unionists, who want to remain in the UK, and nationalists, who want to unify with the Republic of Ireland. The nationalists get 'north-south' bodies and the unionists get 'east-west' ones, including a British-Irish Council, which includes the UK and Irish governments and the governments of Scotland, Wales, the Isle of Man and the Channel Islands. The essentials of the Good Friday Agreement are included in a UK-Ireland treaty deposited at the United Nations, which means that essential elements of the settlement have a supranational guarantee and that the Republic of Ireland continues to play a role in the constitutional settlement for Northern Ireland. There is a provision that a referendum can be held in Northern Ireland on reunifying with the Republic if the UK Government judges that there is sufficient support.

Laws of the devolved nations can be appealed to any court on grounds that they go beyond devolved competence. This can happen at the time of enactment, if the law officers of the UK or devolved governments refer them. It can also happen if a devolution issue arises in the course of any court proceeding. The final court of appeal in such constitutional matters is the UK Supreme Court. Devolved laws are also subject to the law of the European Union and the European Convention on Human Rights (ECHR) and can be struck down for

non-compliance with either. In practice, there has been very little constitutional jurisprudence as devolved governments have taken care to ensure that their laws are compliant and the division of competences is reasonably clear. The UK Government has never referred a Scottish law to the Supreme Court before the recent Brexit arguments, and has done so in the case of Wales very rarely. More laws have been appealed on grounds of non-compliance with EU law or ECHR, mostly in the course of court proceedings, although few of these appeals have been successful. The most prolonged case involved the Scottish Parliament's legislation to impose a minimum price for alcohol, opposed by producer interests. This went through the entire Scottish legal system and up to the Court of Justice of the European Union, which referred it back to the Scottish courts and eventually the law was upheld. Generally, the UK courts have been reluctant to get involved in constitutional matters and have deferred to Parliament or declared matters to be political rather than juridical and this has extended to devolution. The Supreme Court, although set up as part of the constitutional reform movement around the same time as devolution, has not therefore become a constitutional court and tends to avoid abstract constitutional reasoning, keeping closely to the facts in individual cases.

The system overall might be considered to be a form of asymmetrical federalism, with one important proviso. The Westminster Parliament still considers itself sovereign and supreme and clauses in the devolution statutes reaffirm that Westminster is free to legislate in devolved matters and is not subject to the Supreme Court in any way. In theory, it could even legislate to abolish the devolved institutions in Scotland and Wales, although in the case of Northern Ireland this might be considered to be breaching its international agreements and so in violation of international, if not domestic, law.

In the absence of a legal limitation on the power of the centre, a constitutional convention was agreed, named after Lord Sewel, the UK minister responsible at the time. This provides that Westminster will not 'normally' legislate in devolved matters. Later this was extended to include changing the powers of the devolved bodies. Following the Scottish independence referendum of 2014 the UK parties promised to entrench the devolved bodies and put the Sewel Convention in statutory form. It was then included in the Scotland Act of 2016 and the Wales Act of 2017. Yet this did not make its status any clearer as it did not alter the power of Westminster and there was no independent body to determine what 'normally' means. The Supreme Court, in a case involving withdrawal from the EU, pronounced that this is a 'political' matter outside its purview.

The other respect in which the constitution is not yet federal concerns England and the state centre. England comprises 85 per cent of United Kingdom population and a similar proportion of MPs in the Westminster Parliament. There have been calls for federalism across the United Kingdom or what used to be called Home Rule All Round (the Spanish might call it *café para todos*). There is, however, little demand for that in England, where the focus has been more on local and metropolitan government and not legislative autonomy. An English Parliament would find it difficult to co-exist with Westminster if the latter lost most of its domestic competences and resources. English people are not generally opposed to devolution for the smaller nations. There is more resentment over the fact that Scottish, Welsh and Northern Irish MPs at Westminster can vote on matters for England, which are devolved in their own nations. This issue has been called the West Lothian Question after the late Scottish Labour MP who asked why he should be allowed to vote on English matters like education and health, while neither he nor English MPs could vote on those matters as they concerned his own constituency (West Lothian). This has partly been addressed by a provision (English Votes for English Laws or EVEL) requiring that parliamentary bills affecting only England should be considered first by a committee of English MPs for approval, before going before the House of Commons. This provides a negative veto but does not allow English MPs to bring in their own legislation.

Initially, the devolved governments had almost no fiscal autonomy. Instead, they were financed under the Barnett Formula,¹¹ which predates devolution and was used to calculate the expenditure of the Scottish, Welsh and Northern Ireland Offices. This is a non-statutory formula controlled by the UK Treasury, which gives the devolved governments the same funding in each spending round as they received in the previous one, adjusted by the same per capita increase or decrease in spending on the corresponding matters in England. This provides a block grant, which the devolved governments are then free to spend at their discretion. Although it was originally seen as a temporary expedient, the Barnett Formula has been in operation since the late 1970s, because the various parties have been unable to agree on a replacement. It is not an equalization formula and gives a larger per capital share of expenditure to Scotland than to England or Wales. As it happens, Scotland also contributed a larger share of UK taxation because of North Sea Oil but there was no formal link to that. Welsh politicians have consistently

¹¹ M. Keating, 2010.

complained that the Barnett Formula discriminates against them and English politicians have periodically called for its abolition.

III. STABILITY

Devolution represents a major change in the constitutional balance of the United Kingdom. Previously, it recognized its internal nations in symbols and various institutions, but insisted that ultimate authority was indivisible. Now that symbolic recognition is combined with a concession of legislative and executive power. The issue of sovereignty, which had previously been seen as a purely intellectual question, now took on greater importance. Yet nothing was done to redefine the overall nature of the constitution. Government at the centre carried on largely as though nothing had changed. England and the United Kingdom were still constitutionally merged and there is no separate state government, as in Spain or in federal systems.

Rather than being resolved, these difficult issues have been put into abeyance. The English can continue to believe that the United Kingdom is a unitary state, with power lent to the devolved nations in the same way it is lent to municipal government, without affecting the sovereignty of Westminster. Scots can believe that their Parliament is the product of their own sovereign decision in the referendum that approved devolution in 1997, where some 75 per cent of voters endorsed it. There is still no written constitution and the unwritten constitution still rests up multiple foundations, which are not always consistent.

Critics long argued that, because of these contradictions, devolution would be a 'slippery slope' leading to break-up of the United Kingdom. Conscious of this risk, successive UK Governments campaigns have to give the union firmer ideological grounding in 'Britishness' or 'British values'. Unionism on the political right has stressed themes of unity and shared history. On the left, unionism has founded itself in the welfare state and the pooling of resources.¹² Both Conservative and Labour governments have used the theme of 'British values' to face what they seen as the challenge of multiculturalism arising from immigration. Yet these efforts to give union a core meaning and common foundation have merely served to highlight divisions and even to undermine the union itself since there is no agreement across the United Kingdom that these are peculiarly British. They have also allowed Scottish, Irish and Welsh nationalists to use exactly the same values to underpin their own sovereignty claims. These are 'civic' nationalisms

¹² This case is expressed in G. Brown, 2014.

not representing differences in social, economic or political values, but rather arguments about the national and territorial framework which these values will be given effect.¹³ Britishness campaigns have therefore had little resonance.

Instead, devolution has matured incrementally without much of a core doctrine. After the Scottish National Party (SNP) won successive elections in the Scottish Parliament in 2007, 2011 and following the independence referendum of 2014, the UK parties conceded more powers, including taxation and elements of welfare. These were enacted in the Scotland Acts of 2012 and 2016. Now the Scottish Parliament receives the whole of income tax on earned income and controls the rates; it is assigned half the product of Value Added Tax (VAT). Its responsibilities extend to most domestic policy with the exception of most welfare payments, business taxation and the setting of VAT rates.

Wales has generally followed Scotland, extending its legislative power and competences under a series of governments led by the Labour Party, alone or in coalition with the Liberal Democrats or Plaid Cymru (the nationalists). New Wales Acts were enacted in 2006, 2014 and 2017. It now has a reserved powers model like Scotland, the main differences being that it does not control criminal law or policing and that its tax and welfare powers are more limited. Unlike Scotland, Wales has required referendums to extend its independence. The reason is purely political, as there has been more opposition within Wales to extending devolution. There is particular concern about extending tax powers, given Wales' weak fiscal base. Northern Ireland follows its own path without reference to Scotland or Wales, according to local political dynamics and in cooperation with the Republic of Ireland. The main point of instability has concerned the power-sharing arrangements within Northern Ireland, which have broken down on several occasions, forcing the UK Government to resume control. Surveys of public opinion have generally shown that the devolved arrangements are the favoured option for citizens, as opposed to separation or a rule from London.

The greatest challenge to the union came from 2011, when the SNP won an absolute majority in the Scottish Parliament, promising a referendum on independence. There were some who argued that this would be within the Parliament's competence as long as the question was merely consultative rather than binding. Others insisted that it would not be legal. Others again argued that, while the Scotland Act clearly reserved the matter of the union of Scotland with England to Westminster, there was an implicit right of self-determination for Scotland

¹³ M. Keating, 2001.

and that no UK Government had ever actually tried to deny it. In the event, the issue was resolved in a very British manner. The UK Government agreed to allow a referendum on Scottish independence but only once and it would have to be held before the end of 2014. This would not affect Westminster's continuing supremacy. The Scottish Government, while not conceding that it did not have a right to call a referendum itself, agreed to this procedure. So the issue of principle was avoided but this was nevertheless a significant constitutional moment and a precedent. The reasons for the UK taking this view were practical. It judged that to refuse a referendum would merely increase support for the nationalists in Scotland, while allowing it would give them an easy victory, given that support for independence was around a third of the electorate.

The result of the referendum in September 2014 was closer than expected: 45 per cent for Yes and 55 per cent for No. While this appears to show a divided society, the reality is more complex.¹⁴ During the campaign, the Yes side presented an attenuated version of independence, which observers called 'independence-lite'. Scotland would remain in the European Union, avoiding a hard economic border with the remaining United Kingdom. It would keep the British monarch, as do several independent countries of the Commonwealth. It would continue to use the Pound Sterling as its currency. SNP leader Alex Salmond declared that Scotland was presently in six unions – political; currency; European; security; social; and monarchical. After independence, it would leave the political union but remain in the others. For their part, the No campaign promised more devolution and even federalism; this was dubbed 'devolution max'. Surveys show that, while there was a shift of opinion during the campaign from No to Yes, the underlying attitudes of most voters changed a lot less, concentrating on a middle ground corresponding to 'independence-lite' or 'devolution-max'.¹⁵ The change was in the way they thought they could best reach this destination. It is this that explains why, following the referendum, the two sides came together to negotiate a compromise involving added powers for the Scottish Parliament, including the tax powers and legislative entrenchment of the Sewel Convention that we have already discussed.

IV. BREXIT AND THE UNION

The other great constitutional change affecting the United Kingdom has been membership of the European Union, with which it has long had a difficult rela-

¹⁴ M. Keating, N. McEwen, 2017.

¹⁵ R. Liffieira, A. Henderson, L. Delaney, 2017.

tionship. For believers in the Westminster constitution, there was a fundamental problem in accepting supranational authority and supremacy of European law. In practice, they have accepted European jurisdiction while asserting that Parliament is only doing this voluntarily. There is a similar attitude to the European Convention for the Protection of Human Rights (ECHR) under the Council of Europe. For many years, the United Kingdom had refused to incorporate this directly into UK law, so that complainants had to go directly to Strasbourg, whose rulings were seen as advisory. The first exception came in the devolution statutes of 1998, which bound the devolved bodies to the ECHR and allowed any court to strike down devolved laws that did not conform to it. As part of the millennium settlement, the Labour Government introduced the Human Rights Act (1998), incorporating the convention into UK law and so applying to England and, in respect of reserved competences, Scotland, Northern Ireland and Wales. The difference is that courts cannot strike down UK statutes but can only advise Parliament, which can then amend the law by emergency procedure. Thus parliamentary supremacy is preserved.

While European integration might appear to be in conflict with the Westminster view of the constitution, this is much less so in the peripheral nations. There are longstanding arguments about whether the European Union is an intergovernmental body, a federation in the making, or a new form of polity. It is best understood as a plurinational polity, with no defined constitutional status, no unitary *demos*, no fixed *telos* or end point and a refusal to address the issue of sovereignty explicitly. In this it bears a close resemblance to the UK constitution viewed from a Scottish, rather than the Westminster perspective. There is what scholars of European integration describe as a 'good fit'. Indeed, the EU has provided an important external support system for the devolution process, allowing it proceed in spite of its incompleteness and all the abeyances.

In the first place, Europe provides a discursive space for ideas of shared and divided sovereignty, multiple *demoi* and constitutional pluralism, which characterize the UK's evolving constitution. Stateless nationalist movements across Europe have embraced the European project because of its ambiguity on sovereignty, viewing it as a post-sovereign polity, in which different conceptions of nationality and law can be rehearsed. Post-sovereignty does not mean that sovereignty has disappeared, but rather that it is transformed into something less encompassing. Multiple sovereignty claims can co-exist and be negotiated and compromised. In many cases, this links into older traditions in those places, where membership of the state has been understood as a form of pact; they

include Catalonia and the Basque Country. Plaid Cymru and the SDLP have long been committed to post-sovereign ideas. While the SNP is in favour of independence within Europe, its actual proposals are more in the post-sovereign field as 2014 showed.

Second, the EU provides for market integration and regulation at the European level, allowing for a more expansive devolution settlement within the UK than would otherwise have been possible. A range of matters, including agriculture and fisheries, the environment and regional assistance policies, are wholly devolved, coordinated only at the European level. The European Single Market has allowed an open border between the two parts of Ireland and the removal of all physical controls. It has permitted all-Ireland markets to emerge in agriculture and energy and encouraged cross-border cooperation. The Europeanization of Ireland has coincided with the 'post-nationalist' turn in the Republic and an increasing recognition of the shared historical experiences of both islands.

Third, the EU, together with the European Convention on Human Rights (in the Council of Europe) provides a rights regime that is detached from national citizenship and national identity. When up to 40 per cent of Scots do not regard themselves as British, the idea of rights or values being available on condition of being British is not going to work. This is much more so in Northern Ireland. European rights, however are another matter so that the entrenchment of both EU and ECHR rights in the devolution statutes is critical, as is the ability of the courts to strike down laws that violate either.

Brexit has an inescapable impact on devolution as this common framework for the United Kingdom is removed. The various nations are being pulled in different directions in response to their different attitudes to Europe. Some of these effects will be long-term but one immediate effect is that Brexit requires yet another amendment to the devolution statutes, at least to remove the clauses binding the devolved legislatures and governments to abide by EU law need.

V. BREXIT SCENARIOS

The politics of Brexit has been shaped by the different referendum results across the United Kingdom. While England and Wales voted to leave by around 52 per cent, Scotland voted 62 per cent to remain. Northern Ireland voted to remain by 56 per cent but there was a big difference between the two communities. Nationalist voters supported Remain by over 80 per cent, while Unionists showed a majority for leave. Within England, London voted Remain.

Percentage vote in EU Referendum 2016

	<i>Remain</i>	<i>Leave</i>
UK	48	52
England	47	53
Wales	47	53
Scotland	62	38
Northern Ireland	55	45
London	60	40

Surveys have shown that many of the same factors worked across all four nations but in Scotland and Wales the leadership of the nationalist parties delivered majorities for Remain among social groups that, in England and Wales, voted Leave. The Scottish National Party (SNP) has long seen the EU as an important external support system for an independent Scotland. The moderately nationalist Northern Ireland Social Democratic and Labour Party (SDLP) is historically pro-Europe. The militantly nationalist Sinn Féin, now the larger nationalist party, is historically Eurosceptic but supported Remain on the grounds that it did not want to 'repartition Ireland' by erecting a hard EU border. The hard-line Democratic Unionist Party (DUP) supported Leave, while the more moderate Ulster Unionist Party (a much-diminished for these days) was for Remain but now supports leaving.

This leaves a set of clashing mandates. The British parties decided that the referendum was binding on them. The governing Conservative Party even argued that a parliamentary vote was not necessary to start the process of withdrawal, so abandoning the principle of parliamentary sovereignty in favour of a notion of popular sovereignty residing in a unitary *demos*. The argument that the verdict of 'the British people' must be respected does not convince nationalists in Scotland or Northern Ireland who insist that, whether we are talking about parliamentary or popular sovereignty, the United Kingdom is a plurinational union. Within Northern Ireland itself, there are not the concurrent majorities that have been required over the years to bind both communities into constitutional reforms. The prospects for the future can usefully be considered under three headings: disintegration; recentralization; and reconfiguration.

1. *Disintegration*

In the immediate aftermath of the referendum, Sinn Féin called for a poll on Irish reunification. The SNP declared that a second independence referendum was

likely, a position that was hardened in 2017 when Article 50 was triggered. Yet there are enormous difficulties in the idea of the UK falling apart on clear lines.

Surveys in recent years have shown that there is no majority in Northern Ireland for reunification, even among Catholics, as long as the alternative of power-sharing under the Good Friday Agreement is available. The *Northern Ireland Life and Times Survey* of 2016 found only fourteen per cent of the population in favour of unification, with 54 per cent favouring power-sharing devolution. Thirty five per cent of Catholics would vote for unification. Twenty eight per cent of Catholics and five per cent of Protestants said that Brexit made them more supportive of Irish unity, which suggests that it was not decisive.¹⁶ Nor is there much enthusiasm in the Republic for taking on the North. Brexit may create a hard border between the two parts of Ireland but Irish unification after Brexit would create a similar hard border between Northern Ireland and Great Britain, so that the border would merely be moved.

In Scotland, the 62 per cent vote for Remain did not, as widely expected, translate into increased support for independence. In fact, the electorate has never made the link between independence and Europe on which the SNP independence project is based.¹⁷ Surveys over the years have shown more pro-Europeanism (or at least less Eurocepticism) across all parties in Scotland but particularly among Labour voters; SNP voters are divided in much the same way as Scots as a whole. In the EU referendum, something like a third of SNP voters and of Yes (to independence) electors voted Leave. The British Election Study has examined the relationship between voting at the two referendums. This produces a matrix with four boxes, none of which contains more than a third of the electorate.

Support for EU and independence in Scotland

	<i>Yes independence</i>	<i>No independence</i>	<i>Total</i>
Remain EU	27	34	61
Leave EU	17	21	37
Total	44	55	

Chris Prosser and Ed Fieldhouse, *A tale of two referendums – the 2017 election* in Scotland, British Election Study, <http://www.britishelectionstudy.com/bes-findings/a-tale-of-two-referendums-the-2017-election-in-scotland/#.WeoCaDb9O7M>.

¹⁶ http://www.ark.ac.uk/nilt/2016/Political_Attitudes/NIRELND2.html

¹⁷ M. Keating, 2009.

This leaves the SNP highly cross-pressured (as are the other parties) and at the snap General Election of 2017 it lost a lot of its support, particularly among Leave voters. As a result, the SNP leadership parked the idea of a second independence referendum, although the policy has not been abandoned. Yet there is no clear mandate in Scotland for any combination of independence, union and Europe.

Brexit has also undermined the logic of the independence-in-Europe strategy of 2014, which was that, with both Scotland and the rest of the UK (rUK) inside the EU, there would be no hard border and free trade and movement of people would continue. With Scotland in the EU and rUK outside, the same problem would arise on the England-Scotland border as in Ireland. Some elements within the SNP have since argued that an independent Scotland could join the European Economic Area (EEA), which would keep it within the European Single Market and allow for free movement of people with Europe. As it would be outside the EU customs union, it could also potentially negotiate a free trade agreement with rUK. In the meantime, the SNP moved to support the emerging soft Brexit coalition alongside the Liberal Democrats, Greens and elements of the Labour and Conservative parties. While a soft Brexit might reduce the Scottish grievance about being dragged out of the EU, it would make independence easier, by keeping open trading links with rUK as well as the EU/EEA.

So the UK cannot disintegrate on clear territorial lines following Brexit in a way that would leave people more satisfied than now. Moving the borders would not resolve the issue of aligning the two unions and allowing most citizens of Scotland and Northern Ireland to realize their preference for staying in both unions.

2. Recentralization

The central promise of Brexit was to 'bring back control', whether to the British people or the Westminster Parliament. Such appeals may have had particular resonance in England and we know that support for leaving the EU correlates strongly with English identity; there is no comparable correlation in Scotland or Wales. One scenario is therefore that the United Kingdom reconstitutes itself as a unitary nation-state bound by the sovereignty of Westminster. This would go against evolving understandings of the UK as a quasi-federation in which the devolved institutions are an entrenched part of the constitution. Signs of this evolution had been the failure of the UK to challenge devolved competences (except on a couple of occasions in Wales); the reluctance to test the limits of devolution in the courts; pledges given by the No side during the Scottish independence referendum campaign; and the devolution acts of 2016 and 2017 for Scotland

and Wales respectively, putting the Sewel Convention into statutory (albeit not legally-binding) form.

The first test of this was the issue of the triggering of Article 50, giving notice of intention to leave the EU. The UK Government initially proposed to do this under the Royal Prerogative, on the grounds that it was a matter of foreign affairs. A private citizen, Gina Miller, took the matter to law and the case went all the way to the Supreme Court, which ruled that parliamentary approval was necessary. The Scottish Government joined the case to argue that, because Brexit impinged on devolved matters, the consent of the devolved legislatures should also be sought. The Court did not agree with this but, instead of deciding the matter on narrow grounds such as that the issue was indeed a matter of foreign relations and therefore reserved it went further. It stated that the Sewel Convention was not legally binding in any circumstances.¹⁸ This in itself was no surprise as most people realized that the Convention was not justiciable. Where the Court attracted more criticism is for stating in an *orbiter dictum* that the Sewel Convention was a mere 'political' understanding. This appeared to downplay the role of conventions in the UK constitution as a whole, although arguably they are its very foundation. This contrasts with the practice of the Supreme Court of Canada, which has been more prepared to engage in constitutional reasoning and to take conventions into account. Faced with such an opportunity, the UK Supreme Court chose to pass the issue back to the politicians, leaving the Westminster Parliament as master of the game.

A second challenge arose in relation to those competences that are shared between the EU and the devolved legislatures, notably in agriculture, fisheries, environment and justice and home affairs. In many of these fields, there is no UK legislation or policy, so that coherence across the United Kingdom is ensured only by EU regulation. The UK Government argued that, after Brexit, common UK frameworks would be needed to ensure the operation of the UK internal market, allow it to negotiate trade agreements with the EU and third countries, and deal with externalities. It further insisted that, as these matters are covered by EU laws, the devolved bodies were merely implementing EU policy rather than making policies themselves. So these competences could be repatriated to Westminster without the bodies level losing powers, as they would exercise the same amount of discretion at the implementation end. The EU Withdrawal Bill therefore pro-

¹⁸ The Supreme Court, Hilary Term [2017] UKSC 5. *On appeals from: [2016] EWHC 2768 (Admin) and [2016] NIQB 85. EWHC 2768 (Admin) and [2016] NIQB 85; JUDGMENT R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant).*

posed that all 'retained EU law' including that in devolved spheres, would revert to Westminster. UK ministers could then decide which powers to 'release' back to the devolved level. The Scottish and Welsh governments strongly disputed this interpretation, insisting that the competences belonged to them under the constitutional settlement and refusing to give legislative consent to the Withdrawal Bill.

After some months of negotiation in the newly-established Joint Ministerial Committee (European Negotiations) it was agreed that some UK-wide frameworks would be needed to deal with matters affecting the UK internal market, trade, international obligations and common resources. The UK Government also accepted that the relevant parts of the EU Withdrawal Bill would be subject to legislative consent from the devolved legislatures. It gradually conceded on the principle of blanket reservation of powers, instead working on lists of competences that could be released immediately. Then it reversed the principle altogether, conceding that all the relevant competences would return to the devolved bodies unless they were specifically reserved, thus restoring the original 'reserved powers' model of devolution. Finally it offered a 'sunset clause' whereby all powers would revert to the devolved level after seven years. In the meantime, legislative frameworks would be negotiated alongside non-legislative frameworks through memoranda of understanding or concordats. Legislative frameworks, alongside the temporary reservation of powers, would be subject to the legislative consent procedure. This compromise was enough to satisfy the Welsh Government. The Scottish Government did not agree, arguing that the legislative consent provision was insufficient, as the UK Parliament could still proceed on its own. Indeed, in the UK Government's new proposal (in an amendment to the EU Withdrawal Bill), it was stipulated that a reservation order would proceed if the devolved legislatures accepted it; if they rejected it; or if they did not pronounce on it. This did not introduce a new legal principle, but it did make explicit that the Sewel Convention on legislative consent amounts to no more than consultation and has no binding effect.

3. *Reconfiguration*

The third possibility is a reconfiguration in which the different parts of the United Kingdom would have different relationships with European institutions. The Scottish Government's main policy statement, *Scotland's Place in Europe*,¹⁹ issued in December 2016, set out a range of possibilities. The first preference was

¹⁹ <http://www.gov.scot/Publications/2016/12/9234>

for the whole UK to remain in the EU, followed by the whole UK remaining in the Single Market and customs union. Failing that, it was proposed that Scotland remain in the Single Market, using a variant of the EEA mechanism. The proposal was complex, involving for example identifying the final destination of goods in order to distinguish those within the Single Market from those circulating only within the UK but the UK Government later suggested something similar for keeping the UK in a customs union while leaving the Single Market. The Scottish Government paper also proposed that Scotland remain open to EU free movement of peoples, reflecting a cross-party consensus in the Scottish Parliament in a favour of migration and mobility. These proposals were ignored by the UK Government, which rejected any territorially differentiated Brexit and were not incorporated into the negotiations with the EU.

The Scottish and Welsh governments returned to the issue in their Continuity Bills of 2018. As well pre-empting the EU Withdrawal Bill after the UK Government had refused to amend it to leave out the reservation of retained EU law, these provided for Scottish and Welsh ministers to retain and update EU provisions. So Scotland and Wales would effectively shadow EU policies even after Brexit.

The case of Northern Ireland proved even more difficult. A key item in the Good Friday Agreement (GFA) of 1998 was cross-border cooperation. Although there are not a lot of details about this in the GFA itself, the European Single Market from 1993 allowed for the removal of the remaining physical controls at the border between Northern Ireland and the Republic of Ireland. With the UK leaving the EU and Ireland remaining, a new, hard border would be reinstated. Aware of the sensitivity of the issue, the UK Government insisted that there would be no return to a 'hard border' or 'the borders of the past' but has been short on detail as to how this would be achieved. The Irish Government, for its part, took a decision to play as a loyal member of the EU 27 and use its position there to have the Irish border included as a condition for starting substantive negotiations. In December 2017, an agreement was reached, reiterated in the agreement of March 2018 on transition and the start of negotiation on the future relationship.

This was, however, a fudge that avoided addressing the key question. Three options were stated. First, it was hoped that the future overall agreement between the EU and the UK would avoid the need for a hard border in Ireland. It is difficult to see how this can be achieved unless the UK remains in the Single Market and customs union, which it has said it will not do. Second, if that failed, there would be a technological solution, something the UK has been pursuing all along. Customs formalities and regulatory controls would be done electronically, without

and physical infrastructure at the border. Yet such a virtual border would still be a border as long as there are regulatory differences between the EU and the UK. Such differences are particularly problematic for the agricultural sector, an important matter in north-south trade in Ireland and for border communities. Third, failing other two, there would be regulatory alignment between the two parts of Ireland as far as necessary in order to keep the Good Friday Agreement working. The UK and Irish governments fundamentally disagree on what this entails. On a narrow interpretation, the GFA says relatively little about Europe and the UK has sought to define a narrow list of competences affected. On a broad interpretation, the working out of the GFA, including opening the border and all-Ireland markets and institutions, is deeply dependent on the Single Market. The Irish Government therefore interpreted this as requiring full regulatory alignment. In fact, all three options would require such regulatory alignment. Unless the whole of the UK remained in regulatory alignment, this would require a differentiated Brexit for Northern Ireland, something the UK Government does not accept. Nor does the Democratic Unionist Party, which supports Brexit but opposes a hard border, and provides the UK Government with its parliamentary majority. In fact, the idea of a 'border in the Irish Sea' has little support from any of the parties, as both parts of Ireland depend more on markets in Great Britain than they do on each others' markets.

VI. THE FUTURE OF UNION

The United Kingdom was, until 2016, evolving as plurinational union in a characteristically British way. There was an increased understanding that it is not a unitary state. The Sewel Convention, while not binding in law, was observed in practice. The system had survived the challenge of a referendum on independence in Scotland without legal order breaking down. The political agenda in Scotland was moving back to social and economic questions. The divisive issue of sovereignty had been put into suspension in Northern Ireland, although a deep division remained between the two communities. The question of England has not been fully addressed but was not pressing.

Brexit destabilizes these relationships as the component parts of the United Kingdom are pulled differentially out of or into European networks. As usually happens, some voices have called for federalism as a definitive solution to the relationship among the nations. This was always difficult, given the vexed question of England. Now it would not resolve the issues raised by Brexit as such a federation would need to be either in or out of the European Union. The UK's informal

constitution has allowed a great deal of flexibility without getting bogged down in constitutional principles. Provided that the political parties agree, almost anything can be done legally. There is no need to resolve all issues at the same time, but constitutional reform can proceed incrementally, with theory and doctrine following practice. Some observers have always criticized this and argued for a written constitution, order and consistency. Others have argued that such a written document would be at least premature, since the situation is evolving in a flexible way. There have also been calls for a people's convention to agree on a new constitution. Again, that would be premature if not futile as the peoples (plural) of the United Kingdom have different views on the location of authority and sovereignty and on how things should develop.

It is an illusion of many British politicians that Europe can be handled in the same way as the British constitution. Prime Minister David Cameron tried to negotiate a flexible membership of the EU, half in and half out, to be told that the elements of the EU are indivisible. Since the referendum vote, the UK Government continues to believe that it can pick and choose which bits of Europe it will keep. The EU, however, is a legal order, with some flexibility but nothing like as much as the British constitution. It is also a body representing 27 states, which is reluctant to make exceptions that might invite other member states to ask for their own derogations. This rather rigid order in Europe also makes it difficult to accommodate potential associates such as Scotland and Northern Ireland and their aspirations to keep at least some of the features of membership.

It is impossible to predict how matters will work out. A soft Brexit might ease tensions within the United Kingdom by retaining market access via a customs arrangement and regulatory alignment. A hard Brexit, with the UK privileging relationships beyond Europe, whether with the United States or other world regions, could instead increase constitutional tensions within.

VII. REFERENCES

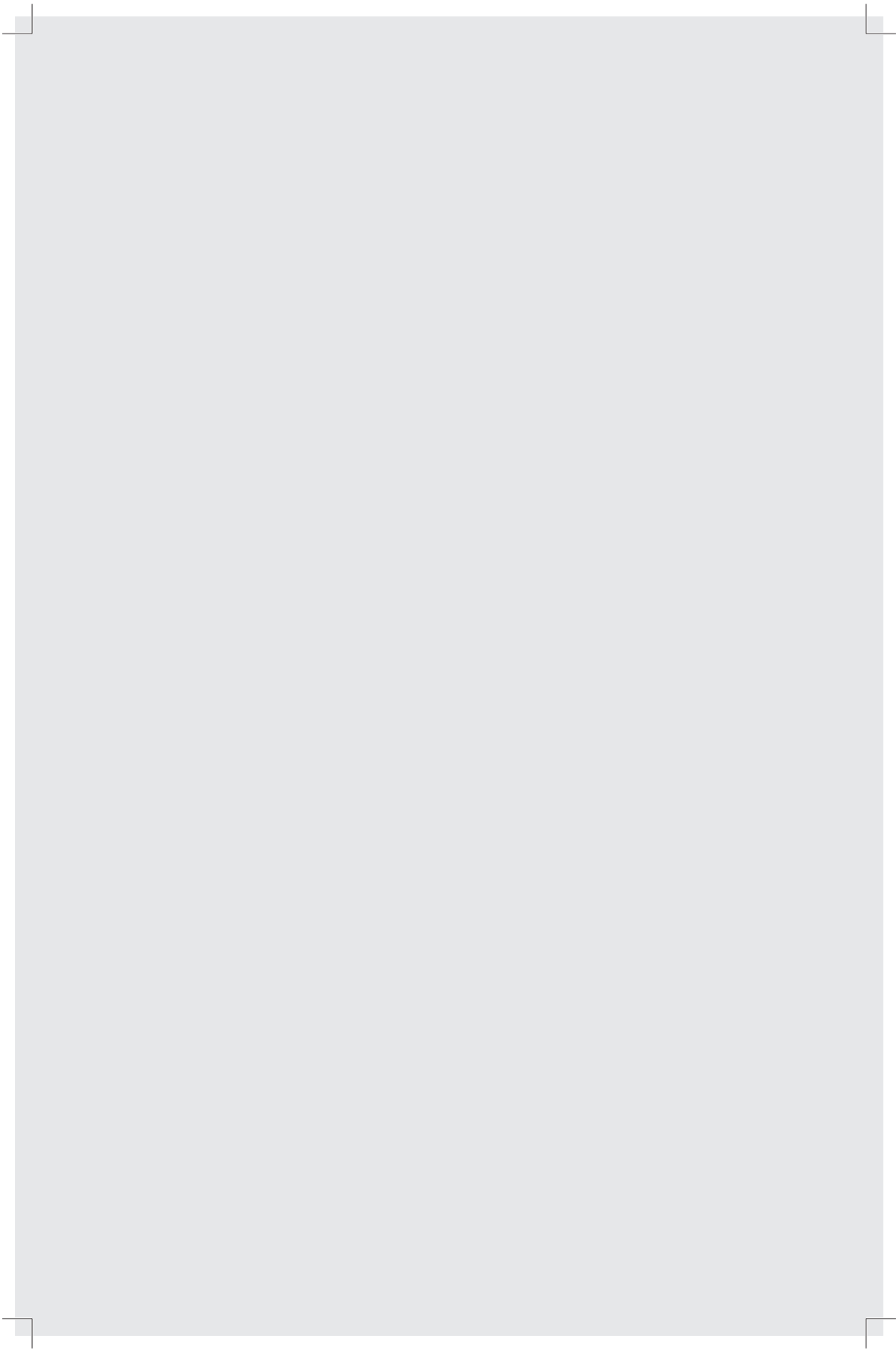
- BROWN, G. (2014). *My Scotland, Our Britain. A Future Worth Sharing*. London: Simon and Schuster.
- COLLS, R. (2002). *Identity of England*. Oxford: Oxford University Press.
- DICEY, A. V., RAIT, R. (1920). *Thoughts on the Union between England and Scotland*. London: Macmillan.
- DICEY, A. V. (1961). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th edition, with introduction by E.C.S. Wade. London: Macmillan.
- DICEY, A. V. (2012). *England's Case against Irish Home Rule*. Hamburg: Tredition.

- KEATING, M. (2001). *Plurinational Democracy. Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*. Oxford: Oxford University Press.
- KEATING, M. (2009). *The Independence of Scotland*. Oxford: Oxford University Press.
- KEATING, M. (2010). *The Government of Scotland* (2nd edn). Edinburgh: Edinburgh University Press.
- KEATING, M. (Ed.) (2017). *Debating Scotland. Issues of Independence and Union in the 2014 Referendum*. Oxford: Oxford University Press.
- KEATING, M., MCEWEN, N. (2017). The Scottish Independence Debate. En M. Keating (Ed.). *Debating Scotland. Issues of Independence and Union in the 2014 Referendum*. Oxford: Oxford University Press.
- KIDD, C. (2008). *Union and Unionisms*. Cambridge: Cambridge University Press.
- LIÑEIRA, R., HENDERSON, A., DELANEY, L. (2017). Voters Response to the Campaign. En M. Keating (Ed.). *Debating Scotland. Issues of Independence and Union in the 2014 Referendum*, Oxford: Oxford University Press, 2017.
- MACCORMICK, N. (1999). *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press.
- MCLEAN, I., McMILLAN, A. (2005). *State of the Union. Unionism and the Alternatives in the United Kingdom since 1707*. Oxford: Oxford University Press.
- MAJOR, J. (1993). Forward by the Prime Minister. En Secretary of State for Scotland, *Scotland and the Union*. Edinburgh: HMSO.
- MITCHELL, J. (1996). *Strategies for Self-government. The Campaigns for a Scottish Parliament*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- MORGAN, K. (1980). *Rebirth of a Nation. Wales, 1880-1980*. Oxford: Oxford University Press.
- PROSSER, C., FIELDHOUSE, E (2017). *A tale of two referendums – the 2017 election in Scotland*, British Election Study. <http://www.britishelectionstudy.com/bes-findings/a-tale-of-two-referendums-the-2017-election-in-scotland/#.WeoCaDb9O7M>
- THATCHER, M. (1993). *The Downing Street Years*. London: HarperColl.



TERCERA PARTE

Las opciones del modelo territorial español

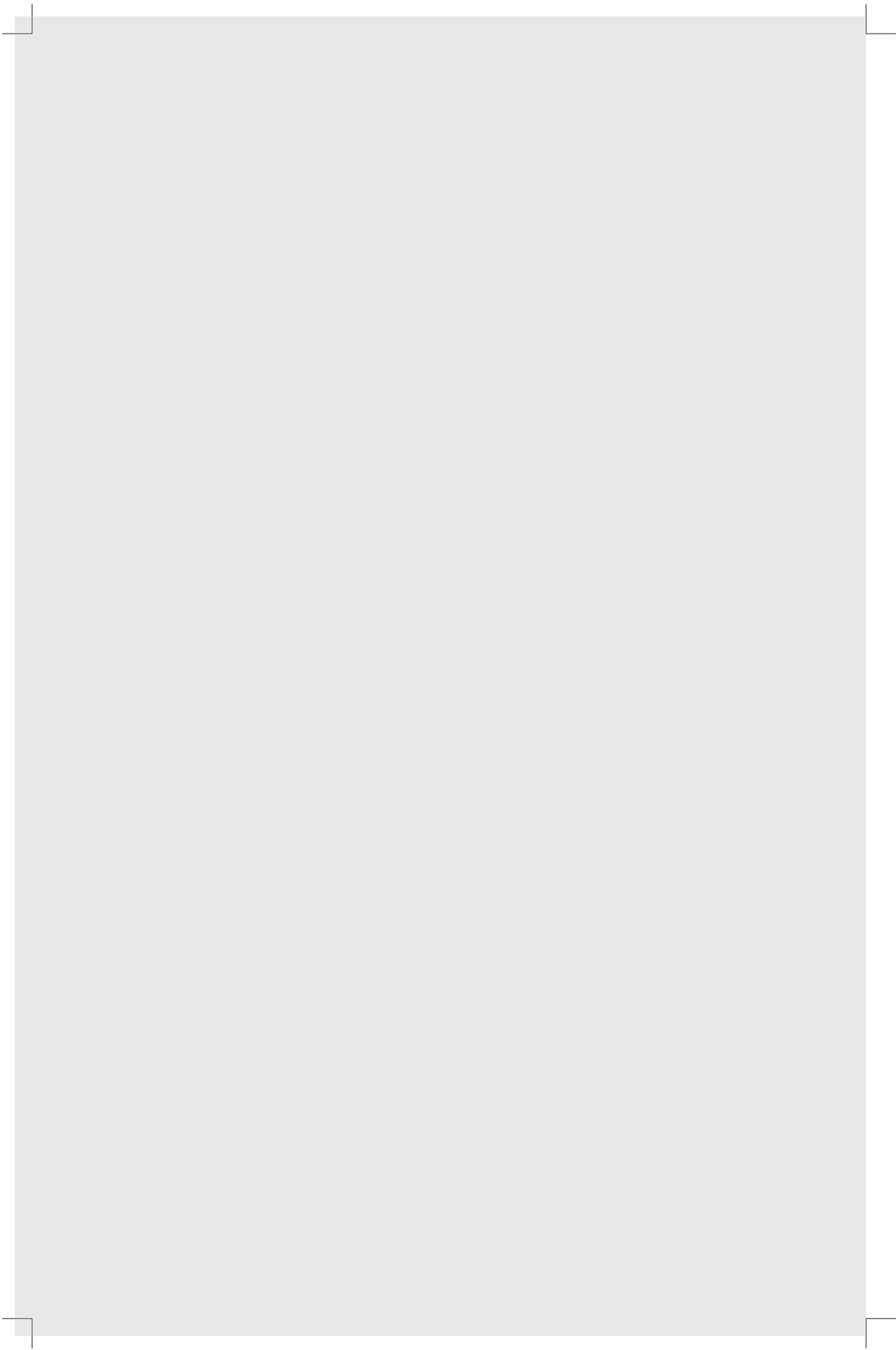


LA REFORMA DEL ESTADO AUTONÓMICO: MEJORA Y NO SUSTITUCIÓN DEL MODELO

Manuel Aragón Reyes

SUMARIO

- I. Los problemas del Estado autonómico.
- II. El Estado autonómico como Estado jurisdiccional autonómico.
- III. Integración territorial y Estado autonómico: ¿mejora del modelo o cambio sustancial?
 1. Balance del Estado autonómico.
 2. El futuro: reforma ¿legal o constitucional? del Estado autonómico.
 - 2.1. Diagnóstico. Reforma general del Estado y reforma de su organización territorial.
 - 2.2. Propuestas de reforma: consideraciones generales.
 - 2.3. Objetivo de la reforma territorial: ¿reforma centrípeta o reforma centrífuga?
- IV. La reforma constitucional sobre la organización territorial del Estado.
 1. Ámbito, condiciones y oportunidad.
 2. Propuestas concretas.
 - 2.1. Sobre el derecho de autodeterminación.
 - 2.2. Sobre la reforma del Senado.
 - 2.3. Sobre la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Naturaleza y función de los Estatutos de Autonomía. ¿Hacia un Estado federal?
 - 2.4. Identidad y hechos diferenciales.
 - 2.5. Sobre el método de la reforma.
- V. Consideraciones finales: defensa del ordenamiento constitucional y profundización del Estado autonómico.



I. LOS PROBLEMAS DEL ESTADO AUTONÓMICO

Creo que cualquier examen sobre la situación actual del Estado autonómico sería inexacto si no reconociese los beneficios políticos, económicos, sociales y culturales que ha producido. Es cierto que el progreso que España ha experimentado en los últimos cuarenta años no se debe sólo a su forma de organización territorial, sino que tiene también otras causas de orden institucional,¹ entre ellas, sin duda, la pertenencia a la Unión Europea, pero ha de admitirse, me parece, que la descentralización política ha contribuido de manera decisiva a ese progreso.

Sin embargo, no cabe ocultar que al menos en los últimos catorce años se han puesto de manifiesto, en la estructura y el funcionamiento del Estado autonómico, determinados problemas² que, por su gravedad, requieren de urgente solución. Algunos de esos problemas conciernen al modo de organización territorial previsto por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, que nos ha conducido a tener un Estado demasiado complejo y que sólo como Estado jurisdiccional autonómico puede funcionar. Otros, quizás latentes también desde el principio, son de un calado más profundo en cuanto que se refieren a la dificultad que cualquier tipo de Estado compuesto³ puede tener en España para integrar en el sistema constitucional las demandas de los partidos nacionalistas ampliamente implantados en partes del territorio, demandas que a partir de 2012-2014 se agudizaron y que se han convertido en el presente, sobre todo en Cataluña, en un claro designio de secesión.

¹ Únicamente puedo referirme a ellas, pues carezco de competencia para examinar las de orden material.

² Me remito a mi trabajo, M. Aragón Reyes, 2014.

³ Excluyo a la forma confederal, incompatible con las exigencias estructurales propias de cualquier Estado constitucional.

Para hacer frente a esos problemas, más fáciles de resolver los primeros, dado su carácter funcional, que los segundos, de índole radicalmente estructural, me parece claro que nuestro Estado autonómico debe ser reformado. El dilema es si sería suficiente con una reforma legal o se requeriría una reforma constitucional. Aunque debajo de ese dilema de técnica jurídica existe otro, de naturaleza política, mucho más serio: el de considerar si tal reforma debe conducir a recortar la autonomía de la Comunidades o a aumentarla y, en ambos casos, si se mantendría, reformado, el Estado autonómico o se sustituiría por otro modelo diferente de organización territorial. Otro dilema más radical y más profundo, el de si, sea cual fuere la reforma, España puede o no mantenerse unida o, dicho de otra manera, si el Estado español puede subsistir pese a los embates independentistas, creo que cabe razonablemente descartarlo, pues, pese a las perturbadoras veleidades en materia territorial que periódicamente han venido sustentando, en estos días otra vez más, algunos partidos de ámbito nacional, confío en la fortaleza jurídica, política y, sobre todo, social de nuestro sistema constitucional para hacer frente a su disgregación.

En las páginas que siguen daré mi opinión sobre las cuestiones que he venido enunciando.

II. EL ESTADO AUTONÓMICO COMO ESTADO JURISDICCIONAL AUTONÓMICO

Hace ya treinta y dos años publiqué un trabajo con el mismo título de este epígrafe, el Estado jurisdiccional autonómico,⁴ en el que sostenía que nuestro Estado autonómico estaba forzado a ser un Estado autonómico jurisdiccional en cuanto que sólo podría funcionar gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la organización territorial del poder. El tiempo me ha dado la razón y eso es lo que hasta ahora ha sucedido. No es que yo tuviese dotes proféticas, ni mucho menos, es que la realidad normativa compuesta por la Constitución y los Estatutos de Autonomía conducía inevitablemente a ello.

Es cierto que en todo Estado constitucional democrático la actuación jurisdiccional es importante, y necesaria, para la interpretación y eficaz aplicación de las prescripciones normativas que lo garantizan; en tal sentido no hay mejor ejemplo que el llevado a cabo por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales. Es cierto también que en todo Estado

⁴ M. Aragón Reyes, 1986. Hoy también en *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3.ª edic., Madrid, 2013, pp. 867-872.

compuesto resulta imprescindible, para su eficaz funcionamiento, la interpretación por la jurisdicción constitucional de las reglas sobre el reparto territorial del poder, de lo que también nos suministra un buen ejemplo la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano. Pero no es menos cierto que el protagonismo jurisdiccional se acrecienta en gran medida cuando, en un Estado compuesto, las reglas jurídicas relativas a la organización territorial del poder tienen una excesiva complejidad, acompañada de contradicciones e incluso ambigüedades, con sucede en el Estado autonómico español.

No comparto (y así lo he venido sosteniendo desde hace tiempo en varios trabajos)⁵ la tesis de que nuestro Estado autonómico esté plenamente desconstitucionalizado, ya que pese a la amplitud otorgada al principio dispositivo, que encomienda a los Estatutos de Autonomía el desarrollo y concreción del modelo, la Constitución sí establece determinados principios y reglas sobre la organización territorial del poder⁶ que los Estatutos, necesariamente, han de respetar. Por ello mismo es posible el control de constitucionalidad de esos Estatutos.

Sin embargo, y estando claras la mayoría de esas bases constitucionales,⁷ menos claras lo están las dedicadas específicamente al modo de distribución territorial de competencias. Los arts. 148 y 149 CE previeron un sistema no sólo muy complejo, sino también muy confuso, de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónoma, con imprecisiones terminológicas en la denominación de los títulos competenciales (tanto en el art. 148 como en el 149 CE) y con una utilización excesiva (en el art. 149.1 CE) de la distinción funcional entre bases, normas básicas y legislación básica, de competencia estatal, y desarrollo de esas bases (implícitamente, art. 149.1.3 CE), de posible asunción autonómica a través de sus Estatutos. La confusión que ese sistema podía provocar se vio aumentada en el texto de los Estatutos con constantes referencias a competencias de las Comunidades Autónomas (denominadas muchas veces competencias «exclusivas») en materias en las que, según la Constitución, también existe una competencia exclusiva del Estado, contradicción que los textos estatutarios intentaron salvar mediante el uso reiterado de la cláusula «sin perjuicio», expresándose que, sobre tal materia, la competencia (incluso exclusiva) de la Comunidad lo era «sin

⁵ Por referirme a uno ya citado, «Problemas del Estado autonómico».

⁶ Que analizo en mi trabajo, M. Aragón Reyes, 2006. Hoy también en *Estudios de Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 823-844.

⁷ Esa denominación, «bases constitucionales del Estado autonómico», ya fue usada con el mismo significado, por J. J. Solozábal Echavarría, 1998, en su excelente libro denominado precisamente así: *Las bases constitucionales del Estado autonómico*.

perjuicio de lo previsto en el art. 149.1. [añadiéndose aquí la regla concreta de ese apartado] de la Constitución», regla que determinaba precisamente la competencia exclusiva del Estado en dicha materia. Este doble reenvío (o reenvío reflejo) tan criticable como técnica normativa hace recordar (y así lo manifesté en alguno de mis primeros trabajos sobre el Estado autonómico) lo que, con muchos menos motivos, decía hace muchos años un ilustre jurista norteamericano respecto del sistema de distribución territorial de competencias en aquel Estado federal: que se parecía al modo en que un célebre diccionario de inglés del siglo XIX se refería al violín y al violonchelo, definiendo a éste como un violín grande y al violín como un violonchelo pequeño.

No es de extrañar, pues, que el Tribunal Constitucional español tuviese, necesariamente, que poner orden en aquél complejo y confuso sistema normativo y que, por ello, el desarrollo de nuestro Estado autonómico no sólo haya sido obra de los Estatutos, sino, sobre todo, del Tribunal Constitucional, cuyo protagonismo en la materia ya fue advertido desde los primeros momentos⁸ y después comúnmente reconocido por la doctrina.⁹ Realmente, ese protagonismo es de tal intensidad que cabe decir que nuestro Estado autonómico no hubiera podido funcionar sin la constante actuación del Tribunal Constitucional, que, además de haber tenido que definir el modelo territorial resultante del desarrollo normativo autonómico y aclarar el sistema de distribución de competencias, ha tenido que ir poniendo sucesivamente al día, en cada momento, sentencia a sentencia, desde los años ochenta del pasado siglo hasta hoy, los correspondientes repartos competenciales en el interior del sistema.

Lo primero, que podría calificarse de interpretación general del Estado autonómico, ha sido necesario porque la Constitución había previsto un modelo genérico, pero no un modelo específico de Estado compuesto, cuya conceptualización, una vez producido el desarrollo normativo estatutario, era una tarea jurisdiccional inevitable, y porque las imprecisiones textuales de los títulos competenciales hacían necesaria su también jurisdiccional concreción. Lo segundo, que podría calificarse de interpretación específica del Estado autonómico, era igualmente necesario porque la complejidad del sistema de reparto, ampliamente basado en la distinción bases-desarrollo, impide fijar de manera permanente y para cada materia el contenido de lo «básico» y, por ello, también el alcance del «desarrollo» autonómico, lo que obligaba al Tribunal Constitucional a des-

⁸ E. García de Enterría, 1981.

⁹ Por todos, G. Fernández Farreres, 2005.

empeñar una función crucial inagotable que habrá de continuar mientras exista el actual sistema normativo formado por la Constitución y los Estatutos. Todo ello determina que nuestro Estado autonómico, sea, sin duda alguna, un Estado jurisdiccional autonómico con mayor propiedad que otros Estados compuestos próximos al nuestro, en los que la actuación jurisdiccional siempre existe, pero no de la manera tan fundamental y tan absolutamente necesaria como entre nosotros.

En cuanto a la primera función interpretativa, general, ya aludida, la de conceptualizar el modelo resultante, ha sido cumplida muy correctamente por el Tribunal Constitucional paso a paso,¹⁰ con una doctrina culminada por las SSTC 247/2007, 103/2008 y 31/2010 (y confirmada por las últimas sentencias sobre los recientes acontecimientos en Cataluña)¹¹ y lo mismo cabe decir, con la excepción que después se aludirán, de la aclaración de los títulos competenciales, delimitando acertadamente el contenido de algunas competencias estatales, como, por ejemplo, la crucial del art. 149.1.13 CE, dotándola de la capacidad de dirección general de la economía y convirtiéndola por ello en una competencia ampliamente transversal (sin la que el Estado no podría funcionar), o la del 149.1.8 CE, garantizando la existencia de un Derecho civil común sólo limitado por un entendimiento estricto de las especialidades territoriales o forales,¹² por citar dos ejemplos. Aunque aquí, como excepción a ese general acierto, quepa señalar algunos aspectos criticables en la jurisprudencia constitucional, así en la interpretación dada el art. 148.1.3 CE, restringiendo indebidamente la actuación estatal en materia de urbanismo y ordenación del suelo, o al limitar, muy discutiblemente, el contenido del art. 149.1.3 CE dotando a las Comunidades Autónomas de capacidad de actuación en las relaciones internacionales, o al limitar, frente a la claridad de tu texto, el contenido del art. 149.1.5 CE facilitando la asunción por las Comunidades Autónomas de competencias en la Administración de Justicia o, en fin, al dotar de un significado restrictivo al art. 149.1.1 CE (convirtiéndolo en

¹⁰ Lo que, a mi juicio, hizo posible que hacia 1995 tuviésemos ya un modelo constitucionalmente definido: M. Aragón Reyes, 1995: ahora también en *Estudios de Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 873-883.

¹¹ Especialmente, SSTC 42/2014, 31/2015, 32/2015, 138/2015, 259/2015, 114/2017, 121/2017, 122/2017 y 124/2017 y AATC 24/2017 y 144/2017.

¹² Aunque en los FFJJ 10 y 11 de la STC 95/2017, de 5 de julio, a la hora entender que hay «desarrollo» del Derecho especial de competencia autonómica, se dota al necesario punto de conexión de una amplitud que me parece criticable, en cuanto que se utiliza una interpretación extensiva de ese punto de conexión poco congruente con el carácter restrictivo que, frente a la competencia estatal sobre Derecho civil, ha de darse a la competencia autonómica sobre Derecho civil especial.

título habilitante y no en título directamente limitativo de competencias autonómicas). A ello se suma la criticable decisión de entender que en el art. 81 CE no existe una atribución de competencia exclusiva del Estado,¹³ cuando resulta que allí la Constitución reconoce que determinadas materias (entre ellas los derechos fundamentales) sólo pueden ser reguladas por un tipo de norma (la ley orgánica) que únicamente el Estado puede dictar.

En cuanto a la segunda función interpretativa, específica, señalada más atrás, la de concretar la forma y contenido de lo básico, debe reconocerse que, pese a las dificultades derivadas de la complejidad de esa figura, que demandaba un extraordinario esfuerzo para su adecuada interpretación, el Tribunal ha construido una doctrina bastante ponderada, aunque inevitablemente compleja, pues complejo y no simple es lo que tenía que interpretar (el uso generalizado de lo «básico» en el art. 149.1 CE). De ese modo, fue un acierto su consideración material de lo básico en los primeros momentos del desarrollo constitucional, que después ha ido formalizando aunque sin poder excluir la posibilidad de que lo básico, de manera excepcional, pudiera ser adoptado por reglamentos e incluso por actos del ejecutivo (sobre todo, pero no sólo, en la materia del 149.1.13 CE), algo que resulta por completo ineludible. También ha sido un acierto la consideración variable (en razón de las circunstancias de cada momento) del contenido de lo básico, así como su finalidad, anclada en el doble objetivo de garantizar la eficacia general de la acción estatal y de asegurar la igualdad sustancial de todos los españoles en sus derechos y posiciones jurídicas (compatible con las diferencias no sustanciales que pueden establecer las Comunidades Autónomas).

En este asunto del reparto mediante la fórmula bases-desarrollo, el principal problema planteado es el del garantizar un ámbito de desarrollo de lo básico por las Comunidades Autónomas, sin el cual la autonomía quedaría enteramente en manos del Estado. El Tribunal así lo ha sostenido, aunque advirtiendo, muy correctamente, que ese ámbito autonómico no puede estar blindado de modo permanente ni de manera general, dado el carácter «móvil» (o si se quiere, revisable) de la intensidad normativa de las bases, la diversidad e importancia de las materias afectadas y la amplitud del contenido de cada una de ellas. Por ello, la jurisprudencia constitucional ha venido repitiendo que, aunque en principio lo básico no debe agotar la materia, la densidad normativa de las bases no

¹³ Con la única excepción de la STC 31/2010, que, al interpretar el precepto estatutario sobre referendums, sí utilizó el art. 81 CE como título atributivo de competencia exclusiva estatal. Antes nunca lo había hecho, y tampoco, salvo esa excepción, después.

cabe sujetarla a un canon fijo o predeterminado, siendo posible, incluso, que en determinadas submaterias (o aspectos concretos de ellas), de muy especial importancia para los intereses generales, el Estado pueda agotar la regulación estableciendo una normativa uniforme.¹⁴ Esas modulaciones resultan inevitables en un sistema como el nuestro, sustentado casi enteramente en un régimen de competencias legislativas compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En resumidas cuentas, nuestro complejo sistema, constitucional y estatutario, de reparto competencial descarga en las espaldas del Tribunal la tarea de ir componiéndolo y recomponiéndolo a golpe de sentencia. Dicho de otra manera, la eficacia del Estado autonómico, en términos normativos, descansa permanentemente en la jurisprudencia constitucional. Ante esa situación cabe preguntarse si es posible, sin merma de aquella eficacia, atenuar la carga que el Tribunal soporta. Parece que ello es lo que el propio Tribunal ha pretendido con su nueva doctrina sobre la prevalencia del Derecho del Estado sobre el de las Comunidades Autónomas producida a partir de 2016,¹⁵ y que reconoce a la jurisdicción ordinaria la capacidad de inaplicar leyes autonómicas que contradigan la legislación estatal. Eso es, por lo demás, lo que un sector de la doctrina había auspiciado desde hace algunos años.¹⁶

A mi juicio esa solución del Tribunal Constitucional, que en lugar de proyectarse sobre las competencias legislativas concurrentes, lo que sería plausible, se despliega, de manera general, sobre las compartidas según la fórmula bases-desarrollo, avalando la inaplicación de la legislación autonómica que contradiga a la legislación básica estatal (y que viene a modificar frontal y expresamente la jurisprudencia constitucional anterior) no se adecua, en mi opinión, a nuestro sistema de distribución competencial ni a nuestro modelo de justicia constitucional, puesto que la prevalencia (según el art. 149.3 CE) no es entre nosotros un juicio de eficacia, sino, inevitablemente, de validez, ya que para resolverlo hay primero que juzgar si la legislación básica es constitucional, juicio de validez que entre nosotros no puede corresponder a la jurisdicción ordinaria, sino a la jurisdicción constitucional, aparte de que admitir un control «difuso» de la ley no sólo limitaría la autonomía territorial, sino que también podría provocar

¹⁴ Posibilidad anunciada, reiteradamente, en muchas SSTC, pero hecha realidad, por ejemplo, en la STC 134/2017.

¹⁵ SSTC 116, 127 y 204/2016.

¹⁶ En especial, S. Muñoz Machado, 2012; pp. 134-140, aunque con matices que las SSTC citadas no han seguido.

inseguridad jurídica. Quizás, corrigiendo la última doctrina del Tribunal Constitucional y entendiendo, pues, de otra manera el juicio de prevalencia encomendado a la jurisdicción ordinaria, que se proyectaría, ahí no hay problemas, sobre las competencias legislativas verdaderamente concurrentes (que en nuestro sistema son pocas) y se reduciría, en los supuestos de competencias legislativas compartidas según el esquema bases-desarrollo (que son las más en nuestra distribución competencial), a los supuestos en que haya doctrina clara del propio Tribunal Constitucional confirmando la constitucionalidad del precepto (o los preceptos) de la legislación básica en cuestión (cosa que no hacen las SSTC que establecen la nueva doctrina ni algunos de los autores firmemente defensores de la prevalencia incondicionada), podría aceptarse entonces esa fórmula de resolución de conflictos normativos. Aunque, de todos modos, así limitada, no creo que supusiera una sensible disminución de la carga de trabajo que el Tribunal ha venido soportando hasta hoy.

También es teóricamente posible que esa carga de trabajo se atenuase mediante una reforma de todos los Estatutos de Autonomía para que sus atribuciones de competencias se atuviesen, en su texto, de manera clara y precisa, a la doctrina ya producida por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, esa vía me parece prácticamente imposible en la situación política actual, no sólo por sus muchas dificultades de orden técnico, sino, sobre todo, por la ausencia de la necesaria coordinación entre partidos y entre Comunidades para llevarla a cabo.

Existe una vía más correcta para afrontar la situación originada por la excesiva complejidad de nuestro sistema de distribución competencial: acometer una reforma de la Constitución que, simplificando y aclarando en su texto la distribución territorial de competencias, redujera el protagonismo del Tribunal Constitucional (eliminar ese protagonismo resulta imposible en cualquier Estado compuesto), de tal modo que nuestro Estado «jurisdiccional» autonómico se convirtiera, por fin, en un Estado «constitucional» autonómico. En teoría una pretensión así parecería bastante plausible. El problema radica, no en su necesidad, sino en su oportunidad, una oportunidad que, en estos momentos, me parece que no existe, puesto que, a mi juicio, como más adelante explicaré, no se dan las condiciones para llevar a cabo una reforma constitucional de ese calibre. En tal sentido, me parece que el Estado jurisdiccional autonómico, pese a sus inconvenientes, podemos mantenerlo, sin grave daño, hasta que, por fin, circunstancias más propicias permitan la conveniente reforma de nuestra Constitución.

III. INTEGRACIÓN TERRITORIAL Y ESTADO AUTONÓMICO: ¿MEJORA DEL MODELO O CAMBIO SUSTANCIAL?

1. *Balance del Estado autonómico*

Ahora que se cumplen los cuarenta años de nuestra Constitución y los treinta y cinco del proceso de desarrollo autonómico llevado a cabo por la primera versión de los Estatutos de Autonomía, es difícil negar, como ya he apuntado al comienzo de este trabajo, que, pese a que la decisión constitucional de optar por un Estado con autonomías territoriales ha tenido un despliegue complejo y, en los últimos años, crítico, el Estado autonómico posee unos valores que no conviene desdeñar. Los problemas del presente no debieran ocultar, pues, los logros del pasado a la hora de hacer el balance.

En el desarrollo constitucional, orientado por los dos grandes pactos políticos de 1981 y 1992, se optó por un modelo de descentralización política que, respetando determinados «hechos diferenciales», estaba orientado por la idea de la generalización a todo el territorio español de la autonomía política y la equiparación sustancial de competencias entre todas las Comunidades Autónomas. Ese ha sido el modelo resultante por obra de los Estatutos y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y que hasta 2005 fue un modelo no puesto en cuestión, el menos de manera expresa, ni por los partidos políticos de ámbito estatal ni por los partidos nacionalistas.¹⁷

Sería en los años siguientes, a partir de las últimas reformas estatutarias, encabezadas por el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña,¹⁸ cuando se produjeron reacciones frente el modelo del Estado autonómico, que se agudizaron en 2012, no en todas las Comunidades Autónomas, pero sí en Cataluña, donde los partidos nacionalistas optaron expresamente por la vía independentista abandonando la posición autonomista. Las instituciones catalanas (Gobierno y Parlamento) ocupadas por el nacionalismo (o mayoritariamente integradas por él, como en el caso del Parlamento) pusieron en marcha un proceso que condujo, primero, a un intento de referéndum inconstitucional en 2014 y, por último, en septiembre y primeros de octubre de 2017, a la aprobación por el parlamento catalán de una ley de ruptura constitucional, con la consiguiente convocatoria de otro referéndum sobre la independencia, su celebración irregular y la declaración unilateral por

¹⁷ J. Tudela Aranda, 2016; pp. 21-22, 137-138.

¹⁸ Aprobado sin el consenso político que había caracterizado a todos los anteriores Estatutos y con un contenido que rebasaba en determinados extremos las bases constitucionales del Estado autonómico ya definidas por el Tribunal Constitucional.

el Parlamento autonómico de una república catalana independizada del Estado español, en abierta rebeldía frente a las resoluciones del Tribunal Constitucional que habían suspendido todos esos actos.

Ese proceso de pleno desacato a la Constitución y a las resoluciones el Tribunal Constitucional, originó, en última instancia, la aplicación del art. 155 CE,¹⁹ que produjo el cese del Gobierno autonómico, su sustitución provisional por el ejecutivo estatal y la disolución del Parlamento catalán con la convocatoria de nuevas elecciones que, una vez celebradas, dieron como resultado una mayoría absoluta de parlamentarios favorables a la independencia. Dado que el procedimiento de elección de un nuevo Presidente de la Comunidad Autónoma de Cataluña se encontró estancado en la cámara, la aplicación del art. 155 CE continuó, pues limitaba sus efectos temporales hasta la existencia de un Gobierno catalán surgido como consecuencia de las nuevas elecciones. Constituido, por fin, hace muy poco, el Gobierno autonómico, la aplicación del art. 155 CE ha decaído,²⁰ coincidiendo, por cierto, con un cambio en el Gobierno de la Nación tras la aprobación en el Congreso de los Diputados de una moción de censura que ha desalojado al Presidente D. Mariano Rajoy e investido a un Presidente socialista, D. Pedro Sánchez, que ya ha designado a su Gobierno. Esta es la situación institucional actual en el Estado y en la Comunidad Autónoma de Cataluña.²¹

2. El futuro: reforma ¿legal o constitucional? del Estado autonómico.

2.1. Diagnóstico. Reforma general del Estado y reforma de su organización territorial

En el Estado español, hablando en términos generales, existen hoy (y se arrastran desde hace tiempo) determinados problemas que afectan a la legitimidad democrática de las instituciones, al correcto funcionamiento del régimen parlamentario, al entendimiento cabal del Estado de Derecho y a la capacidad de integración territorial del modelo autonómico. Problemas que se derivan, a mi juicio, no sólo de defectos normativos, sino, en gran medida, de malas prácticas políticas. Todo ello no significa que estemos ante una situación de auténtica crisis del sistema, pero sí en presencia de unos males que conviene atajar sin demora.

¹⁹ Posiblemente tardía y con un alcance muy limitado pese a la gravísima rebelión institucional que allí se había producido.

²⁰ Aunque el nuevo Gobierno catalán (y la mayoría parlamentaria que le apoya) persisten en su actitud abiertamente independentista y de reiterada rebeldía institucional.

²¹ En el momento en que se cierra la redacción de este trabajo, 30 de junio de 2018.

Es cierto que en España la economía y la sociedad están mucho mejor que la política, y que el Estado español, pese a los problemas que le afectan, funciona en el ámbito interno con cierta regularidad y goza en el ámbito internacional de un prestigio no desdeñable. Pero también lo es que algunos de nuestros males no se curan sólo con el mero paso del tiempo, sino que tienden a agudizarse si no se remedian con urgencia. De ahí la necesidad de un impulso reformador que deben protagonizar los grupos políticos, pero también las élites sociales. En resumen, parece que ha llegado el tiempo de la reforma, indebidamente aplazada hasta ahora.

2.2. Propuestas de reforma: consideraciones generales

Ante la situación ya aludida, se han efectuado, desde determinados ámbitos (intelectuales y políticos), propuestas de reforma constitucional. Ante ellas, lo primero que podría decirse es que hay problemas de legitimidad y funcionamiento del Estado que podrían solucionarse sin necesidad de reformar la Constitución, sino cumpliéndola y desarrollándola normativamente de manera más adecuada que hasta ahora. Y lo segundo, que a la hora de reformar, no todo consiste en efectuar cambios normativos, sino, muchas veces, en propiciar cambios en la práctica política, pues es ahí, y no en las normas, donde residen gran parte de nuestros problemas. El Derecho no puede hacerlo todo si no va acompañado de una actuación de nuestros partidos y de nuestros dirigentes en consonancia con el espíritu constitucional del sistema.

Dicho ello, hay que admitir que existen problemas estructurales cuyo remedio sería difícil sin una reforma de la Constitución. En ese sentido hay que perder el miedo a las reformas constitucionales que están, precisamente, para mantener la Constitución y no para abandonarla, en cuanto que permiten su adaptación a nuevas realidades. De todos modos, no conviene olvidar que la reforma constitucional no puede tener como objetivo buscar la mejor Constitución posible, sino simplemente lograr que la Constitución siga siendo útil. La nuestra, en términos generales, como ya he dicho más atrás, es una excelente Constitución, que ha servido durante cuarenta años para mantener en paz y libertad la convivencia entre los españoles. La única parte de su texto que, a mi juicio, sí ha sufrido un serio desgaste en los últimos catorce años es la relativa a la organización territorial del Estado y por ello, a mi juicio, a ese ámbito debiera limitarse la reforma constitucional.

Otras reformas, relativas al sistema electoral, al poder judicial, a la Administración pública, a la organización y funciones de las cámaras parlamentarias y a

la estructura, funcionamiento y financiación de los partidos políticos podrían acometerse sin necesidad de reformar la Constitución, sino modificando, como ya adelanté, las leyes y las prácticas políticas. Incluso la necesaria reforma constitucional para eliminar la preferencia del varón sobre la mujer en el acceso a la Corona y para introducir en el texto de la Constitución una más detallada cláusula europea, pueden aguardar sin grave daño para el interés general. En cuanto a lo primero, la naturaleza lo ha despojado de urgencia, y en cuanto a lo segundo, nuestra inserción en la Unión Europea puede seguir funcionando con la sola apoyatura del art. 93 CE y de la jurisprudencia que sobre él se ha venido produciendo.

2.3. *Objetivo de la reforma territorial:*

¿reforma centrípeta o reforma centrífuga?

En mi opinión, ambas alternativas, enunciadas como «centrípeta» y «centrífuga», me parecerían poco razonables. De un lado porque volver a una mayor centralización conduciría a mantener viva la tensión entre pluralidad y unidad, algo que ni es conveniente ni operativo. El Estado autonómico, pese a sus defectos, me parece difícilmente reversible. De otro lado, porque acentuar la descentralización ya alcanzada mediante la reducción de competencias estatales y ampliación de competencias autonómicas nos podría conducir a un Estado ingobernable, máxime en la situación actual (difícilmente reversible) de globalización política y económica y de pertenencia de España a la Unión Europea.

De ahí que a mi juicio, la reforma del Estado autonómico deba tener como objetivo su profundización, lo que no significa desapoderar al Estado o a las Comunidades Autónomas de las potestades públicas que ahora tienen, sino distribuir las mejor y promover cauces para la participación y coordinación territorial, en la línea del multilateralismo y no del bilateralismo, potenciando al mismo tiempo determinadas singularidades territoriales que, sin ruptura de la igualdad sustancial de derecho de los ciudadanos españoles y de la solidaridad entre Comunidades, permitan un más amplio reflejo en el Estado de la pluralidad de territorios que lo componen.

Es cierto que dicho en esos términos generales el objetivo es poco concreto, pero sólo enuncio ahora los principios que deben animarlo. Más adelante, al hilo del análisis de las propuestas de reforma que se han venido formulando desde diversos ámbitos, procuraré manifestar mi opinión sobre cuestiones organizativas más detalladas.

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL SOBRE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

1. *Ámbito, condiciones y oportunidad*

Comparto la opinión, hoy común, de que nuestro Estado autonómico necesita una inaplazable reforma, pues el paso del tiempo ha mostrado determinadas disfunciones que es preciso remediar. En cambio, ya no resulta tan generalmente admitido que esa reforma, en el plano de la organización territorial del Estado, haya de trascurrir, necesariamente, por la vía de la reforma constitucional. Las disfunciones generales del Estado autonómico pueden remediarse introduciendo cambios en el plano de la legalidad: mejorando los Estatutos de Autonomía (incluido el del País Vasco, cuyo encaje constitucional como comunidad con derechos históricos ha sido, hasta ahora,²² satisfactorio), la legislación básica estatal y las relaciones de cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, evitando el exceso de duplicidades administrativas y, en fin, aplicando de manera adecuada, lo que no siempre se ha hecho, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la distribución territorial de competencias. Reformas infraconstitucionales de orden territorial que no pueden separarse de otras también infraconstitucionales referidas al funcionamiento del mismo Estado democrático y de Derecho, a las que más atrás aludí, pues los problemas de uno y otro ámbito están muy estrechamente unidos, como lo están igualmente las causas que los han originado.

Todo ello podría servir para eliminar muchos de los actuales defectos del Estado autonómico, con una condición, la existencia de lealtad constitucional entre el poder central y los poderes autonómicos, sin la cual es muy difícil que funcione cualquier Estado compuesto. Sin esa lealtad, ninguna reforma tendría eficacia, incluida la reforma constitucional. A veces se olvida que, como he insistido más atrás, el Derecho no puede hacerlo todo, aunque sin el Derecho no pueda hacerse nada. El Derecho ayuda, pero no resuelve por sí solo los problemas. Y en ese ámbito general del Estado autonómico los defectos de su funcionamiento se deben más a la política que al Derecho.

En realidad, el verdadero problema territorial que no es posible resolver por las vías legales y políticas que acaban de indicarse, no es el del funcionamiento general del Estado, sino el muy concreto de la relación entre el Estado y la Comunidad

²² Aunque hoy existan allí, nuevamente, demandas de cambio radical de ese encaje, parecidas a las que hace bastantes años se reflejaron en el llamado «Plan Ibarretxe», que entonces resultó fallido.

Autónoma de Cataluña, que se ha convertido en el mayor peligro para la supervivencia de nuestro sistema constitucional. Esa es la auténtica crisis institucional de estos momentos, la más grave que el Estado español ha sufrido desde la entrada en vigor de la Constitución. Es posible que esa crisis de ahora sea la consecuencia de muchos errores del pasado, de naturaleza jurídica y política,²³ pero no vale «llorar sobre la leche derramada», sino actuar sobre una situación que hoy ya resulta insostenible. La reforma constitucional no es la panacea para remediarla, pero sí podría ser la condición para facilitar ese remedio.

Quizás, con vista a la opinión pública y a las demás Comunidades Autónomas, tal reforma constitucional no debiera «presentarse» como originada exclusivamente por el problema en Cataluña y destinada exclusivamente a él. Y por ello valga la idea, propugnada por algunos documentos sobre la reforma constitucional que se han puesto en circulación en los últimos tiempos, de que esa reforma del Estado autonómico tenga como objetivo la necesidad de mejorarlo de modo general y no sólo la de hacer frente al problema generado en Cataluña. Pero en el fondo es claro, al menos a mi me lo parece, que si esa reforma no vale para ayudar a remediar ese problema concreto no merecería realizarse.

Porque una reforma constitucional de ese calibre, que además pasaría, sin duda, por la celebración de un referéndum nacional (sea el obligatorio si se optase por la vía del art. 168 CE o el optativo si se utiliza la vía del art. 167 CE) tiene unos costes y unas condiciones de extraordinaria importancia. Es cierto que ni el texto de cualquier constitución es (ni debe ser) permanente, ni la reforma de la nuestra deja de ser una vía útil y necesaria cuando la realidad la demanda. Pero eso es una cosa y otra bien distinta pensar que no haya que tomarse en serio lo que una reforma de nuestra Constitución (en aspectos esenciales y no meramente secundarios) significa y, por ello, la necesidad de hacerla de la mejor manera para evitar que, en lugar de ayudar a resolver problemas, esa reforma los acentúe. De ahí que, para que sea eficaz la reforma, ha de partirse, en primer lugar, de un prerequisite: la reforma de la Constitución está para mantener el sistema constitucional, no para destruirlo.

Cubierto ese prerequisite general, hay otras condiciones específicas (máxime si se trata de una reforma que afecte a la organización global del Estado): la necesidad de tener claro cuál es la finalidad de la reforma, esto es, cuáles son su objetivo y su ámbito; la existencia de un amplio consenso político y social sobre esa reforma (no sólo del número de votos requerido en las Cortes Generales para

²³ Aunque entre ellos no está, creo, la STC 31/2010, que, dadas las patentes inconstitucionalidades del nuevo Estatuto catalán, no podía haber hecho otra cosa distinta a lo que hizo una vez que el Tribunal fue requerido para ejercer su indudable competencia de control.

llevarla a cabo); una situación de relativa calma política en todo el territorio; y una suficiente meditación (política y técnica) para que la reforma se produzca con vocación de durabilidad de su resultado. Por ello siempre se ha dicho que, a diferencia de las reformas constitucionales meramente adjetivas, las de fondo únicamente debieran abordarse cuanto estrictamente sean necesarias y siempre que haya una generalizada coincidencia entre los principales partidos sobre los límites que una constitución (la nuestra y cualquier otra) no debe traspasar, para evitar que, con motivo de la reforma, puedan ponerse en cuestión elementos esenciales del propio sistema constitucional.

En el caso que nos ocupa, el de una reforma constitucional que pueda ayudar a resolver la situación creada en Cataluña, la necesidad es obvia, pero la calma política y la coincidencia en aquellos valores constitucionales compartidos no existen, sin embargo, en estos momentos, y por ello sería preferible no acometer la reforma hasta que, pasado un tiempo, se recupere el consenso necesario y la situación actual de abierto desacato constitucional de las instituciones autonómicas y de enfrentamiento en el seno de la propia sociedad catalana se haya remontado o al menos decrecido en su gravedad.

2. *Propuestas concretas*²⁴

2.1. *Sobre el derecho de autodeterminación*

Algunas de las propuestas de reforma constitucional que se han venido postulando aluden a un problema esencial: el de un posible referéndum en Cataluña acerca de su independencia. En ellas se dice, y es cierto, que ese tipo de referéndum no cabe en nuestro ordenamiento constitucional (ni en el de cualquier otro Estado constitucional), pero apuntan a que sí sería posible introducirlo reformando nuestra Constitución. Esto último resulta sumamente discutible, porque significaría no una reforma de la Constitución, sino su destrucción, al introducirse en ella lo que ninguna constitución puede admitir: la desaparición de la unidad del soberano. De ahí que no quepa apelar tampoco (pese a que algunos así lo pretendan) al argumento de que la doctrina del Tribunal Constitucional sí haya avalado esa fórmula. En la STC 42/2014 existe un pasaje sobre la «interpretación constitucional» del eufemísticamente llamado «derecho a decidir» que, si no se entiende bien (a lo que contribuye su confusa redacción), podría parecer que

²⁴ El contenido de este epígrafe ya lo he adelantado, con algunas variaciones textuales, en M. Aragón Reyes, 2018.

avala dicha tesis, pero que si se examina con rigor, interpretándolo a la luz de la anterior STC 103/2008 (cuya doctrina no ha sido expresamente modificada por la indicada STC 42/2014) y de lo dicho en las SSTC posteriores a ésta, conduce a una conclusión bien distinta: la de que mediante la reforma prevista en el art. 168 CE lo que puede modificarse es la composición territorial del Estado español, acordada por ese procedimiento que requiere mayorías muy cualificadas en las Cortes Generales y el referéndum de todos los españoles.

Por ello en nuestro ordenamiento jurídico (como ha reconocido el Tribunal Constitucional en múltiples sentencias) son lícitos los partidos independentistas: porque la Constitución ofrece vías para esa independencia. Si así no fuera (esto es, si la independencia de parte del territorio mediante una reforma constitucional estuviese radicalmente prohibida como sucede en Alemania, Francia o Italia) los partidos independentistas no podrían ser jurídicamente reconocidos, salvo que se incurriese en una contradicción insalvable, pues el Derecho no puede considerar lícita una pretensión cuya consecución sería ilícita. Hay que insistir: en España, los partidos independentistas son lícitos, precisamente porque la consecución de la secesión territorial (eso sí, aprobada por el procedimiento de reforma del art. 168 CE) también lo es.

Esa y no otra es la auténtica doctrina del Tribunal Constitucional: la presente Constitución permite (por la vía del art. 168) la secesión, pero ni ésta ni una Constitución futura (producto de la reforma de la actual) podría permitir que esa secesión fuese unilateral. Y ello es así porque en el Estado constitucional democrático el «derecho a decidir» entendido como derecho de autodeterminación, sólo lo tiene el titular del ejercicio de la soberanía (el pueblo en su conjunto), sin que ninguna constitución pueda atribuírselo a una fracción del mismo.²⁵ Por ello mismo, no considero posible, desde el punto de vista de la teoría constitucional, el reconocimiento, mediante la reforma constitucional, de un Estado plurinacional, o de «una nación de naciones». Cuando en la STC 31/2010 se dijo que para la Constitución no puede haber más nación que la nación española, se expresaba no sólo un postulado derivado de nuestra propia Constitución, sino de cualquier otra constitución auténtica. En sentido histórico, sociológico, literario, o si se quiere en el lenguaje común, al término nación puede ser plurívoco. Jurídicamente, esto es, reconocido en un texto constitucional (o legal) no puede significar otra cosa que la entidad soberana en la que el Estado se asienta.²⁶ De ahí que, frente a

²⁵ Sobre todo ello me remito a mi trabajo, ya citado, M. Aragón Reyes, 2014.

²⁶ Me remito nuevamente a mi trabajo, M. Aragón Reyes, 2014, ya citado. Y en general, por todos, al sobresaliente libro de R. Blanco Valdés, 2005. Que hoy la soberanía estatal esté limitada *de facto* por la

algunas opiniones poco meditadas, aunque en determinados casos sean bienintencionadas, el no reconocimiento jurídico de una pluralidad de naciones dentro de España deba ser una línea roja que ni la Constitución presente ni una futura debieran traspasar, so pena de introducir en el ordenamiento español el principio de su propia destrucción.

2.2. *Sobre la reforma del Senado*

Este es un tema recurrente desde hace mucho tiempo en el debate político y jurídico. Es cierto que, aunque la Constitución define al Senado como cámara de representación territorial, ni su composición actual ni sus funciones cumplen con esa definición. Y es también cierto que uno de los problemas de nuestro Estado autonómico consiste en la ausencia de eficaces mecanismos de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Y es cierto, igualmente, que una cámara de auténtica representación territorial podría, en principio, ser el mejor lugar donde se produjese esa colaboración, conveniente para la elaboración y aprobación de la legislación básica estatal y para la participación de las Comunidades Autónomas en las políticas generales del Estado así como en la designación de los titulares de determinados órganos constitucionales.

Dicho lo anterior, cabe estar de acuerdo con que, en teoría, si se reformase el Senado sería preferible, de entre todos los modelos, acoger el alemán, con lo cual nuestro Senado podría ser una cámara de representación de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas. Pero el problema es que el *Busdesrat* funciona porque allí se dan tres condiciones sin las cuales ese tipo de cámara no podría tener eficacia: la lealtad constitucional de los *Länder* y del Estado federal, la inexistencia de partidos nacionalistas-independentistas y el hecho de que los gobiernos de los *Länder* representan a la mayoría parlamentaria en su territorio, pues siempre han sido o gobiernos de mayoría absoluta o gobiernos de coalición. Por ello, porque los gobiernos no son de minoría, sino que cuentan con el apoyo de la mayoría parlamentaria, pueden asumir su función de dirigir la política y, en consecuencia, de representar de manera plena las políticas territoriales en el *Bundesrat*. También

globalización y *de iure* por la integración en comunidades supranacionales no afecta al axioma de que la soberanía que reste al Estado (y en el interior, a la nación, o al pueblo) no puede estar compartida, pues sólo a él pertenece, y sólo por su voluntad puede cederse a instancias superiores en las que el Estado se integre. Por otro lado, la idea (clásica) de la soberanía dual en algunos Estados federales (los derivados de un proceso de unión y no de descentralización), es hoy difícil de mantener, en cuanto que en ellos la potestad soberana de autodeterminarse corresponde a la federación en su conjunto (que representa a toda la nación) y no a ninguno de los Estados miembros individualmente considerados. En ese ámbito federal no existe, a mi juicio, soberanía «compartida».

el gobierno federal lo ha sido siempre así (de mayoría absoluta o de coalición), de manera que si esa tradición se perdiese, lo que ahora ha estado a punto de suceder y por fortuna se ha evitado, habría corrido un grave riesgo no sólo el régimen parlamentario de gobierno, sino el propio federalismo alemán.

En España ninguna de esas tres condiciones se dan, o al menos no se dan de manera generalizada, por lo que parece discutible apostar, como han hecho algunas de las propuestas de reforma auspiciadas por políticos o por juristas, basándose en la pura teoría sin descender a la práctica, por el modelo alemán para nuestro Senado. La constatación de que el modelo alemán, dadas nuestras actuales circunstancias políticas, tendría serias dificultades para su funcionamiento, lo que nos coloca es ante un problema arduo, el de si es factible que podamos implantar una cámara territorial útil, un problema de no fácil solución. Y ello es así porque cualquier otro modelo de Senado, distinto de alemán, elegido directamente por los ciudadanos o por los parlamentos autonómicos, sería ineficaz como cámara de representación territorial si tenemos en cuenta la naturaleza de nuestros partidos (en realidad de todos los partidos europeos) y sus funciones en las elecciones y en el ejercicio de la representación. Lo que entonces se conseguiría no sería otra cosa (como ahora sucede en España) que una segunda cámara que, por su modo de actuar, orientada más por razones ideológicas que territoriales, vendría a ser, en realidad, duplicación del Congreso de los Diputados como cámara donde la representación la expresan los partidos y no las comunidades territoriales. O incluso una cámara donde la representación ideológica se mezcla con la representación territorial, que es lo que ahora sucede de facto (y creo que seguirá sucediendo) en el Congreso de los Diputados. En definitiva, incluso en esa perspectiva: dos cámaras que, en la práctica, duplicarían su significado y carácter (aunque intentasen distinguirse sus funciones).

Así, además, lo muestran la ineficacia del Senado austriaco elegido por los parlamentos territoriales²⁷ y la muy difícil importación a Europa del Senado norteamericano, que allí no es sólo es tan cámara nacional como la Cámara de Representantes, sino que en su dimensión, también de cámara de representación de los Estados federados, aparte de basarse en una representación igualitaria de todos ellos, obedece a un sistema electoral y una concepción de los partidos completamente alejados de la europea. De ahí que algunos constitucionalistas españoles lo que han sugerido, ante esas dificultades, sea dejar al Senado como está (pues

²⁷ Lo que ha originado que allí la cooperación territorial, más que en Senado, trascorra en el seno de las conferencias intergubernamentales.

determinadas funciones provechosas sí cumple en su configuración actual) o bien, sencillamente, eliminarlo, potenciando, en todo caso, las conferencias territoriales gubernamentales.

2.3. *Sobre la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Naturaleza y función de los Estatutos de Autonomía. ¿Hacia un Estado federal?*

Se ha sugerido, desde algunos ámbitos, le necesidad de que la reforma constitucional incluya los principios básicos de la financiación autonómica, para que no quede, como hasta ahora, al mutable albur de la LOFCA. Esa propuesta parece sensata, aunque problemática si no se respeta el régimen especial del País Vasco, Navarra y Canarias y no se fomenta con ella la inevitable tendencia de otras Comunidades Autónomas a denunciar agravios comparativos. En cambio, a mi juicio, resulta muy criticable la propuesta, también sugerida, de «federalizar» el poder judicial. Ni parece exigible porque sea consustancial al federalismo (Austria, donde el poder judicial no está territorialmente repartido, nos muestra lo contrario y lo mismo sucede en Italia, que no siendo un Estado federal, sí es un Estado compuesto por regiones políticamente autónomas), ni puede estimarse conveniente para España, ya que produciría, sin duda, efectos indeseables (y no sólo referidos a la seguridad jurídica).

Alguna otra propuesta que ha circulado pretende que, por reforma constitucional, los estatutos de autonomía dejen de ser leyes orgánicas estatales y pasen a ser normas aprobadas sólo por los parlamentos autonómicos. Quizás pudiera estarse de acuerdo si los estatutos (obviamente subordinados a la Constitución como todas las normas estatales y autonómicas) se limitasen a establecer la organización interna de la Comunidad Autónoma. En cambio, ha de estarse en desacuerdo si los estatutos fuesen también normas atributivas de competencias autonómicas.

Por otro lado, la idea de que parte esa sugerencia, que es la de que en todo Estado federal, o en general en todo Estado compuesto, la norma institucional básica de las partes que lo componen (se les llame Estados, países, regiones o cualquier otra denominación, por ejemplo, comunidades autónomas) deber tener el carácter de «constitución» de ese territorio y, por ello, aprobada exclusivamente por esa comunidad territorial, no se corresponde con la realidad. En Bélgica, el Estado es denominado por la Constitución como federal, pero las normas institucionales básicas de las comunidades que lo componen son leyes dictadas por el Estado. En Italia, los estatutos de las regiones autónomas son normas estatales. El modelo español de estatutos de autonomía establecido por la Constitución

no es, pues, un caso insólito en el panorama del Derecho comparado. Además, aquella idea (la de que cada comunidad territorial políticamente autónoma debe tener su «propia» constitución) es coherente con los llamados federalismos de integración (esto es, los que nacieron por la unión de Estados originariamente soberanos), pero no tanto con los federalismos de descentralización (que parten de que originariamente existía un solo Estado soberano que después, sin dejar de ser soberano, se descentraliza políticamente reconociendo «autonomía» y no «soberanía» a los territorios infraestatales).

La cuestión está ligada, sin duda, a una concepción de la distribución territorial de competencias que descansa sobre la base, problemática, de que las de los entes territoriales infraestatales se distinguirán, netamente, de las que corresponden al Estado, cuando ello difícilmente es, o puede ser, así. El ejemplo alemán puede suministrar una buena enseñanza. Allí, los *Länder* tienen constituciones, pero la Constitución y las leyes federales dominan completamente la atribución competencial de todos los territorios. Esto se potenció precisamente a través de las últimas reformas de la Constitución federal alemana, ante la necesidad de homogeneización competencial que imponen la globalización económica y la pertenencia a la Unión Europea. Incluso en un federalismo de integración clásico, como es el norteamericano, la necesidad de armonización competencial la ha impuesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a través de la extensión extraordinaria que ha dado, a favor del Estado federal, al concepto de «poderes implícitos» y a la llamada «cláusula de comercio», constitucionalmente prevista con un significado originario mucho menos amplio del que el Tribunal Supremo, a partir del pasado siglo, le ha venido atribuyendo.

Pensar, como parecen sostener algunas sugerencias de reforma constitucional, que la solución de nuestros problemas sobre la distribución territorial del poder podría consistir en que la Constitución únicamente defina las competencias del Estado (sistema de lista única) y sean los estatutos de autonomía los que atribuyan a las Comunidades Autónomas (en materias no reservadas constitucionalmente al Estado) su elenco competencial, estatutos que, además, según aquellas sugerencias de reforma, serían aprobados por los parlamentos autonómicos sin intervención de las Cortes Generales, conduciría, muy probablemente, a un sistema altamente disfuncional, que produciría más litigios constitucionales de los que hasta ahora (y son muchos) está produciendo el diseño competencial de la vigente Constitución complementada por los actuales estatutos. No conviene olvidar que la definición de las materias competenciales nunca puede ser exacta (ni en su denominación ni en su alcance) y que nos encontramos en una situación de globalización y de

pertenencia a la Unión Europea que el Estado español no puede eludir. Si no se tienen en cuenta esos factores, cualquier reforma constitucional sobre la distribución territorial de competencias sería irreal y por ello inútil.

En mi opinión, sería preferible la fijación constitucional de dos listas (competencias del Estado y competencias de las Comunidades Autónomas) con la garantía del control normativo que supone que los estatutos deban ser aprobados por las Cortes Generales (aunque con posterior ratificación por referéndum autonómico). Esto podría parecer que es igual que el sistema actual, pero no tiene por qué ser así si las dos listas (sobre todo la relativa a las competencias del Estado) se fijan con mayor precisión de la que hasta ahora tiene, si se extraen las consecuencias competenciales que para el ordenamiento interno se derivan de nuestra integración en la Unión Europea y si se abandona el empleo excesivo del concepto de «legislación básica» (que no ha traído más que problemas, por su complejidad e indefinición) quedando reducido a lo que suelen denominarse competencias «transversales», cuyo objetivo debe ser el de asegurar la igualdad esencial de derechos de todos los españoles sea cual sea el lugar del territorio en que se encuentren, así como el de garantizar la unidad de mercado. En lo demás, podríamos incorporar algunas de las técnicas de distribución competencial del actual esquema alemán, que ha permitido dotar a la legislación del Estado federal de los instrumentos suficientes que, garantizando la autonomía de los *Länder* (y por ello sus capacidades de legislación propia y de ejecución), aseguren la unidad del sistema, evitando, de paso, la multiplicación de conflictos ante el Tribunal Constitucional federal en materia de distribución territorial del poder.

Por lo demás, no es fácil tener tanta confianza como muestran los autores de algunas sugerencias de reforma constitucional acerca de la operatividad de la cláusula de prevalencia de la legislación del Estado sobre la de las Comunidades Autónomas para evitar que lleguen al Tribunal Constitucional muchos conflictos competenciales. Sí cabría aceptar, como antes ya adelanté, que, debidamente utilizada (y no del modo que se desprende de determinadas y recientes sentencias del Tribunal Constitucional), esto es, capaz de operar en las competencias legislativas concurrentes, y únicamente en las competencias legislativas compartidas cuando sobre el precepto aplicable de la legislación básica estatal haya doctrina clara del Tribunal Constitucional (de manera similar a cómo funciona la prevalencia del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho interno, que faculta para inaplicar la norma del Estado sin plantear cuestión prejudicial cuando existe «acto claro»), aquella cláusula, que permitiría a los tribunales ordinarios inaplicar leyes autonómicas cuando entren en conflicto con leyes estatales, sin ser una panacea, puede

dar buenos resultados. De lo contrario, esto es, funcionando la cláusula de prevalencia de manera incondicionada (como parece que es la opinión de los autores de tal sugerencia de reforma), el resultado podría ser el de la reducción, indebida, por la jurisdicción ordinaria, de las competencias autonómicas y la producción, a la vez, de situaciones de patente inseguridad jurídica, aparte de una indudable intromisión en funciones que sólo al Tribunal Constitucional pertenecen. La jurisdicción ordinaria puede, y debe, cooperar con el Tribunal Constitucional en la aplicación de la Constitución, pero no sustituirle.

Es cierto, y en ello coincido con la mayoría de las sugerencias que sobre la reforma constitucional se han planteado, que el título VIII de la Constitución debería reformarse, no sólo porque contiene preceptos ya obsoletos, sino sobre todo porque su diseño de distribución competencial es manifiestamente inadecuado, descargando (por las complejidades e indefiniciones de ese diseño) sobre las espaldas del Tribunal Constitucional la tarea de ir componiéndolo y recomponiéndolo a golpe de sentencia, una carga excesiva que no debiera proseguir por mucho más tiempo, como ya he advertido en la segunda parte de este trabajo.

Lo dicho hasta ahora enlaza con la cuestión de si debemos convertir nuestro Estado autonómico en un Estado federal. La mayoría de los políticos y los juristas que apuestan por la reforma sostienen la idea de que hay que «federalizar» más nuestro Estado autonómico (aunque admitiendo, algunos, que no sea necesario para ello denominarlo, como «federal», en la propia Constitución) pero no suelen explicar en qué dirección iría tal «federalización». Dado que hoy no hay un modelo canónico de Estado federal y que nuestro Estado autonómico es, sin duda, «uno de los rostros que el federalismo adopta», como se ha dicho con voz autorizada dentro y fuera de nuestras fronteras,²⁸ esa llamada a una «mayor federalización» es tan abstracta que impide enjuiciarla, salvo que se tenga una excesiva confianza en el valor taumatúrgico de las palabras, pensando que sólo por el hecho de llamar federal a nuestro Estado en la Constitución se produzcan ya efectos positivos para la integración territorial, o se identifique tal propósito de federalizar con la idea de repartir territorialmente el poder judicial o transformar los estatutos en constituciones autonómicas, objetivos cuya pertinencia, como ya dije, resulta bastante cuestionable. Asunto distinto es que por «federalizar» se entienda la necesidad de que en España se instale una mayor «cultura política federal», pero ello, por sí sólo, no es suficiente si no va acompañado de una mayor

²⁸ La denominación, que no es nueva, la ha utilizado R. Blanco Valdés, 2012, en el mismo título de su espléndido libro *Los rostros del federalismo*. A propósito de «federalizar» nuestro Estado autonómico, una excelente comparación puede encontrarse en J. J. Solozábal Echavarría (Ed.), 2014.

claridad en la organización territorial y de una auténtica lealtad constitucional por parte de todas las instituciones, estatales y autonómicas.

2.4. *Identidad y hechos diferenciales*

Nuestro problema territorial más arduo (en cuanto que es «constitutivo» y no sólo funcional) reside, sin duda, en la amplia reclamación política y social que existe en Cataluña²⁹ de una especial «singularidad» para esa Comunidad. Atender a esa reclamación no será, probablemente, un remedio frente al independentismo, pero sí que podría ayudar a reducirlo en su implantación y a integrar mejor en el sistema constitucional a la mayor parte posible de los partidos y los ciudadanos de Cataluña.

Las propuestas que al respecto se han formulado no concretan, sin embargo, a qué podría ceñirse el reconocimiento constitucional de esa singularidad, porque «hechos diferenciales» ya existen y están normativamente reconocidos para diversas Comunidades Autónomas (País Vasco, Cataluña, Galicia, Navarra, Valencia, Canarias) por lo ya que tenemos determinadas «asimetrías» competenciales en nuestro Estado autonómico.³⁰ Apostar ahora por incrementar la asimetría otorgando a Cataluña, por ejemplo, la misma posición constitucional prevista para el País Vasco y Navarra parecería irrealizable, política y económicamente. Además, la atribución a Cataluña de más competencias (desligadas de hechos diferenciales) que a las demás Comunidades Autónomas podría concitar agravios comparativos, aparte de suponer un serio obstáculo para el despliegue eficaz de la acción estatal en todo el territorio español.

En el mismo orden de ideas, no bastaría con apostar, como de manera genérica han hecho las aludidas propuestas, por buscar la asimetría a través de una mayor «federalización» de nuestro actual modelo autonómico, pues aparte de la inconcreción de ese objetivo (qué asimetrías pueden admitirse sin quiebra de la eficacia y la igualdad), no creo que «federalizar» sirviese para contentar a quienes lo que reclaman no es sólo un *status* especial, sino también privilegiado, en materia territorial. El problema, pues, del reconocimiento de una propia «singularidad» tiene difícil solución, salvo que se aceptase que aquella trascurriese por vías simbólicas y funcionales (éstas últimas de delicado encaje y de improbable asunción por otras Comunidades Autónomas) y no por vías exclusivamente competenciales, fuera de las que por «hechos diferenciales» ya existen. Por otro lado, no conviene

²⁹ Creo que con menor inmediatez en el País Vasco y, desde luego, con menor intensidad en Galicia o en otras Comunidades.

³⁰ J. Tudela Aranda, 2016; p. 304.

olvidar que la asimetría no será probablemente aceptada por aquellos que lo que demandan es, directamente, la independencia.

2.5. *Sobre el método de la reforma*

Acerca del procedimiento de reforma ya he comentado las ideas generales sobre las condiciones que habrían de darse para llevarlo a cabo. Ahora sólo queda referirse al concreto «método» que en alguna de las propuestas formuladas se ha señalado para conciliar la necesidad de un referéndum en Cataluña y la necesidad de que todos los españoles deban pronunciarse también sobre una cuestión que, indudablemente, les atañe: la organización territorial del Estado. Esa conciliación se ha pretendido buscar a través de la fórmula de un doble referéndum: nacional, para ratificar la reforma de la Constitución, y catalán, para ratificar la reforma del nuevo estatuto. La idea es sugerente, pero tiene una patente debilidad, en cuanto que se propone que ambos referéndums sean «simultáneos», algo que resulta imposible de realizar en Derecho. Si el nuevo estatuto para Cataluña ya recogiese las modificaciones que la reforma constitucional hubiera introducido respecto de la organización territorial (condición que no reunía el actual Estatuto catalán y que condujo al Tribunal Constitucional a anular parte del mismo, pues, como se dijo en la STC 31/2010, la inconstitucionalidad de ese Estatuto se originaba, en la mayoría de los supuestos, porque lo que pretendía establecer no podía alcanzarse mediante una reforma estatutaria, sino a través de una reforma constitucional), es obvio que tal nuevo estatuto únicamente podría aprobarse y someterse a referéndum una vez que hubiera entrado en vigor la previa reforma constitucional.³¹

Es cierto que podrían perfectamente elaborarse ambas reformas en paralelo (con la condición de que también el nuevo estatuto, además de haberse tramitado primero en el parlamento de Cataluña, prosiguiese su tramitación en las Cortes Generales, como ahora sucede y es preferible que sigan siendo así), pero una vez fijado su texto en las Cortes, su aprobación por ellas y su sometimiento a referéndum en Cataluña habrían de esperar a que se hubiera aprobado por las Cortes (y ratificado en referéndum nacional si procediera) la reforma de la Constitución. Sólo después de que la reforma constitucional hubiese entrado en vigor podría ser

³¹ La dualidad de referéndums ya la había auspiciado S. Muñoz Machado, 2014; pp. 230-232, aunque no despeja si ambos serían simultáneos o sucesivos, pues unas veces defiende que primero habría que reformar la Constitución para dar cabida a las nuevas prescripciones del Estatuto que excederían de lo establecido en aquella (p. 230) y otras veces (p. 232) sostiene que «podría simultanearse el referéndum estatutario y el concerniente a la reforma de la Constitución». Como ya he adelantado, la segunda opción me parece jurídicamente imposible.

aprobado el nuevo estatuto y sometido a referéndum autonómico. Eso es lo que el Derecho exige, porque no puede aprobarse una norma cuya validez descansa en otra si esta última aún no existe.

V. CONSIDERACIONES FINALES: DEFENSA DEL ORDENAMIENTO

CONSTITUCIONAL Y PROFUNDIZACIÓN DEL ESTADO AUTONÓMICO

Nuestra Constitución, que pese a algunos defectos no ha perdido el valor que tuvo su significado originario y ha mostrado su capacidad para ordenar nuestro sistema político a lo largo de estos cuarenta años, puede que necesite de alguna reforma (especialmente en materia de organización territorial), pero tal reforma únicamente tendría sentido si sirviera para mejorar la Constitución y no para distorsionarla. Esto es, si ayudase a resolver problemas y no a agudizarlos. Y, sobre todo si, para examinar la pertinencia de la reforma, no se ocultan las dificultades que, hoy, en España, una reforma constitucional puede tener, cuestión sobre la que ya me he extendido más atrás. Por ello, el optimismo de las voluntades reformistas habría que moderarlo con el pesimismo de la razón. Por lo demás, si un día se acometiera la reforma constitucional no debiera olvidarse que muy probablemente estaría destinada al fracaso si, junto con las normas, no cambian las prácticas políticas que, en gran parte, han provocado los problemas institucionales que ahora nos aquejan.

Al aguardo de tiempos mejores, creo que, es preferible dejar, por ahora, la Constitución tal como está y extraer las oportunidades que su texto, bien interpretado y aplicado, facilita para intentar resolver, mediante reformas infraconstitucionales, los defectos que en la organización institucional (incluida la territorial) se han venido detectando en los últimos cuarenta años. Defectos que, en la inmensa mayoría de los casos, insisto, no derivan de la obsolescencia de la Constitución sino de su inadecuada aplicación. Creo que nuestra Constitución sigue siendo válida en líneas generales y si, en algunos aspectos concretos, debiera actualizarse, ese cambio sólo debería llevarse a cabo cuando el coste de hacer la reforma constitucional fuese inferior al que tendría no hacerla.

Ahora, el mejor servicio que los constitucionalistas podemos prestar a nuestra Constitución no reside en la puesta en cuestión de su valor, que lo tiene y mucho, sino en la crítica que debe hacerse de su inobservancia en determinados ámbitos. La Constitución sigue siendo nuestro valladar frente a los enemigos que hoy la acechan, representados por los populismos de toda índole (incluidos los secesionistas) que lo que persiguen no es mejorarla, sino destruirla. Frente a ellos debemos defender la validez de nuestro sistema constitucional, democrático,

social, autonómico y de Derecho que, por fortuna para todos, fuimos capaces de construir en el pasado y mantener en el presente pese a los envites que en los últimos años ha sufrido. Un sistema no perfecto, que ello es pretensión imposible, pero sí útil para ordenar nuestra convivencia, abierto, por supuesto, a sus prudentes reformas cuando sean oportunas y necesarias, pero firme ante quienes pretendan acabar con él. Sencillamente porque es nuestra Constitución la que nos ha permitido, por primera vez en la historia de España, alcanzar unas cotas de libertad y bienestar equivalentes a las de los países más civilizados.

Estoy convencido de que nuestro modelo territorial, el del Estado autonómico, pese a que algunos lo hayan denostado, representa un buen hallazgo en la perspectiva del Derecho comparado. Su singularidad (relativa teniendo en cuenta la diversidad de los «federalismos») le presta determinadas ventajas organizativas y de integración que no debemos desdeñar. Tiene, quizás, defectos de nacimiento y, sobre todo, de desarrollo, pero que pueden salvarse con reformas normativas infraconstitucionales que sirvan para mejorarlo, con fidelidad a la doctrina del Tribunal Constitucional y adaptándolo competencialmente a las consecuencias de nuestra pertenencia a la Unión Europea, dotándolo de mayor seguridad y coherencia, restaurando el equilibrio entre la unidad y la diversidad, potenciando la cooperación y coordinación de las políticas públicas, haciéndolo, en fin, más funcional y, sobre todo, garantizando que las «singularidades» territoriales (perfectamente legítimas) se integren en un sistema institucional que evite privilegios y asegure la igualdad sustancial de derechos de los españoles sea cual sea la parte del territorio en que se encuentren. Y, por supuesto, cuando la coyuntura sea propicia, acudiendo a una reforma constitucional que, sin cambiar radicalmente el modelo, introduzca los cambios que sin tal reforma las leyes no pueden acometer. Si eso significa «federalizar» más nuestro modelo, no tengo inconveniente en suscribirlo, en cuanto que supondría «profundizar» y no abandonar nuestro Estado autonómico. La experiencia nos enseña que, salvo en situaciones de auténtica obsolescencia de lo antiguo (que, por fortuna, no es la nuestra), las «evoluciones» son siempre más fructíferas que las «revoluciones». Por ello, el «adanismo constitucional» nunca me ha parecido una buena receta.

Cabe presumir que un proyecto de reformas como el que acaba de exponerse no va a contar, probablemente, con el aval de los nacionalismos excluyentes, pero tampoco puede aceptarse que ello signifique un veto absoluto para llevarlo a cabo. Entre otras razones porque el Estado no puede permanecer por más tiempo sometido a la inestabilidad derivada de intentar contentar, una y otra vez, a quienes quieren destruirlo. Por lo demás, sería vano pensar que mediante una reforma

constitucional se pudiera solucionar en España el problema del seccionismo territorial, salvo que esa reforma supusiera su triunfo, esto es, viniese a aprobar la secesión, posible, a mi juicio, por el procedimiento del art. 168 CE. Como eso, que es jurídicamente posible, no es políticamente aceptable porque supondría el suicidio de la democracia constitucional española, incluyendo a sus principales instituciones, en primer lugar a la Corona, lo único que frente al independentismo cabe hacer es convivir con él, oponiendo a sus ideas, en la contienda política e intelectual, otras que le sirvan de contraste para intentar vencerle en el campo de la opinión (interna e internacional), pues tan lícito como propugnar la segregación es propugnar que ésta no debiera producirse, y buenas razones hay, desde luego, para ello.

Ahora bien, ese debate exige una condición que han de cumplir todos los que en él participen, derivada, justamente, del carácter jurídicamente lícito de los objetivos que se propugnan: que para defenderlos y lograrlos han de someterse a las reglas de juego de la Constitución. Ni el nacionalismo, ni ninguna otra ideología, ni ningún grupo social, entidad o persona, sea del tipo que sea, puede (debe) actuar vulnerando el Derecho, pues el Estado sucumbe si tolera la inaplicación de la Constitución, las leyes y las sentencias de los tribunales.

En resumidas cuentas, y valga como conclusión moderadamente pesimista, o moderadamente optimista, según se mire: ni las reformas legales ni la reforma constitucional pueden convertir a los independentistas en no independentistas, pero sí debilitarlos, reduciendo el número de los nacionalistas excluyentes, al apartar de ellos, con un proyecto sugestivo, a quienes, sin abandonar el nacionalismo, pero aceptando con lealtad la reglas constitucionales para realizar sus designios, sean capaces de integrarse en un modelo de Estado que equilibre de la mejor manera la pluralidad territorial y la unidad del conjunto. Es cierto que, de ese modo, el nacionalismo no desaparecerá, pero se podrá «conllevar».³²

Entendido así, el nacionalismo no debe ser un obstáculo, sino un acicate para acometer la reforma que nuestro Estado autonómico necesita, no sólo para

³² Como puede apreciarse, estoy más de acuerdo con la posición de Ortega y Gasset que con la de Azaña, expresadas ambas hace ya sesenta y seis años, pero que siguen siendo actuales. Me remito a mi trabajo, M. Aragón Reyes, 2018; pp. 85-98. Me estoy refiriendo, obviamente, a los nacionalismos territoriales, no al llamado «nacionalismo español», que (a diferencia de otros momentos del pasado) no es hoy, en modo alguno, un nacionalismo excluyente, sino un sentimiento más nacional que nacionalista, un nacionalismo coherentemente constitucional, respetuoso, por ello, de la pluralidad territorial sin ruptura de la unidad. En tal sentido no me parece intelectualmente válido contraponer, en la actualidad, como si fuesen idénticos, el llamado nacionalismo español (que es incluyente) y los nacionalismos particularistas (que son excluyentes).

mejorar su funcionamiento, sino también para dotar de mayor relevancia a la singularidad cultural y política de algunas de las Comunidades que lo integran. En tal sentido, pese a los serias dificultades actuales (pérdida de peso de los dos grandes partidos que sustentaron el surgimiento y desarrollo de la Constitución, fraccionamiento partidista en el interior de la derecha y de la izquierda, actos de segregación territorial que necesariamente deben ser combatidos con todas las armas, jurídicas y políticas, que la Constitución establece) no hay que perder la esperanza de que nuestro Estado constitucional, democrático, de Derecho y autonómico se mantenga a través de una reforma que sirva para reforzar su integración, y no para acentuar su disgregación. Esperanza que no es infundada, pues tiene una sólida base en los designios comunes de la gran mayoría de la sociedad española. Sólo falta que los políticos actúen, por fin, de acuerdo con lo que esa sociedad les demanda.

Esa esperanza en que es posible una reforma, que reconociendo singularidades territoriales sin merma de la imprescindible cohesión del conjunto nacional, pueda conseguir una mejor integración de España la ha expresado recientemente José Tudela³³ y con sus palabras quiero concluir este trabajo: «El reconocimiento constitucional de la singularidad sólo puede hacerse desde la reivindicación simultánea del valor de un todo, la unidad, no sólo por una lectura esencialista, sino como condición primitiva de la construcción de cualquier espacio político moderno. El hoy exige sumar. Sumar en el equilibrio y en el respeto de la diversidad. Como ayer, en este punto no hay cambios, la suma de lo diverso enriquece el todo. No es sencillo. Lo más atractivo y enriquecedor no suele serlo. Pero no solo es posible. Es, sobre todo, un magnífico reto colectivo suficiente por sí mismo para despertar viajes ilusiones colectivas».

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, M. (1986). ¿Estado jurisdiccional autonómico? *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 16.

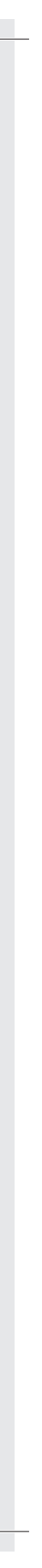
ARAGÓN REYES, M. (1995). El Estado autonómico: ¿modelo indefinido o modelo inacabado? *Autonomies (Revista catalana de Derecho Público)*, n.º 30.

ARAGÓN REYES, M. (2006). La construcción del Estado autonómico. *Revista General de Derecho Constitucional (Iustel)*, n.º 1.

ARAGÓN REYES, M. (2014). Problemas del Estado autonómico. *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 31.

³³ J. Tudela Aranda, 2016; p. 324.

- ARAGÓN REYES, M. (2018). Cuarenta años de Constitución. En M.^a I. Álvarez Véllez, C. Vidal Prado (Coord.). *La Constitución española 1978-2018*. Madrid: Francis y Taylor.
- ARAGÓN REYES, M. (2018). Pasado y presente en el debate sobre la organización territorial del Estado. *Revista de Libros*, n.º 194.
- BLANCO VALDÉS, R. (2005). *Nacionalidades históricas y regiones sin historia*. Madrid: Alianza Editorial.
- BLANCO VALDÉS, R. (2012). *Los rostros del federalismo*. Madrid: Alianza Editorial.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2005). *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*. Madrid: Iustel.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1981). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2012). *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*. Barcelona: Editorial Crítica.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2014). *Cataluña y las demás Españas*. Barcelona: Editorial Crítica.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (1998). *Las bases constitucionales del Estado autonómico*. Madrid: McGraw-Hill.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (Ed.) (2014). *La reforma federal. España y sus siete espejos*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- TUDELA ARANDA, J. (2016). *El fracasado éxito del Estado autonómico. Una historia Española*. Madrid: Marcial Pons.

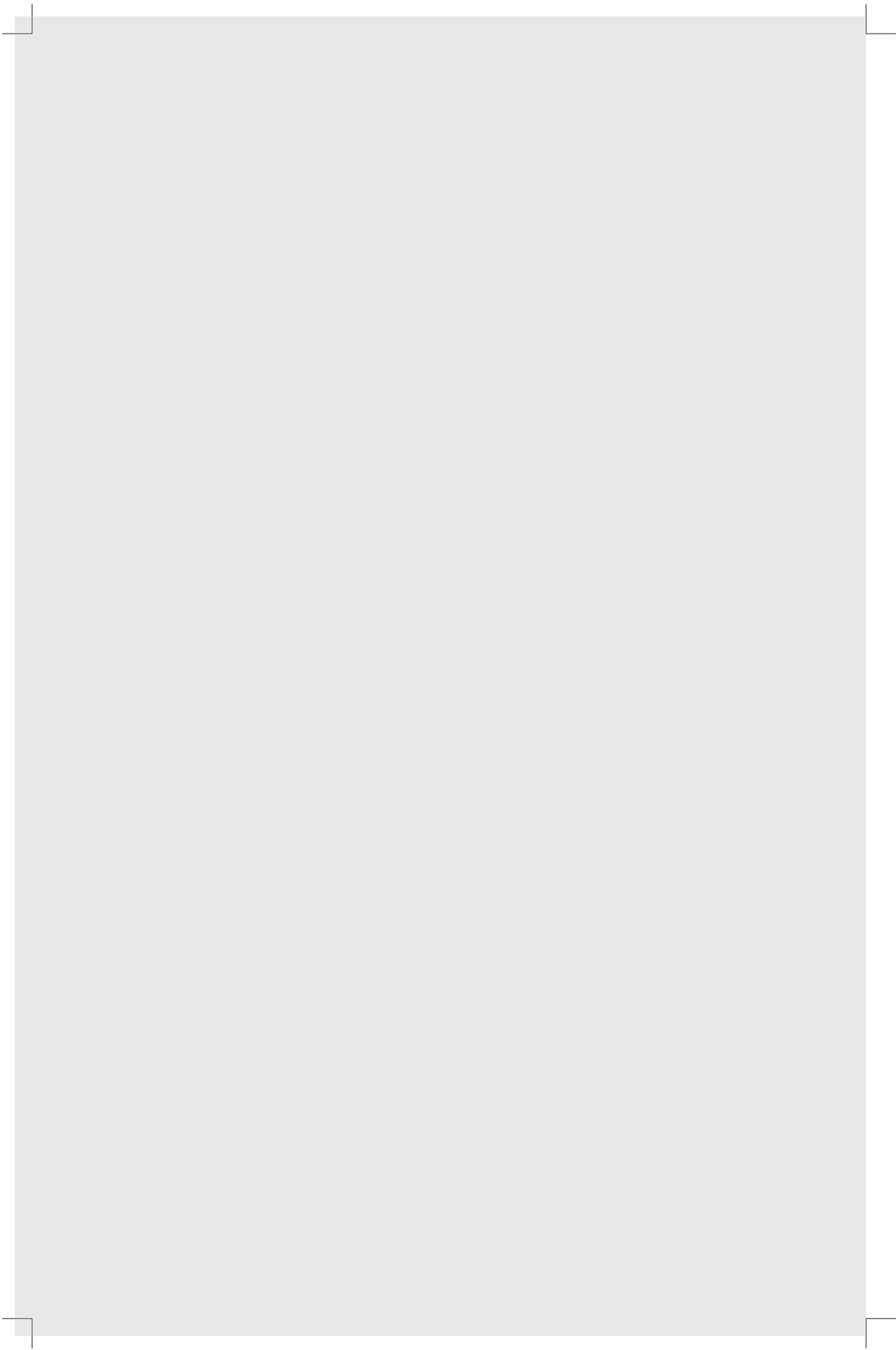


EL ARREGLO CONSTITUCIONAL DEL QUE NO SE HABLA

Francisco Caamaño

SUMARIO

- I. Una ensoñación introductoria. Silencios e indefiniciones constitucionales.
- II. Federalistas sin federación.
 1. Generaliza que algo queda.
 2. Blanco o negro, lo importante es que cace ratones.
 3. El patriotismo constitucional y otros sucedáneos.
- III. Lo que no tiene y necesita la Constitución de 1978.
 1. Federalistas y confederales.
- IV. ¿Cómo reconocer la igualdad de los distintos?



I. UNA ENSOÑACIÓN INTRODUCTORIA.

SILENCIOS E INDEFINICIONES CONSTITUCIONALES

Supongamos que el art. 168 CE no existe o que ha sido modificado. Supongamos, asimismo, que concurre una circunstancia a día de hoy difícil de imaginar: que representantes de fuerzas políticas distintas acuerdan abrir, con voluntad cierta, un diálogo acerca de la Constitución española de 1978 y su reforma. Es mucho suponer, pero sólo en un horizonte como el descrito pueden cobrar cierta utilidad algunas de las reflexiones contenidas en este trabajo.

En él, me propongo exponer los argumentos por los que, a mi juicio, España debe dotarse de una constitución federal y rebatir la posición de quienes, para negar la conveniencia de ese cambio, sostienen que, de facto, ya la tiene, sin que, por tanto, se requiera modificar los límites que, en su precisa imprecisión, configuran el llamado estado de las autonomías, cuya imagen maestra y acabado terminal tendría cobijo en algunos de los fundamentos/recordatorio de la STC 31/2010 (Estatuto de Cataluña).

Toda constitución aspira a ser la ordenación jurídica de un proyecto político de convivencia. En los procesos constituyentes tan importante es lo que se expresa por escrito como aquello que se silencia: lo que se incluye, como lo que se excluye. Una y otras decisiones son condición para alcanzar el acuerdo final. Con el permiso de L. Wittgenstein (1921), podríamos decir que la constitución también es una forma de delimitación entre lo decible y lo indecible.

La clásica distinción de J. Bryce (1905), entre constituciones escritas y no escritas peca de ingenua. En toda constitución hay ausencias deliberadas y acuerdos tácitos que impresos no sobrevivirían un solo día. La «libertad negativa», los pactos de silencio desempeñan un papel destacado en la formación de consensos básicos. Cuando la necesidad de constitución, es decir, el interés por articular

un nuevo marco de convivencia democrática, es el objetivo común y prioritario de todos los actores, el abandono deliberado y sutil de un particular asunto es una forma inteligente de superar los desencuentros. Se acuerda no acordar y, ese silencio que se convierte en aplazamiento y ausencia provocada de pronunciamiento expreso («*constitucional abeyances*», M. Foley, 1989), también es parte de la decisión constituyente. S. Holmes (1988), que ha estudiado este efecto en relación con la constitución de los Estados Unidos de América, alcanza la siguiente conclusión: «Absteniéndose de hablar sobre una cuestión sensible podemos conseguir formas de cooperación y asociación que de otro modo serían inalcanzables (...) La libertad negativa “privatiza” ciertas cuestiones, suprimiéndolas de la lista de los problemas que deben resolverse políticamente».

A nadie se le oculta que cuando el proceso constituyente comprende comunidades de base territorial con una población que participa mayoritariamente de una identidad colectiva propia y diferenciada, una de esas cuestiones (acaso, la cuestión por excelencia) es la relativa a cómo articular la igualdad común, presupuesto de todo estado, gestionando la diferencia (*e pluribus unum*).

Es cierto que el proceso histórico de construcción del estado democrático y de derecho ha allanado en muchos casos esa complejidad inicial. En términos evolutivos es una falacia sostener que la nación precede al estado. Más bien ha sido el largo proceso de construcción del estado (la delimitación de fronteras, la formación de un ejército, la ordenación del territorio, la creación de una hacienda pública, la unificación de mercados y la supresión de barreras arancelarias internas, el establecimiento de una moneda...) y la progresiva incorporación de símbolos (el himno, la bandera, los mitos...) y tareas al espacio público (la educación, en tanto que formación en valores compartidos, el reconocimiento de derechos de ciudadanía, la existencia de una representación política común...) los que han generado un sentimiento de adhesión al proyecto compartido. La nación se forja en la medida en que lo hace el estado «como refuerzo comunitario de la ciudadanía individual, legitimador del esfuerzo jurídico, fiscal y bélico exigido a las poblaciones (...) De este modo, el proceso de articulación del Estado liberal se dobla con el proceso de construcción nacional: no es la Nación la que segrega un Estado propio, sino el Estado el que conforma su Nación» (R. Máiz, 2016).

Ahora bien, en ese lento y dispar proceso hubo estados con una capacidad nacionalizadora mayor que la de otros, bien por la eficacia transformadora de sus políticas públicas (Francia sería el principal ejemplo), bien porque habilitaron fórmulas constitucionales que, acomodando en origen la diferencia, habilitaron sinergias en favor del proyecto común, como es el caso de las grandes federacio-

nes territoriales (EEUU, Brasil, Argentina, Australia...). Junto a ellos, hubo otros, muchos menos, en los que ese proceso de conformación fue, por distintas causas, débil e incompleto (Reino Unido, Bélgica, Canadá, España), hasta el punto de que, con el paso del tiempo, la condición democrática de tales estados se ha hecho depender del obligado reconocimiento interno de una pluralidad indentitaria territorialmente asentada.¹

Esa vinculación democracia/reconocimiento, que implica una aceptación condicionada de lo común y, en consecuencia, un delicado sistema de lealtades políticas superpuestas, conduce a escenarios institucionales muy inestables, pues el apuntado proceso de reducción de la complejidad no llegó a producirse y, en su lugar, aparece un estado-nación, que lo es en su dimensión externa, pero que, en su interior, ha asumido que la cuestión nacional ya nunca será homogéneamente resuelta. En tales casos, la elección de los arreglos constitucionales necesarios para articular esa compleja coexistencia de sentimientos nacionales dentro de un mismo estado, se convierte en un campo de experimentación permanente que aconseja soluciones flexibles y jurídicamente abiertas.

En dos trabajos de principios de siglo, J. Erk (2000) y A. Gagnon (2001), han examinado, desde la óptica de la ciencia política comparada, los pactos constitucionales implícitos (*convention of non-exposure*) subrayando la importancia de su utilización en Canadá, España y Bélgica. En su opinión, en aquellos estados en los que conviven identidades nacionales diversas, la obsesiva codificación constitucional de las relaciones políticas entre los distintos niveles de gobierno es un serio factor de riesgo, mientras que, por el contrario, las ausencias constitucionales son un elemento que trabaja en favor del buen funcionamiento del estado, siempre que la confianza entre las partes esté asegurada (lealtad federal).

Coincido con la anterior afirmación, pero quisiera introducir una matización en su análisis y, después, profundizar en el presupuesto (lealtad) que la sustenta. Los silencios constitucionales no producen las mismas consecuencias que las imprecisiones o las ambigüedades. Para romper el silencio se requiere de nuevos consensos que reediten el pacto fundacional (reforma de la constitución o costumbres constitucionales asentadas capaces de cubrir apromáticamente la

¹ España es fiel reflejo de esa afirmación. En los dos únicos períodos democráticos de su historia la llegada de la democracia vino acompañada del necesario acomodo de los sentimientos nacionales internos. Así ocurrió con la Constitución de 1931, precedida por el Pacto de San Sebastián entre republicanos y nacionalistas vascos, catalanes y gallegos; y así aconteció en los prolegómenos de la Constitución de 1978 en la que los ciudadanos se unieron bajo un mismo y significativo lema: «libertad, amnistía y estatuto de autonomía».

laguna normativa). Para concretar lo indefinido o precisar lo ambiguo basta, sin embargo, con la voluntad de la mayoría. Los silencios reclaman la intervención del poder constituyente, las ambigüedades las resuelven los poderes constituidos. En conclusión: las constituciones con «ausencias» reclaman procedimientos razonablemente accesibles de reforma constitucional (ni cláusulas de intangibilidad, ni fórmulas especialmente agravadas). No es caso de la nuestra.

Las ventajas de una constitución abierta, flexible, tolerante con la modulación permanente de los distintos niveles de gobierno sólo son ciertas si, al tiempo, esa constitución es absolutamente intolerante con su opuesto estructural: la secesión. Es posible un estado democrático con asimetría nacional. Pero una constitución que reconozca el derecho a la secesión de una parte de su territorio difícilmente será la constitución de «un» estado. La garantía constitucional de lealtad al proyecto común es una condición ontológica, un requisito sine qua non que, en ningún caso, debe ser silenciado. Los encuentros y los desencuentros siempre han de ser negociados y pactados. Por tanto, podrá acordarse la decisión o podrán pactarse los procedimientos para decidir, pero quien quebranta esa lealtad esencial, se sitúa fuera del marco democráticamente habilitado. El dilema acerca de qué es primero la democracia o ley, es un ejercicio poco convincente de ilusionismo político. El voto sólo se traduce en voluntad democrática si su manifestación se sujeta a reglas jurídicas (delimitación del cuerpo electoral, condiciones de validez del voto, determinación de procedimientos y de autoridades control...). Se pueden poner urnas, pero, sin reglas, nunca habrá una votación democrática.

Del mismo modo, resulta del todo inconsistente trasladar al derecho constitucional, la antropocéntrica afirmación de que la identidad es de las personas y no de los territorios. Además de privar de sentido al estado y de vaciar de un plumazo el principal contenido de la geografía social, tan socorrida como falaz aseveración (habitualmente utilizada por nacionalistas que niegan a otros nacionalistas), desconoce —como ya he escrito en otro lugar— que la política tiene una intrínseca dimensión territorial, pues su pretensión es administrar el poder público y éste es, sobre todo, «un esfuerzo permanente de delimitación, de apropiación y configuración de un espacio en el que construir identidad» (F. Caamaño, 2018).² En las conocidas palabras de Sewell (2006), la nación moderna es «la producción de un territorio homogéneo y vacío».

² Con mayor rotundidad, C. Schmitt, 1952; p. 74 afirmaba que «todo ordenamiento fundamental es un ordenamiento espacial».

Por tanto, ni lo uno, ni lo otro. En ambos casos se acude a una retórica efectista para negar, desde perspectivas opuestas, la realidad de un mismo problema: cómo articular y gestionar lo que C. Geertz (1973), denominó los «apegos primordiales» que, a menudo, comportan una incompatibilidad entre comunidad y ciudadanía. En las sociedades divididas caben tres alternativas básicas: la secesión, con el drama humano que ello implica; la imposición de un grupo sobre los demás, lo que resulta profundamente antiliberal; y, por último, neutralizar constitucionalmente el problema acomodándolo dentro de los límites de un solo estado, para lo que resulta imprescindible «una política civil de compromiso primordial», un pacto social de reconocimiento mutuo e instituciones políticas capaces de estabilizarlo y hacerlo perdurable en el tiempo.

Como ha escrito A. Lijphart (1977), «en un sistema político que tenga segmentos de población claramente separados y potencialmente hostiles, se considera que casi todas las decisiones entrañan altos intereses y que el régimen mayoritario estricto causa una tensión a la unidad y a la paz del sistema», por lo que, «para asegurar su propia autoridad en otras cuestiones, la mayoría nacional debe amordazarse a sí misma, ante la incertidumbre que pudiera provocar la animosidad sectaria». En eso consiste el federalismo como cultura política: en un ejercicio democrático de autocontención, especialmente indicado, cuando por razones históricas, un estado necesita organizar constitucionalmente asimetrías nacionales internas con el fin de disminuir tensiones y consolidar la convivencia asegurando su continuidad.³

Ahora bien, para exigir contención a la mayoría, las minorías deben renunciar a la unilateralidad. Superar la división es, ciertamente, un fuerte incentivo para constituir una estructura democrática común, por eso, como ha escrito D. Rustow (1970) «el acuerdo constitucional original debe ser una operación de autosalvamento». No es posible imponer autocráticamente la Constitución. Ni por la mayoría, porque la seguridad de las minorías es un factor de beneficio común, al disipar temores y desencuentros; ni por las minorías poniendo límites a su compromiso colaborativo mediante cláusulas preventivas

³ En su citado trabajo sobre los Estados Unidos de América, S. Holmes, 1988, sostiene que «Solo una Constitución que impuso estrictas limitaciones al poder de la mayoría pudo favorecer la seguridad de la minoría, induciendo así a que una minoría sureña aceptara las decisiones de una mayoría nortea. Paradójicamente el federalismo fue la cláusula estructural más esencial para obtener la cooperación nacional ante las divisiones primordiales, op. supra cit. p. 162. El federalismo moderno —escribe J. Woerhling (1999) «consiste en instrumentalizar los límites formales a la voluntad de la mayoría nacional en tanto que único fundamento legítimo para legislar».

que reconozcan la secesión, ya que ello comportaría la constitucionalización de la desconfianza.⁴

Aclarado mi punto de partida, cumple recordar que el constituyente español de 1978 acometió el diseño territorial de la España democrática mediante un encadenamiento de ausencias y ambigüedades.⁵ Las lógicas incapacidades de encuentro habidas en el momento constituyente, lejos de vertebrarse sobre pactos de silencio, se canalizaron mediante procedimientos y cláusulas constitucionales de contenido incierto (acceso a la autonomía, diferencia, entre nacionalidades y regiones, principio dispositivo...), combinadas con reconocimientos específicos (los llamados hechos diferenciales) que, en términos políticos, eran las compensaciones necesarias para que la constitución contase con un apoyo amplio y plural. Se trataba de cerrar el presente aplazando la determinación de tan ambiguos contenidos, que serían transitados en el futuro sin necesidad de renovar el consenso constitucional, lo que suponía que las «ausencias» siempre serían «ambigüedades» y nunca silencios. Esto hizo que se encomendase a las mayorías políticas de cada momento la tarea aplazada por el constituyente, convirtiéndose en «constructoras preferentes» de la constitución territorial o, si se prefiere, en poderes constituidos funcionalmente constituyentes.

A menudo se sostiene que, jurídicamente, el estado autonómico es, en último término, una creación de la jurisprudencia constitucional. No puede desconocerse, sin embargo, que el Tribunal Constitucional resuelve conflictos jurídicos preexistentes y que, por tanto, su papel de interprete último no descarta su condición de intérprete secundario. Es la opción inicial del legislador y, por tanto, el compendio de sus preferencias interpretativas, la que orienta y enmarca la resolución judicial del ulterior conflicto. El legislador pudo haber sacado partido a la diferencia constitucional entre nacionalidades y regiones, pero no lo hizo. Pudo interpretar la expresión «bases» del art. 149.1 CE asemejándola a la que figura en el art. 82 CE, pero, en su lugar, hizo otra cosa. Y, como esas, podríamos enumerar otras muchas decisiones relevantes. De todas sus opciones los legisladores (estatal y autonómicos) eligieron aquellas que estimaron más convenientes a sus respectivos intereses y, ciertamente, no pocas fueron objeto de controversia jurídica ante el Tribunal Constitucional.

⁴ En similar sentido, vid. C. Sunstein, 2001. Una interesante argumentación en contra pueda verse en B. Aláez Corral (2015).

⁵ En ese sentido y por referencia a la Constitución de 1978, es ya clásica la afortunada expresión de P. Cruz Villalón (1981): «desconstitucionalización de la forma de estado». En relación con Canadá también puede verse el estudio de D. Guènette (2015), en el que se insiste sobre la idea de constitución inacabada.

Ahora bien, el planteamiento de tales conflictos, el inicial posicionamiento de las partes y las reglas procesales que resultaban de aplicación limitaban la capacidad resolutoria de un Tribunal cuya creatividad jurídica venía predeterminada, además, por las connotaciones del caso. El Tribunal Constitucional no creó el estado de las autonomías. Se limitó a recrearlo a través de sus conflictos.

Fueron las mayorías de gobierno (entendidas en sentido amplio y, por tanto, con inclusión de los llamados Pactos autonómicos) las que fueron interpretando las ausencias e indefiniciones constitucionales a su imagen y semejanza (LOAPA), bajo la atenta mirada de un primer Tribunal Constitucional preocupado por conservar el espíritu del 78 pero que, con el tiempo y una vez generalizado el modelo autonómico, fue languideciendo en la firmeza inicial de su tarea: frenar la natural tendencia hacia la homogeneidad.⁶

Con sus muchas aritmias, al final del camino, España habría experimentado un profundo proceso de descentralización política que, entre nosotros, E. Aja (2003) ha descrito con detalle. Ahora bien, descentralización política y federalismo no son lo mismo, aunque algunos se empeñen en sostener lo contrario.⁷ Lo primero es un proceso de distribución del poder político sobre el territorio; lo segundo, es una cultura de la convivencia política simbólicamente forjada en torno a un pacto fundacional (*foedus*) de lealtades recíprocas (M. Burgess, 2006) suscrito por quienes, considerándose distintos, y representando mayorías diversas, deciden confluír en libertad y articular un sistema descentralizado de ordenación territorial del poder para convivir como ciudadanos de un mismo estado.

Ahora bien, ¿puede silenciarse ese pacto esencial? ¿Puede el constituyente decir no decidir, aplazando su decisión sobre la organización territorial del poder?

II. FEDERALISTAS SIN FEDERACIÓN

A diferencia de lo que acontece en otras latitudes, proliferan en España intelectuales que se dicen federalistas y que al tiempo niegan la necesidad de que exista una federación. No se asombren. Es una de las muchas peculiaridades patrias surgidas en torno a este tema, como en su día lo fue el denominado «federalismo

⁶ La nueva doctrina del Tribunal sobre la aplicación de la cláusula de prevalencia es muestra puntual de ello. Vid, las SSTC 102 y 204 del año 2016.

⁷ En palabras de A. López Basaguren (2016): El problema fundamental del sistema autonómico no reside en su carácter abierto y a la carta, sino en la intención que subyace a su regulación: el rechazo al modelo federal y las consecuencias vinculadas a ese rechazo».

orgánico»⁸ —padre del actual autonomismo— o, en la década de los noventa del pasado siglo, «el federalismo asimétrico»⁹ (un concepto puramente residual que, por entonces, se convirtió en el centro de todas las atenciones). Fenómeno en absoluto causal y merecedor, por si solo, de un análisis independiente.

En abierto contraste con la intelectualidad dominante en las constituyentes de 1931, que expresamente negaba la condición federal del llamado estado integral —Azaña, Jiménez de Asúa, Santos Román y Ortega y Gasset, entre otros— vid. D. Guerra Sesma (2016)—, sostienen estos autores que la España nacida tras la Constitución de 1978 es, por la vía de los hechos, un estado federal, aunque los españoles no lo sepan. A partir de esa premisa, que más abajo detallo, consideran que carece de sentido reformar la Constitución con el propósito de pretender alcanzar lo que, en cierto modo, ya se ha conseguido y que, por tanto, el discurso federal no deja de ser un ejercicio de formalismo político tan retórico como inútil, que nada soluciona y todo lo complica.

En su opinión, para solventar las disfunciones federales del modelo territorial de 1978, bastaría con modificar el Senado, clarificar algunos títulos competenciales y crear —que no falten—, órganos y mecanismos de cooperación institucional entre los poderes centrales del Estado y las CCAA, sin que les importen los muchos problemas jurídicos y políticos que estos entrañan allí donde existen de forma imperativa, o que donde no hay voluntad política de cooperar, de nada sirve formalizar canales para el entendimiento.

En todo caso, con estos arreglos constitucionales básicos, que abundarían en la inacabada dimensión federal de la España de las autonomías, sería más que suficiente para convertir la España autonómica en una España federal. Obviamente, esa reforma solo deberá emprenderse cuando exista una mayoría de españoles capaz de imponerse a las pretensiones nacionalistas (quienes la promueven nunca se consideran tales),¹⁰ pues no se trata tanto de disponer límites para la mayoría, cuanto de sujetar definitivamente a las minorías («cerrar» el estado autonómico).

⁸ Promovido en su dimensión jurídica por Giner de los Ríos sobre los postulados del organicismo liberal krausista y defendido entre otros por Salmerón y Chao, entre otros. Sobre este federalismo no pactista, vid. G. Trujillo (1967) y, más recientemente, J. Cagiao y Conde (2014).

⁹ Este concepto, como es conocido, es utilizado por primera vez en un artículo publicado por C. D. Tarlton, 1965 en relación con un análisis comparativo que nada tiene que ver con las asimetrías constitucionales del estado de las autonomías.

¹⁰ Para ellos, como diría M. Billing (1999) «los nacionalistas siempre son otros». Probablemente, por su crítico e inacabado existir es tan profundo y difícil de destilar entre nosotros el impacto del nacionalismo en los llamados partidos «constitucionalistas» en contraposición a los «independen-

Los argumentos de este extendido parecer son jurídicamente solventes y, de hecho, he de confesar que durante un tiempo yo mismo llegué a barajar esa alternativa (F. Caamaño, 2008). Sin analizar ahora todos y cada uno de ellos, selecciono aquí los tres que estimo más persuasivos e invocados.

1. *Generaliza que algo queda*

El primero podría sintetizarse en la siguiente afirmación: hay tantos federalismos como estados federales. Mediante la conveniente readaptación de tan contundente frase se quiere hacer saber que todo proceso de descentralización política y no meramente administrativa es, en cierto modo, una expresión de federalismo. Esa sería la razón por la que países tan distintos como Alemania, Estados Unidos, Brasil, Austria, Argentina, la India o Australia cuentan con una forma de gobierno federal, de modo que no resulta irrazonable sostener la falta de un prototipo o modelo de organización federal que pueda ser utilizada como canon de referencia. Siendo ello así, el federalismo no sería más que la reunión más o menos coherente de un conjunto variopinto de técnicas institucionales orientadas a organizar la descentralización territorial del poder del estado. Las causas que animan ese proceso son indiferentes al programa jurídico-constitucional: el espíritu de la federación, el corazón que la mueve, es contemplado como un aspecto ajeno o muy secundario. La descentralización política sería un asunto meramente técnico, de reparto del poder mediante equilibrios institucionales y la distribución de competencias entre diversos niveles de gobierno, por lo que deviene innecesario preguntarse acerca de su alma. La consciencia federal sería una cuestión constitucionalmente irrelevante y, por tal razón, es algo de lo que se puede prescindir o presumir y silenciarse. En suma, con la introducción de puntuales mejoras técnicas el estado autonómico sería un estado «cuasifederal», incluso, en algunos ámbitos materiales, con mayores niveles de descentralización política que la reconocida en estados federales. No es necesario que la Constitución incorpore la palabra federal, ni que identifique a los sujetos que se federan. Si el grado de descentralización política de las CCAA es asimilable al de los estados miembros de una federación, España, con independencia del *nomen*, es un estado de tipo federal.¹¹

tistas». En cualquier caso, en unos y otros la variable nacional es un factor muy determinante de sus posicionamientos políticos.

¹¹ En este sentido, señala S. Muñoz Machado (2016) que «A partir de que empezó a aplicarse el Título VIII de la Constitución, han sido continuas las comparaciones, entre el modelo diseñado en nuestra Carta Magna y los federalismos —sobre todo los centroeuropeos— ...El hecho de que también

Me temo, sin embargo, que un estado federal sin alma federal no es un estado cuasifederal, sino un cuasimodo, una deformación entre lo que se dice ser y lo que no se es. El estado de las autonomías es una creación genuinamente española que tomó carta de naturaleza con la constitución de 1931 —y luego se retomó en 1978— con el propósito, en ambos casos, de obviar la solución federal y resolver un doble problema político: por un lado, la incapacidad del nacionalismo mayoritario de reconocer su impotencia histórica a la hora de implantar con éxito un proceso de homogeneización cultural en todo el territorio; y, por otro, la necesidad de habilitar un recurso técnico para lograr una salida democrática mediante la que acomodar las resistentes reivindicaciones de ciertas minorías nacionales. Sin el reconocimiento de esa diversidad no habría una España democrática. Esa es la verdad que atestigua nuestra historia. La Constitución de 1978, como en su día la de 1931, es tan anticentralista como antifederal (F. Caamaño, 2016). España no es, ni se parece a un estado federal, aunque tenga una organización política territorialmente descentralizada. Su espíritu constitucional es otro bien distinto. Y el espíritu importa.

Con la claridad del pensador de fondo, M. Caminal (2002; p. 153) escribió: «El federalismo y el nacionalismo pueden ser compatibles si y solo si el federalismo se somete al nacionalismo. Cuando el nacionalismo se somete al federalismo aquel empieza a desaparecer. Cuando el federalismo se somete al nacionalismo, o a los nacionalismos, se transforma en otra cosa: es una técnica jurídica y política de organización territorial del estado nacional. Se diluye como ideología territorial alternativa al nacionalismo».

Esta última opción, muy presente en España, es la que explica la extraña presencia de federalistas sin federación. Aseverar que hay tantos federalismos como estados federales, expresión sincopada en la que se licúan todas las diferencias, es tan cierto o tan falso como sostener que hay tantas democracias como estados democráticos, o tantas formulaciones del parlamentarismo como estados con parlamento. Siempre se puede profundizar en las diferencias o, por el contrario, resaltar lo parecido y poner en valor lo que es común. Es una simple cuestión de perspectiva metodológica y, como todos sabemos, el método condiciona el objeto investigado.

en esta ocasión histórica (...) se haya evitado la utilización del término «federal» no ha sido óbice para que haya una corriente de opinión muy extendida que considera que el nuestro es, prescindiendo de la práctica de llamarlo de otra manera, un estado federal». El autor, sin embargo, no comparte esa asimilación y señala que «Es equivocada desde todo punto de vista la consideración de la regulación del sistema de autonomías territoriales como un subproducto del federalismo, como un Estado federal debilitado o incompleto».

De hecho, en todos los estados federales anteriormente invocados pueden encontrarse una serie de elementos de definición constitucional que, sin embargo, no aparecen en otros estados políticamente descentralizados, como el Reino Unido o España. Y esos fundamentos constitucionales comunes, que reflejan la impronta federal de tales estados, poco o nada tienen que ver con su modelo de representación política, ni con los instrumentos de cooperación constitucionalmente establecidos ni, tampoco, con el nivel de autogobierno de las entidades de base territorial que los integran. Son otros los elementos que definen el ser federal; precisamente aquellos de los que nunca hablan los federalistas sin federación.

2. *Blanco o negro, lo importante es que cace ratones*

La segunda línea argumental descansa en la realización de comparaciones y coitejos más o menos formalizados y siempre selectivos (*cherry picking*), entre el nivel de descentralización de algunos estados federales y el estado de las autonomías. Con ello pretenden poner de relieve que los resultados de uno y otro modelo de organización territorial son, en esencia, semejantes, entre otras razones porque los estados federales han evolucionado hacia a un progresivo reforzamiento de los poderes de la federación. Por tanto, para determinar el grado de descentralización política de un estado es irrelevante que se haya producido mediante un movimiento político de abajo a arriba (federalismo) o de arriba a abajo (autonomismo).

Sin entrar ahora en la trampa de los análisis de benchmarking institucional, el anterior razonamiento adolece, cuando menos, de dos debilidades. La más notoria consiste en equiparar política y constitucionalmente el proceso de «definir el centro» (de dotar de existencia y fundamento al estado federal) con la de «definir la periferia» (delimitar ámbitos infraestatales de autogobierno). Dos realidades que, como veremos, poco o nada tienen que ver entre sí. De hecho, es imposible, jurídicamente, un federalismo tácito y, sin embargo, (como bien sabemos) puede haber un autonomismo constitucionalmente ausente.

La segunda debilidad consiste en fijar un criterio estático que desprecia los significativos aportes de la experiencia federal, enterrándola bajo la tiranía de los números. A los federalistas sin federación no les interesa la pregunta «¿dónde estábamos y dónde estamos?» Rehusan el razonamiento evolutivo porque, desde su perspectiva, la unidad es un apriori, un conocimiento independiente de la experiencia, como en Kant el tiempo o el espacio. El dios de la constitución inviste al estado de su unidad y ésta modula las condiciones trascendentales de la experiencia. La indivisibilidad westfaliana del estado entendida como imperativo categórico.

Sin embargo, el federalismo es más escéptico, más de Hume, y desconfía del saber que se adentra en la metafísica y desprecia los límites de la experiencia. Por eso, en el pensamiento federal primero es la unión y, después, la unidad. La unidad no es un punto de partida, sino un punto de llegada, un logro, una conquista que requiere de políticas públicas sostenidas en el tiempo y orientadas a su consecución. La federación debe despertarse cada día y acreditar ante la ciudadanía que federarse ha sido una buena idea, y solo cuando lo consigue, se consolida y es capaz de incrementar su radio de acción y de poder. Es la experiencia federal la que moviliza el tránsito de la unión a la unidad y debilita los nacionalismos internos (todos ellos). Se empieza con la unión y es la política federal la que fragua la unidad.

Ahora bien, cuando —como en el estado autonómico— no hay unión (pacto), aunque sea simbólica, y la unidad se concibe como un imperativo, los problemas son otros y las sinergias se mueven en dirección inversa. El centro no necesita trabajar por la unidad porque las partes, sencillamente, no existen. A cambio, el programa constitucional de descentralización favorece reivindicaciones territoriales y la aparición de nuevos particularismos políticos (pensemos en canarias, la comunidad valenciana, navarra...) que se robustecen cuando alcanzan las instituciones autonómicas de gobierno. El estado parece caminar hacia la disociación, sometiendo a un permanente *stress test* sus límites constitucionales y, políticamente, se produce una enfermiza dinámica centro/periferia, pues, mientras en el estado federal, todo avanza, por lento o pequeño que sea el paso, con sus éxitos y sus fracasos, hacia la unidad, en el estado autonómico todo parece moverse en sentido opuesto y, finalmente, cuando el juego político roza la frontera de lo que se presumía imposible de tocar (la integridad territorial), la unidad entra en crisis y comienza a ser cuestionada.

Responder a la pregunta antes formulada es primordial para entender el federalismo y sus reglas más esenciales. El federalismo no es un apriori; es una empresa, un propósito constante. Si miramos a las principales democracias federales, donde había unión, hoy hay unidad. Si miramos al estado autonómico cuarenta años después ¿qué vemos?

3. *El patriotismo constitucional y otros sucedáneos*

Los federalistas sin federación desatienden los componentes ideológicos del federalismo. Solo les interesa su tecnología institucional y no alcanzar a comprender que la variable federal es un vector que modula la concepción liberal y sus formas de expresión, sujetándolas a nuevas reglas de entendimiento. Así, entre la igualdad liberal (que toma por referente a cada individuo) y la igualdad federal (que toma

por referente las diferencias entre comunidades) existen múltiples escenarios de divergencia que lejos de sacrificarse han de hacerse razonablemente compatibles. Pero no es este el lugar para profundizar en tan apasionante asunto. Ahora tan solo me interesa subrayar que esa elusión del federalismo como ideología territorial les lleva a buscar otras alternativas con las que cubrir el vacío y no parecer defensores de un nacionalismo de estado.

En el título de este apartado menciono la difundida por J. Habermas (1989) y formulada D. Sternberger en 1979, pero existen otras definiciones (patriotismo cívico, democracia cosmopolita, laicismo nacional...) que participan de similar propósito: superar la impronta cultural de la idea de nación y dotar al estado de una base de adhesión ciudadana más neutra, en la se disuelvan los apegos primordiales. Detrás de todas estas opciones figura el propósito de cambiar hectáreas por identidades individuales y situar fuera de la ordenación colectiva del poder los sentimientos culturales de pertenencia. La condición de nacional iría por dentro, pertenecería al mundo de lo privado y en él deben pervivir sus manifestaciones colectivas, mientras que, hacia afuera, en el espacio compartido de lo público, solo habría ciudadanos que viven en democracia, participan de sus valores y-con independencia de su sentir nacional— se identifican con ella. Si la «privatización» de la religión puso fin a las guerras que durante tantos años asolaron Europa, el laicismo nacional podría servir también para ordenar la convivencia en estados plurinacionales. Una federación neutra (W. Kymlicka, 1989) y «ciega a la diferencia» (B. Barry, 2002) sin duda ayudaría a relajar las tensiones de convivencia.

Pero no nos llamemos a engaño: el patriotismo cívico no es más que la cara amable del nacionalismo mayoritario. Si algo nos ha enseñado la separación de la iglesia y el estado es que la primera ha renunciado al territorio para poder seguir informando las conciencias. Y solo porque la iglesia se quedó sin territorio el estado pudo renunciar a tener religión. El poder del estado es, en palabras de C. Schmitt, «derecho de tierra» y para gobernarla se requieren lealtades y sentimientos de pertenencia. Toda patria es una nación, por eso la UE sigue siendo una «idea».¹²

Ninguna cultura es neutral, aunque pueda aprender a convivir con otras. Ningún gobierno puede actuar al margen de la cultura de los ciudadanos que lo votan. Y, además, por debajo de todas las críticas, no falta razón a Greenfield (1992), cuando advierte que el surgir de la nación introdujo las ideas de igualdad entre individuos y de participación en el gobierno, de suerte que «la democracia surgió

¹² Por referencia a la obra de G. Steiner (2005).

históricamente con el sentido de la nacionalidad» y ambos conceptos «están inherentemente unidos y ninguno puede ser plenamente comprendido sin esa conexión».

El federalismo, a diferencia del patriotismo constitucional, no huye de la nación, ni se despreocupa del aglutinante que permite hacer pueblo. El federalismo «no abandona en manos de los nacionalismos (...) el monopolio del escenario mismo en el que, en buena medida, se libra la lucha cotidiana por la dirección intelectual, moral y política de un país» (R. Máiz, 2008). Antes bien, el federalismo, como contención del nacionalismo mayoritario, permite construir un «concepto no nacionalista de nación» (R. Máiz, 2008), un concepto, inclusivo, de fundamento político-cultural y profundamente republicano.

III. LO QUE NO TIENE Y NECESITA LA CONSTITUCIÓN DE 1978

El pacto federal ha de ser constitucional y explícito. No hay estado federal sin constitución escrita en la que expresamente figure un pacto democrático de ciudadanos y territorios. La constitución federal, como cualquier otra, puede tener ausencias, pero entre ellas no puede figurar la del pacto constitutivo de la federación. Si nadie se une y nadie asume de manera clara e inequívoca el compromiso de lealtad inquebrantable a la unión, el resultado será la constitución de un estado, que acaso sea descentralizado y hasta puede que incorpore la palabra federal, pero no la constitución de un estado federal.

Cuando se lee el artículo 7 de la Constitución de los Estados Unidos de América (1787), el artículo 2 de la Constitución Federal Austríaca (1920), el Preámbulo de la Ley fundamental de Bonn (1949), los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución del Reino de Bélgica tras la reforma del 14 de julio de 1993, el preámbulo y los artículos 3 y 5, entre otros, del compendio de las Leyes constitucionales canadienses (desde 1867 a la última gran reforma de 1982), el art. 1 de la Constitución de la India (1949), el Preámbulo de la Constitución de la República de Argentina (1853, texto actual de 1994) o, por no alargar el listado, el art. 1 de la Constitución de la República Federativa de Brasil (1988), se comprueba que el pacto federal, la unión sobre la que se fundamenta el estado, aparece expresamente recogido en todas ellas. Son federalismos muy distintos, pero en eso todos ellos son iguales: la pluralidad se hace unidad en el momento constituyente y, a partir de ese instante, la lealtad territorial y la democracia convergen de manera indisoluble. Por eso el federalismo es una forma de entender la democracia (F. Caamaño, 2014).

Sin esta premisa política y jurídica, en tanto que elemento indisponible de la ordenación del estado, resulta tan agotador como estéril tomar el metro y po-

nerse a medir niveles de autogobierno o articular instituciones que permitan la participación de los territorios en las decisiones federales. Eso siempre se puede discutir después. Pero sin la fuerza fundacional del mito, los previos particularismos territoriales impedirán fraguar una nación federal inclusiva que de sentido al nuevo estado.

Plasmar documentalmente un pacto federal, aunque ocupe unas pocas líneas sobre el papel, puede suponer un duro salto en el vacío para los actores políticos, cuya incertidumbre oscila en función de la coyuntura, pero, sobre todo, de la cultura preformativa de cada sociedad.

En España, el vértigo ha sido tal, que, en democracia, por dos veces hemos preferido inventar un modelo constitucional para la descentralización del estado que constituir un estado federal. Debemos, en consecuencia, preguntarnos qué ha cambiado, en términos constitucionales, tras cuarenta años de estado autonómico, para que la idea de una España federal puede parecernos más próxima y, sobre todo, poner sobre la mesa del jurista algunas soluciones que puedan facilitar el acuerdo y el tránsito. Para ello es imprescindible desmontar, con carácter previo, alguna afirmación que desde antiguo subsisten en este debate, tan dado, al regate en corto y al titular fácil.

1. *Federalistas y confederales*

La línea Maginot del nacionalismo mayoritario puede trazarse sobre la idea de que España, como estado, siempre se ha constituido políticamente como un todo, incluso cuando se conservaban los últimos territorios de ultramar. No hay estados previos al estado español o, por mejor decir, esta ha sido la primera y única forma de estado que han tenido los «pueblos» que habitan su territorio. Por tanto, si antes de España como estado, no han existido otros estados, la federación deviene imposible.

Este fue, desnudo de adornos, el argumento utilizado por lo más granado de la intelectualidad de la II República para rechazar la vía federal y, a día de hoy, sigue siendo el principal soporte de quienes se oponen (se digan federalistas o no) a una España federal. También es el recurso más utilizado por los federalistas sin federación, para sostener que, quienes defienden la necesidad de incorporar y formalizar en la constitución española, como en las constituciones federales anteriormente citadas, un pacto federal originario, son, en puridad, lobos confederales con piel de cordero.

No parece necesario recordar a los clásicos para admitir que el llamado federalismo asociativo no es una forma de confederación. Que ni Australia, ni Canadá,

ni Austria, ni los Estados Unidos de América ni siquiera Suiza, son confederaciones y que, sin embargo, en la Constitución de todos esos países figura su respectivo pacto federal originario.

Ciertamente, el habitual federalismo de base asociativa no descarta algún puntual supuesto de federalismo de reestructuración (como Bélgica), nacido de la transformación de un estado unitario previo.¹³ Pero tanto en la fórmula general como en la excepción, las constituciones que crean jurídicamente el nuevo estado contemplan expresamente un pacto federal.

Insisto. Sea por asociación o por reestructuración, en las constituciones federales figura siempre, un pacto federativo, esto es, la formalización de una unión leal e indisoluble, por eso las constituciones federales siempre han de ser escritas y, como también veremos, rígidas. Su densidad normativa será mayor o menor, pero en todas ellas debe figurar ese componente constitutivo.

Por lo demás que el origen federal de un estado sea asociativo, escenario históricamente más común, no significa que sea menos estado o menos federal que aquel otro que, excepcionalmente, nació de la reordenación territorial de uno anterior. Escribir en la constitución un pacto constitutivo originario entre territorios es algo que informa la legitimación política del nuevo estado y su ADN político-institucional, pero en modo alguno merma su condición de tal, ni cuestiona la naturaleza jurídica de la constitución federal como norma superior de su ordenamiento jurídico.

Cuando se insinúa que incorporar un pacto federal a la Constitución de 1978 implica acoger una formulación confederal, además de negar los modelos comparados e invocar un concepto político carente de realidad práctica (los estados confederados ni existen ni han existido porque, por definición las confederaciones no son estados), se agita el viejo fantasma patrio de la destrucción de España.

Pero no solo eso. Jurídicamente, se está negando la capacidad creadora del momento constituyente y la fuerza normativa de la constitución. En efecto, para crear un estado federal no es necesario, que existan unas partes previas al momento constituyente. Lo verdaderamente importante, lo constitucionalmente decisivo es que esas partes concurren idealmente al proceso constituyente, integrándose en esa voluntad creadora, en el mito fundacional del estado. En consecuencia, el propio poder constituyente puede reconocer y declarar la existencia de determinados sujetos de base territorial, autorizándolos a concurrir y a comprometerse

¹³ En la conocida clasificación de A. Stepan (2001) hay federaciones *to bring together*, fruto de la descentralización de un estado y federaciones *to hold together*, nacidas para la acomodación de diversas identidades en el seno de un mismo estado.

con la nueva constitución, con ese marco jurídico en el que todos se encuentran, en el que se reconocen como iguales y, a la par, como distintos, y al que, por ello mismo, declaran su inquebrantable lealtad. El poder constituyente siempre es la representación simbólica de un pueblo, también del pueblo/pueblos de una federación.

En suma, asumir la idea de que no han existido estados previos a la federación no es incompatible con el reconocimiento en la constitución federal, como actores constituyentes, de determinados territorios datados de identidad propia y diferenciada. Uno de los mayores beneficios del estado de las autonomías durante estos cuarenta últimos años de democracia ha consistido en que, finalmente, nos ha permitido identificar y consolidar a los concretos sujetos titulares del derecho constitucional al autogobierno. A diferencia de lo que aconteció en el momento constituyente hoy ya sabemos cuántas CCAA han cobrado realidad y cuál es su suelo común de autogobierno. Nunca antes en la breve historia democrática de España habíamos alcanzado ese nivel de identificación y consenso acerca de los sujetos que integran el segundo nivel de gobierno de estado. No parece, en consecuencia, que sea un imposible incorporar las CCAA a la Constitución mediante un pacto federal. Al menos, en teoría, debíamos estar más cerca que lejos de poder hacerlo, pues uno de los motivos para la huida del federalismo tanto en 1931 como en 1978 fue el desconocimiento y la incertidumbre acerca de los actores que debieran intervenir en él, lo que explica la indefinición de origen del proceso de descentralización establecido en aquellas constituciones.

El gran reparo y la verdadera razón de fondo por la que se descarta esa posibilidad y se califica de confederales a quienes no lo son, tiene que ver, una vez más, con una idea un tanto trasnochada de la soberanía que es proyectada, de forma automática, sobre el estado federal.

Los federalistas sin federación se resisten a reconocer lo que, para el federalismo es, por evidente, un problema superado: la irrelevancia que en él tiene el concepto de soberanía como determinación territorial del poder. La pregunta «¿quién es el soberano, la federación o los estados miembros?» carece de sentido para atender los problemas jurídico-políticos de un estado federal y es, en cierto modo, una preocupación externa, algo indiferente al sentir federal.

Ningún autor que se haya acercado al estudio del federalismo ha sido ajeno a este asunto que constituye uno de sus rasgos más esenciales. Así, C. J. Friedrich (1954), escribió con cierta ironía que «los juristas, partiendo del principio de que todos los Estados poseen una soberanía indivisible, se han esforzado en descubrir ésta en el Estado federal, sin caer en la cuenta de que es imposible des-

cubrir una cosa allí donde no existe». Y es que, como escribió el juez Kennedy en su voto particular a la conocida sentencia *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton* (1995), los constituyentes norteamericanos «desintegraron el átomo de la soberanía».

Con la agudeza que caracteriza a sus estudios sobre la Constitución de los Estados Unidos, B. Ackerman (2007) afirma que George Washington «lideró un ataque frontal a las soberanías estatales en nombre de la Unión naciente» del que surgió una idea de nación distinta («los constituyentes federalistas eran nacionalistas revolucionarios»), en la que se abandona el obsesivo fundamento de la soberanía. Y es que, como ha advertido D. Elazar (2011), «es importante repetir que una de las características del federalismo que nace de su base popular, es la reducción de la soberanía a una cuestión incidental».

En efecto, es la dualidad decisoria que se prende de la ciudadanía, unas veces votante de la federación y otras votante del estado con el que se identifica, la que disuelve la noción de la soberanía como poder absoluto e ilimitado para transformarla en una idea mucho más humilde y menos pretenciosa: la competencia democrática entre distintos niveles de poder. Todo poder, aunque se defina por la constitución como jurídicamente limitado, tiende a expandirse, por lo que la dinámica competitiva entre estados miembros y éstos con la federación, se convierte en garantía de que el voto democrático es el último y definitivo poder. La dualidad del circuito político obliga al ciudadano a administrar sus identidades y sus preferencias, a proyectarlas sobre planos distintos y, ese ejercicio de selección de preferencias en función de los ámbitos materiales de intervención de cada nivel de gobierno, aminora el efecto excluyente que impregna el concepto clásico de nación identificado con el de soberanía.

Incorporar el pacto federal a la constitución no deteriora ni afecta a la soberanía del futuro estado, que, en el plano interno, será algo que progresivamente adquirirá un rol secundario. Ni la federación, ni los estados. Solo el pueblo dual (pueblo/pueblos) de la federación es el soberano. Muy por el contrario, lo que sí produce la incorporación del pacto federal a la constitución es una erosión del nacionalismo: el de aquellos que quieren imponer a otros un único modelo de entender la cultura de la comunidad, suprimiendo lo diverso o disponiendo, desde la mayoría, las condiciones de esa diversidad y sus límites de ejercicio (asegurarse la gobernanza de lo diferente, para que lo distinto solo subsista como algo consentido).

Esa es el principal motivo de resistencia al pacto federal. Los nacionalismos minoritarios temen no subsistir políticamente si renuncian a toda pretensión

de ser algún día estado y al nacionalismo mayoritario no le es fácil asumir que la constitución no puede ser una norma jurídica en la que «colocar» a otros, sino una norma en la que «todos» estén colocados y, una vez juntos, definan «el centro». No se trata de que el nacionalismo mayoritario haga un hueco a «otros» concediéndoles determinados niveles de autogobierno: el federalismo unilateral no existe. El pacto federal, es siempre un pacto idealizado entre iguales que, conviniendo en compartir su destino dentro de un mismo estado, renuncian a determinadas pretensiones políticas y potenciales esferas de poder para ordenarlas jurídicamente través de una organización institucional que integra, cuando menos, dos niveles diferenciados de gobierno: el federal y el de los estados miembros. Federar es construir desde la renuncia mutua.

Pudiera argumentarse que en la Constitución de 1978 también late un pacto entre territorios. Así lo he defendido en alguna ocasión (F. Caamaño, 2014) y así lo creía, pues, es evidente que las Cortes Generales, que representan al pueblo español, no pueden imponer un estatuto de autonomía, cuando menos, a Cataluña, País Vasco y Galicia. Solo si los pueblos de esas CCAA lo aceptan en referéndum, el estatuto aprobado por las Cortes Generales entrará en vigor. Estaríamos ante una suerte de sucedáneo menor e implícito del pacto federal que, además, quedaría circunscrito, inicialmente, a las llamadas comunidades históricas. En todo caso, esta opción interpretativa ha quedado completamente inutilizada tras la STC 31/2010, en la que se reafirma —no sin contradicción— la existencia constitucional de un solo pueblo, el español.

La formalización de la cláusula federativa solo puede producirse mediante un acto de carácter constituyente. Quienes deciden federarse han de renunciar, como ya hemos visto, a determinadas pretensiones políticas. Esa renuncia solo es políticamente aceptable si el nuevo marco regulatorio al que deben guardar lealtad no puede ser alterado sin el consentimiento de los actores que lo han acordado y aceptado. En cierto modo la constitución federal convierte el derecho de resistencia de los pueblos teorizado por los clásicos, en algo semejante a una potencial función de bloqueo en manos de los estados miembro frente a eventuales reformas del pacto federal que pretendan alterar el statu quo que constitucionalmente se hubiese determinado. Nos encontramos ante otra característica bastante común de las democracias federales que operaría como envés del pacto federal constituyente.

Ahora bien, un entendimiento lineal de esta solución constitucional puede producir serias disfunciones ya que un solo estado miembro tendría la capacidad de obstaculizar cambios y avances deseados por la gran mayoría de los ciudadanos de la federación. El bloqueo de la reforma constitucional (sirva de ejemplo la

experiencia canadiense) puede convertirse con el tiempo en un «absurdo privilegio» de difícil comprensión democrática, por lo que, en muchos casos, se han buscado fórmulas participativas de los estados miembro en los procesos de reforma constitucional que permitan superar escenarios de bloqueo unilateral por parte de una minoría.

IV. ¿CÓMO RECONOCER LA IGUALDAD DE LOS DISTINTOS?

En su aprendizaje el federalismo ha hecho suyas algunas estrategias y soluciones técnicas que, desde el punto de vista de la eficiencia y rentabilidad institucional, se han mostrado muy efectivas. Examinaré aquéllas que pueden resultar más útiles para facilitar el reconocimiento expreso de un pacto federal en la constitución, incluso, en un escenario social y políticamente tan poco propicio como el español, ensimismado y atrapado desde el siglo XIX en un nacionalismo fuerte, incapaz de ofrecer una respuesta sostenible a la diversidad de sus territorios y que ha preferido refugiarse en fórmulas intermedias —como la del estado integral y la del estado autonómico—, con el inquietante balance de haber alimentado el mal que quería disipar. En este sentido coincido plenamente con A. López Basaguren (2016), cuando afirma que «es importante reconstruir los fundamentos de la opción por la singularidad del sistema autonómico español, porque pone de relieve (...) no solo que los motivos que llevaron a aquella opción han desaparecido, sino y sobre todo, que la razón que más consistentemente nos ha llevado a esa singularidad se ha asentado en una interpretación de la evolución de los sistemas federales que el tiempo ha demostrado errónea».

El principal problema que se suscita en un contexto como el descrito es, precisamente, el relativo a cómo tratar constitucionalmente de forma igual lo que es distinto. Una primera opción —la seguida por el constituyente español de 1978— consiste en recoger la diferencia e incluirla en el texto constitucional como estrategia orientada a sumar la adhesión y el apoyo de ciertos territorios a la constitución. La española de 1978 es, probablemente, la constitución democrática con mayor número de asimetrías: nacionalidades y regiones; procedimientos distintos de acceso a la autonomía; asimetría en el contenido del autogobierno (principio dispositivo); asimetría institucional (no todas las CCAA tendrían por qué tener un parlamento); asimetría estructural, al negociarse bilateralmente las transferencias; asimetría en determinadas regulaciones civiles apoyadas en la tradición histórica de determinados territorios (derecho foral); asimetría fiscal, diferenciados como el concierto económico con el País Vasco, el convenio con Navarra o, incluso, salvando las distancias, la singularidad fiscal de las Islas Canarias. Constitucional-

mente, la línea de salida de las CCAA se trazó en puntos muy distantes y de contenidos bien distintos, aunque, con el paso del tiempo y la generalización del modelo, en muchos aspectos el legislador estatal haya podido forzar su convergencia.

Pues bien, con carácter general, el federalismo opera de forma contraria. La igualdad federal es, por definición, un punto de partida y no un punto de llegada. La asimetría no es una pieza del diseño constitucional federal sino un resultado ajeno al derecho y que se alcanza en determinadas áreas de competencia como consecuencia del ejercicio del autogobierno por los distintos estados miembro y, por tanto, de la libre determinación de sus prioridades y preferencias políticas dentro del marco normativo establecido. En el federalismo, todos los actores parten de una misma línea de meta, aunque después cada uno administre su carrera conforme a reglas comunes.

Además, el federalismo no necesita incorporar las diferencias a la Constitución ya que su principal pretensión no es regular el autogobierno de los estados miembro sino definir el centro (el nivel federal y sus competencias). Esto explica por qué mientras en los estados federales los estados miembros cuentan con todas las potestades y competencias que no hayan sido constitucional e irrevocablemente transferidas a la federación, en el estado autonómico la llamada competencia residual opera de forma inversa (art. 149.3 CE).

En efecto, cuando se define el centro —o, por mejor decir, el nivel federal de gobierno— y se ha de procurar un consenso sobre su ámbito de actuación y el contenido y alcance de sus competencias, se hace innecesario incorporar a la constitución las particularidades de cada estado miembro porque, en cierto modo, son consideradas como parte de un escenario precedente. Reconocer las singularidades de los territorios no es el objetivo de la constitución federal. Antes bien, su razón de ser es construir, desde una inicial posición de igualdad, el nivel federal de gobierno. Por tanto, todo lo que no sea puesto en común pertenecerá a la singularidad de cada estado.

Por esta misma razón, el federalismo se aleja radicalmente de la idea de bilateralidad. El espacio común es de todos y lo no entregado a la federación es asunto de cada estado. La colaboración federal siempre es integrativa pero sólo en el contexto de las políticas federadas. Fuera de él, como es obvio, pueden existir convenios de colaboración u otros instrumentos jurídicos de cooperación entre estados miembros o de estos con la federación, pero siempre serán ocasionales y voluntarios (suplementos de financiación, realización de infraestructuras comunes...).

Se comprende así, por qué no es correcto identificar la igualdad de los gobiernos con la igualdad de los individuos (D. Lenihan, G. Robertson y R. Tassè,

1995). No hay ni un solo sistema federal en el mundo en el que todas las unidades que lo integran «sean aproximadamente iguales en tamaño, población, poder político, técnicas administrativas, riqueza, desarrollo económico, condiciones climáticas, predominio de intereses urbanos y rurales, estructura social, tradiciones o localización geográfica» (I. D. Duchacek, 1970). El propósito de la constitución federal es crear sobre esa diversidad un espacio de igualdad común sin el cuál sería imposible la existencia del estado. Esa es su principal preocupación. Fuera de ella, cada estado miembro es dueño de sus diferencias.

En el caso español, la definición del nivel federal de gobierno se encuentra con un factor adicional que puede facilitar o dificultar el consenso según se acierte en su tratamiento: la pertenencia a la UE. Para afrontar esa tarea no parece suficiente con incorporar a la Constitución una «cláusula europea». Será necesario examinar aquellas competencias ya cedidas a la UE (política monetaria, política pesquera, política agraria común, transporte intracomunitario, energía...), habilitar, en su caso, cauces de participación y disponer cómo se articulan internamente los mecanismos de decisión y de responsabilidad.

Además de abandonar el singularismo característico del modelo autonómico desde la apuntada perspectiva de la igualdad federal, considero que también es imprescindible no proyectar sobre la constitución más inquietudes propias del nacionalismo. Me explico.

No creo que la mejor forma de reconocer la diversidad de sentimientos nacionales de los españoles sea plasmándola en la constitución. Ni lo estimo conveniente, ni es necesario. Antes bien, si algo necesita el marco constitucional español es «desinflamarse» de nacionalismo y recuperar un léxico más cívico y republicano. Cuando se examinan otras constituciones democráticas de nuestro entorno podemos comprobar la soledad de nuestra obsesión por «la nación» y la «soberanía». De hecho, en muchas de ellas no aparecen ni una sola vez esas palabras. España no será menos, ni como estado ni como democracia, ni sus territorios serán menos nación (cuando así lo sientan) si en lugar de declarar en su constitución la «indisoluble unidad de la Nación española», se hablase, por ejemplo, de la insoluble unidad de una federación en la que todos los poderes emanan de la ciudadanía, o si se cambiase la siempre polémica distinción entre nacionalidades y regiones, por la simple enumeración de sus nombres (Cataluña, Andalucía, País Vasco, La Rioja) o por fórmulas comunes de referencia («las comunidades», los territorios...).

La Constitución debiera estar por encima de las eternas refriegas patrias entre nacionalismos, utilizando un lenguaje ideológicamente menos comprometido en

este punto y más del siglo XXI. Un lenguaje, por cierto, que algunos tuvieron claro desde el primer día: «We the people...» (Constitución de los Estados Unidos de América).

Federalismo y nacionalismo son agua y aceite. La nación federal es una nación no nacionalista, cuando menos en su proyección interior. Sin embargo, el autonomismo, como espíritu que alimenta el estado autonómico, pretende ser el federalismo de los nacionalistas. Una contradicción que lo condena al fracaso.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B. (2007). The Living Constitution. *Harvard Law Review*, vol. 120, n.º 7, pp. 1738-1793.
- AJA, E. (2003). *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*. Madrid: Alianza Editorial.
- ALÁEZ CORRAL, B. (2015). Constitucionalizar la secesión para armonizar la legalidad constitucional y el principio democrático en Estados territorialmente complejos. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, n.º 22, pp. 136-183.
- BARRIE, B. (2002). *Culture and Equality*. Cambridge: Harvard University Press.
- BILLING, M. (1995). *Banal Nationalism*, Londres: SAGE Publications.
- BRYCE, J. (1905). *Flexible and Rigid Constitutions*. Ed. castellano (2015), *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid:CEPC.
- BURGESS, M. (2006). *Comparative Federalism*. Londres: Routledge.
- CAAMAÑO, F. (2014). *Democracia Federal. Apuntes sobre España*. Madrid: Turpial.
- CAAMAÑO, F. (2018). Edmund Burke ha vuelto a morir (Parlamento y descentralización política). *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 41, pp. 63 y ss.
- CAIAGO Y CONDE, J. (2014). *Tres maneras de entender el federalismo*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1981). La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n.º 4, pp. 53-66.
- DUCHACEK, I. D. (1970). *Comparative Federalism; the territorial dimension of politics*. New York: Holt, Rinehart and Winston, Inc.
- ERK, J., GAGNON, A. (2000). Constitutional Ambiguity and Federal True: Codification of Federalism in Canada, Spain and Belgium, *Regional and Federals Studies*, vol. 10, n.º 1, pp. 92-111.
- ERK, J., GAGNON, A. (2001). Legitimacy, Effectiveness and Canadian Federalism and Canadian Federalism: On the Benefits of Ambiguity. En H. Bakvis, G. Skogs-

- tad (Coords.). *Canadian Federalism Performance. Effectiveness and Legitimacy* (pp. 317-330). Toronto: Oxford University Press.
- FOLEY, M. (1989). *The Silence of Constitutions: Gaps, «Abeyances» and Political Temperament in the Maintenance of Government*. London, New York: Routledge.
- GEERTZ, C. (1973). The integrative revolution: primordial sentiments and civil politics in the new states. En su obra *The Interpretation of Cultures* (en particular pp. 277 y ss.). New York: Basic Books. Existe una edición española de 1987, México: Gedisa.
- GÉNETTE, D. (2015). Le silence des textes constitutionnels canadiens, expression d'une constitution encore inachevée. *Les Cahiers de Droit*, vol. 56, pp. 411-446.
- GUERRA SESMA, D. (2016). *El pensamiento territorial de la Segunda República*. Sevilla: Athenea.
- HABERMAS, J. (1989). *Identidades nacionales y postnacionales*. Madrid: Tecnos.
- HOLMES, S. (1988). Gags Rules of The Politics of Omission. En J. Elster, R. Slagstad (Coords.), *Constitutionalism and Democracy* (pp. 19-58). Cambridge: University Press.
- KYMLICKA, W. (1989). *Liberalism, Community and Culture*. Oxford: Clarendon Press.
- LENIHAN, D., ROBERTSON, G., y TASSÈ, R. (1995). *Canada: La Voie Médiane*. Montreal: Quebec Amérique.
- LIPJHART, A. (1977). *Democracy in Plural Societies: A comparative Exploration*. New Haven: Yale University Press.
- LÓPEZ BASAGUREN, A. (2016). Crisis del sistema autonómico y demandas de secesión: ¿Es el sistema federal «la» alternativa? *Teoría y Derecho*, junio 2016, pp. 47-60.
- MÁIZ SUÁREZ, R. (2008). *La frontera interior. El lugar de la nación en la teoría de la democracia y el federalismo*. Murcia: Tres Fronteras.
- MÁIZ SUÁREZ, R. (2016). El dios mortal. ¿Implica la globalización una progresiva desaparición de los estados? *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 19, n.º 37. Primer semestre de 2017, cit. en págs. 29 y 30.
- RUSTOW, D. (1970). Transitions to Democracy: toward a dynamic model. *Comparative Politics*, n.º 2, pp. 337-363.
- SCHMITT, C. (1952). *Tierra y Mar*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- STEINER, G. (2005). *La idea de Europa*. Madrid: Siruela.
- STEPAN, A. (2001). Toward a New Comparative Politics of Federalism, (Multi)nationalism and Democracy: Beyond Rikerian Federalism. En *Arguing Comparative Politics* (pp. 315-363). New York: Oxford University Press.

- SUNSTEIN, C. (2001). Should Constitutions Protect the Right to Secede?, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 9, n.º 3, pp. 350 y ss.
- TARLTON, C. D. (1965). Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation. *Journal of Politics*, vol. 27, n.º 4, pp. 861-874.
- TRUJILLO, G. (1969). *El federalismo español*. Madrid: Edicusa.
- WITTGENSTEIN, L. (1921). *Tractatus logico-philosophicus*. En castellano, puede verse la edición de 2016, Valencia: Tirant lo Blanc.
- WOERLING, J. (1999). El principio de igualdad, el sistema federal canadiense y el carácter diferencial de Quebec. En E. Fossas, F. Requejo (Coords.), *Asimetría federal y Estado plurinacional* (pp. 141 y ss.). Madrid: Trotta.

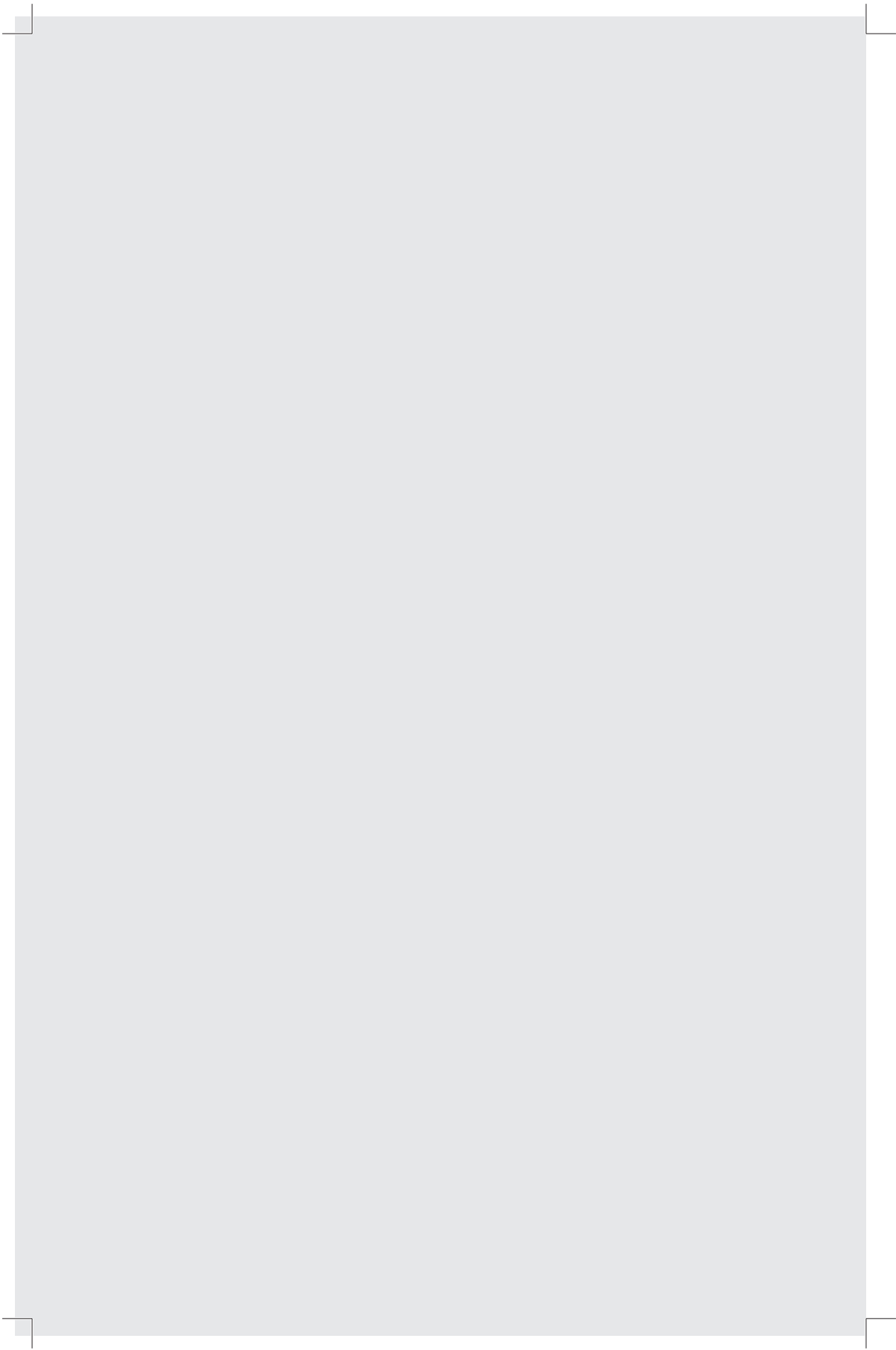


LA ACOMODACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SECESIÓN: EL CASO ESPAÑOL

Benito Aláez Corral/Francisco J. Bastida Freijedo

SUMARIO

- I. Planteamiento del problema territorial español desde una perspectiva normativa.
 1. El bloqueo del debate territorial en el Estado español.
 2. El supuesto derecho a decidir.
- II. Una propuesta de solución: la inclusión del derecho a la secesión como mecanismo de refuerzo de la eficacia normativa de la Constitución.
 1. Soberanía, democracia constitucional, y expectativas secesionistas.
 2. Argumentos en contra de constitucionalizar el derecho de secesión y su crítica.
 3. De la soberanía nacional en el Estado autonómico a la soberanía del pueblo español como demos federal complejo.
- III. El derecho a la secesión en el derecho internacional y en el derecho constitucional comparado
 1. Secesión y derecho humano a la libre determinación de los pueblos.
 2. La constitucionalización de la secesión en el derecho constitucional comparado.
- IV. Cómo constitucionalizar el derecho a la secesión.
 1. Inexistencia de límites materiales a la reforma constitucional que protejan la unidad de la Nación Española.
 2. Necesidad de aplicar el procedimiento agravado de reforma para constitucionalizar un procedimiento de secesión.
- V. Contenido de una hipotética cláusula constitucional de secesión.
 1. Objeto de la cláusula constitucional de secesión.
 2. Propuesta de procedimiento constitucional para el ejercicio del derecho de secesión.



I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA TERRITORIAL ESPAÑOL DESDE UNA PERSPECTIVA NORMATIVA

1. *El bloqueo del debate territorial en el Estado español*

Hoy en día cabe afirmar que España es un Estado pluriétnico,¹ no en el sentido de que sea un conjunto de naciones soberanas, sino en el de que en él existen —y han existido históricamente bajo diversas formas de organización política— colectividades territoriales con una identidad propia que se materializa en diversas aspiraciones de autogobierno, desde la descentralización autonómica hasta la autodeterminación independentista. Esta identidad puede expresarse políticamente a través de diversos conceptos como región o nación, pero históricamente nunca se ha formalizado en una nación política soberana, por más que esto haya sido una reivindicación de algunos partidos nacionalistas. Sólo la nación española, en tanto patria común de todos los ciudadanos españoles, ha sido el sujeto colectivo moderno de imputación de la soberanía estatal.

La Constitución española de 1978 (CE) recoge en buena medida este planteamiento de pluriétnicidad en su actual art. 2 con el reconocimiento del derecho de las nacionalidades y regiones a acceder a la autonomía política dentro de la unidad de la nación española, así como con el reconocimiento y amparo de unos derechos históricos de los territorios forales (Disposición adicional 1.^a). Todo ello con la consideración de que la nacionalidad o región que puede ejercer ese derecho a la autonomía viene definida en su art. 143.1 por una conjunción del elemento voluntarista con el elemento étnico: «las provincias limítrofes con ca-

¹ Siguiendo el concepto de etnicidad de J. Peoples/G. Bailey, 2011; p. 387 y ss., conforme al cual «un grupo étnico en esencia es una denominada categoría social basada en la percepción de una experiencia o tradición compartida».

racterísticas históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica» que impulsan, a través de las instituciones preautonómicas, la voluntad de su ciudadanía de acceder al autogobierno y convertirse en Comunidades Autónomas mediante los procedimientos previstos en el Título VIII.

Ciertamente, en los cuarenta años de vigencia de la CE de 1978 se ha avanzado mucho en el desarrollo del Estado autonómico a través de su concreción política por las normas del bloque constitucional, del que forman parte esencial los Estatutos de Autonomía, las leyes previstas en el art. 150 CE y la propia jurisprudencia constitucional.² Sin embargo, una vez más en nuestra historia, este proceso de desarrollo del Estado autonómico no ha servido para resolver de forma definitiva el debate territorial que secularmente ha caracterizado nuestro Estado desde los albores del constitucionalismo hispánico. Se ha llegado a un punto en el cual las pretensiones de autodeterminación de algunos territorios, manifestadas por grupos políticos con relevante implantación electoral e incluso formalizadas por sus instituciones autonómicas, no encuentran acomodo en el actual marco de autonomía política. La reinterpretación del bloque constitucional y las mutaciones constitucionales³ utilizadas hasta el momento como instrumentos para el desarrollo del proceso autonómico ya no son medios ni adecuados ni suficientes para afrontar este basilar problema constitucional.

En el presente siglo se han hecho más patentes los intentos de plasmar en España expectativas de autodeterminación de colectividades territoriales que desbordan el marco constitucional, por muy laxamente que se interprete éste. Así, cabe recordar la Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi (más conocida como Plan Ibarretxe), que aprobó el pleno del Parlamento vasco el 30 de diciembre de 2004 y envió al Congreso de los Diputados, cuyo pleno la rechazó el 1 de febrero de 2005. Con posterioridad, la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 103/2008, de 11 de septiembre, declaró inconstitucional la Ley vasca 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política, que preveía aquel Plan. Más reciente está, y aún sigue activo, el proceso soberanista (*el procés*) iniciado por las instituciones de la

² P. Requejo Rodríguez, 1997; pp. 57-105.

³ Siguiendo a E. W. Böckenförde, 1993; p. 6 y ss., la mutación constitucional es entendida como «la modificación del contenido de las normas constitucionales sin que haya un cambio en el texto constitucional por el procedimiento a tal efecto previsto».

Generalitat catalana, cuya primera formalización tuvo lugar con la «Declaración de Soberanía y del derecho a decidir del Pueblo de Cataluña», aprobada por el Parlament el 23 de enero de 2013 y declarada parcialmente inconstitucional por el Tribunal Constitucional (STC 42/2014, de 25 de marzo). Tras una consulta popular organizada de manera inconstitucional por la Generalitat en noviembre de 2014 y después de unas elecciones autonómicas calificadas como plebiscitarias, el nuevo Parlament aprobó la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, de referéndum de autodeterminación, y la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de Transitoriedad jurídica y fundacional de la República, también declaradas inconstitucionales respectivamente por la STC 114/2017, de 17 de octubre, y por la STC 124/2017, de 8 de noviembre. El 1 de octubre de 2017 se celebró el plebiscito, pese a la advertencia del Tribunal Constitucional sobre su inconstitucionalidad. El 10 de octubre el Presidente de la Generalitat declaró la independencia de Cataluña, aunque suspendió su eficacia segundos después. Días más tarde, el 27 de octubre, previo requerimiento al Presidente de Cataluña, que fue inatendido por éste, el Senado autorizó al Gobierno a aplicar el art. 155 CE a esta Comunidad Autónoma, esto es, la coacción estatal para el cumplimiento de las obligaciones autonómicas o para la protección del interés general frente a un grave atentado por parte de la Comunidad Autónoma, cuya vigencia duró hasta la toma de posesión el 29 de mayo de 2018 del nuevo Gobierno de la Generalitat salido de las elecciones al Parlament de 21 de diciembre de 2017, que no cambiaron sustancialmente la composición política de éste previa a la aplicación del art. 155 CE.⁴

Del discurso jurídico-constitucional presente en la jurisprudencia citada se desprende claramente que este pretendido derecho a la secesión unilateral de una parte del territorio nacional no está contemplado en el texto constitucional de 1978, ni puede ejercerse sin una previa reforma constitucional, dada su incompatibilidad con la imputación de la soberanía al pueblo español y con la afirmación de la indisoluble unidad de la nación española establecidas en los arts. 1 y 2 CE.⁵

Por tanto, el debate territorial se encuentra en la actualidad en una situación de bloqueo jurídico,⁶ pues algunas entidades territoriales tratan de expresar, a través de sus instituciones democráticas, una expectativa de autodeterminación externa (independencia o libre asociación con el Estado), que sólo se vería satisfecha si pudieran decidir unilateralmente acerca de su secesión, cosa que el vigente sistema

⁴ Sobre la cronología documentada del proceso, véase <http://www.aelpa.org/el-proceso-catalan/> (consultada el 20 de agosto de 2018).

⁵ Véase, por todas, la STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3.º

⁶ Cfr. A. López Basaguren, 2013; p. 99 y ss.

constitucional no permite. Esta situación resulta peligrosa para la vigencia de la legalidad constitucional democrática, ante la posibilidad de que dichas entidades territoriales traten de estabilizar, en contradicción con el sistema constitucional vigente (aunque sea pacíficamente), aquella expectativa moral o política de autodeterminación externa, y que, frente a ello, las instituciones estatales se limiten a afirmar la inexistencia de cobertura constitucional para tal expectativa y a aplicar la coacción legal para imponer el ordenamiento jurídico vigente. Poco importa a estos efectos, desde el punto de vista de la eficacia del sistema constitucional de 1978, que dicha expectativa identitaria de algunas partes del territorio español tenga una base histórica real o que sea meramente imaginada por la ciudadanía que la sostiene.

Desde este punto de vista parece lógico tratar de buscar instrumentos constitucionales con los que abordar de nuevo la cuestión territorial, para darle un marco que canalice a largo plazo las tensiones identitarias, no pareciendo muy adecuado para la eficacia del principio democrático asentarse en el inmovilismo del marco constitucional vigente (que es modificable) y no hacer nada.⁷ Por otra parte, a tenor de los resultados electorales en algunos de estos territorios en los que se presenta esta crisis del modelo territorial,⁸ así como a la luz de los estudios de opinión sobre el apoyo al independentismo realizados a lo largo de las últimas décadas en los territorios en que la cuestión identitaria es socialmente más pujante,⁹ no parece seguro que una mera transformación constitucional hacia un modelo federal —incluso aunque se construya sobre la base

⁷ Un interesante cuestionamiento de la compatibilidad de la pasividad del Estado con la democracia en relación con el tema territorial se puede ver en G. Ferraiuolo, 2018; p. 1 y ss.

⁸ Piénsese que, tras la aplicación de la coacción estatal del art. 155 CE, aprobada por Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017, el Presidente del Gobierno disolvió el Parlamento de Cataluña y convocó elecciones, en las que la mayoría independentista (formada por los partidos o coaliciones de Junts per Catalunya, ERC y CUP) obtuvo la mayoría absoluta de escaños en el Parlament (70 de 135) con un porcentaje del 47,5% del voto válido, manteniéndose la polarización política existente antes de la aplicación del art. 155 CE. Datos obtenidos de <http://gencat.cat/economia/resultats-parlament2017/09AU/DAU09999CM.htm?lang=es> (consultado el 20 de agosto de 2018).

⁹ Incluso aunque haya disminuido el apoyo al independentismo, en los últimos años, según los estudios de opinión ha llegado a moverse en algunas CCAA históricas entre el 24% (País Vasco) y el 44% (Cataluña) de la ciudadanía, lo que hace que esta expectativa sea cuando menos mercedora de análisis; cfr. Euskobarómetro de Mayo de 2014 <http://www.ehu.es/documents/1457190/1525260/EB+mayo+14+web.pdf> (consultado el 3 de febrero de 2018); y Enquesta sobre context polític a Catalunya del Centro de Estudis d'Opinió, de diciembre de 2014, REO 760, <http://ceo.gencat.cat/ceop/AppJava/loadFile?fileId=23053&fileType=1> (consultado el 3 de febrero de 2018). Sobre la evolución y el crecimiento de la opción secesionista desde 2002, véase M. Grau, 2011; p. 200 y ss.

del federalismo asimétrico— vaya a ser suficiente para colmar la expectativa de autodeterminación de una parte significativa de la ciudadanía de algunas entidades territoriales. Cuando en esa parte de la ciudadanía ha calado la idea de que existe un «derecho a decidir» que incluye la opción de separarse del Estado español, debería pensarse en cómo adecuar constitucionalmente esa aspiración colectiva.

El presente trabajo no pretende estudiar desde una perspectiva política, filosófica o moral la existencia o no de un derecho de los pueblos organizados territorialmente hoy en día en Comunidades Autónomas a decidir su destino.¹⁰ Tan sólo analizar la necesaria correlación entre el principio de legalidad y el principio democrático a la hora de buscar una salida constitucional que sea funcionalmente adecuada para canalizar el debate territorial en ordenamientos como el español, en los que *de facto* existe un problema recurrente de identidad nacional, que se manifiesta en la autoafirmación de la propia soberanía local y del derecho a decidir sobre la secesión, en frontal conflicto con la soberanía del Estado. En otras palabras, el «déficit de acomodación» que se alega ahora desde el independentismo ya no consiste principalmente, como hace años, en carencias competenciales o financieras, soluble mediante un mejor encaje de Cataluña o el País Vasco en el Estado español, sino en la falta de un cauce jurídico para la separación. Este trabajo trata de explicar cómo remediar este déficit de acomodación a través de una reforma constitucional que, manteniendo el respeto a la legalidad constitucional acomode democráticamente (con respeto a las mayorías y a las minorías) las expectativas de secesión de entidades territoriales del Estado español como Cataluña o el País Vasco.

2. *El supuesto derecho a decidir*

Conviene hacer determinadas precisiones en la medida en que el discurso secesionista quiere articularse sobre la cesura entre el principio de legalidad y el principio democrático, de manera que, si bien el derecho a decidir (la secesión) no está expresamente positivizado en la legalidad constitucional, se insiste en que cabe deducirlo del principio democrático que la propia Constitución establece. De este modo, se pretende un triple objetivo: situar la reivindicación en el terreno de la democracia y de los derechos individuales, no de la soberanía colectiva; afirmar que el derecho a decidir no es sólo moral o político, sino que tiene un anclaje

¹⁰ En un sentido semejante, requiriendo diferenciar las distintas cuestiones filosóficas, políticas y jurídicas que plantea el análisis del derecho a la secesión, D. Weinstock, 2001; pp. 182-183.

jurídico-constitucional en el principio democrático; y, finalmente, deslegitimar al Estado español en cuanto usa, por así decirlo, el *corpus iuris* de la Constitución para impedir que su alma democrática despliegue todos sus efectos. La conclusión es que el comportamiento antidemocrático del Estado justifica la declaración unilateral de independencia.

En todo caso, se debe aclarar que la teorización del derecho a decidir discurre por un camino inverso al del derecho de secesión.¹¹ Éste último se construye a partir de un sujeto colectivo, el pueblo, que se afirma como soberano, negando por tanto cualquier sometimiento a un derecho nacional que no sea el creado por él. Sin embargo, este derecho de secesión está huérfano de una fundamentación teórico-democrática que no sea de tipo moral, dado que precisamente entre las paradojas de la democracia están la imposibilidad lógica de definir democráticamente las fronteras territoriales del Estado, e incluso de definir democráticamente el tamaño del pueblo que quiere autodeterminarse, porque no hay democracia sin derecho previo que la establezca y organice.¹² El pueblo que reclama su derecho a autodeterminarse apela prejurídicamente a su condición de sujeto soberano, pero no a su condición de sujeto democrático predeterminado por el derecho. Afirma su identidad en función de criterios como el idioma, la raza, la cultura o la historia que, además de poder tener un sesgo excluyente, se entiende que están por encima de cualquier otra consideración, democrática o no. La proclamación del derecho a autodeterminarse es un mero ejercicio de autoafirmación como pueblo con la pretensión de eficacia externa, que es donde está el mundo del derecho. Aquí es donde aparece el nexo con la democracia, porque el derecho de autodeterminación aparenta ser democrático no por su esencia, sino por reflejo de lo que en un sistema jurídico se puede calificar como democrático/no democrático. En otras palabras, con arreglo a los criterios democráticos establecidos por el ordenamiento jurídico (pluralidad, igualdad y no discriminación, protección de las minorías, reconocimiento de identidades territoriales, autonomía territorial, etc.) se interpreta que no sería democrático negar constitucionalmente el derecho de autodeterminación, y de ahí se deduce que este autoproclamado derecho prejurídico y predemocrático es un derecho democrático que debe ser respetado. O sea, se pone el carro delante del caballo. Pero como sus defensores saben que en el mundo moderno no hay legitimidad sin legalidad, buscan, no obstante, con denuedo el reconocimiento jurídico de este derecho en el derecho internacional,

¹¹ Existe una amplia bibliografía al respecto. Véase por todos, M. Barceló, 2015; p. 19 y ss.

¹² Cfr. C. Offe 1998; p. 117.

como luego se expondrá, dado que sólo muy excepcionalmente lo encuentran en el ámbito constitucional.

A diferencia del derecho de secesión, el derecho a decidir pretende tener un encaje constitucional sin recurrir a planteamientos prejurídicos. No pugna, al menos en apariencia, con la soberanía del pueblo estatal; se deduce, según sus teóricos, del principio democrático que proclama la Constitución y que se plasma en el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos a través del sufragio. Por tanto, es un derecho de titularidad individual —el sujeto del derecho no es el pueblo—, pero de ejercicio colectivo por los que forman ese pueblo. Dicho así, el derecho a decidir no diferiría del derecho a participar en los asuntos públicos que reconoce el art. 23.1 CE. En este sentido, los catalanes ejercen su derecho a decidir cuando ratifican en referéndum su Estatuto de Autonomía o cuando eligen periódicamente a su Parlamento. Sin embargo, lo que se pretende al afirmar que se trata de un derecho de nuevo cuño es que su objeto no tiene límites y, por tanto, sirve para pronunciarse sobre cualquier materia, no sólo de autodeterminación interna, sino también externa. Indudablemente esta ausencia de límites pugna con los límites materiales y procedimentales que establece o puede establecer la Constitución, pero para solventar esta objeción se emplaza tal derecho en el ámbito de una mera consulta a los ciudadanos de la entidad territorial, como un simple ejercicio colectivo de la libertad de expresión. En esta operación de marketing jurídico el derecho a decidir se acaba presentando como un derecho a opinar sobre cualquier materia y se omite el efecto decisorio vinculante. Su negación o el impedimento de su ejercicio se consideran un atentado a la democracia, uno de cuyos pilares fundamentales es la libre manifestación del pensamiento.

La idea de que el derecho a decidir encuentra encaje constitucional tiene como función no tanto afirmar su existencia —se da por supuesto en el principio democrático— como articular jurídicamente su ejercicio, o sea, el procedimiento por el que el ciudadano pueda expresar su voto sobre si quiere o no la secesión. De ahí que la polémica se haya centrado desde el primer momento en la interpretación y aplicación de los instrumentos de democracia directa (referéndum, consultas populares) dispuestos en el ordenamiento constitucional y autonómico.¹³

Este esfuerzo teórico jurídico por encuadrar el derecho a decidir en el ámbito de los derechos fundamentales y de la democracia liberal choca, no obstante,

¹³ Véase J. Cagiao y Conde, 2015; p. 142 y ss. Incluso hay quienes, considerando que el derecho a decidir es sólo un derecho moral, auspician diversas vías para hacer posible una consulta a los catalanes sobre su destino. Entre los más significativos, F. Rubio Llorente, 2012.

con su fundamentación política y con su formulación en resoluciones jurídicas. Así, la Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña de 2013, lleva por título «la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña». El derecho a decidir se concibe aquí como un derecho de titularidad colectiva del pueblo de Cataluña, y, en cuanto derivado de la atribución a éste de un poder soberano, no sometido a reconocimiento jurídico por parte del Estado español. Por tanto, no es de titularidad individual y ejercicio colectivo, como se pretende enseñar, sino al revés.

De esta confusión de conceptos no se libró el Tribunal Constitucional. Al enjuiciar la constitucionalidad de esta Resolución en su STC 42/2014, de 25 de marzo, separó la declaración de soberanía del pueblo de Cataluña de la declaración de su derecho a decidir. La primera la juzgó inconstitucional por contraria al arts. 1.2 CE, que residencia la soberanía en el pueblo español. Sin embargo, salvó la declaración del derecho a decidir del pueblo de Cataluña al desvincularla de la primera, pese al título de la Resolución. Mediante una interpretación muy discutible, acepta la constitucionalidad del derecho a decidir siempre que no se conciba «como una manifestación de un derecho a la autodeterminación no reconocido en la Constitución, o como una atribución de soberanía no reconocida en ella, sino como una aspiración política a la que sólo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional con respeto a los principios de «legitimidad democrática», «pluralismo», y «legalidad», expresamente proclamados en la Declaración en estrecha relación con el «derecho a decidir» (FJ 3.b). El problema es que en todos los hitos parlamentarios y gubernamentales del *procés* el punto de partida y de llegada es la proclamación de la soberanía del pueblo catalán y de su derecho a decidir, cuyo ejercicio se prefiere que sea ajustado a la legalidad constitucional, pero se considera que no está condicionado por ella.¹⁴

La Constitución reconoce y garantiza un derecho colectivo de las nacionalidades y regiones a autodeterminarse internamente (art. 2) y el Rey en su juramento de proclamación se compromete a respetar los derechos de las Comunidades Autónomas (art. 61.1 CE). Pero, como en la casi totalidad de los países, democráticos

¹⁴ Como se puso de manifiesto, sobre todo en 2017, con la aprobación por el parlamento catalán de la Ley 19/2017 de referéndum de autodeterminación vinculante sobre la independencia de Cataluña, la Ley 20/2017 de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, y la celebración de un referéndum ilegal y, finalmente, la declaración de independencia, todo ello declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias. Véase al respecto <http://www.aelpla.org/el-proceso-catalan/> (consultado el 20 de agosto de 2018).

o no, no se establece un derecho de autodeterminación externa de ninguno de los pueblos de España,¹⁵ o sea, no se contempla el hecho de la secesión y menos aún como un derecho.

Si, por las razones que sean, se ha hecho fuerte y consistente social y políticamente una expectativa de autodeterminación externa en un determinado territorio, el ordenamiento constitucional democrático debe dar una respuesta inclusiva a esa expectativa y no represiva, única manera de garantizar en el tiempo su eficacia a través de su legitimidad democrática. La solución jurídica no está en invocar derechos subjetivos que la Constitución no establece ni el derecho internacional reconoce, como luego se dirá. Tampoco en forzar el sentido y contenido que la Constitución da al referéndum, para poder verificar en un primer momento cuál es la voluntad de los ciudadanos del territorio en el que ha crecido la llama secesionista. Esta vía la ha declarado cerrada el Tribunal Constitucional, al entender que por la materia objeto de consulta,¹⁶ ésta debe encuadrarse en un proceso de reforma constitucional. Pero, además, sólo sería un remedio —nunca una solución— en el caso de que la consulta tuviese un resultado negativo o no alcanzase la mayoría requerida. En cambio, un resultado positivo crearía una gran inestabilidad e incertidumbre en el ordenamiento jurídico, al no estar previstas las consecuencias constitucionales, procesales y materiales del mismo. Querer dar un primer paso desconociendo cuáles serían los siguientes no es coherente con la positividad de un sistema jurídico autorreferencial.

Por tanto, lo coherente es que el ordenamiento jurídico introduzca los cambios precisos para que aquella expectativa de autodeterminación externa, cuya expresión es constitucionalmente legítima en el *input* del sistema, pueda también cumplirse y encontrar salida en su *output*. La Constitución debe prever todo el procedimiento de secesión, sin trazar sólo su fase inicial dejando el resto en un ignoto *hic sunt dracones*. Para ello, como se tratará de exponer seguidamente, la Constitución debe ser reformada, estableciendo una cláusula de secesión que formule unos procedimientos que hagan viable la independencia, dentro del respeto

¹⁵ La Constitución de 1978 alude a los pueblos de España en su Preámbulo, pero integrados en la nación o pueblo español, único titular de la soberanía (La Nación española, «en uso de su soberanía proclama: (...) Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones»). También, en un sentido más localista, en el art. 14.6: «Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio».

¹⁶ Véase STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4.º

tanto a una mayoría clara y suficiente que esté a favor de la separación, como a la minoría que se oponga.

II. UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN: LA INCLUSIÓN DEL DERECHO A LA SECESIÓN COMO MECANISMO DE REFUERZO DE LA EFICACIA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

1. *Soberanía, democracia constitucional, y expectativas secesionistas*

Ante la situación de bloqueo descrita, un sistema constitucional democrático como el español no debería cerrarse cognitivamente, negando el alcance final de esta expectativa de autodeterminación externa (pues no es esa su función). Más bien debería evaluar el impacto que sobre su estabilidad y eficacia pudiera tener la pretensión de imponer dicha expectativa al margen de los procedimientos legales previstos y, correlativamente, el impacto que pudiera conllevar sobre su legitimidad democrática el rechazo de que tal expectativa pueda ser objeto de una futura reforma constitucional y la imposición coactiva del ordenamiento jurídico vigente sobre un amplio número de instituciones y de ciudadanos que la respaldan.

Dado el agravamiento en España del problema territorial en lo que va de siglo y teniendo en cuenta los antecedentes históricos, esa evaluación podría concluir dos cosas. La primera es que existe un cierto riesgo de intentos de satisfacción ilegal de dicha expectativa, como ya ha sucedido recientemente con el *procés* en Cataluña. La segunda es que el seguimiento de esa vía ilegal encuentra su justificación precisamente en la imposibilidad de que el sistema constitucional afronte el problema por una vía distinta que no sea la negación misma del problema y la imposición del marco legal vigente. Llegado a esta conclusión, un sistema jurídico democrático, con el fin de preservar su positividad (en el sentido de una realidad temporal efectivamente existente que garantiza expectativas a través de la coacción), debería buscar vías jurídico-positivas que permitan ejercer de forma constitucionalmente lícita la posibilidad de autodeterminación externa. Ello comportaría establecer un derecho de secesión y regular las condiciones formales y procedimentales bajo las cuales ejercerlo, creando así un cauce por el que poder tramitar unas expectativas identitarias de autodeterminación, cuya culminación hoy no tiene cabida en el vigente marco constitucional, pero que portan una potencialidad lo suficientemente grande como para poner en peligro la eficacia del sistema constitucional y su propia legitimidad democrática.

La propuesta *de constitutione ferenda* de constitucionalizar el derecho de secesión que aquí se va a desarrollar, se realiza desde un entendimiento exclusivamente

normativista de la Constitución y a partir de su función en el sistema jurídico, es decir, desde la perspectiva de la Constitución como norma jurídico-positiva que trata de canalizar el uso de la coacción como mecanismo de garantía normativa de expectativas en una sociedad altamente compleja y cambiante, y no desde la perspectiva de los objetivos políticos atribuidos al constitucionalismo, es decir, no desde un concepto material de Constitución.¹⁷ En este sentido, un sistema jurídico autorreferente (que pretende autofundamentarse a través de sus propias normas jurídicas) y positivo (que trata de conseguir una existencia diferenciada eficaz en el medio que le rodea mediante la incorporación a sus normas jurídicas de expectativas que garantiza contrafácticamente a través de la regulación de la coacción),¹⁸ no tiene por qué ser democrático, pero tiende a organizarse democráticamente para preservar su legalidad, es decir, su propia existencia. La democracia es el principio de estructuración del sistema legal que mejor impele las condiciones de positividad (apertura cognitiva a las nuevas expectativas que surgen en el entorno) y autorreferencialidad (eventual interiorización de esas expectativas, únicamente a través de procedimientos legales, previstos por el propio sistema jurídico).¹⁹

Por tanto, el debate territorial no ha de conducir necesariamente a una confrontación entre el respeto a la legalidad constitucional y el desarrollo del principio democrático, salvo que se realice desde un entendimiento pre- y meta-jurídico de la democracia y de los sujetos de imputación del poder (sean el pueblo español o las colectividades catalana, vasca, gallega, etc...).²⁰ Dado que el principio democrático existe por y para la preservación de la existencia diferenciada del sistema jurídico, no puede identificarse con la simple regla de la mayoría, ni puede ser insensible a la potencialidad de los incumplimientos de la legalidad por parte de una minoría más o menos permanente en una colectividad territorial determinada. Es preciso buscar un equilibrio entre la imposición de la legalidad y que esa legalidad trate de acomodar el máximo posible de expectativas minoritarias, es decir, entre el gobierno de la mayoría y el respeto a las minorías.²¹ La búsqueda

¹⁷ Para un análisis del problema de la secesión en el ordenamiento español desde esa perspectiva material, véase RUIPÉREZ ALAMILLO, 2013, pp. 89 ss.

¹⁸ Sobre la positividad y la autorreferencialidad como características diferenciadoras del sistema jurídico respecto de otros sistemas sociales, véase N. Luhmann, 1993; p. 131 y ss. Y sobre su aplicación a la CE de 1978, véase B. Aláez Corral, 2000; pp. 101-126.

¹⁹ F. J. Bastida Freijedo, 1998; p. 389 y ss.

²⁰ Como ejemplo paradigmático de esa forma de entender la democracia entorno a un sujeto colectivo pre-jurídico véase J. Isensee, 1989; p. 705 y ss.

²¹ Respecto de la imposibilidad de concebir el principio de mayoría la democracia parlamentaria como la mera instauración de la dictadura de la mayoría sobre la minoría, cfr. ya H. Kelsen, 1920; p. 12

de ese equilibrio se hace más perentoria si cabe, si en el territorio en el que se manifiesta esa expectativa colectiva de autodeterminación late la idea de que ésta es mayoritaria en su población.

La soberanía es el dominio absoluto de la coacción, pero, como cualidad de un sistema jurídico que pretenda ser democrático, la fuerza debe regularse para ser aplicada cuando se quebrantan los procedimientos en él establecidos para el diálogo, la transacción y el pacto, no para impedir que esos procedimientos democráticos puedan ser creados, incluso —o mejor sobre todo— cuando se trata de procedimientos para regular las expectativas de autodeterminación externa de colectividades con identidad territorial.²² Jurídicamente esto se traduce en que un ordenamiento constitucional sólo puede mantener su legitimidad en sociedades altamente complejas, como las occidentales del siglo XXI, si cuenta con los procedimientos normativos adecuados para dar respuesta al reto que colectivamente y de forma institucional se presente contra su aplicabilidad general y su eficacia en un determinado territorio. La imposición contra-mayoritaria de la eficacia del ordenamiento en esa parte del territorio utilizando la coacción estatal (con base en el art. 155 CE y el art. 8 CE) es una alternativa que, como han puesto de relieve los recientes acontecimientos en Cataluña, no garantiza la legitimidad —entendida ésta no como la justificación moral o política de un concreto contenido normativo, sino como la predisposición generalizada a aceptar el contenido indeterminado de las decisiones normativas—²³ ni tampoco la estabilidad del propio ordenamiento constitucional en esa parte del territorio. Ello se debe, en buena medida —siguiendo con el ejemplo del conflicto catalán— a que la mera imposición del ordenamiento constitucional vigente pretende reprimir la manifestación de ese reto, pero no parece capaz de eliminar el reto en sí, máxime cuando, por la composición no mayoritariamente autonómica del Senado este mecanismo extraordinario de solución de conflictos territoriales no ha sido configurado en el art. 155 CE de forma arbitral, como un mecanismo de la «Constitución total»²⁴ que, tras la decisión de un órgano imparcial en representación paritaria de las partes, permita restablecer el respeto del orden jurídico que vincula al Estado

y ss.

²² Tal y como pone de relieve la Corte Suprema de Canadá equilibrando los principios de *rule of law and democracy* en su Decisión Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, 254 y ss.

²³ Sobre este entendimiento de la legitimidad, N. Luhmann, 1978; p. 28.

²⁴ En un sentido contrario, L. Álvarez Álvarez, 2016; pp. 299-300, quien pasa por alto la mermada representatividad autonómica que ostenta el Senado, cuyos integrantes son elegidos en aproximadamente un 80% por los cuerpos electorales provinciales —entidades locales del Estado central— y no por las CCAA que eligen solo un 20% de los senadores.

central y las CCAA.²⁵ Utilizando estos instrumentos el sistema jurídico se convierte en más rígido, pero no por ello en más estable, y su pervivencia queda lastrada por la necesidad de imponer su eficacia por la fuerza. A la par, su caracterización como sistema democrático se oscurece, porque la soberanía no se pone al servicio del principio democrático, o sea, al servicio de una convivencia colectiva basada en la garantía de las expectativas de la mayoría ciudadana con el mayor respeto posible a las minorías —sobre todo si estas minorías son mayoría en una colectividad territorial—, sino al servicio de una convivencia forzada.

En este sentido, la soberanía cumple mejor esa función democrática si su encarnación jurídica (el poder de reforma constitucional) crea los procedimientos adecuados para que aquellas colectividades territoriales, respetando los derechos de las minorías, cuenten con la posibilidad de expresar su deseo de ruptura con el ordenamiento jurídico vigente y de materializar esa ruptura.²⁶ Esto se concretaría en el establecimiento, por medio de una reforma constitucional, del derecho de autodeterminación externa de las entidades territoriales existentes en España, es decir, en la constitucionalización de un procedimiento de secesión, jurídicamente reglado por la Constitución española, que permita a aquéllas, bajo ciertas condiciones, separarse formal y lícitamente de España, y sustraerse a la eficacia obligatoria del ordenamiento español. Las razones que pueden llevar a dicha secesión pueden ser de muy diversa índole, pero en cualquier caso reflejarán la pérdida de importancia del sentimiento de solidaridad entre la comunidad territorial que pretende la secesión y el resto de las colectividades integradas en el Estado matriz.²⁷ La constitucionalización de tal derecho de secesión implicaría la apertura democrática del sistema jurídico para poder encauzar la pretensión secesionista en los términos establecidos por el propio ordenamiento jurídico, lo cual dota al sistema de flexibilidad —porque permite canalizar legalmente la pacífica reivindicación secesionista— y de estabilidad —porque deslegitima las hojas de ruta hacia la secesión fuera de los cauces legales. La supuesta soberanía del pueblo vasco, catalán o de cualquier otro reconocido como entidad territorial en el Estado español sólo podría invocarse como un derecho a la secesión proclamado en la Constitución así reformada, e inversamente la soberanía del pueblo español sólo podría invocarse para que tal derecho se ejerza en los términos constitucionalmente previstos.

²⁵ Apartándose del acertado modelo propuesto por H. Kelsen, 1987; p. 127 y ss.

²⁶ Sobre la vinculación entre soberanía y poder de reforma constitucional, véase B. Aláez Corral, 2012; p. 415 y ss.

²⁷ D. E. Tosi, 2007; pp. 293-398.

2. *Argumentos en contra de constitucionalizar el derecho de secesión y su crítica*

Desde la doctrina constitucional se han esgrimido diversos argumentos en contra de constitucionalizar un derecho a la secesión²⁸ (esté o no justificado moralmente). Entre ellos se encuentran principalmente que la secesión se opone a la voluntad de estabilidad y permanencia que pretende toda Constitución en tanto expresión de la organización política que el poder constituyente de un pueblo se da a sí mismo, y que se ve garantizada en la medida en que una parte del pueblo no pueda decidir sobre el destino de todo el pueblo; también el hecho de que tales cláusulas de secesión pueden generar conflictos más graves que los provocados por los problemas que se pretenden afrontar; o, en fin, se aduce la naturaleza eminentemente política del derecho a la secesión y su imposible justiciabilidad ante los tribunales.

Respecto al primer argumento en contra de constitucionalizar un derecho de secesión, se puede decir que quienes lo sostienen piensan en la estabilidad y permanencia de una Constitución entendida en un sentido material, es decir, de unos contenidos normativos concretos (fundamentales), obligatorios en un determinado espacio y para una determinada colectividad humana a la que constituyen, no en la perpetuación de la Constitución como forma jurídica suprema, que utiliza su positividad y su autorreferencialidad para preservarse con independencia de su contenido o de su ámbito territorial o personal de aplicación concretos. Además, es habitual que el poder constituyente-constituido del pueblo/nación suela decidir sin unanimidad, es decir, sobre la base de una decisión de una parte mayoritaria del pueblo que va a afectar al todo, confiando habitualmente a la minoría un poder de decisión silente sobre el todo en la medida en que, al exigirse mayorías cualificadas, la minoría puede bloquear el cambio. Nada se opone, desde un mero punto de vista jurídico-formal, a que esa misma mayoría que ejerce el poder constituyente-constituido del pueblo decida conferir a una parte minoritaria del mismo la capacidad de decidir por todo el pueblo algunos aspectos de la existencia de éste, como la unidad personal y territorial (que es a lo que afecta la secesión), siempre que se den ciertas condiciones democráticas establecidas por aquel poder constituyente-constituido.

Respecto al segundo argumento, puede que haya coyunturas históricas —como pudo ser la española de la transición de 1978— en las que la introducción de la cláusula de secesión hubiese sido arriesgada o incluso contraproducente en términos de estabilidad política, pero transcurridos más de 35 años de democracia

²⁸ En nuestro país A. Sáiz Arnáiz, 2006-2007; p. 36 y ss. y también M. Aragón Reyes, 2014; p. 21.

constitucional, y no resuelta aún de forma completamente satisfactoria la cuestión territorial, no parece temerario explorar en la segunda década del Siglo XXI la constitucionalización de la secesión como una posible vía de canalización de dicho debate territorial.

Por último, respecto del argumento de la naturaleza política y no justiciable ante los tribunales de las cláusulas constitucionales que establecerían el derecho a la secesión, baste decir ahora que toda cuestión constitucional es una cuestión política, y que el mayor o menor grado de consenso constituyente sobre las cuestiones políticas no determina la justiciabilidad de las disposiciones constitucionales. Piénsese, como ejemplo de ello, en la deliberada apertura política del bloque constitucional en nuestro vigente Estado autonómico, que no ha impedido que el respeto a las disposiciones del art. 2 y el Título VIII CE sea controlable por el Tribunal Constitucional, ni inversamente que las concretísimas disposiciones constitucionales relativas a la Corona carezcan de un cauce procedimental específico para su garantía por el Tribunal Constitucional, siendo difícilmente justiciables ante éste. Por otra parte, tampoco la ausencia de una cláusula de secesión en el texto constitucional ha impedido, como la práctica judicial de los últimos tiempos pone de relieve, que se judicialice y por tanto sean justiciables los efectos normativos (impeditivos) del silencio constitucional respecto de la secesión (posibilidad o no de convocar una consulta de autodeterminación, competencia para dicha convocatoria, etc...), cuestiones tan políticas como la de la secesión misma.²⁹

Desde la perspectiva de la teoría política también se ha argumentado en contra de la constitucionalización del derecho de secesión sobre la base de la contraposición que existiría entre tal derecho y los objetivos generales del constitucionalismo, debido a que implicaría un potencial incremento de los riesgos de conflicto étnico, una reducción de las posibilidades de compromiso y debate deliberativo en la toma de decisiones de gobierno, con el correlativo incremento de las situaciones de bloqueo en la adopción de la toma de decisiones políticas cotidianas, o la creación de riesgos de chantaje político y comportamiento político estratégico por parte de las entidades territoriales con derecho a secesionarse, que pondrían

²⁹ Como prueban la STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4.º y la STC 42/2014, de 25 de marzo, FEJ 3º-4.º, así como la STC 31/2015, de 25 de febrero, que declara inconstitucionales diversos preceptos de la Ley 10/2014 del Parlamento de Cataluña, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, y la STC 32/2015, de 25 de febrero, que declara inconstitucionales y nulos el Decreto 129/2014 de la Generalitat de Cataluña, de 27 de septiembre, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña y sus anexos.

en peligro la gobernabilidad a largo plazo.³⁰ Sin embargo, como lúcidamente ha puesto de relieve Weinstock,³¹ dichos argumentos se pueden ver contrarrestados si lo que se constitucionaliza es una cláusula de secesión cualificada, esto es, no accesible a cualquier mayoría existente en la entidad que quiere secesionarse; y si la misma se diseña bien desde el punto de vista técnico jurídico de modo que se conjuren esos peligros y se obligue a los partidarios de la secesión a realizar un análisis racional y no meramente coyuntural de los costes y los beneficios de secesionarse frente a mantenerse en el Estado, teniendo en cuenta los obstáculos constitucionales que deben superar para secesionarse y el impacto que los mismos pueden tener en su propia posición política dentro de la minoría territorial que representan.³²

3. *De la soberanía nacional en el Estado autonómico a la soberanía del pueblo español como demos federal complejo*

Una hipotética cláusula constitucional de secesión debería estar en consonancia con las señas de identidad del sistema jurídico modificado³³ o, dicho de otro modo, no se puede introducir esa cláusula sin cambiar a la vez *los principios estructurales del ordenamiento constitucional que se ven afectados*; de lo contrario a éste le faltaría coherencia interna, que repercutiría negativamente en la funcionalidad constitucional de dicha cláusula de secesión.

Dos invocaciones recurrentes cuando se habla del derecho de secesión son la soberanía y la nación, tanto para afirmar que es un derecho derivado de la supuesta soberanía del pueblo que se autoproclama como nación y reivindica su independencia, como para afirmar la imposibilidad de su inserción constitucional, por suponer una quiebra de la soberanía nacional o sea, de la única nación constitucionalmente reconocida como titular de la soberanía. A ambos conceptos, soberanía y nación, se les atribuye un carácter absoluto y excluyente. La soberanía y la nación se proclaman como únicas e indivisibles. A ello han contribuido más de doscientos años de organización política de las sociedades en Estados-nación, de manera que las naciones, al margen de su mayor o menor identidad cultural,

³⁰ C. Sunstein, 1991; pp. 634-635; D. L. Horowitz, 2003; p. 8 y ss.

³¹ D. Weinstock, 2001; p. 182 y ss.

³² Un análisis detallado de los distintos tipos de chantajes (cínicos unos y realmente explotables los otros) que podrían plantear las entidades territoriales a las que se reconociese un derecho de secesión y su superabilidad con una adecuada configuración constitucional de dicho derecho puede verse en A. Shorten, 2014; p. 99 y ss. Y sobre la superabilidad filosófico-política de los argumentos político-constitucionales en contra de constitucionalizar la secesión véase F. Friedrich, 2007; p. 69 y ss.

³³ Cfr. A. Buchanan, 2013; p. 208

se forjaron como entes políticos gracias al Estado que previamente las constituye jurídicamente y las reconoce como sujeto de imputación de su soberanía. Por tanto, aquel carácter absoluto no es metafísico, sino fruto de la selección política hecha por el ordenamiento jurídico. Como apunta Jennings, siguiendo la estela marcada por Hobbes, «el pueblo no puede decidir hasta que alguien decide quién es el pueblo»,³⁴ y esto sirve para cualquier pueblo, el catalán o el español, como bien ha recordado la STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3.º Hay, pues, que liberarse de esa concepción metafísica y ontológica de la soberanía popular, sobre todo en su concepción como soberanía nacional, porque oculta la función que desempeña el atribuir la soberanía a la colectividad. La proclamación de la soberanía popular cumple la función constitucional de programar el Estado democrático de derecho, al objeto de organizar una sociedad en la que los individuos y los grupos en los que se integran sean libres e iguales. El derecho de secesión no deriva de la soberanía del pueblo que pretende realizarla, sino de la Constitución que así lo programe para dar cauce a la expectativa de autodeterminación externa que anide en ese pueblo.

En un análisis puramente normativo, la soberanía sólo tiene pleno sentido como cualidad del ordenamiento jurídico que expresa tanto su autorreferencialidad (poder para regular su propio cambio) y su positividad (poder para regular cualquier materia y determinar su ámbito personal y espacio-temporal de vigencia).³⁵ En aras de la eficacia del ordenamiento jurídico que se pretende establecer o reformar, la Constitución puede regular este poder soberano de diversas maneras y atribuirlo a un sujeto unitario o a un sujeto complejo y modular la participación de éste en su ejercicio, en función de las materias objeto de decisión. En realidad, muchas constituciones tienen diferentes procedimientos para su reforma en función de qué materias quedan afectadas y de igual manera podría arbitrar qué partes de ese sujeto complejo intervienen en la decisión de las mismas.

La inclusión en la Constitución del derecho de secesión obliga a que el ordenamiento jurídico modifique definiciones y características que son políticas y no verdades inmutables, como, por ejemplo, la idea de que la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española y de que ésta es patria común e indivisible de todos los españoles (art. 2 CE).³⁶ Esto no significa negar

³⁴ I. Jennings, 1956; p. 34

³⁵ F. J. Bastida Freijedo, 1998; pp. 387-388.

³⁶ Como pone de relieve el Tribunal Constitucional, conforme al vigente art. 1.2 CE «en el *actual* ordenamiento constitucional sólo 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

la existencia de la nación española como entidad cultural; sólo privarle jurídicamente, mediante la correspondiente reforma constitucional, de unas características, en particular de la indisolubilidad de su unidad, que previamente le ha atribuido la Constitución aprobada en 1978. La titularidad de la soberanía podría reformularse en el sentido de que «la soberanía reside en el pueblo español, que la ejerce como un todo, o a través de los pueblos de España que lo componen,³⁷ de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Constitución».

Un cambio constitucional de este calado implica asentar la Constitución no en la indisoluble unidad de la nación española, sino en un demos complejo que dé cuerpo a un pacto federal y a la organización territorial de España en un Estado federal. Aunque generalmente el debate del pacto federal gira en torno a la soberanía, esto no plantea especial dificultad en procesos de integración de Estados en una unidad mayor (*coming together federation*), porque hay una voluntad de emprender ese camino. Se habla sin reparo de compartir o de ceder parcialmente la soberanía a favor de la federación que se desea construir, es decir, se habla de álgebra y de geometría. Sin embargo, en procesos de descentralización para conseguir mantener cohesionado el Estado (*holding together federation*) la soberanía se convierte en intocable y en arma arrojadiza; se liga a un sujeto unitario y prejurídico y se esgrime su carácter de poder originario, absoluto, único, indivisible y perpetuo. Todo ello para argumentar que ningún sujeto distinto de la nación es soberano y, de paso, negar la condición de nación a cualquier colectividad en su seno.³⁸ En la misma línea, pero a la inversa, los nacionalismos periféricos afirman la condición de su pueblo como nación soberana y el derecho a separarse de manera unilateral.

El error de este planteamiento es concebir la democracia en términos de soberanía, el poder al servicio del número, el triunfo de la mayoría sobre la minoría

público atribuirle la cualidad de soberano. Un acto de este poder que afirme la condición de «sujeto jurídico» de soberanía como atributo del pueblo de una Comunidad Autónoma no puede dejar de suponer la simultánea negación de la soberanía nacional que, conforme a la Constitución, reside únicamente en el conjunto del pueblo español. Por ello, no cabe atribuir su titularidad a ninguna fracción o parte del mismo» STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3.º Pero en el mismo FJ 4.ºc) no descarta la posibilidad de su reforma. «El planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable (STC 103/2008, FJ 4.º)».

³⁷ En el sentido del *Gesamtstaat* kelseniano (H. Kelsen, 1925; p. 199 y ss.).

³⁸ Véase, F. J. Bastida Freijedo 2017; p. 36 y ss.

(discurso tanto del nacionalismo español como del nacionalismo catalán).³⁹ La perspectiva cambia si se entiende que la esencia de la democracia es el respeto a la minoría. El Estado democrático en una sociedad compleja debe reconocer cauces para que los colectivos nacionales en los que se integra el individuo puedan a su vez defender su singularidad frente a la mayoría nacional estatal, incluso en el plano de la reforma constitucional. Es necesario combinar la aritmética con la geometría, para que las decisiones las adopte el pueblo español como un demos complejo en el que no sólo cuente la condición individual de ser español, sino también su pertenencia al pueblo de la entidad territorial en las que se integra. Esto implica un cambio radical en la organización territorial del Estado, no necesariamente confederal, porque el punto de partida no es la soberanía previa de los sujetos del pacto,⁴⁰ pero sí federal, por cuanto se trata del reconocimiento de estos sujetos como integrantes de un demos constitucional complejo. En este sentido, no sería inherente al pacto reconocer capacidad de veto de las entidades territoriales que en él participan,⁴¹ pero sí una transformación radical del Parlamento, sobre todo de la composición y funciones de la cámara de representación territorial.

En este contexto constitucional, la introducción de una cláusula de secesión expresa la voluntad constituyente del demos complejo del Estado federal de abrir un cauce para que pueda producirse la variación de su ámbito territorial y personal de vigencia a impulso de las entidades federadas que lo componen, y siempre que se cumplan los requisitos procedimentales y/o materiales que la Constitución federal quiera establecer. No cabe la decisión unilateral de independencia sin una negociación previa con el Estado federal, porque, como tantas veces se ha dicho en este trabajo, el derecho a la secesión del que aquí se habla no pretende ser un derecho prejurídico que conserven las entidades territoriales federadas como inherente a una soberanía de la que carecen, ni del ejercicio de un poder constituyente originario por parte de éstas. Se trata de la atribución por el *demos* federal complejo a las entidades federadas en las que se organizan jurídicamente los pueblos de España de una competencia extraordinaria de reforma constitucional para que puedan expresar y, llegado el caso, cumplir su expectativa de independencia. Habida cuenta de que tal cláusula se establece por la existencia de

³⁹ La contradicción desde esta ciega aritmética supuestamente democrática es que el enfrentamiento puede ser entre dos mayorías, la que se forma en España y la que se puede formar contra esa mayoría en Cataluña o en el País Vasco.

⁴⁰ En un sentido diverso, D. E. Tosi, 2007; p. 308 y ss.

⁴¹ Respecto del poder de veto unilateral que algunas Constituciones federales pueden preservar a los Estados federados, G. Jellinek, 1882; p. 272.

un problema enquistado de cohesión territorial, su previsión es un instrumento para garantizar la máxima estabilidad y eficacia del ordenamiento jurídico. Pero, al ser éste democrático, la cláusula no puede limitarse a establecer un abstracto derecho de secesión, sino que debe concretar las condiciones democráticas en que puede ser ejercido, tanto en lo que respecta al procedimiento, como a las mayorías requeridas, para que sean claras y suficientes y se formen con pleno respeto a las minorías. Además, siendo una separación de una parte del demos federal complejo, el principio democrático exige la previsión de un procedimiento negociador con la finalidad primaria de buscar la continuidad de la entidad independentista dentro del Estado federal y, de no haber éxito, negociar la separación de la manera menos traumática posible.

III. EL DERECHO A LA SECESIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

1. *Secesión y derecho humano a la libre determinación de los pueblos*

El derecho a la secesión de una parte del territorio de un Estado soberano no figura, como tal, entre los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional. Sin embargo, se ha discutido extensamente acerca de si el derecho a la libre determinación de los pueblos, recogido en el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en el art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ampara la secesión de un territorio del Estado al que pertenecía anteriormente. De ser así, aunque la secesión no fuera la única fórmula de ejercicio de dicho derecho a la libre determinación, se daría cobertura legal internacional a las pretensiones secesionistas.

Se ha de comenzar diciendo que tanto la inmensa mayoría de la doctrina internacionalista⁴² como la Corte Suprema de Canadá —en su famosa decisión sobre la cuestión de la secesión de Quebec—⁴³ han negado, con carácter general, que un derecho a la secesión de cualquier grupo de habitantes de un Estado soberano encuentre reconocimiento *prima facie* en el derecho humano a la libre determinación de los pueblos. Ni desde el punto de vista de su objeto, que está constituido

⁴² Véase por todos A. Cassese, 1995; pp. 118-124. En España, véase la Declaración sobre la falta de fundamentación en el Derecho Internacional del referéndum de independencia que se pretende celebrar en Cataluña, firmada por 400 profesores y profesoras de Derecho Internacional: <https://web6341.wixsite.com/independencia-cat> (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁴³ Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217.

tanto por la autodeterminación interna como por la autodeterminación externa, reduciéndose esta última a no verse sometidos a dominación militar de una potencia extranjera o a la colonización por una metrópoli, pero no permitiendo afectar total o parcialmente a la integridad territorial de Estados soberanos independientes. Ni tampoco desde el punto de vista de los sujetos titulares de ese derecho, puesto que, aunque el art. 1 de la DUDH, y el art. 1 del PIDCP y del PIDESC hablen de «todos» los pueblos, en lo que se refiere a la autodeterminación externa, dado lo limitado de su objeto en este ámbito, no abarcarían más que a los pueblos coloniales, territorios dependientes o sometidos a la dominación militar de otro Estado, cosa que no es ni ha sido el caso de ninguna colectividad territorial española, al menos desde que los mencionados tratados internacionales están en vigor.

Esta tesis halla su respaldo, además, en la interpretación de los mencionados instrumentos convencionales derivada de las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1514 (XV), 1541 (XV), de la Recomendación General n.º 21 sobre el derecho a la autodeterminación, del Comité de las Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación racial, de 23 de agosto de 1996,⁴⁴ pero sobre todo de la Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, sobre los Principios de Derecho Internacional relativos a las Relaciones de Paz y a la Cooperación entre Estado de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas,⁴⁵ a la que también remite el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General n.º 12 al derecho a la autodeterminación de los pueblos del art. 1 PIDCP.⁴⁶ La Resolución 2625 (XXV) exige conciliar el principio de autodeterminación de los pueblos con el principio de respeto a la integridad territorial de los Estados, que solo cede ante el primero y admite la autodeterminación externa (y por tanto la secesión) en el caso de pueblos coloniales, o en el caso de pueblos no coloniales cuando el Estado matriz no respete el derecho de autodeterminación interna de los pueblos que lo componen y la igualdad de derechos humanos de sus ciudadanos, es decir, cuando la secesión sea el último remedio frente a la opresión de un gobierno del Estado que no es representativo de toda la población del territorio.⁴⁷

⁴⁴ Documento A/51/18, que se puede ver en castellano aquí: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7493&Lang=en (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁴⁵ Véase el texto en castellano de la Resolución 2625 (XXV): [http://undocs.org/es/A/RES/2625\(XXV\)](http://undocs.org/es/A/RES/2625(XXV)) (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁴⁶ Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. 1) que se puede ver en castellano aquí: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=HRI/GEN/1/Rev.9%20%28Vol.%20I%29&Lang=en (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁴⁷ En detalle sobre ello, cfr. T. Musgrave, 1997; pp. 180-210 y R. McCorquodale, 1994; pp. 879-880.

Nada de esto se vio modificado por la Opinión consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre Kosovo de 2008 (A/64/881), dado que el Tribunal, al tiempo que afirma la no ilicitud internacional de la secesión de Kosovo, tampoco afirma su licitud en términos generales,⁴⁸ por lo que dicha licitud dependerá del derecho constitucional interno, siendo la secesión para el derecho internacional un mero acto político respecto del cuál aquél permanece neutral,⁴⁹ quedando a expensas de la práctica de los demás Estados el reconocimiento de todo nuevo Estado producto de una secesión unilateral contra el ordenamiento constitucional del Estado matriz.⁵⁰

En este sentido, se puede decir que desde el punto de vista del derecho internacional el ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos no coloniales, ni sometidos a una potencia extranjera, se agota en su vertiente de «autodeterminación interna» (participación democrática en el proceso político-decisionario del Estado en el que están integrados), es decir, en el caso de España en su participación en las instituciones del Estado y en su autonomía política como CC.AA., pero no les faculta a su «autodeterminación externa», esto es, a la formación de un Estado soberano propio o la integración en otro distinto de aquel al que pertenecen mediante la secesión,⁵¹ salvo que la situación evolucionara hacia la generalizada violación de los derechos humanos en ese territorio y la falta de autodeterminación interna de sus ciudadanos dentro del Estado español. En otras palabras, el derecho a la secesión solo se aceptaría en el Derecho Internacional —en el mejor de los casos— como un derecho-remedio,⁵² lo cual no sería de aplicación a las nacionalidades y regiones que integran España, que desde 1978 han gozado ex art. 2 CE de un amplio nivel de autonomía política. Incluso aunque el derecho internacional reconociese a todos los pueblos, coloniales o no, un derecho a la autodeterminación externa mediante la secesión, dicho reconocimiento entraría en contradicción con el texto constitucional de 1978 —que afirma expresamente

⁴⁸ Cfr. M. Medina Ortega, 2014; p. 167.

⁴⁹ Cfr. I. Urrutia Libarona, 2012; p. 123.

⁵⁰ La práctica internacional desde 1945 muestra que la mayoría de los Estados en general son reacios a reconocer a los nuevos Estados nacidos de una secesión unilateral *contra constitutionem* cuando los mismos no son antiguas colonias ni territorios sometidos a dominación por una potencia extranjera: sobre ello en detalle, J. Crawford, 1999; p. 92 y ss.

⁵¹ D. Raic, 2002; pp. 228-234, 316-324. En un sentido similar, en España, J. Ridao i Martí, 2014; pp. 96-101; y M. Medina Ortega, 2014; p. 154 y ss.

⁵² Sobre las distintas teorías justificativas filosófico-políticamente del derecho a la secesión (entre las que se encuentran las teorías del derecho-remedio y de la justa-causa), véase A. Buchanan, 1997; pp. 34-37; W. Norman, 2003; p. 198 y ss.

en su art. 2 la indisoluble unidad de la nación y la integridad territorial del Estado— y, dada la posición infraconstitucional de los tratados,⁵³ su implementación requeriría una previa reforma constitucional que constitucionalizase ese derecho a la secesión,⁵⁴ como se verá después.

2. *La constitucionalización de la secesión en el derecho constitucional comparado*

A pesar de lo dicho en el apartado anterior, no es menos cierto que tampoco existe en el derecho internacional una expresa prohibición de la regulación del ejercicio del derecho a la autodeterminación externa de una parte del pueblo de un Estado y en concreto de la previsión de un procedimiento de secesión, por lo que no existe un obstáculo jurídico internacional a su constitucionalización por los Estados.⁵⁵

Ciertamente, hay Estados, como Portugal, Italia o Alemania, que, como se dirá después, mediante una cláusula de intangibilidad que abarca la estructura territorial y/o la unidad del Estado niegan —expresamente o por vía de la interpretación jurisprudencial y doctrinal— la posibilidad de que la Constitución, ni siquiera tras una reforma constitucional, pueda permitir la secesión de parte del territorio estatal y, por tanto, la autodeterminación externa de parte del pueblo del Estado. Junto a ellos, otros Estados declaran la indisoluble unidad de la nación española (art. 2 CE), la indivisibilidad de la República francesa (art. 1 Const. francesa), la indisolubilidad de los EEUU (*Texas v. White*, 74 U.S. 700, de 1868), cláusulas constitucionales todas ellas que se opondrían a la secesión de parte del territorio de un Estado,⁵⁶ pero esas declaraciones por sí solas no impedirían, como se verá después, que por vía de reforma constitucional se pudiera constitucionalizar un procedimiento de secesión que permita romper esa unidad.⁵⁷

Además, existen algunos ejemplos históricos o contemporáneos de esa expresa constitucionalización de la secesión, sin que ni su reducido número ni su mayoritaria adscripción a un constitucionalismo no liberal-democrático constituyan

⁵³ DTC 1/1992, de 1 de julio, FJ 4.º y DTC 1/2004, de 1 de noviembre, FJ 4.º

⁵⁴ Cfr. J. Ruipérez Alamillo, 2013; pp. 111-112. *Sensu contrario* también la STC 42/2014, de 25 de marzo, FFJJ 3.ºb)-4.º

⁵⁵ S. Mancini, 2012; p. 487 y ss.

⁵⁶ Sobre ello en detalle A. Sáiz Arnáiz, 2006-207; pp. 38-41.

⁵⁷ En *Dillon v. Gloss*, 25 U.S. 368, de 1921 el Tribunal Supremo de los EEUU abandona el planteamiento de que el poder de reforma constitucional del art. V esté sometido a límites materiales implícitos y por tanto sería factible introducir mediante una reforma constitucional un derecho a la secesión, aunque para hacerlo sería necesaria la aprobación por parte de todos los Estados miembros de la Unión, al conllevar la secesión la pérdida (voluntaria) del derecho de voto en el Senado del Estado que se separa.

prueba alguna de la falta de racionalidad jurídico-constitucional de este tipo de disposiciones, habida cuenta, sobre todo, de que en tiempos pasados no existió un cuestionamiento de la soberanía del Estado nación y consiguientemente de su integridad territorial (más allá de del proceso descolonizador), conectado con la globalización y con la construcción del derecho a la libre determinación de los pueblos como un derecho humano, pero sobre todo habida cuenta de que, como se detallará después, nuestro análisis parte de una concepción exclusivamente formal-funcional de Constitución.

Algunos de esos ejemplos históricos son el de la Constitución de la extinta URSS o el de la Constitución de Sudán. Así, el art. 72 de la Constitución de la URSS (1977) preveía que «toda República de la Unión conservará el derecho a separarse libremente de la URSS», precepto que se desarrolló en la práctica por la Ley relativa al procedimiento de resolución de cuestiones conectadas con la secesión de las Repúblicas integrantes de la URSS, de 3 de abril de 1990, que entre otros requisitos requería la aprobación en referéndum por 2/3 de los ciudadanos de la URSS residentes permanentes y con derecho de voto en la república candidata a la secesión (art. 6).⁵⁸ Por su parte, el art. 219 de la Constitución Provisional de Sudán (2005) reconocía el derecho del pueblo de Sudán del Sur a su autodeterminación mediante un referéndum sobre la secesión que, conforme al art. 222, debía estar supervisado internacionalmente.⁵⁹ Nunca quedó claro, constitucionalmente hablando, si la Constitución de Yugoslavia de 1974 garantizaba o no un derecho de secesión a las repúblicas socialistas federadas, puesto que, aunque su Preámbulo y su art. 1 hablaban de la unión voluntaria de las naciones que integran Yugoslavia en ejercicio de su derecho a la autodeterminación, diversos preceptos, como el art. 203 excluirían el uso de los derechos constitucionales garantizados para poner en peligro la existencia del Estado,⁶⁰ lo que sin duda en buena medida conlleva la secesión de una parte de éste.⁶¹ Lo mismo cabe decir de la Ley Constitucional 143/1968 de la Federación checoslovaca, vigente a la fecha (1992) en la que se produce la disolución pacífica de la Fe-

⁵⁸ Véase el texto en inglés de la Ley: <http://soviethistory.msu.edu/1991-2/shevarnadze-resigns/shevarnadze-resigns-texts/law-on-secession-from-the-ussr/> (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁵⁹ Véase el texto en inglés de la Constitución provisional de Sudán: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/sd/sdo03en.pdf> (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁶⁰ Véase el texto en inglés de la Constitución de la República Federal socialista de Yugoslavia, de 1974: <http://www.worldstatesmen.org/Yugoslavia-Constitution1974.pdf> (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁶¹ Concluyendo, con base en la práctica política de la Presidencia de Yugoslavia, que no se admitía un derecho a la secesión de las repúblicas federales R. F. Iglar, 1992; pp. 218-220.

deración, y la constitución de los dos nuevos Estados soberanos de la República Checa y la República Eslovaca. Aunque el Preámbulo y el art. 1.1 y 2 de dicha Ley Constitucional disponía la federación voluntaria y basada en el derecho a la autodeterminación de los Estados-nación de Chequia y Eslovaquia hasta su separación, ninguna disposición de la Constitución de 1968 preveía el ejercicio futuro ni del derecho de autodeterminación de ambas naciones ni mucho menos del derecho o procedimiento de secesión.⁶² Lo anterior, no obstante, las fuerzas políticas dominantes en Chequia y en Eslovaquia, tras la declaración de independencia de esta última el 17 de julio de 1992, acordaron y llevaron a efecto pacíficamente la disolución de la Federación, sin oposición y con el beneplácito de las autoridades federales.⁶³

Y entre los ejemplos vigentes de constitucionalización de la secesión se encuentran la Constitución de Etiopía, la Constitución de Uzbequistán y la Constitución de San Cristóbal y Nieves. En efecto, el art. 39 de la Constitución de Etiopía (1994) dispone en su apartado primero que «toda nación, nacionalidad y pueblo de Etiopía tiene el derecho incondicional a la autodeterminación, lo que incluye el derecho a la secesión», añadiendo en el apartado cuarto de ese mismo artículo el procedimiento para llevar a cabo dicha secesión, que incluye, entre otros, una mayoría de 2/3 del parlamento de la nación, nacionalidad o pueblo afectado, la celebración de un referéndum organizado por el gobierno federal sobre la secesión, que para ser aprobado requeriría la mayoría de los votos emitidos.⁶⁴ De igual modo, el art. 74 de la Constitución de Uzbequistán (1992) reconoce a la República autónoma de Karakalpakstán el derecho a secesionarse de la República de Uzbequistán mediante un referéndum celebrado entre los ciudadanos de la primera.⁶⁵ Por último, el art. 113 de la Constitución de San Cristóbal y Nieves (1983) reconoce a la isla de Nieves el derecho a dejar de estar federada con la isla de San Cristóbal y a que la Constitución federal deje de ser obligatoria para ella, previendo el procedimiento a seguir para que ello sea posible, que incluye, entre otros requisitos, una decisión por mayoría cualificada de

⁶² Véase el texto en inglés de la Ley constitucional 143/1968, de 27 de octubre, sobre la Federación Checoslovaca: <http://czecon.law.muni.cz/content/en/ustavy/1968/> (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁶³ Sobre el proceso de disolución de la República socialista de Checoslovaquia, véase B. Holigova, 2017; pp. 315-319.

⁶⁴ Véase el texto en inglés de la Constitución de Etiopía: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/et/et007en.pdf> (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁶⁵ Véase el texto en inglés de la Constitución de Uzbequistán: <http://constitution.uz/en> (consultado el 30 de mayo de 2018).

2/3 de los miembros del Parlamento de Nieves, así como su subsiguiente aprobación en referéndum por 2/3 de los votantes de la isla de Nieves, a los que también debe haberse presentado, seis meses antes de la celebración del referéndum, un proyecto de Constitución para la futura Nieves independiente (o integrada en otro Estado).⁶⁶

Finalmente, también existen ejemplos de ordenamientos sin una Constitución formal, como el Reino Unido, en los que se ha aceptado la posibilidad de celebrar un referéndum sobre la secesión de ciertos territorios con identidad nacional (Escocia), siempre que se den una serie de requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico del Estado matriz. Así, el Gobierno británico acordó con el Gobierno escocés en el «Acuerdo de Edimburgo de 15 de octubre de 2012»⁶⁷ la adopción de un reglamento de desarrollo de la Ley de devolución de poderes a Escocia de 1998, en virtud del cual se transfería singularmente al Parlamento Escocés la competencia para legislar, en los términos y condiciones fijados en el Acuerdo y reflejados en el mencionado reglamento, sobre la celebración de un referéndum relativo a la independencia de Escocia antes del 31 de diciembre de 2014.⁶⁸ Ahora bien, esto solo es posible por la existencia de un marco constitucional flexible que permite que los actores políticos diseñen —si tiene voluntad de hacerlo— una suerte de pluralismo constitucional que deja la Constitución fuera de los tribunales,⁶⁹ pero también porque lo único que se regula es el poder para promover una consulta de carácter político, sin que el marco legal o constitucional predeterminen jurídicamente cuáles deban ser los efectos de la decisión tomada en el referéndum. Y ello, como se ha visto en el Reino Unido con ocasión del referéndum sobre la salida de la Unión Europea, no es una cuestión que pacifique y resuelva jurídicamente el problema.⁷⁰ En este sentido, de haber triunfado el referéndum de secesión escocés —en puridad un plebiscito de secesión— hubiera sido necesario que el Parlamento británico, para darle efectividad, derogase expresamente, entre otras Leyes, la Ley del Parlamento inglés de Unión con Escocia

⁶⁶ Véase el texto en inglés de la Constitución de San Cristóbal y Nieves: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_kna_const_stkitts.pdf (consultado el 30 de mayo de 2018).

⁶⁷ Véase el texto del acuerdo en inglés: <https://www.gov.scot/Resource/0040/00404789.pdf> (consultado el 30 de julio de 2018).

⁶⁸ Véase el texto en inglés de la Scotland Act 1998 (Modification of Schedule 5) Order 2013: <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2013/9780111529881> (consultado el 30 de julio de 2018).

⁶⁹ Walker, 2014; p. 529 y ss.

⁷⁰ N. Barber/ T. Hickman/J. King, 2016.

de 1706⁷¹ y la Ley del Parlamento escocés de Unión con Inglaterra de 1707,⁷² lo cual no habría sido especialmente difícil en términos jurídico-formales dada la flexibilidad de la «Constitución» británica.

A pesar de que habitualmente se invoque Canadá como ejemplo de ordenamiento abierto a la secesión, en nuestra opinión no cabe encajarlo dentro de los sistemas que constitucionalizan un derecho a la secesión. Una cosa es que el Parlamento canadiense, siguiendo lo dispuesto en la Sentencia de la Corte Suprema de Canadá sobre la secesión de Quebec de 1998, haya aprobado una Ley de Claridad⁷³ en la que se prevé la posibilidad de que las provincias celebren referendos sobre la secesión y en la que se fijan las condiciones bajo las cuales el Gobierno federal debería entrar a una negociación con la provincia en la que exista esa voluntad clara y suficiente de separarse de Canadá. Y otra cosa bien distinta es que la previsión de ese referéndum sea el punto de llegada de la secesión. El referéndum es solo un punto de partida de un camino político-constitucional hacia la secesión de final más bien incierto, en el que la dificultad de lograr la secesión en Canadá es jurídico-constitucionalmente elevadísima, habida cuenta de que la mencionada Sentencia de la Corte Suprema de Canadá niega la existencia de un derecho constitucional a la secesión, y del mandato democrático de negociar no deduce el deber jurídico de llegar a un acuerdo sobre la secesión, que de alcanzarse debería, en todo caso, tramitarse como una reforma constitucional.⁷⁴ Además, a la luz de lo dispuesto en la parte v de la Ley Constitucional de 1982, relativa a la modificación de la Constitución de Canadá, la formalización constitucional del acto de secesión está sometida a un procedimiento ultra-rígido de reforma constitucional en el que se requiere el consentimiento de todas las provincias, pues la secesión implicaría el cese del Teniente Gobernador de la Provincia que abandone Canadá, una alteración del uso de las lenguas inglesa y francesa en el territorio de Canadá, así como de la composición de la Corte Suprema de Canadá, materias todas ellas cuya modificación está sujeta a la unanimidad provincial por la Sec. 41 de la citada Ley constitucional.⁷⁵

⁷¹ Véase el texto en inglés de la Union with Scotland Act 1706 (1706 c. 11): <http://www.legislation.gov.uk/aep/Ann/6/11/contents> (consultado el 30 de julio de 2018).

⁷² Véase el texto en inglés de la Union with England Act 1707 (1707 c. 7): <http://www.legislation.gov.uk/aosp/1707/7/introduction> (consultado el 30 de julio de 2018).

⁷³ Ley de claridad canadiense (S.C. 2000, c. 26).

⁷⁴ Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217.

⁷⁵ En este sentido P. J. Monahan, 1995; p. 5-15.

IV. ¿CÓMO CONSTITUCIONALIZAR EL DERECHO A LA SECESIÓN

1. *Inexistencia de límites materiales a la reforma constitucional que protejan la unidad de la Nación Española*

La hipótesis que se ha avanzado hasta ahora es que la constitucionalización de un derecho a la secesión es una posible y novedosa fórmula de canalización jurídica de las tensiones que genera el problema de la identidad territorial en España. Esta constitucionalización habría de realizarse por vía de reforma constitucional, dado que en nuestro sistema constitucional de poderes constitucionales explícitamente tasados no cabe una tercera vía entre el inmovilismo y la constitucionalización de un derecho de secesión (o la secesión misma directamente decidida en una reforma constitucional), como se hizo en el Reino Unido con el referéndum de independencia escocés. La mera apelación al principio democrático, en los términos en los que lo hizo la Corte Suprema de Canadá, no es suficiente para construir interpretativamente esta tercera vía en nuestro país, dado que las consecuencias de este principio vienen determinadas por la Constitución española misma, y ni pueden consistir en la imputación a las entidades territoriales de competencias o potestades no previstas por nuestro sistema legal,⁷⁶ ni permiten saltarse el necesario procedimiento de reforma constitucional en caso de querer proceder directamente a romper con la indisoluble unidad de la nación española y permitir la secesión de parte del territorio nacional.⁷⁷

El debate sobre la posibilidad de reformar la Constitución para introducir una cláusula de secesión está íntimamente ligado al propio concepto y función de la reforma, y a su vez al concepto y función de la Constitución. Desde una caracterización material de Constitución, que define su posición a partir de su valor y legitimidad políticas para la existencia del Estado, del pueblo o de determinados valores políticos o morales, la reforma constitucional se convierte en un instrumento de garantía en el tiempo de la Norma Fundamental y, sobre todo, en un mecanismo para articular la continuidad histórica de un Estado constituido por un pueblo soberano sobre un territorio. Partiendo de este concepto de Constitución, el poder constituyente constituido, o de reforma constitucional, no estaría habilitado para romper esa continuidad histórica del Estado, y por tanto, no estaría habilitado para modificar la Constitución introduciendo un derecho a

⁷⁶ Cfr. A. López Basaguren, 2013; p. 95.

⁷⁷ Por todas, véanse, la STC 42/2014, de 25 de marzo, la STC 114/2017, de 17 de octubre, y la STC 124/2017, de 8 de noviembre.

la secesión⁷⁸ pues ello conllevaría un atentado contra la integridad territorial del Estado sobre la que se sustenta la legalidad constitucional. La indisoluble unidad de la nación española declarada en el art. 2 CE se erigiría, así, en un límite material implícito a la reforma constitucional⁷⁹ y la secesión de parte del territorio nacional solo sería posible por la vía extra-jurídica del ejercicio del poder constituyente originario del pueblo español que cambiase de Constitución.⁸⁰

Sin embargo, desde una caracterización formal-funcional de Constitución, que define su posición de supremacía a partir de la función normativa que ésta cumple en el interior del sistema jurídico-positivo, y no a partir de su contenido político, la reforma constitucional aparece como una *consecuencia estructural* de éste, que pretende desarrollar autorreferencialmente su «*positividad*», permitiendo interiorizar a través de procedimientos jurídicamente reglados cualesquiera nuevas expectativas que surjan en el entorno social, incluidas las que afectan a los aspectos políticos esenciales del sistema constitucional, como el territorio sobre el que éste tiene vigencia, para así preservar su diferenciación funcional respecto del resto de los sistemas sociales.⁸¹

En nuestra opinión, en un mundo altamente complejo en el que muchas esferas sociales se han globalizado, solo se puede entender la Constitución desde una perspectiva formal-funcional. La existencia diferenciada del ordenamiento jurídico y su propia validez dependen en buena medida de su grado de «*positividad*», una de cuyas manifestaciones es la inserción eficaz del sistema en el medio, y ésta requiere la institucionalización de la posibilidad de cambio,⁸² pues la misma pacifica el proceso de garantía de expectativas encauzándolo a través del derecho y domestica el poder constituyente originario,⁸³ juridificando su ejercicio como poder de reforma constitucional y sometándolo a reglas formales.⁸⁴ Por ello, cualquier contenido constitucional, incluida la previsión de un procedimiento de secesión, debería poder ser constitucionalizado a través de una reforma constitucional,⁸⁵ consista ésta en la adición, sustitución o supresión de una, varias o todas las nor-

⁷⁸ En este sentido, cfr. J. Ruipérez Alamillo, 2013; p. 89 y ss.; y J. De Miguel Bárcena, 2018; pp. 138-139.

⁷⁹ Cfr. J. Tajadura Tejada, 2009; pp. 380-382.

⁸⁰ J. Ruipérez Alamillo, 2013; pp. 131-133.

⁸¹ Cfr. B. Aláez Corral, 2000; p. 133 y ss.

⁸² Cfr. D. S. Lutz, 1994; p. 357.

⁸³ Cfr. W. Dellinger, 1983; p. 431.

⁸⁴ Es lo que H. L. A. Hart, 1994; p. 149 y ss. denomina «soberanía auto-comprensiva» (*self-embracing omnipotence*).

⁸⁵ Ya I. De Otto y Pardo, 1987; p. 22.

mas constitucionales,⁸⁶ salvo que el propio sistema constitucional haya petrificado ciertos contenidos constitucionales, como la unidad de la nación o la integridad territorial, mediante una prohibición expresa o implícita⁸⁷ de reforma constitucional.⁸⁸ Lo que en ningún caso cabría es deducir dichos límites materiales de la existencia de últimas certidumbres morales o políticas metapositivas de las cuales traería su fundamento el sistema jurídico-positivo,⁸⁹ pues ello solo es posible desde un concepto material de Constitución que disuelve la normatividad diferenciada del Derecho en la Política o la Moral.⁹⁰

Si existen determinados contenidos que se desea sustraer a la «positividad» del sistema, ello normalmente es debido a la elevadísima inestabilidad de determinadas expectativas, algunas de las cuales pueden ser trascendentales para el sistema social como es el caso de los principios estructurales, incluido el relativo a la unidad territorial del Estado. Se trata por regla general de prohibiciones de cambio que se revelan inadecuadas y huérfanas de eficacia, pues se mantienen sólo mientras exista una opinión pública que no dé ninguna oportunidad política de éxito a las violaciones de estos límites jurídicos a la «positividad». Y los hechos de los últimos años revelan, en particular en Cataluña pero también en el País Vasco, que la expectativa de la unidad nacional de España es muy inestable en dichos territorios. Por ello, contra los riesgos de la absoluta «positividad» del sistema jurídico sólo se puede luchar desde dentro de aquél, no con la imposición de límites materiales a la reforma constitucional cuya utilidad marginal es mínima.⁹¹

En todo caso, más allá de estos argumentos teórico-constitucionales, tres razones de orden jurídico-positivo excluyen *prima facie* que la unidad de la Nación española represente un límite material absoluto a la reforma constitucional. En primer lugar, la afirmación de la supremacía del texto constitucional que se lleva a cabo en el art. 9.1 CE,⁹² elemento significativo de la plena positividad del sistema

⁸⁶ Sobre los posibles contenidos de la reforma constitucional, véase la exhaustiva clasificación de K. Löwenstein, 1968; p. 110 y ss.

⁸⁷ En el ordenamiento español, véase ya J. Jiménez Campo, 1980; p. 95 y ss. respecto del valor de la dignidad de la persona.

⁸⁸ Los límites implícitos no se deben confundir con los límites que se consideran inmanentes a unos valores o principios constitucionales meta-positivos, al margen del texto constitucional; al respecto de éstos, véase Y. Roznai, 2013; p. 670 y ss.

⁸⁹ Cfr. J. R. Vile, 1995; p. 201.

⁹⁰ Véase B. Aláez Corral, 2000; p. 246 y ss.

⁹¹ N. Luhmann, 1981; pp. 144-145.

⁹² Tal y como ha afirmado claramente nuestro Tribunal Constitucional en su DTC 1/2004, de 1 de noviembre, FJ 4.º

jurídico español. En segundo lugar, la expresa previsión en el título X de dos procedimientos de reforma constitucional, uno de los cuales (art. 168 CE) permite la revisión total de la Constitución, así como la reforma de los contenidos nucleares del sistema constitucional, entre los que están, además de la ya mencionada cláusula de supremacía (art. 9.1 CE), la indisoluble unidad de la nación española y su integridad territorial (art. 2 CE), y la imputación de la soberanía nacional al pueblo español (art. 1.2 CE), encuadrados todos dentro del Título Preliminar. Además, el título X CE está huérfano de toda mención a cualesquiera límites materiales absolutos a la reforma constitucional, a diferencia de lo que ocurre con otros ordenamientos de nuestro entorno que sí han incluido expresa (art. 288 a) de la Constitución Portuguesa⁹³ o implícitamente (art. 5 en relación con el art. 139 de la Constitución Italiana⁹⁴ o art. 79.3 en relación con el art. 20 de la Ley Fundamental de Bonn)⁹⁵ la unidad territorial del Estado entre los límites materiales al poder de reforma constitucional. En tercer y último lugar, la deducción implícita de una prohibición de reforma constitucional de la proclamada indisolubilidad de la unidad de la nación española (art. 2 CE), se encontraría en una disfuncional «discordancia práctica» con la mencionada previsión expresa en el art. 168 CE de la posibilidad de una reforma constitucional total o una reforma que afecte a los principios estructurales del Título Preliminar, incluida la unidad de la nación española.

Ninguna interpretación del texto constitucional en clave histórica o teleológica debiera enfrentarse a la interpretación de éste adecuada al cumplimiento por su parte de su función de canalización de expectativas desde el medio social hacia el interior del ordenamiento estatal. La unidad de la nación española puede operar, como lo ha hecho, como límite a la validez de una norma infraconstitu-

⁹³ No es el caso del art. 89.4 Const. Francesa, que establece únicamente un límite temporal, no uno material a la reforma constitucional, al modo y manera de lo que hace el art. 169 CE, pues prohíbe iniciar o tramitar cualquier procedimiento de reforma constitucional mientras sufra menoscabo la integridad territorial, no que ese pueda ser el objeto de la reforma.

⁹⁴ Tal y como los ha interpretado la Corte Costituzionale italiana en la Sentencia núm. 118 de 25 de junio de 2015, FJ 7.2, relativa a una ley de referéndum consultivo de autodeterminación de la Región del Véneto, con remisión a la Sentencia núm. 1146 de 15-29 de diciembre de 1988 FJ 2, considerando a la unidad de la república un elemento esencial del ordenamiento constitucional (implícitamente) susstraído al poder de reforma constitucional.

⁹⁵ Véase el Auto del Bundesverfassungsgericht de 16 de diciembre de 2016 (2BvR 349/16) relativo a la celebración de un referéndum sobre la secesión de Baviera. Aunque el Auto carece de una fundamentación extensa, la doctrina ha vinculado la implícita prohibición de secesión con la cláusula de intangibilidad del art. 79.3 LFB y con el significado tanto histórico como actual del principio federal del art. 20.1 LFB protegido por ésta; sobre ello véase C. Doerfert, 2016; pp. 711-713.

cional como el Estatuto de Autonomía,⁹⁶ una Ley autonómica⁹⁷ o una decisión parlamentaria,⁹⁸ pero no frente al poder constituyente-constituido que se ejerce por el procedimiento del art. 168 CE, de modo que se trata de una unidad normativa que no se opone a la posible segregación (división) territorial siempre que discurra por los cauces constitucionalmente previstos.⁹⁹

Por tanto, el carácter fundamentador que la dicción literal del art. 2 CE atribuye a la indisoluble unidad de la Nación española no la convierte en una entidad pre- y suprapositiva de la cual deriven jurídicamente su validez la Constitución misma y, con ella, su forma de organización territorial. Jurídico-constitucionalmente la unidad de la Nación española no es, pues, la unidad de una entidad metafísica prejurídica, sino una unidad normativa que halla su expresión en la CE de 1978. Aunque la nación española (y el pueblo español que a estos efectos es la formulación democrática de la misma) puedan considerarse realidades históricas pre-existentes a la propia Constitución (como también el pueblo catalán o el pueblo vasco), se constituyen en el mundo jurídico como sujetos solo en virtud de su reconocimiento constitucional.¹⁰⁰ De ahí que su carácter fundamentador sólo pueda referirse a que la unidad nacional preside la existencia del sistema jurídico en su conjunto e impide que, sin su reforma previa, se realicen determinadas formas de estructuración de la creación normativa incompatibles con dicha unidad nacional, como la secesión o la confederación. Pero lo anterior no impide que por el adecuado procedimiento de reforma constitucional también esta unidad pueda ser modificada.¹⁰¹

Por consiguiente, en qué consista la integridad territorial del Estado español es algo constitucionalmente modificable en vía de reforma constitucional,¹⁰² que podría prever la secesión de parte del territorio existente como español en el momento de entrada en vigor de la CE. Que en esta materia el debate jurídico está trufado de argumentos metajurídicos queda patente si en vez de Cataluña, se tratase de Ceuta y de Melilla. La cesión de estos territorios a Marruecos podría en determinadas circunstancias concitar un consenso de los grupos parlamentarios y disponerla a través de una reforma constitucional. En tal caso

⁹⁶ STC 31/2010, de 28 de junio, FFJJ 3.º, 7.º y 12.º

⁹⁷ STC 114/2017, de 17 de octubre, FJ 5.º c), y STC 124/2017, de 8 de noviembre, FJ 5.º c).

⁹⁸ STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3.º

⁹⁹ Respecto de Italia, en este mismo sentido, F. Modugno, 1999; p. 1013.

¹⁰⁰ Así lo refiere expresamente la STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3.º

¹⁰¹ En este sentido también A. Sáiz Arnáiz, 2006-2007; p. 37 y A. López Basaguren, 2013; p. 88.

¹⁰² Cfr. en la doctrina ya J. Rodríguez-Zapata Pérez, 1999; p. 118; y en la jurisprudencia constitucional la STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4.º

seguramente no se esgrimiría la imposibilidad de llevarla a cabo por ser la unidad de la nación española límite implícito a la reforma constitucional ni se alentaría a las Fuerzas Armadas a intervenir para cumplir con su deber constitucional del art. 8 CE de proteger la integridad territorial.

2. *Necesidad de aplicar el procedimiento agravado de reforma para constitucionalizar un procedimiento de secesión*

De lo expuesto hasta el momento se deduce que nada obsta de *constitutione ferenda* a la constitucionalización de un derecho a la secesión, siempre que se haga a través del procedimiento de reforma constitucional. Ahora bien, es preciso analizar someramente cuál, de entre los previstos en el título X CE, ha de ser el procedimiento de reforma por el que debe discurrir su hipotética constitucionalización.

En primer lugar, es preciso aclarar que la transformación territorial que conlleva la secesión no puede llevarse a cabo *extra ordinem* por la vía de la actualización de un concepto histórico-material de Constitución, subyacente al texto constitucional, que la contemple como un pacto entre cuerpos políticos, los territorios forales (entre los que se encuentra el País Vasco) de un lado, y el Reino de España de otro, preexistentes a la misma CE de 1978,¹⁰³ esto es, sin seguir los procedimientos de reforma constitucional expresamente previstos. No cabe en nuestro sistema constitucional un *higher law making* al margen del título X,¹⁰⁴ pues ello no sólo sería inadecuado para el cumplimiento de la función de la Constitución respecto de la diferenciación del sistema jurídico, sino que, además, podría resultar profundamente antidemocrático, al basarse en presupuestos desde los que difícilmente puede definirse en términos de igual y plural participación quién ha de componer dichos cuerpos políticos y adoptar la decisión de segregarse o asociarse.

Ciertamente, los derechos históricos de los territorios forales vienen amparados por la D.A. 1.ª CE, pero según jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional su actualización sólo puede tener cabida en el marco de lo dispuesto por la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía, y nunca de forma que resulte irreconocible su imagen histórica y tradicional.¹⁰⁵ Ni siquiera aunque se aceptase que los territorios forales en su caracterización actual como CCAA hubiesen sido en alguna ocasión Estados independientes y se hubiesen asociado libremente al Estado español, lo que no se corresponde con la configuración constitucional de

¹⁰³ Sobre este entendimiento de la CE de 1978 véase M. Herrero De Miñón, 1998; p. 88 y ss., 320 y ss.

¹⁰⁴ Como propone para la Constitución de los EEUU B. Ackerman, 1989; pp. 486-515.

¹⁰⁵ Cfr. entre otras la STC 32/1981 de 2 de febrero, FJ. 4.º; la STC 76/1988 de 26 de abril, FFJJ 4.º y 5.º; la STC 159/1993 de 6 de mayo, FJ 6.º; y la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 10.º

sus derechos históricos,¹⁰⁶ cabría que éstos variasen su *estatus* a través de un nuevo pacto político entre iguales (la llamada bilateralidad) celebrado al margen de los procedimientos de reforma constitucional previstos por el texto de 1978,¹⁰⁷ ni tampoco mediante una decisión unilateral de secesión, pues ello implicaría bien la falta de supremacía de la CE de 1978 sobre esos territorios durante sus cuarenta años de vigencia, o bien la vulneración de unos procedimientos de reforma que obligan también a los territorios asociados.

Por ello, en segundo lugar, la elección del procedimiento de reforma adecuado para la constitucionalización de un derecho a la secesión se reduce a los dos procedimientos previstos en el título X CE, el simple del art. 167 y el agravado del art. 168, y está en función de los efectos que dicha transformación tendría sobre el ordenamiento constitucional. La secesión afecta al ámbito personal y territorial de vigencia del sistema jurídico, por lo que solo puede introducirse en el texto constitucional a través del procedimiento agravado de reforma constitucional del art. 168 CE. Como el ámbito personal y territorial de vigencia de la CE de 1978 está regulado en los arts. 1, 2, y 9 CE, es decir, en el Título Preliminar, la introducción de un procedimiento de secesión altera estos ámbitos y «*afecta*» al Título Preliminar, al punto de necesitar parte de su articulado una nueva redacción acorde con la reforma que se pretende. No cabe duda alguna de que la constitucionalización de un derecho a la secesión conllevaría permitir la parcial disolución de la soberanía del Estado español, como consecuencia de la pérdida de supremacía de la CE de 1978 en aquella parte del territorio que se ha secesionado. La aspiración secesionista presupone, constitucionalmente hablando, la disolución de la supremacía de la CE de 1978 sobre parte de los poderes públicos y los ciudadanos implícitamente incluidos en el art. 9.1 CE. Tal aspiración afecta también al principio estructural de Estado autonómico y a la unidad de la nación española del art. 2, así como a la atribución de la soberanía nacional al pueblo español (art. 1.2).¹⁰⁸

Además, para evitar esta agravación procedimental no cabe utilizar el art. 167 en un doble grado o secuencia, de modo que en un primer grado se modificase el art. 168 para excluir de su ámbito de aplicación los artículos del Título Preliminar afectados, y en un segundo grado, igualmente por el art. 167 se introdujese el procedimiento de secesión.¹⁰⁹ El término «afectar» del art. 168 obliga a utilizar

¹⁰⁶ En un sentido semejante J. Rodríguez-Zapata Pérez, 1999; p. 120.

¹⁰⁷ Sobre la necesidad de interpretar de forma constitucionalmente adecuada la bilateralidad e las relaciones entre Cataluña y el Estado véase la STC 31/2010, de 28 de junio, FFJJ 13.º y 110.º

¹⁰⁸ STC 114/2017, de 17 de octubre, FJ 5.º, y STC 124/2017, de 8 de noviembre, FJ 5.º

¹⁰⁹ Como sugiere L. Payero López, 2014; p. 24.

el procedimiento previsto en dicho artículo —y *sensu contrario* proscribire el uso del procedimiento del art. 167— para llevar a cabo toda modificación constitucional que altere, directa o indirectamente, el núcleo esencial identificativo de los preceptos constitucionales en aquél referidos,¹¹⁰ entre los que se encuentran la supremacía constitucional, la unidad del Estado o la soberanía del pueblo español pero también el propio art. 168 y su alcance procedimental y material, dado que la ultra-rigidez prevista en él es, sin duda, al menos en lo que se refiere a los principios estructurales del Estado, un elemento esencial de su configuración constitucional.

El art. 168 CE diseña un procedimiento agravado de reforma en el que se intenta conciliar de forma peculiar las exigencias democráticas de respeto a las minorías y de autodeterminación de los individuos y los grupos, con las exigencias normativo-funcionales de la soberanía del Estado. En efecto, de un lado, la iniciativa para introducir un derecho de secesión puede corresponder a las entidades territoriales, conforme los arts. 166 y 87.2 CE, a través de las Asambleas Legislativas de las CC.AA. afectadas.¹¹¹ Pero, de otro lado, la decisión última sobre la constitucionalización del procedimiento de secesión es una decisión que, al afectar a la soberanía del pueblo español, sólo puede corresponder a los órganos del Estado en su conjunto, por mayorías altamente cualificadas, y no, por consiguiente, sólo a los territorios que aspiran a la secesión.

Con todo, debe dejarse constancia de que el procedimiento de reforma constitucional actualmente arbitrado por el art. 168 CE presenta algunos graves déficits de representatividad territorial y falta de coherencia con un demos complejo como el que se propuso en el apartado II.2 de este trabajo. De un lado, la falta de representatividad de los intereses territoriales en adopción parlamentaria de la decisión de la reforma constitucional, dado que el Senado —cuya participación en el procedimiento agravado es paritaria con el Congreso—, por su deficitaria composición autonómica, no alcanza a expresar los intereses territoriales que el art. 69 CE le encomienda representar. De otro lado, el art. 149.1.32.^a CE deja en manos exclusivas del Estado que las instituciones autonómicas puedan consultar a los ciudadanos acerca de la conveniencia de impulsar la reforma constitucional que articule un procedimiento consensuado y reglado de secesión.¹¹² Por último, a la luz del silencio tanto del art. 168 CE como de la Ley orgánica 2/1980, de 18

¹¹⁰ Cfr. B. Aláez Corral, 2000; p. 333 y ss.

¹¹¹ STC 42/2014, de 25 de marzo, FEJJ 3^o-4.^o

¹¹² Es jurisprudencia constitucional constante desde la STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4.^o Sobre ello en detalle, J. M. Castellá, 2014; p. 45 y ss.

de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, el cuerpo electoral español adoptaría la decisión final sobre la reforma constitucionalizadora de la secesión en circunscripción única por una mayoría de síes en toda España, cuando lo coherente con un demos federal complejo sería que se requiriese además un voto mayoritario afirmativo en la mayoría de los cuerpos electorales de las CCAA.

V. CONTENIDO DE UNA HIPOTÉTICA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE SECESIÓN

1. *Objeto de la cláusula constitucional de secesión*

Hasta el momento se ha estado fundamentando dogmático constitucionalmente la posibilidad de constitucionalizar un derecho a la secesión como vía más radical de canalización jurídica de las tensiones de identidad territorial que experimentan Estados territorialmente complejos como España. Dado que esta hipotética cláusula constitucional de secesión se integraría en la Constitución de un Estado social y democrático de derecho, la misma debería tener por objeto articular un proceso democrático decisorio en el que —por cauces de participación directa y representativa— una parte de los ciudadanos de lo que constitucionalmente es hoy el pueblo español se autodeterminen jurídicamente expresando su voluntad de separarse de España.

No se trata, pues, de buscar fórmulas para constitucionalizar la celebración de referendos consultivos en las CCAA, a través de los cuales las instituciones representativas del pueblo español en su conjunto puedan conocer la opinión de los ciudadanos de aquéllas respecto de su identidad territorial, para que las instituciones representativas españolas decidan después en consecuencia.¹¹³ Ni tampoco se trata de que las instituciones representativas nacionales y el cuerpo electoral español en su conjunto mediante el referéndum de reforma constitucional previsto en el art. 168 CE accedan directamente a las pretensiones de autodeterminación externa de una parte del territorio y reformen la Constitución española para hacer efectiva la secesión de aquélla,¹¹⁴ que no dejarían de ser formas de heterodeterminación respecto de los territorios que pretendan secesionarse.

El objeto de la cláusula que introduzca un derecho a la secesión en la CE de 1978 presupone dos condiciones normativo-constitucionales previas: en primer

¹¹³ Como propone F. Rubio Llorente, 2012.

¹¹⁴ Opciones exploradas y propuestas también como mecanismos de desbloqueo; véase por todos, A. López Basaguren, 2013; p. 100 y ss.

lugar, su objeto normativo debe adecuarse estructuralmente al resto del sistema constitucional, lo que, como ya se apuntó antes, requiere dotar expresamente de una estructura federal al Estado español, en la que las entidades territoriales que lo componen sean constitutivas del Estado y en la que la soberanía del pueblo español se pueda ejercer —también cuando se ejerce el poder constituyente-constituido— tanto por órganos de representación general como por órganos de representación especial territorial, o por las entidades territoriales mismas, es decir por el demos federal complejo al que se hizo referencia anteriormente. En segundo lugar, la introducción de una cláusula de secesión es incompatible con una declaración de indisolubilidad de la unidad nacional, como la que actualmente está presente en el art. 2 CE, que debería suprimirse para evitar problemas de coherencia en la redacción del texto constitucional.¹¹⁵

De lo anterior ya se desprende que el *objeto de la cláusula de secesión* ha de ser establecer un derecho de las entidades territoriales constitutivas del Estado español a expresar democráticamente, a través de un procedimiento constitucionalmente reglado, su voluntad de poner unilateralmente fin a la vigencia de la CE de 1978 en el territorio de dichas entidades. En este sentido, dado que España es un Estado que respeta los derechos humanos, incluido el derecho a la autodeterminación interna y externa del pueblo español en su conjunto, y dado que la base jurídica de ejercicio de ese derecho a la secesión ha de ser la decisión del pueblo español de constitucionalizarlo en ejercicio de su poder constituyente-constituido, es por lo que este derecho no se constitucionalizaría como un derecho-remedio, sino como un derecho-primario que se reconoce por la exclusiva voluntad normativa del pueblo español para ser ejercitado sin causalidad¹¹⁶ por las colectividades territoriales que lo componen, es decir, sin que éstas tengan que acreditar ninguna causa para la secesión que vaya más allá de la existencia de una voluntad ciudadana, expresada por el procedimiento de secesión constitucionalmente reglado.¹¹⁷

En lo que respecta a la cuestión a decidir por la entidad que inste la secesión, ésta ha de centrarse en determinar si pretende su independencia (soberanía) nor-

¹¹⁵ B. Aláez Corral, 2015; pp. 161-163.

¹¹⁶ Siguiendo el modelo procedimental y el modelo sin culpa de secesión, y apartándose del modelo sustantivo y del modelo culposo de secesión. Sobre ellos A. Buchanan, 2013; p. 212 ss.

¹¹⁷ Esta opción por un modelo procedimental, no causal, es la tónica general en los pocos ejemplos históricos de cláusulas de secesión constitucionalizadas, como las de la URSS, la de Etiopía de 1994, la de San Cristobal y Nieves de 1983, o finalmente la solución de la Corte Suprema de Canadá; sobre ello en detalle D. E. Tosi, 2007; pp. 304-307.

mativa respecto del Estado matriz,¹¹⁸ y no en otras cuestiones distintas, como un aumento de competencias, un nuevo modelo de financiación, etc..., que deberían vehicularse por los procedimientos ordinarios de reforma constitucional existentes. Precisamente por estos potenciales efectos del proceso de secesión para la eficacia territorial y personal de la Constitución del Estado matriz, la cláusula de secesión tendría una virtualidad reformadora de la CE de 1978, que haría que su ubicación sistemática natural debiera ser el título X, como un procedimiento extraordinario de reforma constitucional.¹¹⁹

La consideración de la cláusula de secesión como un procedimiento extraordinario de reforma constitucional exige, por otra parte, dar respuesta a una objeción que se ha hecho a la constitucionalización de la secesión, la relativa a la no justiciabilidad de la secesión ante la jurisdicción constitucional por su naturaleza de cuestión eminentemente política.¹²⁰ Con independencia de que toda cuestión constitucional es una cuestión política, y las normas sobre reforma constitucional en tanto núcleo de toda Constitución formal son las disposiciones que expresan la decisión política más fundamental (una parte de la competencia sobre las competencias junto con la justicia constitucional), el mayor o menor grado de apertura política de las disposiciones constitucionales no determina su justiciabilidad, e inversamente la ausencia de una cláusula de secesión en el texto constitucional no impide, como la práctica judicial de los últimos años ha puesto de relieve,¹²¹ que se judicialicen y por tanto sean justiciables los efectos normativos del silencio constitucional respecto de la secesión. Piénsese en el control de constitucionalidad de la convocatoria de una consulta de autodeterminación, de la competencia para

¹¹⁸ Tal y como han puesto de relieve los procesos de consulta en Quebec y en Escocia. En el primero, el art. 1.3 de la Ley de Claridad canadiense (SC. 2000, c.26), establece que la pregunta debe tener por objeto reflejar una clara expresión de la voluntad de la población de una provincia canadiense acerca de si esa provincia debe dejar de formar parte de Canadá y convertirse en un Estado independiente. Por su parte en el caso de Escocia, de conformidad con el *Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland de 15 de octubre de 2012*, la pregunta del referéndum que tuvo lugar el 18 de septiembre de 2014 fue la de si Escocia debía convertirse en un Estado independiente.

¹¹⁹ B. Aláez Corral, 2015; p. 164.

¹²⁰ A. Sáiz Arnáiz, 2006-2007; pp. 50-51 y ss.

¹²¹ Son varias las jurisdicciones constitucionales europeas que de uno u otro modo se han pronunciado judicialmente sobre la cuestión política de las consultas o decisiones secesionistas: a las múltiples veces mencionadas SSTC 42/2014, 114/2017 y 124/2017, se pueden añadir en Alemania el Auto del Bundesverfassungsgericht de 16 de diciembre de 2016 (2BvR 349/16) relativo a la celebración de un referéndum sobre la secesión de Baviera, y en Italia la Sentencia núm. 118 de 25 de junio de 2015, FJ 7.2 sobre un referéndum consultivo de autodeterminación en el Véneto.

dicha convocatoria, etc... , que son cuestiones tan políticas como la de la secesión misma. Además, que el resultado de una reforma constitucional sea una norma del mismo rango y valor normativo que la Constitución enmendada, únicamente obsta, desde un punto de vista lógico-jurídico, a que sea enjuiciable jurisdiccionalmente la norma constitucional resultante,¹²² pero no a que puedan serlo, a través de un procedimiento de control de constitucionalidad preventivo, los actos de tramitación de esa reforma, que en el caso de la secesión serían las condiciones orgánico-procedimentales contenidas en la cláusula de secesión, pero nunca las causas políticas de la secesión, dado que el derecho no se constitucionalizaría como un derecho-remedio.

2. *Propuesta de procedimiento constitucional para el ejercicio del derecho de secesión*

Aunque en estas páginas no se pretende dar una fórmula textual concreta a una hipotética cláusula de secesión en la CE de 1978, sí se puede avanzar que la definición del procedimiento que conduzca a la secesión requeriría concretar, al menos, tres extremos,¹²³ a los que nos referiremos brevemente, teniendo en cuenta las experiencias de las pocas Constituciones comparadas en las que se ha regulado y aplicado, así como la doctrina al respecto.¹²⁴ En primer lugar, qué entidades territoriales deberían estar legitimadas para impulsar y decidir la secesión de una parte del territorio del Estado; en segundo lugar, cuáles deberían ser las mayorías requeridas y las fases en las que adoptar tan drástica decisión: y por último, si deben existir o no plazos y negociaciones previas como condiciones procedimentales para secesionarse. La respuesta a estas tres cuestiones debe estar presidida, a nuestro entender, por la idea de que la secesión debe garantizar a un tiempo tanto la articulación de un procedimiento autorreferente, y por tanto legal, para la garantía de la expectativa secesionista, como el respeto a las expectativas de las minorías (internas a la colectividad que decida secesionarse) y de las mayorías (el resto de los ciudadanos del pueblo español) en garantía del interés

¹²² B. Aláez Corral, 2000; p. 385 y ss. En un sentido diverso defendiendo el control de constitucionalidad de las (leyes) de reforma constitucional, R. Punset Blanco, 1995; pp. 209-210.

¹²³ Habría muchas más cuestiones que concretar como, por ejemplo, los requisitos para participar como elector en la decisión acerca de la secesión, los términos de una posible reversión de la secesión, el formato de las negociaciones sobre la secesión, o en fin los procedimientos jurisdiccionales adecuados para garantizar ante el Tribunal Constitucional el correcto desarrollo del procedimiento de secesión, pero su estudio excede con mucho los objetivos de este trabajo.

¹²⁴ Entre las pocas reflexiones doctrinales existentes acerca del procedimiento constitucional para la secesión, cabe mencionar las de M. Antic, 2007; p. 153 y ss.

general, evitando que el derecho a la secesión se utilice como un chantaje para la negociación de las políticas ordinarias.¹²⁵

Por lo que se refiere a la *identificación del sujeto que puede impulsar y decidir la secesión* se trata, ciertamente, de una cuestión de difícil definición, sobre todo habida cuenta de la histórica y heterogénea pluriétnicidad de nuestro Estado. Dicha cuestión, a su vez, se puede subdividir en dos aspectos. El primero hace referencia a qué entidades deben estar legitimadas para instar la secesión. En nuestra opinión, tanto el impulso como la decisión final sobre la secesión, si se quiere que ésta siga siendo la constitucionalización del derecho a la autodeterminación externa de los pueblos de España, deben corresponder a las *entidades territoriales integradas en el Estado español, y no al conjunto de las instituciones de este Estado*. Por ello, parece razonable, en congruencia con el sistema constitucional vigente,¹²⁶ seguir el modelo de identificación de las entidades territoriales adoptado por nuestro texto constitucional para el acceso a la autonomía política y atribuirle esa capacidad de iniciativa de secesión a *las existentes CCAA* (se denominen así o futuros Estados federados). Este criterio logra, a nuestro entender, un equilibrio adecuado en la autoafirmación de la propia identidad territorial entre un criterio objetivo o étnico, preferido seguramente por las CCAA históricas, y un criterio subjetivo o voluntarista, al que por equiparación democrática deberían ser acreedoras las demás CCAA.¹²⁷ Por su parte, el segundo aspecto se refiere a cómo se expresa la voz auténtica de esa entidad acerca de impulsar y decidir la secesión, es decir, qué órganos de las entidades territoriales deberían adoptar las decisiones de impulsar y acordar la secesión.¹²⁸ Con carácter general, debería corresponder a sus *Parlamentos* y a sus *cuerpos electorales autonómicos*, aunque ello se pone en relación con la cuestión de las mayorías requeridas y las fases del proceso de secesión, a las que se aludirá seguidamente.

En lo que se refiere a las mayorías requeridas las *mayorías* deberían ser *cualificadas y reforzadas*, tanto en el Parlamento como en el cuerpo electoral autonómico decisorios, a fin de lograr una mayoría clara y suficiente de ciudadanos de la entidad territorial que no desea continuar integrada en el Estado español, y no

¹²⁵ Cfr. D. Weinstock, 2001; p. 196 y ss.

¹²⁶ Cfr. A. Buchanan, 2013; p. 225

¹²⁷ Es mejor que exigir simplemente un número mínimo de ciudadanos que soliciten la secesión respecto del Estado al que pertenecen, como propone M. Antic, 2007; p. 155, puesto que esta mera agregación de voluntades sin un mínimo recorrido histórico de voluntad democrática conjunta ni tampoco sin un mínimo de comunidad cultural, étnica o lingüística generaría más inestabilidad que estabilidad para el sistema constitucional.

¹²⁸ A. Buchanan, 2013; p. 223

banalizar con la presunción de su unidad política. Habida cuenta de que, como consecuencia del sistema electoral, la mayoría parlamentaria puede no coincidir con la mayoría política expresada en las urnas,¹²⁹ el requisito de una mayoría cualificada debería cumplir también el de que sea reforzada, en el sentido de que represente un cualificado porcentaje de los votos recibidos por las formaciones políticas de los grupos parlamentarios que votan a favor del impulso y decisión del proceso de secesión. Cuando intervenga el cuerpo electoral, su decisión también ha de ser adoptada por una mayoría cualificada, referida en este caso al porcentaje de votos afirmativos en relación con el censo electoral y no con los votos válidamente emitidos. Además, podría añadirse un reforzamiento en relación con el consenso deseable entre las distintas partes del territorio que sirven para conformar la representación parlamentaria.

Por lo que respecta al procedimiento de secesión, éste debería discurrir en *dos fases, distanciadas entre sí por un período de negociación*, a fin de garantizar suficientemente la reflexión y el debate sobre la secesión y los derechos de los ciudadanos implicados.¹³⁰ En una *primera fase de impulso o iniciativa de la secesión* se requeriría la expresión de dicha voluntad secesionista por una mayoría parlamentaria cualificada de la entidad territorial, que refleje su voluntad clara y suficiente de impulsar la secesión, y siempre que la cuestión de emprender esta iniciativa haya estado expresamente incluida en el programa electoral de los grupos políticos con representación parlamentaria que la promueven en la elección inmediatamente anterior.¹³¹ Aceptando que la expectativa de la secesión no es fácil de alcanzar en sociedades democráticas bien consolidadas,¹³² una *mayoría de 2/3 del Parlamento autonómico, que represente políticamente una mayoría de los votos válidamente emitidos en las precedentes elecciones a ese Parlamento*, se podría considerar una mayoría adecuada en esta fase de impulso para evitar el uso de la secesión como mecanismo de chantaje político por parte de la entidad territorial con respecto al conjunto federal, y para garantizar que no se trata de propuestas insuficientemente consensuadas dentro de la entidad territorial. También serviría para que la minoría disidente con la secesión, que pudiera existir dentro de la entidad te-

¹²⁹ De acuerdo con el resultado de las últimas elecciones autonómicas catalanas, los grupos parlamentarios independentistas suman mayoría absoluta; sin embargo, sólo representan el 47,5 por ciento de los votos válidamente emitidos.

¹³⁰ En un sentido similar M. Antic, 2007; p. 153 y ss.

¹³¹ Así lo requiere también, por ejemplo, el art. 113.2 c) de la Const. San Cristóbal y Nieves, al exigir que se presente a los electores seis meses antes del referéndum un proyecto detallado y completo de futura Constitución como Estado independiente

¹³² Cfr. S. Dion, 1996; p. 269 y ss.

territorial proponente, tenga un cierto poder de bloqueo que proteja sus derechos dentro del Estado español. Es decir, una mayoría cualificada y reforzada funcionaría como mecanismo de protección del elemento democrático-deliberativo del sistema jurídico.¹³³ A pesar de que en el proceso de constitución de las CCAA la CE previó (art. 151) una doble consulta al cuerpo electoral de los territorios que aspiraban a su autonomía (primero en un plebiscito sobre la decisión de acceder a la autonomía y luego en un referéndum para aprobar su Estatuto de Autonomía), consideramos inadecuado el recurso en esta fase de impulso a la exigencia adicional de una consulta al cuerpo electoral del territorio secesionista. Al tratarse de una cuestión políticamente tan trascendente y sensible, así como destructiva del vínculo jurídico con el pueblo español, más que constructiva de una nueva forma de pertenencia a éste con autonomía política, la consulta popular —binaria en su propia naturaleza y requerida de claridad por la trascendencia de su objeto— resultaría traumática y generadora de muchas tensiones en el interior del territorio que aspira a la secesión,¹³⁴ por lo cual el recurso a la voluntad popular directamente expresada debería operar solo para ratificar la decisión de secesionarse una vez agotadas las opciones negociadas de evitar la secesión.

Adoptada la decisión de impulsar la secesión y una vez trasladada a las instituciones del Estado central, sería razonable, antes de pasar a la segunda fase decisoria sobre la secesión, exigir al Gobierno del territorio que impulsa la secesión y al Gobierno central que desarrollen una *negociación bilateral y paritaria para tratar de buscar una solución alternativa*: por ejemplo, auspiciando una reforma constitucional del modelo de organización territorial que evite la secesión. *En caso de no encontrarla, la negociación se centraría en fijar los términos económicos, políticos y jurídicos en los que debe tener lugar la secesión*. Un plazo de dos años para desarrollar dicha negociación, al modo y manera de lo que dispone el art. 50 TUE respecto de la retirada voluntaria de la Unión Europea de algún Estado miembro, sería más que razonable. No obstante, a fin de que el posible estancamiento en la negociación no se convierta en un obstáculo que paralice la funcionalidad constitucional de la cláusula de secesión, la falta de acuerdo no debería impedir que se pasase a la segunda fase decisoria y que la entidad secesionista pudiese convocar a su cuerpo electoral para la adopción de la decisión definitiva. Aunque la obligación constitucional de negociar sería jurídicamente vinculante, parece difícil admitir un control de constitucionalidad del resultado de la negociación

¹³³ Cfr. W. Norman, 2003; pp. 217-218. En sentido diverso, C. Sunstein, 1991; p. 666 y ss.

¹³⁴ Como pone de relieve, por ejemplo, la experiencia de Quebec, en palabras de uno de sus más cualificados observadores, S. Dion, 2013.

por el Tribunal Constitucional, pues, más allá de las dificultades para que dicho control sea reconocido como legítimo, solo parecería admisible que el Tribunal Constitucional pudiese controlar que no ha habido una negativa formal y expresa de una de las partes a negociar, o que se hayan roto las negociaciones antes del plazo constitucionalmente previsto.¹³⁵ Tampoco parecería razonable establecer una instancia arbitral ajena al Estado español para dirimir las controversias que impiden llegar a un acuerdo contra-secesión o pro-secesión en ese período de dos años y mucho menos que esa instancia arbitral fuera la UE, dado que el art. 4.2 TUE le obliga a respetar la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional, así como las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial.¹³⁶

Si transcurrido el plazo de negociación de 2 años no se llegase a un acuerdo que evitase la secesión, o tan pronto como se hubiese alcanzado un acuerdo acerca de los términos en los que llevar a cabo el traspaso de poderes soberanos que conlleva la secesión, se pasaría a la *segunda fase decisoria del proceso de secesión*, en la que la entidad territorial que inició el proceso de secesión podrá decidir unilateralmente sobre la misma y por tanto sobre la pérdida de vigencia de la CE de 1978 en esa parte del territorio.¹³⁷ En esta fase tiene el máximo sentido atribuir la competencia decisoria última al cuerpo electoral de la entidad territorial mediante un referéndum que sea expresión directa de la voluntad ciudadana de operar la reforma constitucional y secesionarse, pues pocas cuestiones son tan profundamente constitucionales como ésta.¹³⁸ El referéndum debería ser convocado por el Gobierno de la entidad territorial pero solo previa *autorización de su Parlamento* por igual mayoría cualificada y reforzada a la que permitió iniciar el proceso de secesión. Se reforzará así —con esta doble aprobación parlamentaria— la legitimidad democrática de la decisión secesionista y se tendrá en cuenta

¹³⁵ En un sentido parecido la Corte Suprema de Canadá en Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, 271-272.

¹³⁶ B. Aláez Corral, 2015; pp. 169-170.

¹³⁷ La eficacia personal de las normas constitucionales y del resto del ordenamiento español depende del estatuto personal que confiere la nacionalidad y, aunque la Comunidad Autónoma secesionada se convirtiese en un nuevo Estado y atribuyese nacionalidad a sus ciudadanos, ello no implicaría necesariamente, al menos desde la perspectiva del derecho constitucional español, que los mismos vayan a perder la nacionalidad española si son españoles de origen, dado que el art. 11.3 CE dispone que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad; cfr. E. Sagarra i Trias, 2014; p. 13 y ss.

¹³⁸ A. López Basaguren, 2013; p. 101.

también el impacto en el proceso decisorio de un posible cambio político en la composición del Parlamento territorial acaecido durante el ínterin de los 2 años de negociación.

Dicho lo anterior, respecto de la mayoría a alcanzar en el referéndum de secesión, debe exigirse una mayoría cualificada y reforzada de 2/3 de los electores con derecho de voto, pues la misma logra que esa decisión se adopte por una mayoría clara y suficiente,¹³⁹ por las mismas razones que se indicaron respecto del ejercicio de la iniciativa del procedimiento de secesión, equilibrando democráticamente el respeto a la voluntad de la mayoría y los derechos de la minoría.¹⁴⁰ Una cuestión más controvertida es si para la decisión de separarse es suficiente la mayoría de 2/3 del cuerpo electoral o debe reforzarse con la confirmación por una mayoría simple (más síes que noes) de los votantes en cada uno de los territorios que componen las circunscripciones en las elecciones al Parlamento autonómico. La respuesta a esta cuestión depende del grado de cohesión territorial del pueblo que desea la secesión. Podría concluirse que una «mayoría clara y suficiente» exige ese reforzamiento territorializado de la decisión, para que no suceda un fenómeno como el de «Tabarnia», región ficticia formada por diversas comarcas catalanas de las provincias de Barcelona y Tarragona que son mayoritariamente contrarias a la independencia y que propugnaría un plebiscito para decidir seguir siendo parte de España. Así, si la circunscripción electoral es la provincia, la decisión del cuerpo electoral en un asunto como la secesión debería tener en cuenta, además de una mayoría cualificada de 2/3 de los electores con derecho a voto, una mayoría reforzada en cuanto a que el voto afirmativo haya sido mayoritario entre los votantes de cada circunscripción.¹⁴¹

¹³⁹ Idéntica mayoría requería el art. 6 de la Ley de la URSS, 3 de abril de 1990, relativa a cuestiones vinculadas con la secesión de una República de la Unión. En contraste el art. 113.2 b) Const. de San Cristóbal y Nieves rebaja la mayoría a 2/3 de los votos válidamente emitidos. Por su parte, el art. 2.2 de la Ley de Claridad canadiense (SC. 2000, c.26) no prevé directamente ninguna mayoría, sino que deja en manos del Parlamento federal de Canadá la valoración de si el resultado del referéndum arroja esa mayoría clara y suficiente sobre la base del número de votos válidos emitidos, la mayoría de síes alcanzada y las demás circunstancias relevantes, a lo cual el art. 4 de la Ley de Quebec relativa al ejercicio de los derechos fundamentales y las prerrogativas del pueblo y el Estado de Quebec (2000, c. 46), regulando el jurídicamente inexistente derecho de autodeterminación de Quebec, ha contestado exigiendo solo una mayoría del 50%+1 voto de los válidamente emitidos.

¹⁴⁰ Sobre la conexión entre la rigidez constitucional y el principio democrático, I. De Otto y Pardo, 1987; p. 58 y ss.

¹⁴¹ Nos apartamos así, como consecuencia del devenir de los acontecimientos en los últimos años, de la postura asumida en B. Aláez Corral, 2015; p. 171.

De no alcanzarse las mayorías requeridas en esta segunda fase decisoria, sería razonable establecer un límite temporal a la posibilidad de volver a intentar la iniciativa de secesión, a fin de evitar las indeseables consecuencias de la tensión social que genera un proceso de estas características. Una posible propuesta sería que al menos transcurra el plazo de la incorporación de una nueva generación de electores, es decir, 16 o 18 años, según la edad a la que se fije el ejercicio del derecho de sufragio, dada la naturaleza constituyente de la decisión a tomar con el procedimiento de secesión.¹⁴²

Adoptada en esta segunda fase la decisión de la secesión por la mayoría cualificada y reforzada del electorado, ha de tenerse en cuenta, como ha puesto de relieve la Corte Suprema de Canadá en relación con la secesión de Quebec,¹⁴³ que la cuestión del éxito ulterior de la secesión (y por tanto la viabilidad del nuevo Estado fruto de la misma) es para el Estado matriz una cuestión eminentemente fáctica, no jurídica,¹⁴⁴ que depende de factores como el futuro control efectivo del territorio o el reconocimiento como Estado por la comunidad internacional.¹⁴⁵ Aunque la aplicación de la cláusula de secesión sea el producto del ejercicio del poder constituyente-constituido del Estado matriz que lo regula a través de una competencia decisoria atribuida a una parte de su ciudadanía, y en ese sentido el reconocimiento de la secesión de esa parte del territorio sería un acto jurídico del Estado español, sus efectos normativos terminan en la separación de ese territorio y en la consiguiente pérdida de vigencia de la CE sobre él, pero no alcanza a la creación de un nuevo Estado efectivamente soberano sobre el territorio secesionado. Ello sin perjuicio de que el acto de secesión constituya, al tiempo que una reforma de ámbito espacial y personal de validez de la Constitución del Estado matriz, también la *Grundnorm* que confiere validez jurídica al futuro ejercicio del

¹⁴² El art. 10 de la Ley de la URSS, 3 de abril de 1990, relativa a cuestiones vinculadas con la secesión de una República de la Unión preveía un plazo de 10 años de demora entre referéndums de secesión cuando no se hubiese alcanzado la mayoría requerida.

¹⁴³ Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, 274

¹⁴⁴ Sobre la consideración del resto de los ordenamientos estatales que rodean al ordenamiento de un Estado como meros hechos desde una perspectiva monista (con primacía del ordenamiento estatal), cfr. T. Schilling, 1994; p. 300 y ss.

¹⁴⁵ Téngase en cuenta la Opinión consultiva del Comité de arbitraje Badinter (en cumplimiento del mandato recibido por la Conferencia de paz para Yugoslavia el 20 de noviembre de 1991), conforme a la cual la cuestión de la existencia o desaparición de un Estado es una cuestión de hecho vinculada a la existencia de un poder político organizado sobre un territorio y una población determinados, y que el reconocimiento por otros Estados es meramente declarativo (Opinión n.º 1), en la línea de lo que establece también para el ámbito americano la Convención de Montevideo de 26 de diciembre de 1933, sobre derechos y deberes de los Estados (art. 1).

poder constituyente originario por parte de la ciudadanía y de las instituciones de la entidad territorial secesionista.¹⁴⁶

3. *¿Condiciones materiales al ejercicio del derecho de secesión?*

Para concluir, cabe preguntarse si la cláusula de secesión propuesta debiera prever algún tipo de condicionante material a la secesión, especialmente como mecanismo de salvaguarda hacia el futuro de los derechos democráticos de las minorías perdedoras en el proceso deliberativo que se haya desarrollado dentro de la entidad territorial. Ciertamente, dado que, como se ha dicho, la cláusula de secesión se configura como un procedimiento extraordinario de reforma constitucional previsto por la Constitución del Estado español, y no como el ejercicio de un derecho prejurídico de las colectividades territoriales que quieren secesionarse, nada obstaría jurídicamente a que aquélla, en su positividad, pudiera establecer condiciones materiales al ejercicio del derecho de secesión.¹⁴⁷ Ello no obstante, este condicionamiento se debe descartar por varias razones teórico-constitucionales.

De un lado, se puede decir, que las garantías democráticas que caracterizan el procedimiento de secesión propuesto, especialmente las relativas a las mayorías cualificadas y reforzadas exigidas para las decisiones parlamentarias y referendaria, la necesidad de plazo de reflexión y de negociación, así como el recurso al mecanismo de democracia directa (referéndum decisorio) sólo en la última fase del proceso de secesión, pueden servir para garantizar los derechos fundamentales de las minorías y el desarrollo democrático del proceso en el presente, pero no suponen ninguna garantía jurídica de que ello vaya a ser así en el futuro, si el ejercicio del derecho de secesión resulta exitoso. De otro lado, condicionar materialmente el ejercicio de este derecho de secesión desde la Constitución del Estado matriz no sería compatible con la naturaleza y función que se pretende atribuir a la cláusula constitucional de secesión¹⁴⁸ por dos razones fundamentales.

¹⁴⁶ En un sentido semejante, D. E. Tosi, 2007; p. 313 y ss.

¹⁴⁷ Así lo hace, por ejemplo, el art. 3.2 de la Ley de Claridad canadiense (sc. 2000, c.26) en relación con la protección de los derechos territoriales de la población aborigen de Canadá o los derechos de las minorías.

¹⁴⁸ Otra cosa es que se quiera considerar al poder constituyente originario del naciente Estado tras la secesión como sometido a límites implícitos derivados del derecho natural o del derecho internacional de los derechos humanos, pero más allá de las objeciones de dogmática jurídica que se han expresado en otro lugar (Aláez Corral, 2000, p. 246 ss.), no parece que sea posible su coerción eficaz sin la colaboración de las instituciones de dicho Estado en formación: cfr. Y. Roznai, 2013; p. 557, 571 y ss., 583 y ss.

La primera razón se refiere a que, como se ha visto, el *leit motiv* de constitucionalizar un derecho a la secesión es que el derecho y el consiguiente procedimiento de secesión sirvan para canalizar constitucionalmente la expectativa democrática de autodeterminación externa de las colectividades territoriales que constituyen el Estado español, y por eso debe ser constitucionalizada como una decisión unilateral de las entidades legitimadas para impulsar la secesión. Ello se vería desfuncionalizado si el ejercicio del derecho de secesión se subordinase al compromiso por parte de dicha entidad de, una vez secesionada, adecuar a determinados valores o principios el ejercicio de su poder constituyente originario para darse su futura Constitución como Estado soberano.

La segunda razón hace referencia a la dificultad para hacer efectiva la obligatoriedad jurídica de semejantes condiciones materiales, puesto que, aún en el hipotético supuesto de que se estableciese la necesidad de comprometerse a elaborar una Constitución sobre la base de ciertos principios y valores democráticos (piénsese en aquellos a los que se refiere el art. 2 TUE, y el respeto a los derechos humanos tal y como los garantiza el CEDH), y que incluso el proyecto de dicha Constitución debiera ser presentado previamente a los ciudadanos llamados a participar en el referéndum de secesión,¹⁴⁹ no hay forma jurídica de que el Estado español pudiera controlar *a posteriori* que dicho compromiso se cumple, sin al mismo tiempo negar tautológicamente la eficacia de la cláusula constitucional que regula la secesión. Y un control *a priori*, antes de que se apruebe referendariamente la decisión de la secesión, no tendría mucho sentido, dado que el momento en el que se necesita poner a prueba el cumplimiento de las condiciones materiales de la secesión sería en el momento del ejercicio del poder constituyente por la entidad territorial ya secesionada.

En la medida en que la secesión de parte de un Estado miembro de la Unión Europea dejaría a este territorio fuera de la Unión y como un tercer Estado respecto de ésta,¹⁵⁰ a lo más que se podría aspirar es a condicionar la decisión referendaria última de la secesión a que simultáneamente se apruebe en el mismo referéndum la automática solicitud de ingreso en la Unión Europea del territorio secesionado, con el consiguiente reconocimiento de los principios y valores democrático-constitucionales que ello conlleva (art. 2 en relación con el art. 49 TUE).¹⁵¹

¹⁴⁹ Como, por ejemplo, hace el art. 113.2 c) Const. De San Cristóbal y Nieves

¹⁵⁰ Cfr. C. K. Connolly, 2013; p. 84 y ss., sobre la base de la praxis internacional y J. C. Piris, 2017; pp. 81-82, sobre la base de las Declaraciones oficiales de los Presidentes de la Comisión Europea, del Parlamento Europeo y de la Unión Europea.

¹⁵¹ Sobre los términos en los que la Unión Europea podría exigir el respeto a estos valores democráticos, cfr. M. Medina Ortega, 2014; p. 97 y ss.

Pero ello no tendría más que un efecto simbólico, porque, de un lado, una vez aprobada la secesión, el ordenamiento del Estado español dejaría de tener vigencia en el territorio secesionado; y, de otro lado, el naciente Estado secesionado, podría inmediata y lícitamente retirar dicha solicitud de incorporación a la Unión, y la Unión podría rechazar la solicitud de integración, con la consiguiente ineficacia de aquel compromiso de asunción de ciertos principios y valores democráticos.¹⁵²

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B. (1989). Constitutional Politics/Constitutional Law. *Yale Law Journal*, Vol. 99, n.º 3, pp. 453-547.
- ALÁEZ CORRAL, B. (2000). *Los límites materiales a la reforma de la CE de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALÁEZ CORRAL, B. (2012). La reforma constitucional como cauce de las transformaciones actuales del Estado español. En vv. AA. *La constitución democrática ayer y hoy: Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. I. (pp. 413-441). Madrid: Editorial Universitas.
- ALÁEZ CORRAL, B. (2015). Constitucionalizar la secesión para armonizar la legalidad constitucional y el principio democrático en estados territorialmente descentralizados como España. *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, n.º 22, pp. 136-183.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (2016). La coerción estatal del art. 155 CE en la estructura del Estado autonómico. *Teoría y Realidad constitucional*, n.º 38, pp. 277-301.
- ANTIC, M. (2007). Procedure for secession. *Politicka misao*, Vol. XLIV, n.º 3, pp. 145-159.
- BARCELÓ I SERRAMALERA, M. y otros (2015). *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Barcelona: Atelier.
- ARAGÓN REYES, M. (2014). Problemas del Estado autonómico. *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 31, pp. 13-34.
- BARBER, N./HICKMAN, T./KING, J. (2016). Pulling the Article 50 «Trigger»: Parliament's Indispensable Role. *U.K. Constitutional Law Blog*, 27 de junio de 2016, <https://ukconstitutionalaw.org/> (consultado el 30 de junio de 2018).
- BASTIDA FREIJEDO, F. J. (1998). La soberanía borrosa: la democracia. *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Vol. I, pp. 381-460.

¹⁵² Sobre los efectos de la secesión de territorios en el derecho de la Unión Europea, véase A. Mangas Martín, 2013; p. 47 y ss.

- BASTIDA FREIJEDO, F. J. (2017). El enredo independentista. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 71-72, pp. 36-41.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P. (1949). Sui limiti della revisione costituzionale. *Annali del Seminario Giuridico della Università de Catania*, Vol. III, pp. 122-172.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. (1993). Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel. En Badura/Scholz (Hrsg.). *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag (pp. 3-40). München: C.H. Beck.
- BUCHANAN, A. (1997). Theories of Secession. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 26, n.º 1, pp. 31-61.
- BUCHANAN, A. (2013). *Secesión. Causas y consecuencias del divorcio político*. Barcelona: Ariel.
- CAGIAO Y CONDE, J. (2015). ¿Es posible un referéndum de independencia en el actual ordenamiento jurídico español? El derecho explicado en la prensa. En J. Caglia y G. Ferraiuolo (Coords.). *El encaje constitucional del derecho a decidir. Un enfoque polémico*. Madrid: Ed. Catarata.
- CASESSE, A. (1995). *Self-determination of peoples. A legal reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press.
- CASTELLÁ, J. M. (2014). Derecho a decidir, secesión y formas de democracia. Un diálogo constitucional entre Italia y España. En L. Cappuccio, M. Corretja Torrents (Edit.). *El derecho a decidir. Un diálogo italo-catalán* (pp. 33-52). Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms.
- CONNOLLY, C. K. (2013). Independence in Europe: Secession, Sovereignty, and the European Union, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 24, pp. 51-105.
- CRAWFORD, J. (1999). State Practice and International Law in Relation to Secession. *British Yearbook of International Law*, Vol. 69, n.º 1, p. 85-117.
- DELLINGER, W. (1983). The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process. *Harvard Law Review*, Vol. 97, pp. 386-432.
- DION, S. (1996). Why is secession difficult in well-established democracies? Lessons from Quebec. *British Journal of Political Science*, Vol. 26, n.º 2, pp. 269-283.
- DION, S. (2013). Un referéndum independentista es un trauma para la sociedad, El País, 11 de abril de 2013, http://internacional.elpais.com/internacional/2013/04/11/actualidad/1365705035_291906.html (consultado el 3 de febrero de 2018).
- DOERFERT, C. (2016). Sezession im Bundesstaat – Neun Fragen an das Grundgesetz. *Zeitschrift für das Juristische Studium*, n.º 6, pp. 711-713.
- FERRAIUOLO, G. (2018). Non far niente È democratico? . *Federalismi.it*, n.º 17, pp. 1-39.

- FRIEDRICH, F. (2007). Das Sezessionsrecht im demokratischen Verfassungsstaat. *Leviathan*, Vol. 35, n.º 1, pp. 62-84.
- GRAU, M. (2011). Self-government reforms and public support for Spain's territorial model. *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, n.º 13, pp. 186-214.
- HART, H. L. A. (1994). *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. (1998). *Derechos históricos y Constitución*. Madrid: Taurus.
- HOLIGOVA, B. (2017). Drawing Lessons from Dissolution of Czechoslovakia in Addressing Possible Brexit Implications. *European Scientific Journal*, pp. 312-321
- HOROWITZ, D. L. (2003). The cracked foundations of the right to secede. *Journal of Democracy*, Vol. 14, n.º 2, pp. 5-17.
- IGLAR, R. F. (1992). The Constitutional Crisis in Yugoslavia and the International Law of Self-Determination: Slovenia's and Croatia's Right to Secede. *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 15, n.º 1, pp. 213-239.
- ISENSEE, J. (1989). Abschied der Demokratie vom Demos. Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie und Verfassung. En Schwabe (Edit.). *Staat. Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft: Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat* (pp. 705-740). Berlín: Duncker & Humblot.
- JELLINEK, G. (1882). *Die Lehre von den Staatenverbindungen*. Berlín: Verlag von O. Haering.
- JENNING, I. (1956). *The Approach to Self-Government*. Cambridge: Cambridge University Press.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (1980). Algunos problemas de interpretación en torno al título x de la Constitución. *Revista de Derecho Político*, n.º 7, pp. 81-103.
- KELSEN, H. (1920). *Von Wesen und Wert der Demokratie*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Siebeck)
- KELSEN, H. (1925). *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Julius Springer Verlag.
- KELSEN H. (1987). Die Bundesexekution: ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs und der österreichischen Bundesverfassung. En *Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag* (pp. 127-187). Tübingen: Mohr.
- LÖWENSTEIN, K. (1968). *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung*. Aalen: Scientia Verlag.
- LÓPEZ BASAGUREN, A. (2013). La secesión de territorios en la Constitución española. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 25, pp. 87-106.
- LUHMANN, N. (1978). *Legitimation durch Verfahren*. Luchterhand, Darmstadt und Neuwied.
- LUHMANN, N. (1981). *Die Ausdifferenzierung des Rechts*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.

- LUHMANM, N. (1993). *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- LUTZ, D. S. (1994). Toward a theory of constitutional amendment. *American Political Science Review*, Vol. 88, n.º 2, pp. 355-370.
- MANCINI, S. (2012). Secession and Self-Determination. En Rosenfeld/Sajó. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 482-600). Oxford: Oxford University Press.
- MANGAS MARTÍN, A. (2013). La secesión de territorios en un estado miembro: efectos en el derecho de la Unión Europea. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 25, pp. 47-68.
- MCCORQUODALE, R. (1994). Self-determination: A Human Rights Approach. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, n.º 4, pp. 857-885.
- MEDINA ORTEGA, M. (2014). *El derecho de secesión en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.
- MIGUEL BÁRCENA, J. de (2018). El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 113, pp. 133-166.
- MODUGNO, F. (1999). Unità-indivisibilità della Repubblica e principio di autodeterminazione dei popoli (Riflessioni sull'ammissibilità-ricevibilità di un disegno di legge costituzionale comportante revisione degli artt. 5 e 132 Cost.). En A. Pace (Edit.). *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Vol. 11 (pp. 1011-1043). Milán: Giuffrè.
- MONAHAN, P. J. (1995). The Law and Politics of Quebec Secession. *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 33, n.º 1, pp. 1-33.
- MUSGRAVE, T. (1997). *Self-determination and national minorities*. Oxford: Clarendon Press.
- NORMAN, W. (2003). Domesticating Secession. En Macedo/Buchanan. *Secession and Self-Determination* (pp. 193-237). New York/London: New York University Press.
- OFFE, C. (1998). Homogeneity and Constitutional Democracy: Coping with Identity Conflicts through Group Rights. *Journal of Political Philosophy*, Vol. 6, n.º 2, pp. 113-141.
- OTTO Y PARDO, I. de (1987). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- PAYERO LÓPEZ, L. (2014). El enfrentamiento entre dos ideas nacionales: la España unitaria vs. la España plural. En Calvo García/Arlettaz/Gracia Ibáñez (Edits.). *Derecho y sociedad. Reflexiones sobre Sociología Jurídica, Filosofía del Derecho y Derechos Humanos* (pp. 10-27). Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
- PEOPLES, J./BAILEY, G. (2011). *Humanity: An Introduction to Cultural Anthropology*. Belmont: Wadsworth Cengage Learning.

- PIRIS, J. C. (2017). Political and Legal Aspects of Recent Regional Secessionist Trends in some EU Member States (part I). En C. Closa (Edit.), *Secession from a Member State and Withdrawal from the European Union. Troubled Membership* (pp. 69-87). Cambridge: Cambridge University Press.
- PUNSET BLANCO, R. (1995). Normas impugnables y motivos impugnatorios en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes. *Revista española de derecho constitucional*, n.º 43, pp. 209-221.
- RAIC, D. (2002). *Statehood and the Law of Self-Determination*. The Hague/London/New York: Kluwer Law International.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P. (1997): Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad. Oviedo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.
- RIDAO I MARTÍ, J. (2014). La juridificación del derecho a decidir en España. La STC 42/2014 y el derecho a aspirar a un proceso de cambio político del orden constitucional. *Revista de Derecho Político*, n.º 91, pp. 91-136.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J. (1999). Sobre el derecho de autodeterminación y su compatibilidad con la Constitución. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 3, pp. 103-124.
- ROZNAI, Y. (2013). Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea. *The American Journal Of Comparative Law*, Vol. 61, pp. 657-719.
- RUBIO LLORENTE, F. (2012). Un referéndum para Cataluña. *Diario El País*, 8 de octubre de 2012. https://elpais.com/elpais/2012/10/03/opinion/1349256731_659435.html (consultado el 20 de agosto de 2018)
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J. (2013). La nueva reivindicación de la secesión de Cataluña en el contexto normativo de la Constitución Española de 1978 y el Tratado de Lisboa. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 31, pp. 89-136.
- SAGARRA I TRIAS, E. (2014). Nacionalidad catalana, nacionalidad española y ciudadanía de la Unión ¿serían compatibles? *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 36, pp. 13-37.
- SÁIZ ARNÁIZ, A. (2006-2007). Constitución y secesión. *Parlamento y Constitución. Anuario*, n.º 10, pp. 33-56.
- SCHILLING, T. (1994). *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín.
- SHORTEN, A. (2014). Constitutional Secession Rights, Exit Threats and Multinational Democracy. *Political Studies*, Vol. 62, pp. 99-115.
- SUNSTEIN, C. (1991). Constitutionalism and secession. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 58, pp. 633-670.

- TAJADURA TEJADA, J. (2009). Referéndum en el País Vasco (Comentario a la STC 103/2008, de 11 de septiembre). *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 23, pp. 636-385.
- TOSI, D. E. (2007). *Secessione e Costituzione tra prassi e teoria*. Nápoles: Jovene Editore.
- URRUTIA LIBARONA, I. (2012). Territorial Integrity and Self-determination: the approach of the International Court of Justice in the Advisory Opinion on Kosovo. *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, n.º 16, pp. 107-140.
- VILE, J. R. (1995). The Case against Implicit Limits on the Constitutional Amending Process. En S. Levinson (Edit.). *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment* (pp. 191-214). Princeton: Princeton University Press.
- WALKER, N. (2014). Our Constitutional Unsettlement. *Public Law*, n.º 7, pp. 529-548.
- WEINSTOCK, D. (2001). Constitutionalizing the right to secede. *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 9, n.º 2, pp. 182-203

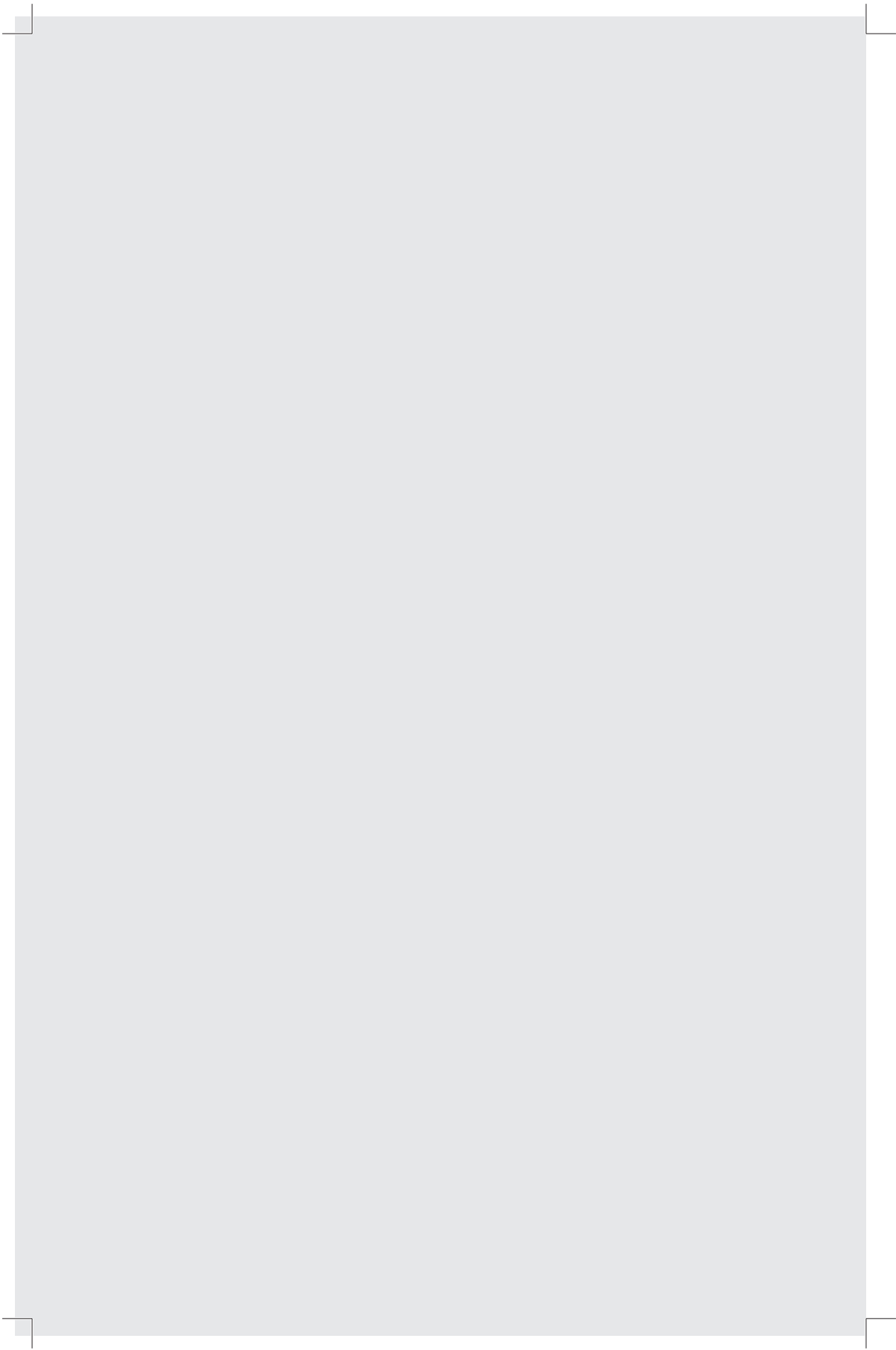


EL CONFLICTO DE CATALUÑA COMO CRISIS CONSTITUCIONAL

Enoch Albertí Rovira

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Una crisis constitucional sin diagnóstico compartido.
- III. El fin del consenso constitucional de 1978.
- IV. Llenar el vacío: posición e iniciativas de la Generalitat y del Estado en la crisis constitucional.
- V. Algunas cuestiones generales que plantea la crisis catalana: minorías nacionales y derecho a decidir.
- VI. ¿Una solución posible? Vías de resolución de la crisis constitucional.



I. INTRODUCCIÓN

La tesis principal que se sostiene en este artículo es que el conflicto político existente en Cataluña desde hace unos años ha derivado en una auténtica crisis constitucional, que expresa el fin del consenso constitucional básico existente hasta el momento sobre el modelo territorial español, diseñado a partir de la Constitución de 1978. No se trata de un problema más relativo al funcionamiento, o incluso al diseño inicial, del Estado autonómico, sino que pone en cuestión el mismo sistema constitucional, al menos —pero probablemente no solo— en su dimensión territorial. Para intentar comprenderla, se pretenden analizar las características de esta crisis, empezando por la que quizá resulte más significativa y hasta el momento —y mientras no se resuelva— decisiva, que es la falta de un diagnóstico común o compartido de la misma. Porque, efectivamente, hasta que no exista un diagnóstico básico compartido acerca de sus causas y su alcance, resulta imposible que pueda buscarse una vía de resolución que resulte satisfactoria para todas las partes implicadas. A falta de este diagnóstico, se exponen las que son, a mi juicio, las causas que han conducido hasta la situación presente, que pueden resumirse, muy sintéticamente, en la confrontación entre dos visiones de la unidad estatal española que la Constitución de 1978 pareció haber podido armonizar, pero que su desarrollo ha situado en posiciones incompatibles, como ha ocurrido en otros momentos de la historia española. Llegados al punto en el que se manifiesta esta incompatibilidad, aparece, como elemento central de la posición catalana, el llamado derecho a decidir, que se inspira claramente en las experiencias quebequesa y escocesa, que, con conflictos muy semejantes al catalán, han encontrado en el Canadá y el Reino Unido un cauce de resolución por medios pacíficos, civilizados y democráticos, que incluye dos elementos fundamentales: la libre expresión de la voluntad de la ciudadanía del territorio correspondiente y el compromiso de negociar la aplicación del

resultado de esta expresión, tal como ha explicitado el Tribunal Supremo del Canadá en su célebre Dictamen de 1998.

Habiendo sido negado, al menos hasta el momento, este cauce en España, se examinan también las actuaciones de la Generalitat y del Estado en la crisis, situándolas en el contexto de las vías que existen en general para resolver los conflictos, también los constitucionales. Y se constata que los medios empleados hasta el momento, que remiten a la intervención judicial y a la imposición forzosa, no han sido eficaces para resolverla, y tampoco pueden serlo, dada la naturaleza del conflicto. Por ello, es necesario acudir a la única vía que no ha sido empleada hasta ahora: la negociación política, para intentar construir un nuevo consenso constitucional que resulte satisfactorio para todas las partes. El trabajo finaliza con algunas reflexiones al respecto, incluyendo la posibilidad de que no pueda obtenerse este nuevo acuerdo constitucional sobre un marco común de convivencia política. En tal caso, la separación es inevitable y debe buscarse una solución civilizada y democrática que de salida a la ruptura ya existente.

II. UNA CRISIS CONSTITUCIONAL SIN DIAGNÓSTICO COMPARTIDO

Creo que las dos partes del título de este epígrafe expresan bastante fielmente la situación que se ha producido en los últimos años y hasta hoy —junio de 2018— en la relación entre Cataluña y España: por una parte, hay pocas dudas, en mi opinión, de que nos hallamos ante una auténtica crisis constitucional; y, de otra, de que no existe un diagnóstico común o compartido de la misma, ni por lo que se refiere a sus causas ni tampoco a su propia sustancia y a su alcance. Y éste, precisamente, es uno de los principales problemas que presenta esta crisis, pues es claro que sin un diagnóstico común o compartido, al menos en sus trazos fundamentales, resulta imposible aplicar medios adecuados para resolverla de forma común y satisfactoria para todas las partes.

Por un lado, efectivamente, la situación que se está produciendo entre Cataluña y España en los últimos años constituye una verdadera crisis constitucional. Con esta calificación, que viene utilizándose desde hace ya tiempo, en medios distintos,¹ me refiero a que nos hallamos ante algo más, y distinto, de lo que

¹ Así, desde medios periodísticos (pe., un editorial del *Financial Times* de 12 de septiembre de 2012) y académicos (pe., J. Pérez Royo, en diversos artículos de prensa —pe., J. Pérez Royo, 2014, y, más recientemente, P. Iglesias, J. Pérez Royo, 2018). En 2015 en la ponencia que presenté en el Congreso anual de la Asociación de Constitucionalistas de España, celebrado en Zaragoza, se calificaba como crisis constitucional el conflicto de Cataluña (E. Albertí Rovira, 2016). Esta expresión es utilizada hoy, sin ningún problema, pe., en el documento «Ideas para una reforma constitucional», de S. Muñoz Machado y

podieran ser problemas de funcionamiento del Estado autonómico —que los ha habido, y muchos— o, incluso, problemas del diseño inicial de la organización territorial de Estado en la Constitución de 1978 y los primeros Estatutos de Autonomía —que también existen—, que no hayan encontrado corrección adecuada. Todos estos problemas (relativos a la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, las relaciones entre los diversos niveles de gobierno, la financiación y otros) siguen existiendo, y en muchos casos agravándose, ocultos por el deslumbramiento que produce el problema principal que ha aparecido en los últimos tiempos. Pero a todos estos problemas se ha unido otro, también en parte por acumulación, que salta cualitativamente de nivel y que cuestiona la entera Constitución territorial.

Porque, efectivamente, sólo como manifestación de una crisis constitucional puede calificarse una situación en la que en Cataluña se aprobaron sendas leyes sobre el referéndum de autodeterminación y sobre la transición jurídica y la fundación de la República catalana, se celebró un referéndum en contra de la suspensión decretada por el TC, y se aprobó por el Parlamento una declaración en la que se proclamaba la constitución de la República catalana como Estado independiente, el mismo día en que el Senado aprobaba las medidas excepcionales propuestas por el Gobierno en virtud del art. 155 CE, por las que el Gobierno estatal destituyó al Presidente de la Generalitat, al Vicepresidente y a todo el Gobierno, disolvió el Parlamento de Cataluña y convocó nuevas elecciones y asumió temporalmente las funciones del Gobierno de Cataluña. El conjunto de estos hechos dibuja un panorama de auténtica crisis constitucional, en la que se expresa con toda su crudeza el fin en Cataluña del consenso constitucional sobre el modelo territorial, consenso que había existido, sin demasiados problemas pero con una tendencia claramente a la baja, hasta el Estatuto de Autonomía de 2006.²

otros, de 20 de noviembre de 2017, donde se califica como la crisis más grave sufrida por el Estado en España desde la aprobación de la Constitución de 1978.

² Los hechos de octubre de 2017, en efecto, son solo un episodio agudo en el que se manifiesta esta ruptura, que venía produciéndose desde bastante antes, y claramente, desde las elecciones al Parlamento de Cataluña de 2012. La mayoría parlamentaria surgida de estas elecciones —repetida después en las elecciones de 2015 y 2017—, manifestó desde el inicio su posición, en la que se expresaba el fin del consenso constitucional sobre el modelo territorial de 1978 (Resolución 5/X, de 23 de enero de 2013, por la cual se aprueba la declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña; y, en la legislatura siguiente, la Resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 29 de septiembre de 2015; y, después, Moción 5/XII, de 5 de julio de 2018, sobre la normativa del Parlament anulada y suspendida por el Tribunal Constitucional, que «reitera los objetivos políticos de la Resolución 1/XI»), consenso que había existido hasta el momento y que se expresaba en los referenda de la Constitución (90,5% de votos

Pero, por otro lado, es claro también que existe un profundo desacuerdo sobre las causas de esta crisis constitucional y su mismo sentido. Las posiciones manifestadas van desde la afirmación de que se trata de la culminación de un proyecto nacionalista catalán que el Estado de las autonomías no hizo sino facilitar e incluso alentar, hasta entender que es el resultado del fracaso del intento de acomodación de Cataluña en el Estado que promovió la Constitución de 1978, sin descartar tampoco otras interpretaciones, que intentan explicar el conflicto en términos de disputa por un nuevo reparto del poder entre élites territoriales, de intereses partidistas o incluso personales espúrios, de reacción populista a la crisis económica u otros.³ Por encima de las diversas interpretaciones, creo que es importante subrayar, como hice hace ya algún tiempo,⁴ que el primer problema que se presenta es, precisamente, el de la falta de un diagnóstico común y compartido, lo cual imposibilita la búsqueda de soluciones también comunes y compartidas.

Para poder avanzar en el intento de llegar a un diagnóstico común, además de construir un procedimiento adecuado de debate entre todas las diversas posiciones, hoy inexistente,⁵ creo que debería partirse de algunas premisas básicas, que, si bien no resuelven la cuestión, al menos pueden orientarla, descartando algunas

favorables, con una participación del 67,9% del electorado de Cataluña), el Estatuto de Autonomía de 1979 (88,2% de votos favorables, con una participación del 59,7%) y el Estatuto de 2006 (73% de votos favorables, con una participación del 48,9%). La mayoría parlamentaria que dio apoyo a estas resoluciones (compuesta por el PDCat — CiU en 2012 —, ERC y la CUP, y, en 2012, también por ICV-EUIA, que apoyó la Resolución 5/X) obtuvo el 57,76 % de los votos en las elecciones de 2012 (con una participación del 67,76%); el 47,8% en las elecciones de 2015 (con una participación del 74,95%) y el 47,5% en las elecciones de 2017 (con una participación del 79,09%).

³ Ha aparecido en los últimos años una enorme cantidad de títulos sobre el conflicto reciente de Cataluña. Entre ellos, y con signos distintos que dan una buena idea de la gran variedad de interpretaciones que suscita este conflicto, pueden citarse X. Sala i Martín, 2014; J. Borrell, 2015; B. de Riquer, 2016; G. Calvet, 2016; J. Amat, 2017; E. Mendoza, 2017; F. Mascarell, 2017; J. Borrell, F. de Carreras, J-J López Burniol, J. Piqué, 2017; F. Savater, 2017; L. Bassets, 2017; A. González i Vilalta, 2017; O. March, 2018; J. Coscubiela, 2018; I. Sánchez-Cuenca, 2018; J. Martí Blanch, 2018; S. Vila, 2018; J. Canal, 2018; C. Castro, 2018; S. Morel, 2018; L. García, 2018; J. Coll, J. Molina, M. Arias Maldonado (Eds.), 2018; R. Cotarelo, 2018; I. Sánchez Cuenca, 2018. Vid también los trabajos incluidos en el número 71-72, 2017, «¿Cataluña independiente?», de *El Cronista del Estado Democrático y Social de Derecho*. Para comprender la situación actual, y aunque publicado hace ya unos años, creo que es imprescindible la obra de X. Rubert de Ventós, 1999.

⁴ E. Albertí Rovira, 2016; p. 244 y ss.

⁵ La Comisión de Evaluación y Modernización del Estado Autonómico, creada en 2017 en el Congreso de los Diputados, por su dinámica de funcionamiento hasta ahora, difícilmente puede asumir este papel, aunque, si logra integrar a todos los grupos parlamentarios, podría ser una pieza de este procedimiento.

interpretaciones, a mi juicio, fuera de lugar y que pueden desenfocar completamente la cuestión. Estas premisas, a mi entender, son las siguientes.

Primera, se trata de un problema de naturaleza política y no jurídica o legal, aunque presente también esta dimensión. La cuestión que yace en el fondo, la sustancia del problema, es la relación entre Cataluña y el Estado, relación que se configura, naturalmente, en términos jurídico-constitucionales, pero que no son autoreferenciales sino que expresan unas determinadas opciones y decisiones políticas, tanto en su origen constitucional como en su desarrollo normativo posterior. El conflicto versa, precisamente, sobre estas decisiones políticas. Segunda, se trata de un problema de carácter histórico, que no nace en circunstancias del presente, y ni siquiera con el sistema de 1978, sino que remite a la formación de la unidad estatal española y a la posición de Cataluña en la misma, cuestión que, desde sus inicios y con intensidades diversas, ha originado tensiones y conflictos.⁶ Y tercera, se trata de un problema que se plantea hoy en un contexto democrático, español y europeo, que se expresa a través de medios democráticos, y que, por tanto, necesariamente, exige como único marco posible de resolución un marco democrático. El contexto democrático marca tanto el carácter del conflicto y sus modos de expresión como las vías por las que debe resolverse.

Estas tres premisas son, desde luego, muy generales, y cada una de ellas puede dar lugar — y de hecho ha dado lugar, como muestra la literatura ingente que existe sobre ello, tanto de carácter histórico como politológico y jurídico — a extensos desarrollos, que incluyen múltiples cuestiones en las que aquí no podemos detenernos. Pero creo que sentarlas de inicio sirve para acotar la aproximación al problema que aquí interesa, fijando un determinado enfoque y descartando otros. Porque, en mi opinión, la crisis constitucional actual versa sobre la relación entre Cataluña y el Estado y viene determinada por el fin del consenso constitucional sobre la posición de Cataluña en el Estado en el sistema de 1978 y su falta de sustitución por otro con, al menos, un grado similar de acuerdo inicial.

⁶ Cualquier tratado de historia de España aborda esta cuestión y puede ser útil para entender el proceso de creación del Estado en España a partir de los diversos reinos medievales. Son numerosos también, especialmente en los últimos años, los estudios históricos enfocados más o menos directamente hacia esta cuestión. Especialmente interesantes, a mi juicio, desde perspectivas diversas, son J. Álvarez Junco, 2001; B. de Riquer, 2000; J. Romero, A. Furió (Eds), 2015; J. Fontana, 2014; S. Muñoz Machado, 2006; VVAA, 2000; J. Tusell, 1999; J. P. Fusi, 2000; G. Tortella y otros, 2016; J. M. Colomer, 2018. Sobre esta cuestión siguen siendo imprescindibles J. Vicens Vives, 2013 (2.ª ed. 1960); J. A. Maravall, 1997 (4.ª ed.; 1.ª ed. 1954), J. Ortega y Gasset, 1964 (1.ª ed. 1922). Sobre la posición de Manuel Azaña, fundamental en este conflicto histórico, resulta muy útil M. Azaña, 2005.

III. EL FIN DEL CONSENSO CONSTITUCIONAL DE 1978

La Constitución de 1978 abordó la cuestión de la organización territorial del Estado, sin duda la más problemática de las que se presentaban en el proceso constituyente dada la gran distancia existente entre los proyectos de las diversas fuerzas políticas parlamentarias, desde la voluntad de consenso y con la finalidad de dar salida a las demandas de autogobierno de algunos territorios, significadamente Cataluña y el País Vasco. La construcción del Estado contemporáneo en España se había realizado bajo un patrón unitario y centralista, en el que habían coincidido tanto el movimiento liberal español decimonónico (la Constitución de 1812 es una buena prueba de ello) como también las dictaduras del s. XX, pasando por el liberalismo conservador o doctrinario, dominante en gran parte del constitucionalismo español. El liberalismo asumió el modelo unitario uniforme de un modo casi natural, como continuación del proyecto borbónico⁷ —aunque también contribuyeron el rechazo al carlismo y los viejos fueros que defendía— y, en su versión más progresista, por considerar que los principios de libertad e igualdad, inspiradores de la ciudadanía liberal, exigían la uniformidad territorial. Las dictaduras, por su lado, que dominan una buena parte del s. XX, por la pulsión centralizadora innata a todo poder dictatorial, pero también, y especialmente la franquista, por la exaltación del nacionalismo español y la negación de cualquier expresión de diversidad nacional en España. Este patrón unitario y en gran parte centralista e incluso, en algunos casos, extraordinariamente centralista, constituye pues una constante española en los últimos doscientos años, roto sólo en dos ocasiones, en los dos episodios republicanos habidos en los s. XIX y XX. No deja de resultar significativo que estos dos momentos coincidan con los regímenes políticos más democráticos de la historia española de estos dos siglos. Y también que ambas experiencias fueran muy agitadas y tuvieran finales abruptos, e incluso traumáticos, muy especialmente en el caso de la II República. Es significativo también que con la transición de 1976-78, con el proyecto de instauración de un régimen democrático se planteara igualmente como esencial un cambio del modelo de organización territorial, que reconociera el derecho a la autonomía de determinados territorios, reivindicada especialmente desde Cataluña y el País Vasco.

La Constitución de 1978 intentó hallar un acomodo a estas demandas de autonomía y diseño, con muchas dificultades, un nuevo sistema de organización terri-

⁷ Para Salvador de Madariaga, el objetivo del Estado absoluto de Felipe V de establecer un gobierno unitario y uniforme para el conjunto del Reino de España fue asumido y realizado por el Estado liberal (S. de Madariaga, 1964, 7.^a ed.)

torial del Estado, inspirado fundamentalmente en el modelo del Estado integral de la II República, pero con la opción, mucho más clara y resuelta, de extender la autonomía a todos los territorios españoles, como muestra el hecho de que se concedieran regímenes provisionales de autonomía a prácticamente todos los territorios, prefigurando así en gran parte el mapa autonómico definitivo. Queda abierta la cuestión de si esta extensión se debió a presiones de los territorios o bien a la intención de diluir el estatus de autonomía que iban a adquirir el País Vasco y Cataluña. Con todo, el precio del consenso fue dejar la Constitución abierta, en buena parte indeterminada e incluso ambigua en esta materia. El principio dispositivo para crear y configurar las futuras Comunidades Autónomas, la posibilidad de crear tipos distintos de Comunidades, con autonomía de distinta naturaleza, así como la función atribuida a los Estatutos de Autonomía para construir de forma concreta y efectiva el Estado autonómico, son elementos relevantes del sistema que ponen de manifiesto el grado enorme de apertura y flexibilidad del modelo constitucional diseñado en el texto de 1978. Por su parte, la falta de previsiones sobre la relación entre los diversos niveles de gobierno y su articulación, así como la falta de previsiones sobre la financiación y otros elementos básicos, ponen de relieve la indeterminación de la Constitución respecto de la configuración definitiva del sistema territorial. Y, en fin, la ambigüedad se expresa en la inclusión de algunos términos, como «nacionalidades», en sí mismo y también en su relación con «regiones», con el que forma un par conceptual que origina una gran diversidad de interpretaciones, que pueden ser muy dispares e incluso contradictorias.

Pero en todo caso, y gracias quizá a su apertura, indeterminación y ambigüedad, la Constitución consiguió diseñar un nuevo modelo que permitía la creación de entidades territoriales dotadas de autonomía política, y que esta solución obtuviera un amplio consenso parlamentario,⁸ ratificado después por la población en referéndum.⁹ Este consenso se prolongó después, en Cataluña, con el Estatuto

⁸ El Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado sobre el proyecto de Constitución fue aprobado, en el Congreso de los Diputados, por 325 votos favorables, con 6 votos negativos (5 de Alianza Popular y 1 de Euskadiko Ezquerria) y 17 abstenciones (7 del PNV, 3 de Alianza Popular, 2 de UCD y 2 de Minoría Catalana); y en el Senado por 226 votos favorables, con 5 votos negativos (2 de Minoría Vasca, 2 del Grupo Mixto y 1 de Entesa pels Catalans) y 8 abstenciones (5 de Senadores Vascos, 1 de Entesa pels Catalans, 1 del Grupo Parlamentario Independiente y 1 del Grupo Mixto).

⁹ El referéndum de aprobación de la CE 1978, con un 67,1 % de participación, dio como resultado un 87,9 de votos afirmativos, 7,8 % de votos negativos; 3,5% de votos en blanco y 0,7% de votos nulos. Los resultados en Cataluña fueron, con una participación del 67,9%, un 90,5% de votos afirmativos, 4,6% de votos negativos, 4,2% de votos en blanco y 0,7% de votos nulos

de Autonomía de 1979, que fue aprobado por una amplia mayoría parlamentaria¹⁰ y popular.¹¹ Puede decirse con ello que el modelo territorial de 1978, en general y su concreción en Cataluña mediante el Estatuto de 1979, fue objeto de un amplio consenso constitucional, tanto en sede parlamentaria como popular.

También hubo consenso, aunque más reducido, respecto del Estatuto de Autonomía de 2006.¹² Este nuevo Estatuto —aprobado por la vía de reforma del anterior— supuso el intento de actualización del pacto territorial de 1979, casi treinta años después. No es éste el momento para analizar las causas de la reforma estatutaria de 2006, no sólo en Cataluña, sino de un amplio número de Comunidades,¹³ que se dotaron, en esta nueva ola estatutaria iniciada en Cata-

¹⁰ En la fase de formulación del proyecto de Estatuto, según el procedimiento del art. 151 CE, la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados aprobó el Dictamen conjunto con una muy amplia mayoría, con 34 votos favorables, 1 voto negativo (Fuerza Nueva) y una abstención (Partido Andalucista). Por su parte, la Asamblea de Parlamentarios de Cataluña aprobó el Dictamen también con una muy amplia mayoría de sus miembros (20 votos favorables y una abstención, de Esquerra Republicana de Catalunya). La ratificación parlamentaria posterior al referéndum se produjo igualmente con una gran mayoría: en el Congreso de los Diputados se produjeron 303 votos favorables (de UCD, Socialistas, Socialistas de Cataluña, Socialistas Vascos, Grupo Comunista, Minoría Catalana, Grupo Vasco, 2 de Coalición Democrática y 2 del Grupo Mixto: diputados pertenecientes a Euskadiko Ezquerria y Esquerra Republicana de Catalunya); 1 voto negativo (el diputado de Fuerza Nueva, integrado en el Grupo Mixto) y 13 abstenciones (1 de UCD, 7 de Coalición Democrática —entre ellas, la de su Presidente, Manuel Fraga—, 4 del Grupo Andalucista y 1 del Grupo Mixto —el diputado de Pueblo Canario Unido—); en el Senado se emitieron 168 votos favorables, 1 voto negativo (de un senador de Coalición Democrática integrado en el Grupo Mixto) y 3 abstenciones.

¹¹ El referéndum sobre el Estatuto de 1979, con una participación del 59,7%, dio como resultado un 88,2% de votos afirmativos, un 7,8% de votos negativos, un 3,6% de votos blancos y un 0,5% de votos nulos.

¹² El proyecto de Estatuto fue aprobado por el Parlament de Cataluña el 30 de septiembre de 2005 por 120 votos a favor y 15 en contra (sólo el Grupo del PP), lo cual representaba una mayoría del 90% de los miembros de la Cámara (muy superior a los 2/3 que exigía la reforma del Estatuto, art. 56 EAC 1979). Una vez en el Congreso de los Diputados, el texto formulado por la Ponencia conjunta de la Comisión Constitucional del Congreso y la delegación del Parlament de Cataluña fue aprobado por la Comisión por 22 votos a favor y 17 votos en contra, y por la Delegación del Parlament por 28 votos a favor y 10 en contra. En la votación de ratificación en el Pleno del Congreso, fue aprobado por 189 votos a favor (PSOE, PSC, CiU, PNV, IU-ICV, CC-NC y BNG), 154 en contra (PP, ERC, EA, PPC) y 2 abstenciones (CNA, Nbai). El Senado rechazó las enmiendas presentadas y el texto procedente del Congreso fue aprobado sin cambios por el Pleno, por 128 votos a favor (PSOE, PSC, CiU, ICV-EUiA), 125 en contra (PP) y 6 abstenciones (ERC, EA, PAR). Sometido el proyecto a referéndum (18 de junio de 2016), fue aprobado con un 73,2% de votos afirmativos, un 20,6% de votos negativos, 5,3% de votos en blanco y 0,9% de votos nulos, con una participación del 48,9% de los votantes censados (2.594.167 votantes sobre 5.310.103 de personas censadas). En este referéndum hicieron campaña a favor del sí CiU, el PSC e ICV, y por el no ERC y el PP.

¹³ Me remito para ello a E. Albertí Rovira, 2016; p. 245 y ss. y los trabajos allí citados sobre el Estatuto de 2006

luña, de nuevos Estatutos de Autonomía.¹⁴ Pero sí cabe decir que ésta fue la vía practicada para intentar resolver algunos de los problemas graves que se habían acumulado durante el desarrollo del Estado de las autonomías y que habían conducido a una situación de agotamiento del sistema diseñado en 1978.¹⁵ Ante la imposibilidad política de realizar una relectura de la Constitución¹⁶ o bien de modificarla formalmente,¹⁷ las fuerzas políticas mayoritarias, tanto en el Parlamento de Cataluña como en las Cortes Generales, optaron por una reforma del Estatuto de Autonomía, aprovechando la posibilidad que ofrece el instrumento estatutario, como norma complementaria de la Constitución. La flexibilidad del sistema constitucional territorial de 1978 permitía abordar en los Estatutos algunas cuestiones importantes en materia de distribución de competencias, de relaciones entre el Estado y la Comunidad, incluyendo la participación autonómica en asuntos comunitarios europeos, de financiación y también de reconocimiento y garantía de la propia identidad, especialmente en materia lingüística. En estas cuestiones se propuso un tratamiento distinto del que se había establecido en el Estatuto de 1979, pero siempre dentro del marco constitucional de 1978 y, por tanto, del paradigma general del Estado autonómico existente hasta el momento. Ciertamente, las soluciones adoptadas en el nuevo Estatuto eran distintas de las del Estatuto original y corregían algunas prácticas desarrolladas hasta el momento, pero, como muestran todos los debates parlamentarios, tanto en el Parlamento de Cataluña como en las Cortes Generales, se actuó con la voluntad y desde el convencimiento de proponer soluciones dentro de los límites del marco constitucional. El sistema de 1978 permitía un amplio margen de configuración del modelo autonómico a través de los Estatutos de Autonomía, que, además, podía ser diverso según los distintos territorios, en virtud precisamente de la función que estaban llamados a cumplir los Estatutos en el bloque de la constitucionalidad. De ahí precisamente el procedimiento especial para su aprobación, con mayorías reforzadas tanto en el Parlamento de la Comunidad como en el del Estado, así como la especial rigidez que dispone la Constitución para los mismos. El Estatuto, por la flexibilidad que

¹⁴ Estatutos de la Comunidad Valenciana (2006), Illes Balears (2007), Andalucía (2007), Aragón (2007), Castilla y León (2007), Navarra (2010) y Extremadura (2011).

¹⁵ Expresión utilizada por M. Aragón, 2014; p. 14, (con la propuesta de «rectificar» el Estado autonómico mediante una reforma de la Constitución, y no su «abandono», p. 23).

¹⁶ Como defendía un sector doctrinal y político (vid por todos, E. Argullol, 2002; p. 93 y ss.)

¹⁷ Como mostró el fracaso del proyecto de reforma Zapatero, anunciado en su investidura parlamentaria en 2004 y concretado en el Informe Consejo de Estado de 2006 (F. Rubio Llorente y J. Álvarez Junco, Ed., 2006), fracaso que se unió a otros anteriores, relativos a la reforma del Senado, en 1994-2000 y 2012-2015.

ofrecía y su especial función, y ante la imposibilidad política de reformar la Constitución, fue el instrumento que se pretendió aprovechar para resolver problemas que se estaban enquistando en el sistema autonómico y lo estaban gangrenando.

Intentar dar solución a problemas generales desde normas particulares presenta dificultades importantes y no es sin duda la opción óptima, pero es una opción que ofrece —u ofrecía— el peculiar sistema constitucional autonómico español, que admite, o admitía, no sólo complementar la Constitución mediante los Estatutos, sino hacerlo —precisamente porque se hacía a través del Estatuto de cada territorio— de forma diversa. Además, hay que resaltar, porque a veces parece que se olvida, que los Estatutos de autonomía son leyes estatales, aprobadas por las Cortes Generales, además de por los Parlamentos de las Comunidades respectivas. Todo ello conduce a afirmar que mediante el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 —y lo mismo cabe decir de los demás— se había logrado, después de un debate largo, intenso y difícil, con algunas renunciaciones importantes respecto del proyecto inicialmente aprobado por el Parlamento de Cataluña, un nuevo pacto que actualizaba el estatuto territorial de 1979, pacto que contó con la aprobación del Parlamento de Cataluña y de las Cortes Generales y que fue ratificado mediante referéndum popular. Creo que no es excesivamente aventurado suponer que el cumplimiento de este nuevo pacto territorial hubiera permitido un estatus estable y suficientemente satisfactorio de Cataluña en el futuro previsible, al menos como lo había hecho el de 1979. Otros 30 años de institucionalidad territorial, el lapso de tiempo que, según Sieyes, debe durar la Constitución.¹⁸

Sin embargo, este intento de actualización del pacto territorial por vía de reforma del Estatuto fracasó. Los motivos de este fracaso, a mi juicio, hay que buscarlos principalmente, además de la fuerte oposición política que se realizó, fundamentalmente, desde el Partido Popular, que no participó en el acuerdo sobre el mismo ni en el Parlamento de Cataluña ni en las Cortes Generales y que incluyó una intensa campaña pública en contra, en la Sentencia del Tribunal Constitucional que resolvió el recurso interpuesto contra el Estatuto por el Grupo Popular en el Congreso de los Diputados, que prácticamente lo desposeyó de valor vinculante para el Estado. Porque, en efecto, el gran impacto de la STC 31/2010, de 28 de junio, no reside

¹⁸ Declaración de Derechos, art. XLII, contenida en «Proemio a la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano» (1789), en E. Sieyes, 1990, p. 108). Sieyes justifica los 33 años porque se corresponde con la vida media de un hombre en su época. El principio general de revisión periódica de la Constitución, claramente formulado, se justifica por que «cada ciudadano abrigue la esperanza de aprobar al menos una vez en su vida, por sí mismo o a través de sus representantes, la Constitución que provee su felicidad».

en el hecho de anular determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/2016, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña,¹⁹ sino en el de desposeer a muchos otros de valor jurídico, sometiéndolos a declaraciones interpretativas del Tribunal por las cuales se les priva de cualquier valor vinculante para el Estado.²⁰ A cambio de admitir que el Estatuto regule materias no reservadas expresamente al mismo, como ya hizo, de forma limitada, en la anterior STC 247/2007 sobre el Estatuto de la Comunidad Valenciana, el Tribunal Constitucional diluye completamente sus consecuencias y efectos, declarando la plena libertad del Estado para regular estas materias, sin sujeción alguna a lo dispuesto en el Estatuto.²¹ Y, además, esta dilución de su valor vinculante se extiende a otras materias que sí constituyen contenido necesario y reservado del Estatuto, como la delimitación de las competencias.²² Nada queda en la STC 31/2010 de lo que el propio Tribunal había afirmado en la STC 247/2007 acerca del carácter complementario del Estatuto respecto de la Constitución, ni de su inclusión en el bloque de la constitucionalidad —concepto que no aparece en ningún momento—, ni de su capacidad para determinar las competencias autonómicas y, en consecuencia, en negativo, las del Estado, ni de su especial procedimiento de aprobación, su rigidez y su posición singular en el sistema de fuentes. El único parámetro que deberá observar la legislación estatal es la Constitución, del modo en que la interprete, directamente y en exclusiva, sin mediación del Estatuto, el propio Tribunal Constitucional. No deja de sorprender al final, con independencia de la opinión que en general merezca la STC 31/2010, que el TC declare que una ley estatal —ley, además, de características tan peculia-

¹⁹ El TC declaró inconstitucionales y nulos, en esta Sentencia, 14 preceptos del Estatuto, sobre los 245 que contiene, de los cuales 114 fueron impugnados mediante el recurso del Grupo Popular.

²⁰ Un análisis más detallado de esta cuestión, con enfoques diversos que expresan la controversia que suscitó esta sentencia entre la doctrina, puede verse en los trabajos publicados en sendos números especiales de algunas revistas académicas, que trataron monográficamente la cuestión: así, en especial, *Revista Catalana de Dret Públic*, número monográfico especial sobre la STC 31/2010, 2010; *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 27, 2011, monográfico sobre la STC 31/2010; *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 15, 2010, monográfico sobre el Tribunal Constitucional y el Estatut; *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, número monográfico especial sobre la Sentencia del Estatuto de Autonomía de Cataluña, 2011; además, *Revista de Estudios Políticos*, número monográfico sobre «El Estado Autonomático en cuestión. La organización territorial del Estado a la luz de las recientes reformas estatutarias (2006-2010)».

²¹ Vid especialmente FFJJ 3-6, 44, 111, 113, 115, 135, 137 y 138, en declaraciones interpretativas llevadas al fallo de la sentencia, que afectan materias relativas a la Administración de Justicia, las relaciones entre el Estado y la CA y la financiación autonómica.

²² Vid especialmente FFJJ 57-59, así como después, aplicando esta doctrina general, prácticamente todos los FFJJ en los que se examinan los preceptos del EAC dedicados a las competencias concretas que se atribuyen a la Generalitat.

res por razón de su función constitucional, su procedimiento de aprobación y su rigidez especial— no vincule jurídicamente al Estado.

Con ello desaparece en realidad la función constitucional complementaria de los Estatutos, que quedan afectados en su esencia —de hecho, eliminados— como piezas clave del sistema autonómico español. Ciertamente, los Estatutos proporcionaban al sistema autonómico un alto nivel de complejidad, pero también de flexibilidad y capacidad de adaptación. Y esta transformación del papel de los Estatutos afecta sin duda al entero sistema autonómico español, que queda trastocado en uno de sus elementos fundamentales. A partir de la STC 31/2010, el sistema de organización territorial en España queda alterado sustancialmente y se transforma en algo distinto del de 1978, al menos tal como se había entendido y desarrollado hasta el momento.²³

El fracaso de la renovación del pacto territorial no se produjo solo en términos jurídicos, al descomponerse uno de los elementos estructurales del sistema que, además de la medida, constituía también la garantía del autogobierno. Porque, en efecto, a pesar de la invalidación del valor vinculante para el Estado, éste hubiera podido actuar políticamente de acuerdo con el Estatuto, acomodando su acción, tanto el Gobierno estatal como las Cortes, a los contenidos del pacto estatutario que no hubieran sido declarados materialmente contrarios a la Constitución (que son muy pocos), aunque no resultaran de obligado cumplimiento. Nada hubiera impedido, por ejemplo, que el Gobierno y las Cortes aprobaran las leyes de presupuestos estatales de acuerdo con lo previsto en la Disposición Adicional 3.^a del Estatuto, o bien que legislaran de acuerdo con las previsiones competenciales contenidas en el Estatuto. Y, menos aún, que hubieran dado cumplimiento a lo previsto en materia de participación de la Generalitat en organismos y procedimientos de decisión estatales en diversos preceptos estatutarios, algunos de los cuales ni siquiera habían sido impugnados, incluyendo, por ejemplo, el consorcio tributario previsto en el art. 204.2 EAC. O, incluso, nada hubiera impedido que se adoptara de forma casi inmediata una iniciativa de reforma constitucional, para reconfigurar jurídicamente el pacto político alcanzado con el Estatuto invalidado. Sin embargo, nada de esto se hizo, y el pacto territorial que expresaba el Estatuto de 2006 fracasó, también, políticamente.

En el fondo, con el fracaso de la renovación del pacto territorial de 2006 reaparece con toda su crudeza el problema histórico, nunca resuelto satisfactoriamente

²³ J. Pérez Royo, 2014 habla de desaparición de la Constitución territorial para calificar la situación producida a partir de la STC 31/2010.

para todas las partes —tampoco, por lo que se ve, por la Constitución de 1978, aunque durante 30 años lo pareció— de la unidad del Estado español. Sigue viva la pugna entre dos concepciones antagónicas de la unidad española: aquella que la concibe en términos de uniformidad, que tiende al centralismo, que es su acompañante natural, y aquella otra que la concibe en términos de reconocimiento y respeto de la diversidad, que construye la unidad sobre la base del pluralismo, en un sistema necesariamente descentralizado. En la brillante expresión de García Cárcel, la concepción vertical de España frente a la concepción horizontal.²⁴

IV. LLENAR EL VACÍO: POSICIÓN E INICIATIVAS DE LA GENERALITAT Y DEL ESTADO EN LA CRISIS CONSTITUCIONAL

El resultado de este fracaso fue un Estatuto de Autonomía completamente desarbolado y sin ningún proyecto común alternativo que pudiera llenar el vacío producido por la desaparición del pacto territorial que se había alcanzado y que resultó invalidado. Pero es sabido que todos los vacíos tienden a llenarse. ¿Cuál fue la actitud de la Generalitat y del Estado ante esta situación, y qué posiciones e iniciativas adoptaron al respecto?²⁵

Por parte de la Generalitat, creo que pueden distinguirse claramente tres momentos o fases distintas, en un proceso que, de forma gradual e incremental, se mueve desde el mantenimiento del paradigma autonómico hasta la ruptura, pactada o incluso unilateral, con el sistema territorial español. En efecto, en un primer momento la propuesta que se formuló desde el Gobierno de la Generalitat fue el denominado «pacto fiscal», que consistía, dicho rápidamente, en una mejora sustancial de la financiación mediante un sistema específico acordado con el Estado de forma bilateral, al estilo del concierto vasco o el convenio navarro.²⁶ Esta propuesta no tuvo prácticamente ningún recorrido, ante la negativa del Gobierno

²⁴ R. García Cárcel, 2002. En la presentación de esta obra se sintetiza de forma magistral esta dualidad: «La España horizontal es la España federal que se plantea la realidad nacional como la construcción de un agregado territorial con el nexo de un gobierno común a partir del supuesto de una identidad española plural y <<extensiva>>. Es la España austracista, la que se desarrolló desde los Reyes Católicos hasta 1700, marcada por la impronta de la <<monarquía compuesta>> de los Austrias. La España vertical es la España centralizada, articulada en torno a un eje central, que ha sido siempre Castilla, vertebrada desde una espina dorsal, con un concepto de una identidad española homogeneizada e <<intensiva>>» (pag. 9). J. Ortega, 1964 (1.ª ed. 1922); pp. 36-54 expresó con gran claridad la concepción vertical de la España.

²⁵ Una completa recapitulación de las actuaciones emprendidas, con la documentación correspondiente, en G. Martín Alonso, 2017.

²⁶ Propuesta de pacto fiscal planteada por el President Mas al Presidente Rajoy en septiembre de 2012, y que no se llegó siquiera a negociar.

estatal a considerarla para entablar una negociación sobre la misma. El momento siguiente estuvo dominado ya por el llamado «derecho a decidir», sobre cuyo significado volveremos más adelante, que figuraba en los programas de las fuerzas políticas que obtuvieron la mayoría en las elecciones al Parlament de Cataluña celebradas en noviembre de 2012,²⁷ convocadas después de una gran movilización ciudadana reivindicando la creación de un Estado propio en Cataluña.²⁸ En esta nueva fase, las propuestas y el debate se centraron en la celebración de una consulta sobre el futuro político de Cataluña, que incluyera la opción de la creación de un Estado propio.²⁹ Y finalmente, ante la imposibilidad de celebrar esta consulta de forma legal y acordada con el Estado,³⁰ y después de unas nuevas elecciones

²⁷ Elecciones de 25 de noviembre de 2012: CiU (30,7% votos, 50 escaños), ERC (13,7%, 21), IC-V-EUIA (9,89%, 13), CUP (3,47%, 3). El conjunto de estas fuerzas políticas (87 escaños sobre 135, un 64,4%) defendía la celebración de una consulta. La *Resolución 5/X del Parlament de Catalunya, de 23 de enero de 2013, sobre la declaración de soberanía y el derecho a decidir* (por la que se acordaba «iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir para que los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo», de acuerdo con los principios de «soberanía», «legitimidad democrática», «transparencia», «diálogo», «cohesión social», «européismo», «legalidad», «papel principal del Parlament», y «participación», y se instaba al Gobierno catalán a convocar una consulta «prioritariamente dentro de la presente legislatura»), fue aprobada por 85 votos a favor, 41 en contra y dos abstenciones. El día 13 de marzo del mismo año, fue aprobada otra Resolución, por 104 votos a favor (el 77% de la Cámara), por la que se instaba al Gobierno de la Generalitat a «iniciar un diálogo con el Gobierno del Estado para hacer posible la celebración de una consulta sobre el futuro político de Cataluña».

²⁸ La manifestación del 11 de septiembre de 2012 en Barcelona fue la primera de una serie de grandes movilizaciones populares que reivindicaban directamente la independencia de Cataluña. El lema de ésta fue «Cataluña, nuevo Estado de Europa», y, convocada por la *Assemblea Nacional de Catalunya i Omnium Cultural*, las dos grandes organizaciones sociales que han adquirido protagonismo en el proceso político catalán de estos años, reunió a 1,5 millones de personas, según la Guardia Urbana de Barcelona, y a 600.000, según la Delegación del Gobierno en Cataluña.

²⁹ De forma inicialmente acordada con el Estado, con diversos ofrecimientos de negociación por parte del Gobierno de la Generalitat, uno de cuyos momentos culminantes fue la presentación ante el Congreso de los Diputados, por parte del Parlament de Cataluña, de una proposición de ley orgánica de delegación a la Generalitat de la facultad para autorizar, convocar y celebrar un referéndum sobre el futuro político de Cataluña —Resolución 479/X, de 16 de enero de 2014—, que fue aprobada por el Parlament por 87 votos, y que fue rechazada por el Congreso, el día 8 de abril de 2014, por 299 votos en contra, 47 a favor y una abstención).

³⁰ Ante la imposibilidad de abrir una negociación con el Estado sobre la celebración de una consulta, el Parlamento de Cataluña aprobó el 19 de septiembre de 2014 la Ley de consultas populares no referendarias y el Presidente de la Generalitat convocó después, en base a esta Ley, una consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña para el día 9 de noviembre (Decreto 129/2014, de 27 de septiembre). Tanto la Ley como el Decreto de convocatoria fueron impugnados por el Gobierno central ante el TC, quedando suspendidos automáticamente de forma cautelar (los recursos fueron resueltos por las SSTC 31 y 32/2015, ambas de 25 de febrero, sobre la Ley y el Decreto, respectivamente). La

cuya convocatoria se planteó en términos plebiscitarios y que dio como resultado una nueva mayoría parlamentaria de signo claramente independentista,³¹ se pasó a un nuevo estadio, que tuvo ya como elementos esenciales un referéndum de autodeterminación y una declaración de independencia.³²

Por su parte, la posición del Estado (del Gobierno, principalmente, pero compartida también por una amplia mayoría parlamentaria en el Congreso y el Senado) creo que puede calificarse en general como de reactiva frente a las iniciativas catalanas, con la finalidad de defender el estatus quo existente, apelando básicamente al argumento de la legalidad. Posición reactiva, en primer lugar, porque lo que esencialmente hizo el Estado fue ir dando respuesta (mediante la oposición política y la reacción judicial) a las diversas iniciativas adoptadas en Cataluña, sin realizar sin embargo ninguna propuesta política nueva destinada a llenar el vacío generado por el fracaso del nuevo Estatuto de autonomía, optando de esta manera por el mantenimiento del estatus quo producido después de la STC 31/2010. Ciertamente, algunos partidos de ámbito estatal expresaron su intención de realizar propuestas políticas, en general de reforma constitucional, aunque sin concretar su contenido ni la estrategia para su aplicación,³³ o incluso se mostraron favorables

consulta convocada no se celebró, y en su lugar se convocó informalmente un «proceso participativo», para el mismo día y con la misma pregunta. Esta nueva consulta fue también impugnada ante el TC (STC 138/2015, de 11 de junio) y fue objeto de querrelas criminales impulsadas por el Fiscal General del Estado contra el Presidente de la Generalitat y algunos miembros de su Gobierno, por desobediencia, que terminaron en sendas sentencias condenatorias, con penas de inhabilitación.

³¹ Elecciones celebradas el día 27 de septiembre de 2015: Junts pel Sí (CiU y ERC: 39,59% de votos y 62 escaños), Ciutadans (17,90%, 25), PSC (12,72%, 16), Catalunya Sí que es Pot (8,94%, 11), PP (8,49%, 11), CUP (8,21%, 10). La mayoría explícita y directamente independentista sumó 72 escaños y un 47,8% de los votos, con una participación del 74,95% del censo.

³² Los hitos principales en esta nueva Legislatura pueden cifrarse en la aprobación de la *Resolución del Parlament de Catalunya 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Catalunya como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre*, en la que se declara «el inicio del proceso de creación de un Estado catalán independiente en forma de República»; la aprobación de las Leyes 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación y 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República; la convocatoria (Decreto 139/2017, de 6 de septiembre) y celebración (a pesar de haber sido suspendido cautelarmente por el TC, de forma automática, por haber sido impugnado por el Gobierno estatal) del referéndum del 1 de octubre de 2017 y la aprobación por parte del Parlament, en dos fases (en los plenos de los días 10 de octubre —que fue aprobada por los diputados de la mayoría como declaración fuera de la sesión parlamentaria—, y 27 de octubre, votada prácticamente en el mismo momento en que en el Pleno del Senado se votaba la aprobación de las medidas propuestas por el Gobierno en aplicación del artículo 155 CE) de una resolución con el contenido propio de una declaración de independencia.

³³ Así, entre los partidos de ámbito estatal, el PSOE aprobó en su 39.º Congreso federal, celebrado los días 17 y 18 de junio de 2017, la propuesta de una reforma de la Constitución en sentido federal

a la celebración de una consulta en Cataluña.³⁴ Sin embargo, lo más llamativo de la posición de las instituciones políticas del Estado, Gobierno y Parlamento, fue la renuncia no sólo a tomar la iniciativa política, sino siquiera a presentar propuestas políticas frente a las iniciativas o las propuestas catalanas, optando por una mera oposición reactiva a las mismas, justificándola fundamentalmente en motivos de legalidad.

En efecto, la práctica totalidad de las iniciativas adoptadas por el Gobierno y el Parlamento catalanes en relación con este proceso, incluidas las que constituían meras resoluciones políticas sin valor legal, fueron impugnadas en vía jurisdiccional, especialmente ante el Tribunal Constitucional. Así, la lista de actos impugnados es larga, e incluye todas la actuaciones legislativas y gubernamentales catalanas orientadas a la celebración de una consulta o un referéndum,³⁵

que «manteniendo que la soberanía reside en el conjunto del pueblo español, debe perfeccionar el reconocimiento del carácter plurinacional del Estado apuntado en el artículo 2 de la Constitución», aunque su documento base en materia territorial sigue siendo la Declaración de Granada, de 6 de julio de 2013. Desde las instituciones estatales, la única iniciativa con un horizonte, aunque lejano e incierto, de reforma constitucional consistió en la creación, el 15 de noviembre de 2017, en el Congreso de los Diputados, de la Comisión para la evaluación y la modernización del Estado autonómico, a iniciativa del Grupo Socialista, a la que sin embargo no se han sumado, entre otros, los grupos del Congreso correspondientes con la mayoría parlamentaria en el Parlament de Cataluña.

³⁴ Así, Podemos, cuyos diversos grupos se expresaron, en general, a favor del derecho a decidir y de la celebración de una consulta acordada con el Estado, aunque manifestando en general también que se pronunciarían a favor del mantenimiento de Cataluña en España (vid pe., Huffington Post de 29 de octubre de 2017). La posición de Podem Catalunya, después de una consulta interna a sus bases celebrada entre los días 15 y 18 de septiembre, fue la de participar en el referéndum del 1 de octubre, aunque sin considerarlo vinculante, mientras que la dirección estatal de Podemos se pronunció por no hacerlo, por no ser un referéndum con todas las garantías, considerándolo una movilización popular (declaraciones en la Universidad de Verano de Podemos, julio de 2017, recogidas, entre otros, por ABC, 7-7-2017). Sobre la posición de Podemos es ilustrativa también la carta abierta de Pablo Iglesias, de 23 de octubre de 2017 (<https://sendy.podemos.info/w/gKezDH1khZ4lj17Ja0Y3kg/iLCDZOW41763mHZDEVOKYXOA/wncqwd3DZXG00FIVD8J3IQ>).

³⁵ STC 31/2015, de 25 de febrero, que anula parcialmente la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana; STC 32/2015, también de 25 de febrero, que anula el Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña mediante el cual se convocó una consulta, en base a la Ley catalana anterior; Sentencia 138/2015, de 11 de junio, que anula el llamado «proceso participativo» del 9 de noviembre de 2014, celebrado en sustitución de la consulta anterior, suspendida por el TC; STC 114/2017, de 24 de octubre, que anula la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación de Cataluña; STC 120/2017, de 31 de octubre, que anula la resolución del Parlamento de Cataluña que designaba a los miembros de la Sindicatura electoral de Cataluña, como órgano de control electoral, y Autos 126/2017, de 20 de septiembre, imponiendo multas coercitivas a los miembros de la Sindicatura electoral, y 151/2017 de 14 de noviembre de 2017, levantando dichas multas; SSTC 121 y 122/2017, ambas de 31 de

incluyendo las previsiones presupuestarias al efecto,³⁶ así como las que tenían por finalidad la creación de las denominadas estructuras de Estado³⁷ y la transitoriedad jurídica y la fundación de una República catalana.³⁸ Pero esta lista incluye también resoluciones políticas adoptadas por el Parlament sin valor de ley³⁹ e incluso actos de tramitación parlamentaria, como convocatorias de sesiones,⁴⁰

octubre, que anulan los decretos de convocatoria del referéndum de autodeterminación de Cataluña y de normas complementarias. Hay que incluir también en esta lista la STC 139/2017, de 29 de noviembre, sobre la modificación del Reglamento del Parlamento de Cataluña, de 26 de julio de 2017, para regular un procedimiento de lectura única de proposiciones de ley (art 135), sobre la que el Tribunal Constitucional realiza una interpretación conforme a la Constitución. Y hay que citar también, aunque la Ley impugnada sea del año 2010 (correspondiente a la mayoría gubernamental tripartita, compuesta por el PSC, ERC e ICV-EUIA), la STC 51/2017, de 10 de mayo, que declara inconstitucional la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum, al entender, en la línea de las SSTC 31/2010 y 31/2015, que la regulación de los referenda corresponde en exclusiva al Estado.

³⁶ STC 90/2017, de 5 de julio, que anula las partidas de la Ley de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña destinadas a la celebración de un referéndum o que podían destinarse a esta finalidad.

³⁷ STC 128/2016, de 7 de julio, que anula parcialmente la Ley catalana de medidas fiscales y administrativas que acompaña la Ley de presupuestos de la Comunidad de 2015 en cuanto dicha Ley establece mandatos al Gobierno para aprobar planes directores en relación a determinadas «estructuras de Estado»; STC 52/2017, de 10 de mayo, que anula diversas disposiciones reglamentarias del Gobierno catalán por la que se creaban algunos órganos y planes para desarrollar estructuras de Estado e infraestructuras estratégicas; STC 77/2017, de 21 de junio, que anula parcialmente un Decreto del Gobierno catalán que creaba un Departamento de Acción Exterior.

³⁸ STC 124/2017, de 8 de noviembre, que anula la ley del Parlamento de Cataluña 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República

³⁹ STC 42/2014, 25 marzo, que anula parcialmente la Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña; STC 259/2015, de 2 de diciembre, que anula la Resolución 1/XI, de 9 de noviembre, del Parlament de Cataluña, sobre «el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015», tratándose en ambos casos de actos de carácter político, sobre los que el TC había declarado anteriormente que no eran objeto idóneo del procedimiento de impugnación del título V LOTC, inadmitiendo a trámite la impugnación presentada en aquel momento (ATC 135/2004, de 20 de abril, sobre la propuesta del llamado «Plan Ibarretxe»). Ambas sentencias resolvieron sendas impugnaciones del Gobierno presentadas por la vía del art. 161.2 CE, aduciendo, para entrar a conocerlas, que podían generar efectos jurídicos a pesar de tratarse de resoluciones de naturaleza política. Igualmente, ATC 144/2017, de 8 de noviembre, que anula las resoluciones adoptadas por el Parlament de Cataluña en su sesión de 27 de octubre de 2017, denominadas «Declaración de los representantes de Cataluña» y «Proceso constituyente», Auto dictado en incidente de ejecución de la STC 114/2017, de 17 de octubre (sobre la Ley del referéndum de autodeterminación)

⁴⁰ Así, Auto 134/2017 de 5 de octubre de 2017, por el que se admite a trámite un recurso de amparo presentado el mismo día 5 por el Grupo Socialista en el Parlament de Cataluña y se ordena la suspensión cautelar de la convocatoria de un Pleno del Parlament para debatir los resultados del referéndum del día 1 de octubre, auto que fue notificado personalmente a la Presidenta y a la Mesa del Parlament con advertencia de responsabilidades penales en caso de incumplimiento.

admisión a trámite de iniciativas legislativas⁴¹ y celebración de debates y votación de informes de comisiones de estudio.⁴² El Tribunal Constitucional, por tanto, ha conocido la práctica totalidad de las actuaciones de las instituciones catalanas en el proceso político que, sintéticamente, podemos calificar como proceso soberanista, orientado al ejercicio del derecho a decidir, entendido en los términos que se verán después. Y, en esta labor de control, ejercida fundamentalmente a instancias del Gobierno estatal, pero también en ocasiones de algunos grupos parlamentarios de oposición en el Parlament, el Tribunal Constitucional, como se ha visto, ha empleado la extensa batería de medios a su disposición: ha declarado la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de prácticamente todos los actos impugnados,⁴³ incluidos aquellos que, en su doctrina anterior, había rechazado enjuiciar, como las resoluciones políticas parlamentarias,⁴⁴ haciéndolo en ocasiones a través del procedimiento de ejecución de sentencias;⁴⁵ ha ordenado la suspensión de los actos impugnados, no sólo en aplicación del art. 161.2 CE, que prevé la suspensión automática por cinco meses cuando el Gobierno estatal impugna actuaciones autonómicas,⁴⁶ sino también, en ocasiones, a raíz de la

⁴¹ AATC 123 y 124/2017, ambos de 19 de septiembre de 2017, dictados en incidente de ejecución de sentencia (STC 259/2015), sobre los Acuerdos de la Mesa y del Pleno del Parlament de Cataluña, de admisión a trámite por el procedimiento de urgencia extraordinaria de la proposición de ley del referéndum de autodeterminación, y de la proposición de ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, respectivamente, con notificaciones personales a la Presidenta del Parlament y a diversos miembros de la Mesa, y con deducción de testimonio al Ministerio Fiscal para exigir, en su caso, responsabilidades penales. SSTC 224 y 225/2016, de 19 de diciembre, y STC 71/2017, de 5 de junio, todas ellas sobre recursos de amparo presentados por diputados de grupos de la oposición en el Parlament de Cataluña contra la tramitación de diversas iniciativas parlamentarias por el procedimiento de ponencia conjunta.

⁴² AATC 141/2016, de 19 de julio, y 170/2016, de 6 de octubre, dictados en sendos incidentes de ejecución de sentencia (STC 259/2015), por los que se ordena que una comisión creada por el Parlament no desarrolle sus trabajos en la línea de la Declaración del Parlament anulada por dicha sentencia, y se anula la resolución del Pleno que ratifica el informe elaborado por esta comisión y sus conclusiones. Dichos Autos incluyen notificaciones personales a la Presidenta del Parlament y a otras personas, con apercibimiento de las eventuales responsabilidades, incluida la penal, en que podrían incurrir en caso de incumplimiento de lo ordenado por el Tribunal, y da cuenta también a la Fiscalía de los hechos para que inicie, si lo estima procedente, acciones penales.

⁴³ Con las únicas excepciones de la Resolución 5/X del Parlament y la modificación del Reglamento del Parlament de 26 de julio de 2017, respecto de las cuales dictó fallos de estimación parcial e interpretativo, en el primer caso, e interpretativo, en el segundo.

⁴⁴ Cfr ATC 135/2004, de 20 de abril, sobre la propuesta del llamado «Plan Ibarretxe».

⁴⁵ AATC 141/2016 y 170/2016, cit., y AATC 123 y 124/2017, cit.

⁴⁶ El art. 161.2 CE, tal como se muestra en los debates constituyentes, se concibió como una alternativa al establecimiento de un veto temporal del Estado sobre las actuaciones autonómicas. Ésta ha sido, en efecto, su función en relación con las actuaciones de la Generalitat a lo largo del proceso soberanista.

interposición de recursos de amparo de parlamentarios;⁴⁷ ha ordenado medidas cautelares, más allá de la suspensión automática, antes incluso de decidir sobre la admisión a trámite del recurso presentado;⁴⁸ ha impuesto, y levantado, multas coercitivas;⁴⁹ ha notificado sus resoluciones de modo personal, con advertencias y apercibimientos de responsabilidades, incluidas las penales; y ha dado cuenta al Ministerio fiscal de actuaciones de determinadas personas, a efectos, si lo estima procedente, de iniciar acciones penales.⁵⁰

Habiendo sido llamado constantemente a intervenir y habiendo utilizado él mismo todas las facultades de que dispone, incluidas de modo especial las otorgadas por la LO 15/2015, de 16 de octubre,⁵¹ interpretándolas además de un modo generoso y expansivo (como muestra el control ejercido sobre resoluciones políticas), e incluso a veces, a mi entender, con un claro exceso (en especial, la adopción de medidas cautelares positivas previas a la admisión a trámite de un recurso), el Tribunal Constitucional se ha colocado en una posición central en este conflicto político, convirtiéndose en un actor de primera magnitud, con un papel relevante y activo en el mismo. Además, el reforzamiento de los poderes de ejecución del TC operado por la LO 15/2015 ha servido también para dar pie al ejercicio de acciones penales, por el simple expediente de convertir en materia penal —mediante

⁴⁷ ATC 134/2017 de 5 de octubre de 2017.

⁴⁸ ATC 5/2018, de 28 de enero, por el que tiene por promovida la impugnación de disposiciones autonómicas 492-2018, planteada por el Gobierno de la Nación respecto de las resoluciones del Presidente del Parlamento de Cataluña en las que se propone la investidura de don Carles Puigdemont i Casamajó como candidato a Presidente de la Generalitat de Cataluña, y adopta medidas cautelares. La impugnación no fue admitida a trámite hasta el día 26 de abril de 2018 (ATC 49/2018).

⁴⁹ AATC 126/2017, de 20 de setiembre y 151/2017, de 14 de noviembre.

⁵⁰ La práctica totalidad de resoluciones cautelares del TC a partir de 2016 contiene notificaciones personales —aunque con distinta amplitud—, advertencias de responsabilidad, y, en algunos casos, se da cuenta al Ministerio fiscal para la posible exigencia de responsabilidades penales (vid notas 38, 39, 40 y 45).

⁵¹ Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho, que reforzó muy notablemente los poderes de ejecución del TC respecto de sus resoluciones, asignándole además un papel activo de vigilancia sobre las mismas. La LO 15/2015, aprobada con los únicos votos del Partido Popular, por el doble procedimiento especial de urgencia y de lectura única, suscitó dudas y críticas, entre ellas de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia) del Consejo de Europa (*Opinion: On the act of 16 October 2015 amending the organic law n.º 2/1979 on the Constitutional Court*, CDL(2017)009, de 13 de marzo de 2017). Las SSTC 185/2016, de 3 de noviembre, y 215/2016, de 15 de diciembre, resolvieron los recursos de inconstitucionalidad presentados por los Gobiernos vasco y catalán, respectivamente, desestimándolos. Uno de los principales argumentos aducidos a favor de la Ley en el debate parlamentario fue precisamente la necesidad de reforzar el TC ante el conflicto de Cataluña.

la notificación personal de las resoluciones, los advertimientos y los traslados al Ministerio fiscal—la realización de conductas contrarias a las resoluciones del Tribunal, particularmente las suspensivas. Aplicando este mecanismo a ciertos actos parlamentarios, el resultado es que el ejercicio de la representación parlamentaria, protegida por la inviolabilidad, ha podido verse criminalizada y convertirse en objeto de persecución penal.⁵²

Ésta, la penal, es, precisamente, la segunda dimensión de la reacción jurisdiccional estatal frente a las actuaciones e iniciativas de las instituciones catalanas en el proceso soberanista. Esta reacción se inició con la interposición de acciones penales por desobediencia contra el Presidente de la Generalitat y algunos de sus Consejeros por la celebración de la consulta del día 9 de noviembre de 2014⁵³ y siguió después, a raíz del referéndum del día 1 de octubre de 2017 y la declaración de independencia, con las causas, según las personas, por sedición, rebelión, organización criminal, malversación de fondos públicos y desobediencia abiertas en la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo contra el Presidente de la Generalitat, los miembros de su Gobierno, la Presidenta del Parlament, diversos miembros de la Mesa y algunos altos mandos policiales, así como contra los máximos dirigentes de las dos principales organizaciones soberanistas,⁵⁴ a las que hay que sumar las causas penales abiertas en diversos juzgados de Cataluña contra diversos cargos públicos, incluidos más de 700 alcaldes.⁵⁵

La apertura de causas penales por delitos de una gran gravedad, junto con las prisiones preventivas sin fianza decretadas en relación con las personas acusadas

⁵² En efecto, la aceptación por parte del TC de su competencia para controlar resoluciones políticas del Parlamento o bien actos de ordenación parlamentaria, como la convocatoria de sesiones, con la suspensión automática que comporta su mera admisión a trámite cuando el impugnante es el Gobierno, junto con las notificaciones personales y los advertimientos de responsabilidad, dan pie al ejercicio de acciones penales respecto de los actos que contravengan lo ordenado —cauteladamente y de modo automático, en principio—por el TC. De este modo, la realización de ciertas actividades parlamentarias, como la celebración de sesiones, debates o la presentación y votación de propuestas, puede ser objeto de persecución penal, criminalizando de este modo lo que debiera ser el ejercicio del derecho de representación política, protegido por la inviolabilidad parlamentaria, que es uno de los pilares esenciales de todo sistema representativo.

⁵³ Procesos que terminaron con sendas sentencias condenatorias del TSJ de Cataluña (para Artur Mas, Joana Ortega e Irene Rigau) y del TS (Francesc Homs, juzgado por el TS en primera y única instancia por su condición de diputado del Congreso), a diversas penas de inhabilitación y multas.

⁵⁴ Causas en las que se han dictado ya los autos de procesamiento, confirmados, en los procedimientos seguidos en el TS, por Auto TS de 26 de junio de 2018, y en los seguidos en la Audiencia Nacional, por Autos AN de 26 y 27 de junio de 2018.

⁵⁵ Causas, en junio de 2018, en fases distintas de los respectivos procedimientos.

de rebelión en el Tribunal Supremo, han convertido la reacción penal del Estado en un elemento de primer orden en el conflicto de Cataluña, que ha adquirido más relevancia incluso debido a la dimensión internacional que ha presentado, con ocasión de las vicisitudes ocurridas en torno a las órdenes europeas de detención y entrega cursadas por los instructores de las causas en la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, denegadas en todo o en parte y finalmente retiradas.⁵⁶ De este modo, el ministerio fiscal y el poder judicial se han convertido también en actores relevantes en este conflicto, con intervenciones trascendentes y muy controvertidas, no sólo en relación a la apertura de las causas por los delitos de rebelión y sedición, sino también por las medidas cautelares adoptadas, como las prisiones provisionales sin fianza, la denegación de permisos para asistir a sesiones parlamentarias, incluidas las de investidura, de los diputados del Parlament en situación de prisión provisional —incluido un candidato a la Presidencia de la Generalitat, en mitad de la sesión de investidura—, o la suspensión de la condición de diputados, una vez procesados por el delito de rebelión. No es éste el lugar para tratar estas cuestiones, que demandan un análisis detallado que aquí no cabe, pero sí quisiera poner de relieve el carácter, cuando menos, fuertemente controvertido de estas medidas, que en algunos sectores han suscitado críticas severas por su inadecuación y falta de proporcionalidad,⁵⁷ mientras que han sido justificadas en otros.⁵⁸ En todo caso, no cabe duda de que la reacción penal del Estado ha pasado a ocupar un lugar central en el conflicto catalán.

Y, finalmente, en su respuesta al proceso soberanista desarrollado en Cataluña, el Estado ha recurrido al uso de los instrumentos de intervención forzosa, singularmente de los poderes extraordinarios del art. 155 CE. Pero no sólo, pues

⁵⁶ ATS de 19 de julio de 2018, con referencias informativas suficientes para seguir las vicisitudes de las órdenes europeas e internacionales de detención y entrega.

⁵⁷ Destacan en este sentido el manifiesto «Legalidad penal y proceso independentista» firmado por 100 profesores de Derecho Penal de diversas Universidades españolas en noviembre de 2017, así como también los distintos pronunciamientos del Síndic de Greuges de Catalunya (por todos, *Informe sobre la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas con ocasión de la reacción penal al 1 de octubre y la aplicación del artículo 155 CE*, Barcelona, mayo de 2018). Puede citarse también, aunque contiene consideraciones que van más allá de las acciones penales, la *Open Letter to Comission President Juncker and European Council President Tusk, Upholding the Rule of Law in the Eurpean Union*, de 31 de octubre de 2017, firmada por diversos académicos europeos, entre ellos Etienne Balibar, Gustavo Zagrebelsky, Judith Butler, Philip Pettit, Craig Calhoun y otros.

⁵⁸ Aparte de los apoyos institucionales, puede citarse la carta «En defensa de la verdad», firmada por una larga serie de académicos españoles, encabezados por Josu de Miguel y Francesc de Carreras. Esta carta, en respuesta directa a la citada en la nota anterior, contiene también consideraciones que van más allá de las acciones penales emprendidas.

antes incluso de la aplicación formal del art. 155 CE, el Estado adoptó algunas medidas respecto de la Administración catalana que, aún sin el amparo formal del art. 155 CE, constituían en realidad una intervención estatal extraordinaria en el ámbito de sus competencias propias. Así, entre otras⁵⁹ y de forma destacada, la intervención financiera, acordada por el Gobierno formalmente al amparo de la LO 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera,⁶⁰ pero que respondía, como declaran explícitamente las normas que la instrumentaron, a la finalidad de controlar la legalidad del gasto de la Generalitat, para evitar que se destinaran fondos públicos a sufragar el referéndum o, en general, actuaciones relacionadas con el proceso soberanista.⁶¹ Sin embargo, sin ninguna duda, el punto culminante en la respuesta estatal mediante medios de intervención forzosa ha sido la aplicación del art. 155 CE, que ha comportado la adopción, por parte del Gobierno⁶² con la aprobación del Senado,⁶³ de una serie

⁵⁹ Como la actuación producida desde la Fiscalía Superior de Cataluña en relación a los Mossos d'Esquadra-Policia de Catalunya, que, mediante la Instrucción 4/17, de 12 de septiembre, atribuyó la coordinación de las actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad «para impedir el referéndum ilegal convocado para el día 1 de octubre», incluidas las de los ME-PC, a un órgano concreto del Ministerio del Interior, bajo su «personal dirección», atribución que se hizo al margen no sólo de las competencias de la Fiscalía, sino también de las previsiones de la LOFCSE y del Estatuto de Autonomía de Cataluña sobre coordinación de las fuerzas de policía.

⁶⁰ Acuerdos de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 21 de julio de 2017 (publicado por Orden PRA/686/2017, de 21 de julio); y de 15 de septiembre de 2017 (publicado por Orden HFP/878/2017, de 15 de septiembre); y Orden HFP/886/2017, de 20 de septiembre, por la que se declara la no disponibilidad de créditos en el Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Cataluña para el 2017. La intervención financiera de la Generalitat no se colocó explícitamente bajo la cobertura del art. 155 CE hasta el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 21 de diciembre de 2017 (publicado por Orden HFP/1281/2017, de 22 de diciembre).

⁶¹ Así, explícitamente, Exposición del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 15 de septiembre de 2017, cit. Además, la intervención se hizo al margen del procedimiento establecido en la LO 2/201, que prevé acudir a la aplicación del art. 155 CE para aplicar las medidas de cumplimiento forzoso en caso de que no lo haga la Comunidad Autónoma, después de un procedimiento previo establecido en la propia LO (art. 25 y 26).

⁶² Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017 por el que se tenía por no atendido el requerimiento presentado y se proponían al Senado para su aprobación un conjunto de medidas «necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y para la protección del mencionado interés general», con los objetivos de «restaurar la legalidad constitucional y estatutaria, asegurar la neutralidad institucional, mantener el bienestar social y el crecimiento económico, y asegurar los derechos y libertad de todos los catalanes».

⁶³ Con una técnica bastante confusa, se publicó el mismo en el BOE del día 27 de octubre de 2017 la aprobación del Senado y el Acuerdo inicial del Consejo de Ministros, que contenía medidas no aprobadas por el Senado, algunas de las cuales había calificado expresamente como «contrarias a la Constitución». *Resolución de 27 de octubre de 2017, de la Presidencia del Senado, por la que se publica el*

de medidas extraordinarias, entre las que destacan la destitución del Presidente de la Generalitat, del Vicepresidente y de todos los miembros del Gobierno; la disolución del Parlament y la convocatoria de nuevas elecciones; la supresión de diversos órganos de la Generalitat y el cese de sus titulares y otros altos cargos; y la designación de órganos del Estado para sustituir a los cargos cesados, especialmente el Presidente y el Gobierno, designación que se hizo a favor del Presidente del Gobierno, la Vicepresidenta, el Consejo de Ministros y los Ministros.

La aplicación del art. 155 CE presenta, a mi juicio, algunos problemas importantes de adecuación constitucional, tanto desde el punto de vista del procedimiento seguido — especialmente en la fase de requerimiento previo, con un requerimiento gubernamental que debería servir para fijar los términos del conflicto entre el Estado y la Comunidad y de las medidas que aquél requiere a ésta, y que, por tanto, exige que sean congruentes con él las actuaciones finalmente imputadas y las concretas medidas adoptadas— como también de las medidas propuestas por el Gobierno y aprobadas por el Senado, respecto de las cuales se plantean serias dudas sobre su admisibilidad, a la vista tanto del texto concreto del art. 155 CE como de su proceso de elaboración y aprobación en las Cortes Constituyentes. No cabe hacer aquí un análisis ni siquiera somero de estas cuestiones, por lo que me remito a otros trabajos.⁶⁴ Pero sí quisiera indicar aquí, al menos, que, sin ninguna duda, la aplicación por primera vez del art. 155 CE supone un hito importante en la historia del desarrollo de la Constitución de 1978, y que la doctrina que sienta el Tribunal Constitucional cuando resuelva los recursos de inconstitucionalidad presentados contra dicha aplicación, por el modo en que se ha hecho y las medidas que se han adoptado, va a marcar de forma decisiva la configuración del modelo territorial que la misma establece. En su momento, Pedro Cruz entendió el art. 155 CE como una cláusula de plenos poderes del Estado frente a las CCAA y concluyó que una manifestación tal de soberanía constituía más bien un síntoma de ruina que no de salvación

Acuerdo del Pleno del Senado, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución ; y Orden PRA/1034/2017, de 27 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017, por el que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 155 de la Constitución, se tiene por no atendido el requerimiento planteado al M. H. Sr. Presidente de la Generalitat de Cataluña, para que la Generalitat de Cataluña proceda al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y a la cesación de sus actuaciones gravemente contrarias al interés general, y se proponen al Senado para su aprobación las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y para la protección del mencionado interés general.

⁶⁴ E. Albertí Rovira, 2018; p. 11 y ss. (también versión en castellano); T. de la Quadra-Salcedo, 2018; J. M.^a Lafuente Balle, 2018; p. 79 y ss.

del Estado.⁶⁵ Habrá que ver, por tanto, en qué queda el Estado autonómico diseñado en 1978 después de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el 155 CE.

En conclusión, creo que puede decirse que, una vez fracasada la renovación del pacto territorial que supuso el Estatuto de Autonomía de 2006, en el lapso de tiempo que va de 2012 a 2017 puede observarse un proceso acelerado de ruptura del consenso constitucional en Cataluña. De una parte, la Generalitat adoptó una serie de iniciativas que, de forma gradual e incremental, partiendo de la Constitución, con propuestas de nueva financiación y de consultas no vinculantes, se deslizaron hacia la actuación unilateral, hasta llegar a la convocatoria de un referéndum de autodeterminación y la declaración de independencia, expresándose de este modo el fin del consenso constitucional sobre el modelo territorial. De otra parte, frente a estas iniciativas, el Estado sólo reaccionó en defensa del *status quo*, sin realizar propuestas o contrapropuestas de carácter político, con el argumento esencial de la defensa de la legalidad. Esta reacción, así, se ha caracterizado por recurrir a los instrumentos jurisdiccionales, tanto constitucionales como penales, y a los poderes extraordinarios de intervención forzosa, como la intervención financiera y la aplicación formal del art. 155 CE. En relación a todo ello, además de su análisis jurídico, especialmente desde la perspectiva de su regularidad constitucional, es obligado plantearse si este tipo de actuaciones resultan adecuadas para resolver la crisis constitucional que se manifiesta en el conflicto de Cataluña. Este asunto se discute en el último apartado de este trabajo. Pero antes conviene poner de relieve algunas cuestiones constitucionales generales que se presentan en este conflicto y que resultan necesarias para enmarcarlo.

V. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES QUE PLANTEA LA CRISIS CATALANA: MINORÍAS NACIONALES Y DERECHO A DECIDIR

La crisis constitucional española a raíz del conflicto de Cataluña, en efecto, pone sobre la mesa algunos problemas constitucionales de carácter general. El principal de ellos, sin duda, el relativo a la posición de las minorías nacionales en los estados democráticos liberales. Ésta, lejos de ser una cuestión novedosa, constituye un problema clásico del constitucionalismo,⁶⁶ que se ha intentado resolver generalmente mediante el reconocimiento del derecho al autogobierno y el establecimiento de fórmulas compuestas de Estado, que han intentado compatibilizar la unidad estatal y la autonomía de los territorios correspondientes. A pesar de que el federalismo,

⁶⁵ P. Cruz Villalón, 1980; p. 689.

⁶⁶ Existe una amplísima literatura al respecto, especialmente desde la perspectiva politológica. Vid recientemente, por todos, con las distintas perspectivas que se han adoptado, F. Requejo, 2017; pp. 62-80.

resultado de este compromiso, no ha servido sólo para resolver la cuestión de las minorías nacionales, pues es también una fórmula de división y contrapeso de poderes aplicable a Estados nacionalmente homogéneos o, al menos, sin minorías territoriales que proclamen su identidad diferenciada, es obvio que ha servido históricamente y sirve aún a este fin. La cuestión se complica cuando no se trata de unir o federar bajo un mismo techo estatal a distintas entidades —con identidad nacional propia o no— iguales entre sí, sino cuando bajo un mismo Estado existen entidades singulares, con identidad propia y voluntad de conservarla, que constituyen una minoría en su seno. Pueden existir también fórmulas para ello, bajo la denominación genérica del federalismo asimétrico,⁶⁷ pero el problema se plantea cuando el acomodo constitucional resulta insatisfactorio para esta minoría territorial, pues, precisamente por su carácter minoritario en el conjunto, nunca podrá modificar por sí misma su posición, quedando supeditada a la decisión de la mayoría estatal.

Son muy pocas las Constituciones que reconozcan el derecho de una de las partes a separarse del conjunto por decisión propia, y, de todos modos, son de muy poca o nula utilidad para el caso español.⁶⁸ Pero en cambio, sí existen dos experiencias comparadas de gran interés por el hecho de haber dado una salida pacífica, civilizada, política, constitucional y democrática a un conflicto de igual naturaleza, en un contexto político e institucional semejante. Se trata, obviamente, de los casos del Canadá en relación al Quebec, y del Reino Unido en relación a Escocia. En ambos, sus respectivas normas constitucionales no contenían ninguna previsión para resolver un conflicto de este tipo, generado por la insatisfacción de la minoría territorial por su posición en el Estado respectivo y la reclamación de separación del mismo, expresada por una parte significativa de su ciudadanía y de sus fuerzas políticas. Y, a pesar de no existir ninguna previsión constitucional expresa para resolverlo, la Constitución pudo encauzarlo, mediante la celebración de una consulta popular para que la población expresara su voluntad al respecto —sobre la independencia, en el caso escocés, o sobre un futuro estatuto político, en gran

⁶⁷ Expresión puesta en circulación, como se sabe, por C. D. Tarlton, 1965; pp. 861-874 y que puede acoger múltiples y variadas estructuras organizativas, que tienen en común el tratamiento específico y diferenciado de algunas entidades en el interior de un Estado compuesto.

⁶⁸ Así, la Constitución de la URSS (Art. 72: «Cada República federada conserva el derecho a separarse libremente de la Unión Soviética»), que obviamente no puede ser referencia, o los exóticos casos citados en sendos informes de la FAES (*20 preguntas amb resposta sobre la secessió de Catalunya*, 2014, p. 30, que trae a colación la Constitución de Etiopía de 1994, art. 39.1) y del Ministerio de Asuntos Exteriores (*Informe sobre la eventual declaración unilateral de independencia de Cataluña y el Derecho Internacional*, de 17 de mayo de 2014, que añade al caso de Etiopía el de San Cristóbal y las Nieves, Constitución de 1983, art. 115).

parte indeterminado, en el del Quebec—, con el compromiso de negociar después el resultado del referéndum. Resulta en este sentido particularmente interesante en el caso canadiense, la formulación de la doctrina general sobre la cuestión que hizo su Tribunal Supremo, con gran capacidad para convertirse en referencia. Conviene recordar que, en su conocido Dictamen de 20 agosto de 1998, el Tribunal establece en efecto una doctrina que puede sintetizarse en dos elementos básicos: primero, no existe, ni en la Constitución interna ni en el Derecho internacional, un derecho a la secesión unilateral del Quebec; y segundo, si a pesar de ello, una mayoría clara de la ciudadanía del Quebec se pronuncia a favor de la secesión, a partir de una pregunta clara sobre la cuestión, el Gobierno federal y las demás Provincias deberán entablar con el Quebec una negociación leal sobre la voluntad expresada mayoritariamente por su población, incluyendo la posible secesión.

Esta doctrina no está exenta de problemas, como muestra la disputa en torno a la concreción de la «claridad» exigida por el Tribunal Supremo,⁶⁹ e incluso ha sido impugnada en su totalidad o bien en su extensión a otros casos, como el español.⁷⁰ Pero presenta el enorme atractivo, ante un conflicto territorial en el que difícilmente puede apelarse al Derecho internacional, como se verá después, de ofrecer un cauce interno y constitucional para su resolución, en términos pacíficos y democráticos, conjugando los grandes principios sobre los que puede convenirse fácilmente que inspiran y subyacen —o deben al menor subyacer— en todos los Estados democráticos actuales con diversidad territorial reconocida, y que explicita el Tribunal Supremo canadiense: federalismo (en el sentido de reconocimiento de la diversidad y división territorial del poder estatal), democracia, Estado de derecho (*constitutionalism and rule of law*, en la expresión del Alto Tribunal) y respeto de las minorías.⁷¹

Esta misma doctrina inspira sin duda el llamado derecho a decidir, sobre el que pivota esencialmente el proceso soberanista catalán.⁷² En relación al mismo hay

⁶⁹ Así, el conflicto entre la Federación y el Quebec en torno a las leyes de claridad de cada parte (Clarity Act, federal, de 29 de junio de 2000, y Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec, de 13 de diciembre de 2000, del Québec), que establecen requisitos y condiciones distintas al efecto.

⁷⁰ Vid en este sentido J. F. López Aguilar, 1999; pp. 7-36, que achaca a esta doctrina problemas más generales, y, especialmente, niega su aplicabilidad al caso español, aunque ciertamente, en el contexto de los años 90, con el problema territorial en el País Vasco impregnado profundamente por el terrorismo.

⁷¹ Remarcando el valor de esta doctrina y su utilidad para encauzar el conflicto, pues «se devuelve al Derecho su papel de pacificador social», C. Chacón Piqueras, A. Ruiz Robledo, 1999; p. 282.

⁷² Sobre el derecho a decidir vid., en general, J. Queralt, J. Ridao, X. Pons, J. Tornos, E. Giménez Salinas, A. Font, 2014; J. Ridao, 2014; M. Barceló, M. Corretja, A. González Bondía, J. López, J. M.ª Vilajosana, 2015.

que destacar, de entrada, que el «derecho a decidir» no se equipara al derecho a la autodeterminación que reconoce el Derecho internacional,⁷³ aunque comparte con él, sin duda, una raíz común, que es expresada con claridad en los instrumentos internacionales cuando proclaman en general, y sin distinciones, que «todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación», en virtud del cual «establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural».⁷⁴ Sin embargo, en el plano internacional existe un acuerdo general en que este derecho no atribuye directa y automáticamente una facultad de secesión a los pueblos que forman parte de un Estado, pues la autodeterminación puede realizarse en el interior de este mismo Estado. En esta dimensión interna, como recuerda el Tribunal Supremo del Canadá, la autodeterminación de un pueblo se entiende como posibilidad de acceso significativo al gobierno para perseguir su desarrollo político, económico, social y cultural,⁷⁵ de modo que cuando el Estado garantiza a todos los pueblos que forman parte del mismo este acceso en condiciones de igualdad y sin discriminación, el derecho a la autodeterminación y el reconocimiento de la integridad del Estado, que también es un principio del Derecho internacional, no resultan incompatibles.⁷⁶ En cambio, en determinados casos, que remiten en general al supuesto en que no se puede ejercer la autodeterminación interna,⁷⁷ aparece la dimensión más llamativa y externa de este derecho, que habilita a este pueblo para establecer un Estado soberano e independiente.⁷⁸ A partir de esta distinción básica, el derecho a

⁷³ Vid. A. González Bondía, 2015; p. 123 y ss., que ni siquiera apoya el derecho a decidir en el derecho a la autodeterminación; y X. Pons, 2014; p. 71 y ss., entre otros, que niega expresamente que tal derecho se pueda fundamentar en el derecho de autodeterminación reconocido internacionalmente.

⁷⁴ Art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York, de 1966, ratificado por España en 1977. En el mismo sentido Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (art.1). La Carta de NNUU se refiere también en general al principio de la libre determinación de los pueblos entre los propósitos de la ONU (art. 1.2).

⁷⁵ Dictamen, cit, ap. 130

⁷⁶ Dictamen, cit, ap. 138. En su ap. 154 el Dictamen afirma que «A state whose government represents the whole of the people or peoples resident within its territory, on a basis of equality and without discrimination, and respects the principles of self-determination in its internal arrangements, is entitled to maintain its territorial integrity under international law and to have that territorial integrity recognized by other states».

⁷⁷ Pueblos colonizados, oprimidos —sujetos a ocupación o dominación extranjera—, y, como *last resort*, cuando no es posible su autodeterminación interna, aunque en relación a este tercer supuesto la Corte Suprema del Canadá reconoce que su aceptación puede ofrecer dudas («it remains unclear whether this third proposition actually reflects an established international law standard», Dictamen, cit, ap. 135).

⁷⁸ Dictamen, cit, ap. 126.

decidir derivaría más bien del derecho a la autodeterminación interna, y resultaría de aplicación por tanto a los pueblos que, en general, pueden ejercer su autodeterminación interna en el seno de un Estado que incluye también a otros pueblos y comunidades, como contenido implícito del mismo, vinculado esencialmente al principio democrático. El derecho a decidir, en los términos que se plantea, como se verá, sería una suerte de capacidad de autodeterminación externa de los pueblos en Estados democráticos, que gozan de la autodeterminación interna que reconoce el Derecho internacional, y, precisamente, como máxima expresión de la misma.

En todo caso, el llamado derecho a decidir, en los términos que se plantea, no equivale ni se confunde con el derecho de autodeterminación en su vertiente externa, reconocido en el Derecho internacional, ni por su naturaleza, ni por su ámbito de aplicación, ni por su contenido y sus efectos. En primer lugar, no se trata, en efecto, de un derecho positivizado en el derecho internacional, ni tampoco en el derecho constitucional interno, que pueda ejercerse por tanto bajo la garantía y al amparo de la aplicación de una norma preexistente. En segundo lugar, no se dirige, tampoco, a los pueblos colonizados u oprimidos, y ni siquiera a los que el Estado del que forman parte niegue su derecho a la autodeterminación interna, que sí reconoce el Derecho internacional con carácter general a todos los pueblos, y en cuyo caso precisamente resultaría habilitado, como remedio, el derecho a la autodeterminación externa. Y en tercer lugar, tampoco consiste en la capacidad para establecer un nuevo Estado soberano —o bien a asociarse con otros o a mantenerse en el de origen—, por decisión directa y unilateral del pueblo al que se reconoce tal derecho.

En contraposición, y aunque en su actual estado de desarrollo doctrinal presente algún contorno bastante difuso, el derecho a decidir se construye a partir de principios constitucionales internos, fundamentalmente los relativos a la democracia y al Estado de derecho,⁷⁹ que, lejos de las concepciones que los reducen a la regla de la mayoría y al principio de legalidad, incluyen, respectivamente, de forma esencial, el respeto de los derechos de las minorías y de los derechos fundamentales de las personas, entre los cuales resultan particularmente relevantes aquí la libertad de expresión y el derecho de participación política. Por otra parte, se aplica precisamente a los pueblos que forman parte de Estados democráticos, en los que en principio está garantizado el derecho de autodeterminación interna, en

⁷⁹ Esta fundamentación es común en todos los autores que abogan por el derecho a decidir: vid J. López; 2015; J. M.^a Vilajosana, 2015; M. Barceló, 2015 y A. González Bondía, 2015.

los términos que se han visto, de tal modo que, en realidad, puede contemplarse como una parte del mismo, que deriva de la propia esencia del funcionamiento democrático del Estado y de la igualdad de los pueblos en su seno. En caso contrario, si este derecho de autodeterminación interno no fuera respetado, quedaría habilitado simple y directamente el ejercicio remedial del derecho de autodeterminación externo, amparado por el Derecho internacional. Y en cuanto a su contenido y efectos, consiste esencialmente en la capacidad de un pueblo para expresar libre y democráticamente su voluntad acerca su estatus político y en su realización posterior, mediante la negociación con los demás actores implicados, negociación que no tiene un resultado predeterminado, pero que no puede excluir la secesión.

Por tanto, el derecho a decidir contiene esencialmente dos elementos:⁸⁰ por una parte, la capacidad de un pueblo de expresar su voluntad sobre su estatuto político, incluyendo la opción de crear un Estado propio, distinto del que forma parte hasta el momento. Este primer elemento, fuertemente vinculado con la libertad de expresión, debe permitir que esta comunidad manifieste públicamente su posición. Y aunque puede pensarse en una variedad de medios, el más claro, inequívoco y garantista es la consulta popular específica sobre esta cuestión. Sin embargo, esta consulta —o, en general, la manifestación de la voluntad popular—no tiene efectos directos e inmediatos. En la concepción del derecho a decidir, a diferencia del derecho de autodeterminación internacional en su vertiente externa, el referéndum —o la consulta popular realizada—no tiene efectos directamente por sí mismo, de tal modo que, desde el Derecho, sólo se espere que su resultado sea aplicado sin más. La consulta satisface el primer contenido del derecho a decidir, que es la expresión de la voluntad de la comunidad. Pero después, y esencialmente a la vista del contexto democrático en el que se plantea, entra en juego el segundo elemento: la realización de la voluntad expresada, para lo cual debe abrirse una negociación entre todas las partes afectadas —pues todas ellas disponen de intereses legítimos y existe un contexto democrático que debe permitir la deliberación—, cuyo resultado no se encuentra predeterminado.⁸¹ No

⁸⁰ M. Barceló, 2015; p. 109 y ss.

⁸¹ Hay que notar que en esta perspectiva general, precisamente, estaba planteada la convocatoria de la consulta popular no referendaria del día 9 de noviembre de 2014 hecha por el Presidente de la Generalitat Artur Mas mediante el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre. Dicha consulta, en efecto, se convocaba, como dice el propio Decreto, para conocer la opinión de la ciudadanía de Cataluña, sin carácter vinculante, a los efectos de ejercer después, el Parlamento de Cataluña, una iniciativa de reforma constitucional ante las Cortes Generales.

es ésta, sin duda, una cuestión fácil ni cuyos requisitos y condiciones puedan prestablecerse con carácter general, más allá de exigir buena fe a todos los actores. Pero, en todo caso, obligaría a todos a negociar una reformulación del estatuto territorial, incluyendo la opción de una secesión acordada, que compusiera de la mejor manera posible los intereses de todas las partes.

Uno de los problemas principales que presenta esta doctrina, como es obvio, es la definición y delimitación de los «pueblos» a los que cabe reconocer tal derecho a decidir. Resulta realmente difícil intentar definir de forma general y abstracta, con vocación normativa además, el concepto de «pueblo», al efecto de establecer las características y requisitos que debe reunir una determinada comunidad para ser reconocida como tal y poder ejercer, en consecuencia, su derecho a decidir. Pero no lo es tanto si se realiza una aproximación más pragmática y se atiende a la realidad de las cosas, tal como son percibidas en general. Y ello en consonancia, además, con el hecho de que se trata de una cuestión pre-constitucional, en el doble sentido de anterior a la Constitución y de fuera de su ámbito normativo. Porque, en efecto, puede existir una determinación constitucional del «pueblo» (o «pueblos»), normalmente no en términos generales y abstractos, sino por referencia a una comunidad concreta,⁸² como pueblo constituido, pero esta determinación jurídica de pueblo no puede pretender agotar la realidad (pueblos realmente existentes), pues el concepto de pueblo no se reduce —y ni siquiera pertenece principalmente— al ámbito de lo jurídico. Un pueblo no dejará de existir por el hecho de que una norma no lo reconozca, o no lo haga de una determinada manera. Se le puede reconocer, o no, y se le pueden atribuir, en este sistema normativo, unos determinados atributos (pueblo soberano, o titular de un derecho a la autonomía, pe.), que conllevan unas determinadas facultades jurídicas. Pero ello no afecta a la existencia, en sí misma, de la comunidad social que forma dicho «pueblo» y a su consideración como tal, que depende de otros factores, incluidos de forma relevante su propia representación y voluntad de serlo. Incluso como concepto jurídico, como pueblo constituido, no siempre presenta un sentido unívoco y unas características homogéneas dentro del mismo sistema normativo constitucional. En el caso español, la Constitución utiliza en efecto el término «pueblo» en sentido de pueblo soberano (art. 1.2, referido al «pueblo español»), pero también emplea el término «pueblo»(s) para referirse a los «pueblos de España» (Preámbulo), sin el atributo de la soberanía, que se reserva a la «Nación

⁸² Así, pe., en el sistema constitucional español, las menciones de la CE a los «pueblos de España» (Preámbulo) o al «pueblo español» (art. 1.2 y art. 66); así como las de los EEAA (en el EAC de 2006: menciones al «pueblo catalán» pe., en el Preámbulo y en los art. 2, 5 y 55).

española». Y en los Estatutos de Autonomía se recurre con normalidad a esta expresión («pueblo») para referirse a la ciudadanía de cada Comunidad Autónoma, de la que, se establece, emanan sus poderes y es representada en sus instituciones. Como se ha dicho, puede resultar muy difícil definir en términos generales y abstractos, con vocación jurídica, el concepto de «pueblo», pero es mucho más fácil constatar que existe, en la realidad, un pueblo catalán, un pueblo quebecois, un pueblo escocés, un pueblo español, un pueblo canadiense o un pueblo británico, aunque puedan tener características diversas y, según su sistema jurídico, dispongan también de atributos jurídicos diversos. En todo caso, la delimitación del demos es algo fundamental en esta materia, pero no se puede pretender realizar esta tarea por medio de conceptos jurídicos o abstractos con pretensión normativa general. Se trata de una cuestión pre-constitucional, y, como tal, la respuesta debe buscarse en el plano de las ciencias de la realidad, como la historia, la sociología, la politología y la economía, y su resultado debe formularse en términos de decisión política, a la cual se asignan después atributos y consecuencias jurídicas.

Por otra parte, el hecho de que el derecho a decidir no esté positivizado, y ni siquiera reconocido ni exista sobre el mismo un acuerdo generalizado, no obsta a su calificación como derecho, en sentido lato, como tantas otras veces ha ocurrido en la historia en relación con otras pretensiones de grupos y colectivos humanos.

Es preciso notar, en este sentido, la posición que ha mantenido el TC español. El derecho a decidir, en un primer momento,⁸³ ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, en términos de aspiración política legítima, basándose en el doble argumento de la inexistencia de límites materiales a la reforma de la Constitución y del carácter no militante de la democracia y el sistema constitucional español, llegando incluso a citar, en la misma Sentencia, el Dictamen del Tribunal Supremo canadiense de 1998.⁸⁴ Sin embargo, este reconocimiento fue muy limitado ya desde el principio, al versar sólo sobre el segundo sus elementos, relativo a la posibilidad de modificar el estatuto jurídico-constitucional de un territorio, incluyendo su secesión y la creación de un Estado propio, aunque siempre por medio del procedimiento de reforma constitucional.⁸⁵ Nada se dice, en cambio,

⁸³ STC 42/2014, de 25 de marzo

⁸⁴ FJ 3, aunque solo cita la primera parte del mismo, en el que considera que el Quebec no dispone de un derecho unilateral a la secesión ni por la Constitución ni por el Derecho internacional. Nada dice la STC 42/2014, en cambio, sobre el segundo gran contenido del Dictamen, relativo a la expresión de la voluntad de la población del Quebec y la obligación de negociar el resultado del referéndum, si ha habido una mayoría clara a favor de una pregunta clara sobre la secesión.

⁸⁵ FJ 4, en el que, además, se dice, en un eco muy atenuado del deber de negociación leal que estableció el Tribunal Supremo del Canadá, que «si la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma,

sobre el primer elemento, la capacidad para expresar la voluntad política de esta comunidad, aunque tampoco se cierra completamente esta posibilidad, pues se admite la legitimidad de realizar «actos preparatorios» de la propuesta de cambio constitucional, entre los que podría entenderse que cabría una consulta a la población.⁸⁶ Con posterioridad, no obstante, el TC ha rechazado frontalmente esta posibilidad, porque, según el mismo, ni las CCAA, y ni el propio Estado, pueden celebrar consultas «sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos», pues, sigue el TC, la Constitución impone que tales cuestiones «se sustancien abierta y directamente por la vía que la Constitución ha previsto para esos fines».⁸⁷ Debe entenderse pues que el Tribunal excluye con carácter general una consulta por la que la ciudadanía de una Comunidad Autónoma pueda expresarse libremente sobre su estatuto político, incluso, en una interpretación estricta de esta jurisprudencia, si la misma es acordada por el Estado. La Constitución puede revisarse en su totalidad, sin excluir ninguno de sus contenidos, pero en cambio no puede consultarse previamente a la población sobre tales proyectos de revisión, que deberán tramitarse, según el Tribunal Constitucional, exclusivamente por alguno de los procedimientos de modificación de la Constitución que ella misma prevé, y que no contemplan consulta o referéndum previo alguno. Se trata, como se advierte fácilmente, de una interpretación enormemente restrictiva del Tribunal Constitucional, altamente creativa, y que, a mi juicio, supone una restricción injustificada y desproporcionada de la libertad de expresión y del derecho de participación política, que difícilmente puede encontrar asidero en criterios democráticos y en la propia Constitución.

VI. ¿UNA SOLUCIÓN POSIBLE?

VÍAS DE RESOLUCIÓN DE LA CRISIS CONSTITUCIONAL

Es bien conocido que los conflictos territoriales —y los conflictos en general— pueden resolverse fundamentalmente por tres vías distintas: la decisión judicial, la imposición forzosa o unilateral de una parte sobre la otra o bien la negociación entre las diversas partes en presencia. En el conflicto de Cataluña, los medios

que tiene reconocida por la Constitución iniciativa de reforma constitucional (artículos 87.2 y 166 CE), formulase una propuesta en tal sentido, el Parlamento español deberá entrar a considerarla».

⁸⁶ La posibilidad de una consulta sobre la independencia ha sido admitida, pe., entre otros, por F. Rubio Llorente, 2012.

⁸⁷ SSTC 31/2015, de 25 de febrero, FJ 6, y 138/2015, FJ 3, ambas con cita de la STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4.

empleados por el Estado, vistos anteriormente, creo que pueden encuadrarse sin dificultad en las dos primeras categorías. De un lado, se ha recurrido ampliamente a la intervención del TC, incluyendo —o precisamente por ellos—sus poderes de suspensión, y se han puesto en marcha procedimientos penales, con graves consecuencias inmediatas, antes de su definitiva resolución, tanto en el plano de las personas afectadas como de carácter político. Y, de otro, se han adoptado medidas excepcionales de carácter coactivo en aplicación del art. 155 CE. Por parte de Cataluña, la actuación unilateral desarrollada en la tercera fase del conflicto, como se ha visto también, puede incluirse grosso modo en la segunda. Ninguna de ellas, sin embargo, ha sido capaz hasta el momento de resolver el conflicto existente. De un lado, no se trata, en efecto, de un conflicto de naturaleza jurídica, que pueda ventilarse en sede jurisdiccional. Y de otro, las medidas excepcionales en aplicación del art. 155 CE tienen carácter temporal, son en general reversibles y no pueden impedir, a menos que se subviertan completamente los derechos y libertades políticos y el sistema representativo, la libre expresión de la ciudadanía ni la formación de mayorías parlamentarias y gubernamentales como las actuales. Y, por su parte, las acciones unilaterales adoptadas desde Cataluña no contaron ni con la legitimidad, en términos de mayoría de votos, para ser reconocida, ni con la fuerza suficientes para poder imponerse. Por tanto, las vías practicadas no han sido las adecuadas para resolver un conflicto de esta naturaleza. Más bien al contrario, la única vía idónea es precisamente la única que no se ha empleado: la negociación política.

En efecto, si se trata de una auténtica crisis constitucional, y si el conflicto se produce porque se ha puesto fin al consenso existente sobre el sistema territorial, parece obvio que la vía idónea para resolverlo pasa por intentar construir un nuevo consenso, negociando una solución que satisfaga a todas las partes. No obstante, y a pesar de ser la opción más racional y acorde tanto a la naturaleza del conflicto como al contexto democrático en el que se produce, no es éste el único escenario posible. Puede pensarse, en efecto, en un enquistamiento del conflicto, que lleve a su cronificación. Y puede pensarse también en un escenario de ruptura, tanto porque fracase la negociación como porque ésta se muestre imposible. Aparecen así, esquemáticamente, tres escenarios distintos: el enquistamiento, un nuevo consenso constitucional y la ruptura. Para finalizar, quisiera hacer algunas observaciones generales sobre ellos.

El escenario del enquistamiento supone renunciar a cualquier intento serio de negociación para llegar a un nuevo consenso constitucional, y, por tanto, mantener el estatus quo territorial actual —sometido además a una fuerte pre-

sión recentralizadora—⁸⁸ y dejar abierto el conflicto político sobre la relación entre Cataluña y el Estado español. Creo que éste es un escenario completamente indeseable y perturbador, por muchos motivos. En primer lugar, la negativa a replantear la cuestión constitucional de la posición de Cataluña —o de cualquier otro territorio, o también de otras materias distintas de las territoriales— supone una pretensión inaceptable de imponer soluciones constitucionales del pasado al pueblo actual, negándole en realidad con ello el carácter soberano que la propia Constitución le atribuye. Creo que es muy elocuente el hecho de que sólo las personas españolas que hoy tienen más de 58 años pudieron participar en el proceso constituyente de la transición, incluso si tomamos como referencia su último acto, el referéndum constitucional de diciembre de 1978. Ello debería hacer reflexionar sobre el inmovilismo constitucional dominante. Existe en este sentido una larga tradición en el constitucionalismo, que puede sintetizarse en términos muy simples pero muy expresivos: una generación no puede imponer su Constitución a las generaciones futuras (Constitución francesa de 1793),⁸⁹ o, en otra versión incluso más contundente, los muertos no pueden gobernar sobre los vivos (Jefferson).⁹⁰ Aún sin llegar al extremo de Sieyès, que llegó a establecer en 33 años la duración deseable de una Constitución,⁹¹ o de Jefferson, que consideró que debía expirar a los 19 años,⁹² y reconociendo el valor de la estabilidad constitucional, parece claro que el soberano es el pueblo realmente existente, y no el que existió en el pasado, y que, por tanto, no pueden imponerse las soluciones constitucionales que éste adoptó en su momento con el argumento de que tales cuestiones han sido ya decididas. En todo caso, está claro que hoy, en nuestro contexto, no es aceptable, ni viable, un sistema político que no cuente con el consenso general de la población. Enquistar el conflicto político de Cataluña supone dejar fuera de la Constitución a una parte muy significativa de la ciudadanía catalana y de las fuerzas políticas que la

⁸⁸ Sobre esta tendencia recentralizadora me remito a mi trabajo E. Albertí Rovira, 2013; p. 63 y ss.

⁸⁹ Art. 28 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 24 de junio de 1793: «Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures.»

⁹⁰ «(...) the earth belongs in usufruct to the living: that the dead have neither powers nor rights over it», principle that the earth belongs to the living, and not to the dead», en Carta de Thomas Jefferson a James Madison, de 6 de septiembre de 1789 (P. B. Kurland, R. Lerner (Eds.), 2000; Vol 1, Cap. 2, Doc. 23).

⁹¹ Sieyès, vid nota 18.

⁹² «Every constitution then, and every law, naturally expires at the end of 19 years. If it be enforced longer, it is an act of force, and not of right» (Carta de 6 de septiembre de 1789, cit).

representan.⁹³ Una exclusión de esta magnitud, que deje el conflicto abierto y sin perspectivas de resolución, genera sin duda tensiones y conflictos que imposibilitan una convivencia política normalizada en el conjunto del Estado. El conflicto, así, seguiría abierto, manifestándose de forma más o menos aguda según las circunstancias, con la única perspectiva, si se excluye la negociación, de que una de las partes pueda imponerse. Además, el mantenimiento prolongado de una situación de este tipo genera consecuencias respecto del entero sistema constitucional, afectando otros elementos más allá del territorial. En el conflicto catalán ya han resultado alcanzadas otras piezas de este sistema, como algunas instituciones y algunos derechos y libertades. El enquistamiento del conflicto y el mantenimiento de una situación como la actual no haría sino acrecentar e intensificar este impacto, afectando al entero sistema constitucional español. Y, con él, quedaría afectada también la Constitución en sí, como instrumento de convivencia, que renunciaría a su función esencial de integración política, al servicio de todos los ciudadanos y garante de sus derechos y de la convivencia democrática, que debe proporcionar un cauce para la resolución de los conflictos. Si no pudiera cumplir con esta función esencial, la Constitución se convertiría, como ha ocurrido ya en otras épocas de la historia española, en un instrumento partidista y de exclusión.

La negociación aparece como la vía idónea tanto por la naturaleza del conflicto como por la incapacidad de las partes para imponer por la fuerza o unilateralmente una solución y por la imposibilidad de zanjarlo en sede jurisdiccional, al no tratarse de una disputa jurídica. La negociación, orientada esencialmente a la construcción de un nuevo consenso constitucional, debería partir de ciertas premisas y tener en cuenta algunos elementos fundamentales, entre los que cabe resaltar, a mi juicio, los siguientes. En primer lugar, el reconocimiento de la legitimidad de las posiciones que se sostienen por las diversas partes. Sin esta condición inicial, muy fácil de justificar en términos jurídico-constitucionales,⁹⁴ resulta completamente ilusorio pensar en cualquier posibilidad de negociación que conduzca a un arreglo político. En segundo lugar, el establecimiento de un procedimiento adecuado para articular la negociación, que cuente con las sedes

⁹³ Como se ha visto ya, los partidos con ideario soberanista explícito representan un 47 % de los votos emitidos en las últimas elecciones en Cataluña, y forman una mayoría absoluta en el Parlament. Estas cifras son muy parecidas también en anteriores elecciones, de modo que no pueden entenderse como ocasionales o accidentales.

⁹⁴ Fundamentalmente, por la inexistencia de límites materiales a la reforma constitucional y por el carácter no militante de la democracia y del sistema constitucional español, ya mencionados. Sobre ello, me remito a mi trabajo E. Albertí Rovira, 2016; p. 254 y ss.

institucionales existentes, pero que incluya también aquellas otras fases y procesos, técnicos y políticos, bilaterales y multilaterales, que resulten necesarios para permitir una auténtica negociación entre todos los actores. Esta negociación, en tercer lugar, debería incluir no sólo los contenidos para un nuevo acuerdo constitucional, sino también las garantías del mismo. Lo ocurrido con el Estatuto de Autonomía de 2006 es suficientemente expresivo de esta necesidad, para evitar que un nuevo pacto pueda ser invalidado después de haber sido cerrado políticamente y perfeccionado jurídicamente mediante los instrumentos adecuados. Ello, naturalmente, remite a las garantías constitucionales del acuerdo. En cuarto lugar, para que pueda hablarse de un nuevo consenso constitucional, se requiere que el acuerdo sea satisfactorio para todas las partes y, por tanto, que obtenga la aprobación de todas ellas. Ello supone que deba irse más allá de las mayorías exigidas en los procedimientos de reforma constitucional. No basta, en efecto, que la Constitución se reforme mediante las mayorías requeridas, sino que esta reforma refleje auténticamente un acuerdo entre las partes del conflicto, que exprese un nuevo consenso constitucional.⁹⁵ Y, finalmente, cualquier nuevo acuerdo debería ser ratificado por la población, incluyendo también, específicamente, la población catalana. En el punto en el que se encuentra el conflicto, parece claro que hoy, políticamente, cualquier solución debe incluir, necesariamente, una consulta popular a la ciudadanía catalana, sin limitaciones apriorísticas sobre su objeto.

Si no resulta posible construir un nuevo consenso constitucional, porque las partes no son capaces de negociar, porque, habiéndolo intentado no pueden llegar a un acuerdo satisfactorio o bien porque la población lo rechaza y existe una mayoría que opta por la creación de un Estado propio, la ruptura no sólo acaba siendo inevitable sino que se convierte en la única alternativa democráticamente aceptable, previa expresión de esta voluntad mediante una consulta popular al efecto.

El escenario de la separación sin duda es el más incierto y el que presenta mayores incógnitas abiertas. Pero si se constata la imposibilidad de alcanzar un nuevo consenso constitucional, si no es posible establecer de nuevo un marco común de convivencia política libremente aceptado, con una sólida base social de apoyo, debe buscarse una solución civilizada y democrática que de salida a la ruptura ya existente. Este es sin duda un escenario nada fácil, sobre el cual sólo cabe decir aquí que, caso de producirse, y a pesar de su gran carga potencial de conflicto, no exime, sino que más bien obliga a extremar el respeto a los derechos y libertades

⁹⁵ Vid. E. Albertí Rovira, 2016; p. 259 y ss.

de las personas y el marco democrático en el que debe desenvolverse cualquier proceso político, que debería incluir la negociación entre las partes para salvaguardar y componer de la mejor manera posible los diversos intereses en juego, en la perspectiva de unas relaciones futuras basadas en los intereses comunes y los estrechos vínculos personales, sociales, culturales, políticos y económicos que derivan de la historia, la vecindad y el contexto europeo compartido.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTÍ ROVIRA, E. (2013). El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico español. *Revista española de Derecho constitucional*, n.º 98.
- ALBERTÍ ROVIRA, E. (2016). La reforma constitucional y el futuro del Estado autonómico. En especial, el problema constitucional planteado en Cataluña. En J. Tudela Aranda, C. Garrido López (Coord.). *La organización territorial del Estado, hoy*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ALBERTÍ ROVIRA, E. (2018). Qüestions constitucionals entorn de l'aplicació de l'article 155 CE al conflicte de Catalunya. *Revista d'estudis autonòmics i federals*, n.º 27.
- ÁLVAREZ JUNCO, J. (2001). *Mater dolorosa, La idea de España en el s. XIX*. Madrid: Taurus.
- AMAT, J. (2017). *La conjura de los irresponsables*. Barcelona: Anagrama.
- ARAGÓN, M. (2014). Problemas del Estado autonómico. *Asamblea, Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 31.
- ARGULLOL, E. (2002). El sostre competencial: les possibilitats de relectura constitucional. En vvAA. *Vint anys d'autonomia, vint anys de Parlament*. Barcelona: Parlament de Catalunya.
- AZAÑA, M. (2005). *Sobre la autonomía política de Cataluña. Selección de textos y estudio preliminar de Eduardo García de Enterría*. Madrid: Tecnos.
- BARCELÓ, M., CORRETJA, M., GONZÁLEZ BONDIA, A., LÓPEZ, J., VILAJOSANA, J. M.ª (2015). *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Barcelona: Atelier.
- BARCELÓ, M. (2015). Reconocimiento y construcción del derecho a decidir en el sistema constitucional español. En M. Barceló, M. Corretja, A. González Bondia, J. López, J. M.ª Vilajosana. *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Barcelona: Atelier.
- BASSETS, L. (2017). *Lecciones españolas: siete lecciones políticas de la secesión catalana y la crisis de la España constitucional*. Barcelona: ED Libros.
- BORRELL, J. (2015). *Las cuentas y los cuentos de la independencia*. Madrid: Los Libros de la Catarata.

- BORRELL, J., DE CARRERAS, F., LÓPEZ BURNIOL, J. J., PIQUÉ, J. (2017). *Escucha Cataluña, escucha España*. Madrid: Península.
- CALVET, G. (2016). *Què ens està passant?* Barcelona: Columna.
- CANAL, J. (2018). *Con permiso de Kafka. El proceso soberanista en Cataluña*. Barcelona: Península.
- CASTRO, C. (2018). *El poder catalán en su laberinto*. Barcelona: ED Libros.
- CHACÓN PIQUERAS, C., RUIZ ROBLEDO, A. (1999). El Dictamen sobre la secesión de Quebec: un comentario. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 3.
- COLL, J., MOLINA, J., ARIAS MALDONADO, M. (Eds.) (2018). *Anatomía del procés*. Barcelona: Debate.
- COLOMER, J. M. (2018). *España: la historia de una frustración*. Barcelona: Anagrama.
- COSCUBIELA, J. (2018). *Empantanados. Una alternativa federal al soviet carlista*. Barcelona: Península.
- COTARELO, R. (2018). *España quedó atrás*. Barcelona: Now Books.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1980). La protección extraordinaria del Estado. En VV.AA. *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los Profs. Alberto Predieri y E. García de Enterría*. Madrid: Civitas.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (2018). Reflexiones sobre el artículo 155 de la Constitución y la protección del interés general de España. *Revista Española de Derecho Administrativo*,
- DE MADARIAGA, S. (1964). *España, ensayo de historia contemporánea*. Buenos Aires: Ed. Sudamericana, 7.ª ed.
- DE RIQUER, B. (2000). *Identitats contemporànies: Catalunya i Espanya*. Vic: Eumo Editorial.
- DE RIQUER, B. (2016). *Anar de debó. Els catalans i Espanya*. Barcelona: Rosa dels Vents.
- FONTANA, J. (2014). *La formació d'una identitat. Una historia de Catalunya*. Vic: Eumo Editorial.
- FUSI, J. P. (2000). *España. La evolución de la identidad nacional*. Madrid: Temas de Hoy-Historia.
- GARCÍA, L. (2018). *El naufragio. La deconstrucción del sueño independentista*. Barcelona: Península.
- GARCÍA CÁRCCEL, R. (2002). *Felipe V y los Españoles. Una visión periférica del problema de España*. Barcelona: Plaza Janés.
- GONZÁLEZ BONDIA, A. (2015). El ordenamiento jurídico internacional ante el derecho a decidir. En M. Barceló, M. Corretja, A. González Bondía, J. López, J. M.ª Vilajosana. *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Barcelona: Atelier.

- GONZÁLEZ I VILALTA, A. (2017). *El proceso separatista en Cataluña. Análisis de un pasado reciente, 2006-2017*. Granada: Comares.
- IGLESIAS P., PÉREZ ROYO, J. (2018). *Crisis constitucional e impulso constituyente. Diálogos sobre España*. Madrid: Fundación Instituto 25 de Mayo para la Democracia.
- KURLAND, P. B., LERNER, R. (Eds.) (2000). Carta de Thomas Jefferson a James Madison, de 6 de septiembre de 1789. En *The Founders' Constitution*. Chicago: The University of Chicago Press, Vol 1, Cap. 2, Doc. 23.
- LAFUENTE BALLE, J. M.^a (2018). El artículo 155 de la Constitución española: examen doctrinal y comparado. *Revista de Derecho Político*, n.º 102.
- LÓPEZ, J. (2015). El derecho a decidir: el principio democrático en el siglo XXI. En M. Barceló, M. Corretja, A. González Bondía, J. López, J. M.^a Vilajosana. *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Barcelona: Atelier.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F. (1999). Canadá y España: una comparación desde el federalismo contractual. *Autonomies-Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 25.
- MARAVALL, J. A. (1997). *El concepto de España en la Edad Media*. Madrid: CEC (4.^a ed.; 1.^a ed. 1954).
- MARCH, O. (2018). *Los entresijos del «procés*. Madrid: Los Libros de La Catarata.
- MARTÍ BLANCH, J. (2018). *Cómo ganamos el proceso y perdimos la república*. Barcelona: ED Libros.
- MARTIN ALONSO, G. (2017). Dossier sobre el procés soberanista a Catalunya. *Revista catalana de dret públic*, n.º 54.
- MASCARELL, F. (2017). *Dos Estados*. Barcelona: Arpa.
- MENDOZA, E. (2017). *¿Qué está pasando en Cataluña?* Barcelona: Seix Barral.
- MOREL, S. (2018). *En el huracán catalán: una mirada privilegiada al laberinto del procés*. Barcelona: Planeta.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2006). *El problema de la vertebración del Estado en España (Del siglo XVIII al siglo XXI)*. Madrid: Iustel.
- MUÑOZ MACHADO, S. y otros (2017). *Ideas para una reforma constitucional*. 20 de noviembre de 2017.
- ORTEGA Y GASSET, J. (1964). *España invertebrada*. Madrid: Espasa Calpe Austral. (1.^a ed. 1922).
- PÉREZ ROYO, J. (2013). Sin Constitución territorial. *El País*, 24 de enero.
- PONS, X. (2014). El denominado derecho a decidir y el Derecho internacional. En J. Queralt, J. Ridao, X. Pons, J. Tornos, E. Giménez Salinas, A. Font. *¿Existe el derecho a decidir? Preguntas y respuestas sobre el proceso abierto en Cataluña*. Barcelona: Tibidabo Ediciones.

- QUERALT, J., RIDAO, J., PONS, X., TORNOS, J., GIMÉNEZ SALINAS, E., FONT, A. (2014) ¿Existe el derecho a decidir? Preguntas y respuestas sobre el proceso abierto en Cataluña. Barcelona: Tibidabo Ediciones.
- REQUEJO, F. (2017). Plurinational democracies, federalism and secession. A political theory approach. *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 54.
- RIDAO, J. (2014). *El dret a decidir. La consulta sobre el futur polític de Catalunya*. Barcelona: IEA.
- ROMERO, J., FURIÓ, A. (Eds.) (2015). *Historia de las Españas*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- RUBERT DE VENTÓS, X. (1999). *De la identidad a la independencia: la nueva transición*. Barcelona: Anagrama.
- RUBIO LLORENTE, F., ÁLVAREZ JUNCO, J. (Ed.) (2006). *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Madrid: Consejo de Estado-CEPC.
- RUBIO LLORENTE, F. (2012). Un referéndum para Cataluña. *El País*, 8 de octubre.
- SALA I MARTIN, X. (2014). *Es l'hora dels adéus?* Barcelona: Rosa dels Vents.
- SÁNCHEZ-CUENCA, I. (2018). *La confusión nacional. La democracia española ante la crisis catalana*. Madrid: Catarata.
- SAVATER, F. (2017). *Contra el separatismo*. Barcelona: Ariel.
- SIEYÈS, E. (1990). *Escritos y discursos de la Revolución*, con Estudio preliminar de Ramón Maíz. Madrid: CEC.
- TARLTON, C. D. (1965). *Symmetry and Asimmetry as Elements of Federalism: a Theoretical Speculation*. *The Journal of Politics*, 27, n.º 4.
- TORTELLA, G. y otros (2016). *Cataluña en España. Historia y mito*. Madrid: Gadir.
- TUSELL, J. (1999). *España, una angustia nacional*. Madrid: Espasa Forum.
- VVAA (2007). ¿Cataluña independiente?». *El Cronista del Estado Democrático y Social de Derecho*, n.º 71-72.
- VVAA (2010). *Revista Catalana de Dret Públic*, número monográfico especial sobre la STC 31/2010.
- VVAA (2010). *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 15, monográfico sobre el Tribunal Constitucional y el Estatut.
- VVAA (2011). *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 27, monográfico sobre la STC 31/2010.
- VVAA (2011). *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, número monográfico especial sobre la Sentencia del Estatuto de Autonomía de Cataluña.
- VVAA (2011) *Revista de Estudios Políticos*, número monográfico sobre «El Estado Autonómico en cuestión. La organización territorial del Estado a la luz de las recientes reformas estatutarias (2006-2010)».

- VVAA-REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA (2000). *España como Nación*. Barcelona: Planeta.
- VICENS VIVES, J. (2013). *Noticia de Catalunya*. Barcelona: Editorial Vicens Vives (2.^a ed. 1960).
- VILA, S. (2018). *De héroes y traidores: el dilema de Cataluña o los diez errores del procés*. Barcelona: Península.
- VILAJOSANA, J. M.^a (2015). Ponderación de principios jurídicos y derecho a decidir. EN M. Barceló, M. Corretja, A. González Bondia, J. López, J. M.^a Vilajosana. *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Barcelona: Atelier.



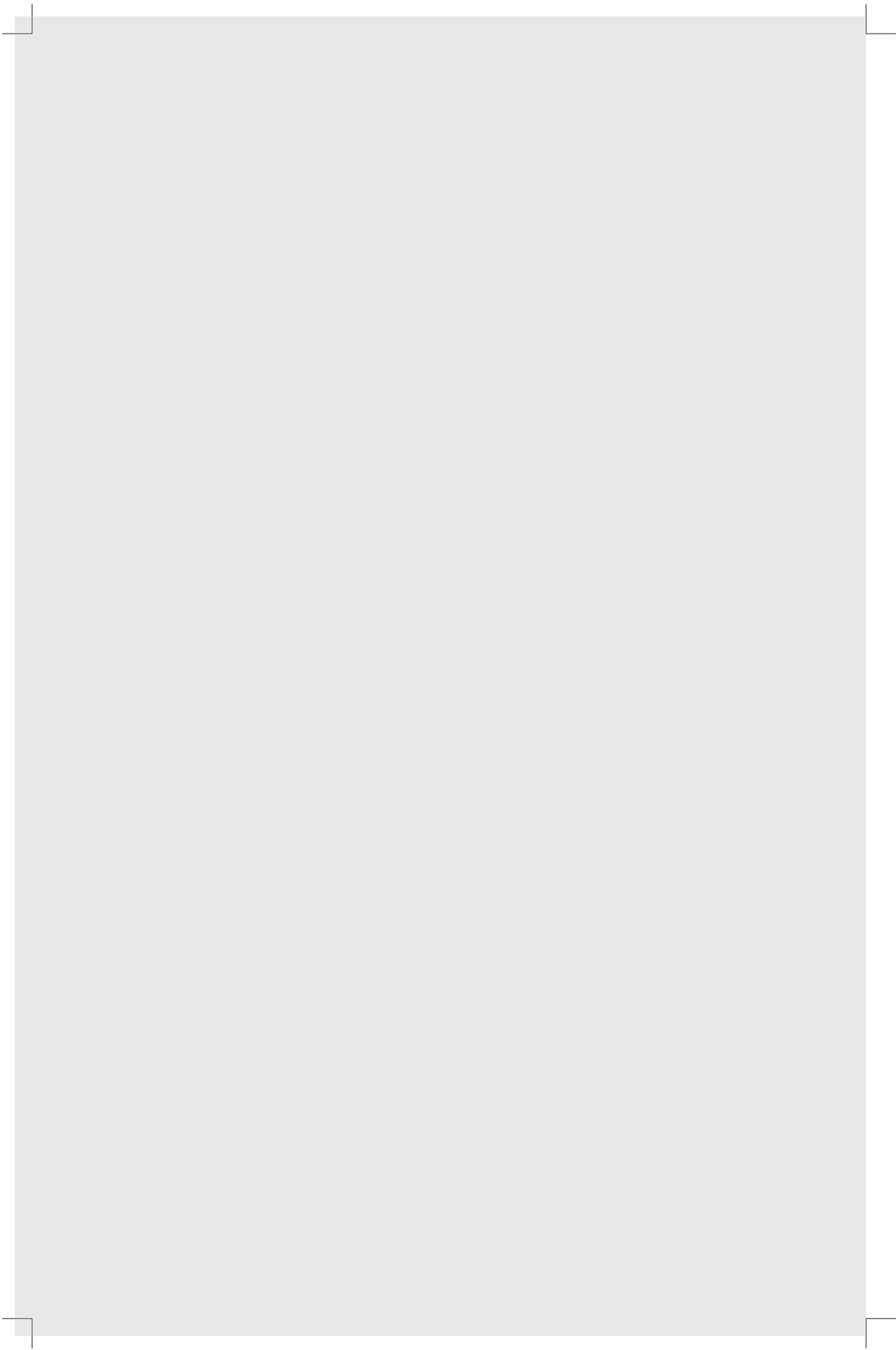
EL PAÍS VASCO, EL MODELO DE AUTONOMÍA TERRITORIAL Y LA PRETENSIÓN CONFEDERAL DEL NACIONALISMO

Alberto López Basaguren¹

SUMARIO

- I. La autonomía del País Vasco: una valoración contradictoria.
- II. El nacionalismo y el modelo «confederal».
 1. El plan Ibarretxe y su fracaso.
 2. La propuesta de «Concierto político» o la lectura foralista de los derechos históricos.
- III. El proceso para la reforma del Estatuto de autonomía.
 1. El trabajo de la Ponencia parlamentaria: el fin abrupto de un proceso que se presumía interminable.
 2. Derechos históricos, «derecho a decidir» y pretensión confederal.
 3. La propuesta para realizar una «consulta habilitante» previa a la remisión del Proyecto al Congreso de los Diputados.
 4. ¿Un respaldo político suficiente? Entre el consenso político transversal y el acuerdo entre nacionalistas.
- IV. Conclusiones: ¿el retorno del plan Ibarretxe?

¹ Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Email: alberto.lopez@ehu.eus. Grupo de Investigación de la UPV/EHU PPGA 18/12. Este trabajo ha sido realizado en el ámbito del Proyecto de investigación DER 2017-86988-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO) —ahora, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades—.



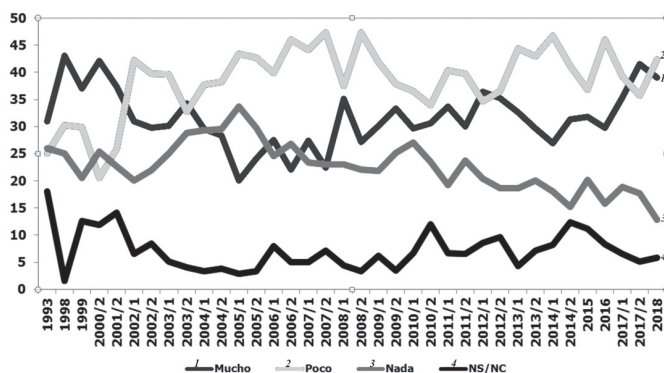
I. LA AUTONOMÍA DEL PAÍS VASCO: UNA VALORACIÓN CONTRADICTORIA

La valoración del autogobierno del País Vasco se mueve en una profunda contradicción. Por una parte, las instituciones autonómicas tienen un protagonismo extraordinario en la vida cotidiana del país y de sus ciudadanos. Una realidad que se traduce en una cualitativamente alta satisfacción ciudadana con el sistema de autogobierno, de forma sostenida en el tiempo. De acuerdo con las series demoscópicas del *Euskobarómetro*,² en la segunda entrega correspondiente a octubre de 2017 —último sondeo publicado—, el 41% de los encuestados se manifiesta «plenamente satisfecho» con la autonomía del País Vasco y el 36% «parcialmente satisfecho» —ahora identificado como «poco satisfecho»—, mientras que el 18 % se muestra «insatisfecho» (figura 1).

Esta mayoritaria satisfacción con la autonomía no se manifiesta únicamente respecto al presente, sino también como opción de futuro. Así, en la cuestión relativa a la estructura política más idónea para el País Vasco («alternativas sobre la forma de Estado»), el 36% considera que debe ser un sistema de autonomía, mientras que el 32% se muestra favorable a un sistema federal, el 24% se mani-

² El *Euskobarómetro*, elaborado por un grupo del Departamento de Ciencia Política de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU) (<https://www.ehu.eus/eu/web/euskobarometro/home>), tiene realizadas series de estudios demoscópicos desde 1999 —dos oleadas por año—, con incursiones más puntuales en años anteriores. Sus series son, así muy expresivas de la evolución de la opinión de la sociedad vasca. Por lo demás, sus resultados, al menos en lo que se refiere a las cuestiones que se tratan en este trabajo, son cualitativamente coincidentes con las realizadas por el *DeustoBarómetro*, realizado en el seno de la Universidad de Deusto (<http://barometrosocial.deusto.es/>), aunque su inicio es mucho más reciente. Los *Sociómetros* del Gabinete de Prospecciones Sociológicas del Gobierno Vasco (<http://www.euskadi.eus/sociometros-vascos/web01-silehike/es/>) tienen otro planteamiento por lo que la posibilidad de comparación es más limitada, aunque la evolución en la cuestión que aquí interesa es cualitativamente similar.

FIGURA 1.

Satisfacción con el Estatuto de Autonomía. Fuente: *EuskoBarómetro*, UPV/EHU

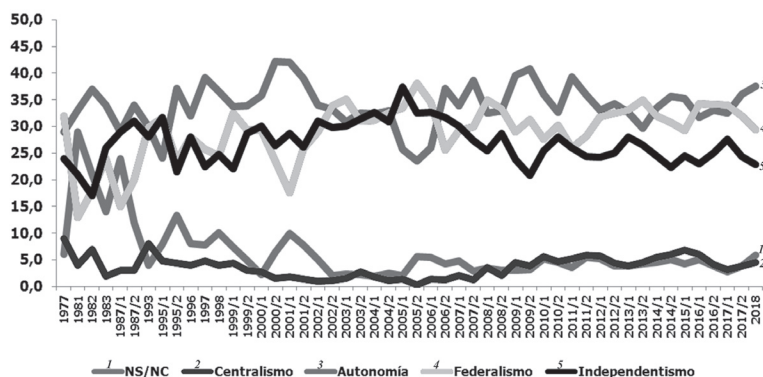
fiesta favorable a la independencia y el 4% favorable a un sistema centralista (figura 2).

En conclusión, más del 65% considera que la opción de futuro debe ser la autonomía o una profundización federal de este sistema, al tiempo que más del 75% se muestra «plena» o «parcialmente» satisfecho con el sistema de autonomía.

Frente a esta consideración ciudadana mayoritariamente satisfecha y vinculada a la autonomía, la actitud de las fuerzas políticas es considerablemente más negativa, tanto en lo que se refiere a la situación presente de la autonomía como a la alternativa más idónea para el País Vasco. Una percepción que viene condicionada por la actitud crítica de las fuerzas políticas nacionalistas —muchas veces, pura y simplemente descalificadora del sistema de autonomía—, que tienen un protagonismo político y social muy destacado, de forma que el discurso de las fuerzas políticas que valoran positivamente el sistema de autonomía y que, sustancialmente, no defienden un sistema diferente para el futuro, queda, en gran parte, en la sombra.³ Entre los partidos nacionalistas la autonomía tiene mala aceptación... si nos atenemos a lo que dicen. Quienes propugnan la independencia —representados, en el pasado, por HB y, ahora, por EH Bildu— realizan una descalificación general y sin matices del sistema de autonomía, hasta el punto de haberse negado a participar en las instituciones durante largo tiempo. Por su parte, el nacionalismo tradicional —PNV—, que viene gestionando el sistema de

³ La defensa de la reforma en sentido federal solo muy marginalmente se plantea como una alternativa de ruptura con el sistema de autonomía vigente, por lo que se puede considerar que, mayoritariamente, es una actitud favorable a una «mejora» —indeterminada— del sistema de autonomía vigente.

FIGURA 2.

Alternativas sobre la Forma de Estado. Fuente: *EuskoBarómetro*, UPV/EHU

autogobierno de forma casi ininterrumpida durante los prácticamente cuarenta años de vigencia y que son los grandes beneficiarios políticos del mismo, tiene un discurso en el que predomina la vertiente crítica, negativa, del sistema de autonomía; solo excepcionalmente tiene cabida una valoración positiva del sistema de autogobierno del País Vasco,⁴ que prácticamente se limita a los momentos de confrontación con el nacionalismo radical.

La sensación del observador es, así, profundamente contradictoria, como si percepción ciudadana y discurso político fuesen por derroteros diferentes. Pero eso solo es cierto relativamente. Es evidente, a la luz de las figuras que se han mostrado, que la valoración del sistema de autonomía del que dispone el País Vasco es significativamente más positivo entre la ciudadanía que en el discurso político de las fuerzas nacionalistas. Ese discurso parece tener un efecto limitado en la opinión de los ciudadanos. Sin embargo, esa opinión sí parece ser afectada —de forma cualitativamente significativa, aunque cuantitativamente limitada—

⁴ Vid. en, este sentido, por ejemplo, la intervención del lehendakari Urkullu en el «debate de política general» de septiembre de 2015 (Parlamento Vasco, 2015, 22-23) en el que afirmó: «Ambicionar un nuevo futuro no significa ignorar el autogobierno alcanzado. No podemos despreciar los logros de quienes nos precedieron en la construcción de esta Euskadi. El autogobierno ha abierto la puerta a la institucionalización de Euskadi. Su ejercicio nos ha permitido alcanzar las cotas de bienestar, calidad de vida y confianza institucional más elevadas de nuestra historia. Afirmando que el autogobierno vasco debe evaluarse y reformularse, no como un edificio de nueva planta a erigir en el aire y sin enganche con el marco existente, sino desde la realidad de lo construido durante los últimos treinta y cinco años». En este sentido, D. Innerarity, 2017; p. 1050 afirma: «Tanto los certificados de defunción del Estatuto como sus celebraciones carecen de un análisis matizado acerca de lo que en él está vivo y muerto».

por la actitud institucional. Se podría decir que a la opinión pública no le afecta tanto lo que los partidos «dicen» —especialmente, los nacionalistas— como lo que las instituciones «hacen». La evolución de la opinión acerca de las «alternativas sobre la forma de Estado» en la serie histórica del *Euskobarómetro* que se ha mostrado en la figura 2 muestra la forma en que la situación política y la actitud institucional influye en las alteraciones de la opinión ciudadana. En 2017, último sondeo publicado, la opción favorable al sistema autonómico se encuentra en un punto medio dentro de la serie. El punto álgido de respaldo al sistema de autonomía como opción de futuro se produce en 2000, en un momento de importante crisis institucional, tras la suscripción del *Pacto de Estella* entre los partidos nacionalistas,⁵ que fue sometido a una fuerte presión crítica en la opinión pública y provocó la ruptura de la coalición de gobierno entre PNV y PSE, dando lugar a un agónico último Gobierno de Ardanza, que transmitía una debilidad terminal y una extremada falta de convicción en la defensa de la nueva estrategia nacionalista. Un segundo momento de alto apoyo a la autonomía como opción de futuro para el País Vasco se produce en 2009, tras el largo desarrollo y fracaso final del *plan Ibarretxe* y la formación del Gobierno de Patxi López (PSE). Por el contrario, el momento de mayor debilidad en el respaldo a la autonomía como opción de futuro tiene lugar en 2005, en pleno apogeo del *plan Ibarretxe*, con el relón de fondo del pulso electoral de 2001, en el que —como nunca antes había ocurrido— se conforman dos bloques radicalmente enfrentados, provocando un ascenso de la participación electoral —solo superado ligeramente por la excepcional movilización electoral de las elecciones generales de 1982, que llevaron a la mayoría absoluta del PSOE de Felipe González—, dando inicio al ciclo de gobiernos tripartitos presididos por Ibarretxe y al desarrollo de su *plan*.

La crítica nacionalista —la pura descalificación, en muchas ocasiones— del sistema de autonomía se asienta, fundamentalmente, en la idea de que el Estado incumple el Estatuto de autonomía, considerado como un pacto entre aquél y el País Vasco. Los elementos sobre los que se construye esta interpretación son, fundamentalmente, la existencia de transferencias pendientes, por una parte, y,

⁵ El *Pacto de Estella* (o *Pacto de Lizarra*) fue suscrito por el PNV, EA y Herri Batasuna, al que se sumaron Ezker Batua [Izquierda Unida] y otros partidos y grupos de izquierda y nacionalistas en septiembre de 1998. Este Acuerdo fue precedido por un documento suscrito por PNV, EA y ETA (que fue objeto de interpretaciones encontradas entre los firmantes), con el que se pretendía abrir un proceso de diálogo y negociación al estilo del proceso realizado en Irlanda del Norte. Unos días después de suscribirse el Acuerdo, la organización terrorista ETA declaró un «alto el fuego total e indefinido» que se prolongó durante 14 meses.

por otra, el vaciamiento de la capacidad de opción política autónoma por parte del País Vasco como consecuencia de la acción expansiva del Estado en la determinación de las bases y en las leyes orgánicas.

Ciertamente, se trata de dos elementos de gran importancia en la salud del sistema autonómico, en los que la crítica nacionalista, en ocasiones, tiene fundamento. Pero se trata de una crítica que, como ocurre en la cuestión relativa a las transferencias pendientes, cae en el exceso al mostrar la extensión del problema o su importancia en el conjunto del sistema de autonomía territorial, buscando dar la impresión de que se trata de un muy elevado número de materias pendientes de transferir, con lo que el ámbito efectivo de poder de las instituciones del País Vasco estaría muy limitado respecto al establecido en el Estatuto de autonomía (EA).⁶ Eso no coincide con la realidad.

Solo en contadas ocasiones se trata de cuestiones indiscutibles a la luz de lo establecido en el art. 149.1 Const. En la mayoría de los casos se trata, por una parte, de elementos muy concretos dentro de una amplia materia y, por otra, de una pretensión de parte, cuya necesaria atribución a la competencia de la CA es, cuando menos, discutible a la luz de la distribución constitucional de competencias. Por su parte, la cuestión del carácter expansivo de la determinación de las bases por el Estado y, dentro de ese ámbito, de la utilización de la reserva de ley orgánica, suele ser interpretada en el discurso nacionalista como un incumplimiento del EA —y de lo que se dijo al electorado que significaba al pedirle el voto para su ratificación en referéndum—. Es evidente que el problema de la delimitación de la competencia del Estado para determinar las bases y la reserva de ley orgánica en los ámbitos de competencia de las CA es un problema general del sistema autonómico; a mi juicio, lo es el recurso a esa técnica como elemento central del sistema de distribución de competencias entre Estado y CA. Pero no se puede alegar que se trate de un incumplimiento del *pacto estatutario* —como se sostiene—, en la medida en que, como es conocido, el EA salvó esos elementos con el recurso continuado a la cláusula «sin perjuicio» de lo establecido en el correspondiente artículo de la Constitución.

⁶ Se trata de un elemento central en la estrategia de descalificación del sistema de autogobierno vigente como fundamento de la legitimación de la propuesta de ruptura, tanto en el País Vasco —en el que los trabajos de la Comisión sobre desarrollo del Estatuto en la década de los noventa, que cifraba en torno a cuarenta las competencias no transferidas, preparó el lanzamiento del *plan Ibarretxe*— como en el caso de Cataluña, en el que el alto número de competencias no transferidas —que Joan Saura, entonces miembro del gobierno tripartito catalán, cifraba en «más de 90»— era un argumento importante en la justificación del proyecto de reforma del EA: vid. A. López Basaguren, 2008; pp. 178 y ss. y pp. 192 y ss.

El problema con la crítica del nacionalismo al sistema autonómico no reside en el hecho de subrayar, con la radicalidad que considere conveniente, los problemas o los límites de que adolece, sino en el hecho de que cualquier problema se magnifica para terminar, de forma prácticamente ineludible, en un resultado: la descalificación, en su más amplia expresión, del sistema de autonomía vigente en el País Vasco. Esta radical descalificación alcanzó su máxima expresión en el decenio que transcurre entre el *Pacto de Estella* y el fracaso del *plan Ibarretxe*, cuando al rechazo del Estatuto de autonomía por parte del nacionalismo radical se sumaron amplios sectores del PNV, canonizándose la consideración de Joseba Egibar —portavoz de ese partido en el Parlamento Vasco desde 1998— de que el Estatuto fue una «carta otorgada» y estaba «muerto».

En esta interpretación severamente crítica de la autonomía realizada por el nacionalismo llama la atención, por una parte, la práctica ausencia de una evaluación relativa de la importancia de la autonomía de que dispone el País Vasco; valoración relativa que es muy importante tanto desde el punto de vista histórico —dado que es la primera vez en la Historia contemporánea en que en España se logra establecer un sistema de autonomías sólidamente asentado y capaz de pervivir durante décadas— y desde el punto de vista comparado con los sistemas federales asentados en países democráticos similares. Y llama la atención, por otra parte, la escasa trascendencia que se le atribuyen a algunas singularidades de la autonomía del País Vasco, que hacen de éste un sistema de autogobierno incomparablemente más poderoso no solo en comparación con las demás CA de España sino también, en comparación con otros sistemas federales. Sin duda, el sistema de financiación —con elementos de regulación tributaria— conocido como *Concierto económico* —y *Convenio económico* en Navarra—⁷ es el elemento más destacado, en este sentido; y el nacionalismo parece darlo por supuesto o por sentado, como un elemento indiscutible, aparentemente inconsciente de su carácter absolutamente excepcional.

En este contexto, destacan dos percepciones. Por una parte, el hecho de que la visión crítica del nacionalismo sobre el sistema autonómico no es la base legítimadora para proponer reformas que mejoren el sistema autonómico sino, pura y simplemente, para descalificarlo, liquidarlo y tratar de sustituirlo por otro de naturaleza radicalmente distinta. Y, por otra, en directa relación con la anterior, la percepción de que la justificación de la opción independentista o de cualquier

⁷ Sobre el sistema de *Concierto económico* puede verse I. Zubiri, 2000 y 2007. Sobre su nacimiento y evolución histórica hasta 1937, E. Alonso Olea, 1995. Sobre las transformaciones del sistema restablecido en 1981 frente a su configuración originaria, A. López Basaguren, 2005.

otro sistema próximo a ella requiere la más completa descalificación del actual sistema de autonomía, al que no se le puede reconocer, prácticamente, virtud alguna.

II. EL NACIONALISMO Y EL MODELO CONFEDERAL

El nacionalismo tradicional (PNV) suele evidenciar en sus manifestaciones la existencia de un —más o menos vago— deseo independentista en la base de su actitud política. Es algo que se muestra de forma más evidente en unos dirigentes del partido que en otros y que no todos los sectores del partido comparten de la misma forma o con la misma intensidad. Se trata de un sentimiento que aparece con más evidencia en los días reservados para las intervenciones más solemnes (como el *Alderdi Eguna* —Día del Partido— o el *Aberrri Eguna* —Día de la Patria—), que se combina, sin grandes problemas aparentes, con un discurso político cotidiano puramente pragmático. En esa combinación de discursos encuentra acomodo la, por una parte, evidente satisfacción con el autogobierno del que dispone la CA del País Vasco, que gestiona casi ininterrumpidamente durante los cuarenta años de autonomía —con pequeños paréntesis en unas u otras instituciones y con momentos álgidos, como el actual, en el que tienen bajo su control la práctica totalidad de las instituciones, autonómicas, forales y municipales— y la tentativa de establecer un nuevo modelo de autogobierno. Un modelo que podríamos calificar —siguiendo la pretensión de algún sector del nacionalismo escocés— de *lite independence*, que, siendo benévolo, plantea importantes dificultades de aplicación práctica, pero que permite al PNV, por una parte, disfrutar —beneficiarse— del poder derivado del autogobierno y, por otra, mantener viva una fuerte crítica de ese sistema de autogobierno, por sus defectos y limitaciones, mostrando su apuesta por un modelo alternativo. Es decir, una combinación que permite lograr, políticamente, la cuadratura del círculo.⁸

⁸ Sobre estas cuestiones, es de gran interés A. Gurrutxaga, 2017. Hay que tener en cuenta que, como se verá en las líneas que siguen, esa combinación de discursos es indispensable en las condiciones políticas que se dan en la CA del País Vasco, necesarias para que el PNV, por una parte, pueda alcanzar la hegemonía electoral y, por otra, las condiciones que le permitan estar al frente de la casi totalidad de las instituciones, a pesar de no disponer de mayoría suficiente por sí solo. Una cuestión que está directamente relacionada con las preocupaciones —puramente pragmáticas— de la sociedad vasca: véase, por ejemplo, Gabinete de Prospección Sociológica, 2016. El PNV tiene la posibilidad de superar los límites del electorado estrictamente nacionalista cuando conecta con esas preocupaciones pragmáticas de la sociedad vasca; y cuando lo hace, arrasa electoralmente en todos los espacios políticos. Si se puede estimar que el PNV tiene unos 150 mil votantes de estricta fidelidad, necesita alcanzar alrededor de los 400 mil votos para obtener esa posición incuestionablemente hegemónica.

En esta dirección, en lo que se refiere al modelo de autonomía territorial que propugna, el PNV ha ensayado dos vías diferentes. En ambas el contenido es sustancialmente similar, pero las formas de plantearlo se diferenciaban radicalmente, al menos en origen.

1. *El plan Ibarretxe y su fracaso*

El primero de los intentos de modificar el sistema del EA impulsado por el PNV es el que se conoce como *plan Ibarretxe*, por el nombre de su promotor, quien fuera lehendakari —presidente— del Gobierno Vasco entre 1999 y 2009, década en la que el desarrollo de su propuesta ocupó el centro de la acción política de sus sucesivos gobiernos. No se trata en estos momentos de realizar una exposición en detalle del referido *plan*,⁹ sino de precisar los elementos más relevantes para mostrar los aspectos de continuidad y de discontinuidad en la ulterior estrategia peneuvista respecto al modelo de autonomía territorial que propugna, así como a las lecciones políticas de su fracaso, sin las que resulta difícil entender la adaptación de su estrategia.

El *plan Ibarretxe* no era, en su contenido, un plan para la secesión del País Vasco. Pero sí era un plan fundado en el principio de autodeterminación del pueblo vasco. No solo porque así lo afirmó de forma explícita el lehendakari Ibarretxe en su formulación, sino porque se materializaba en la determinación por parte de las instituciones de la CA, de forma unilateral, del modelo de relación política del País Vasco con España. Una propuesta que se planteaba, formalmente, como sometida a posterior negociación con las instituciones políticas españolas; pero respecto de la que las instituciones vascas mantenían siempre la capacidad de rechazar reservándose, en ese supuesto, la capacidad de decidir de forma unilateral. En este sentido, la amenaza secesionista solo se planteaba como hipotética en el supuesto de no aceptación de la propuesta de «nuevo estatuto político» por parte del sistema político español.

En esencia, lo que planteaba Ibarretxe era un modelo confederal de relación del País Vasco con España. De acuerdo con el contenido de la propuesta de Estatuto Político de Euskadi —aprobado el 25 de octubre de 2003 por el Parlamento

⁹ Puede verse A. López Basaguren, 2008; pp. 199 y ss.; 2016.²; pp. 62 y ss. Sobre el *plan* pueden consultarse, además, los trabajos reunidos en el número especial monográfico de la revista francesa *Civitas Europa*, n.º 12, 2004, los reunidos en *Cuadernos de Alzate*, n.º 28, 2003, igualmente monográfico, así como los reunidos en el volumen colectivo *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, Oñati: IVAP, 2003

Vasco—,¹⁰ el nuevo estatuto político del País Vasco aparece definido como «régimen de libre asociación» y se asentaba sobre el reconocimiento del «derecho a decidir» del pueblo vasco, que mantenía la capacidad para determinar en cada momento el tipo de relación a mantener con España. El carácter confederal del sistema se pone de relieve, por encima de todo, en el sistema de distribución de competencias y en el sistema de resolución de conflictos. De acuerdo con la propuesta de Estatuto Político de Euskadi, corresponderían al País Vasco todas las competencias no expresamente reservadas al Estado en el mismo (art. 44). Competencias del Estado que se limitan a las tradicionales relativas a nacionalidad, defensa y fuerzas armadas, relaciones internacionales, sistema monetario, marina mercante y abanderamiento de buques, producción y comercio de armas y explosivos y régimen aduanero y arancelario (art. 45.1), complementadas por la competencia para establecer la «legislación común» en materia penal, penitenciaria y procesal, civil, mercantil, de propiedad intelectual e industrial y pesas y medidas, etc. (art. 45.2). La comparación entre esta lista de competencias y la de cualquiera de los Estados federales de nuestro entorno pone en evidencia la extraordinariamente limitada integración que pretendía la propuesta de Estatuto Político. Esta debilidad en la integración del País Vasco se completaba con el sistema de resolución de conflictos, de carácter bilateral y paritario. La propuesta preveía el establecimiento, por una parte, de una Comisión Bilateral Euskadi-Estado, de carácter paritario, para canalizar las relaciones intergubernamentales. Y, por otra, el establecimiento de una «Sala especial» en el Tribunal Constitucional, que se constituiría como «Tribunal de Conflictos Euskadi-Estado», de carácter paritario, integrada por tres Magistrados del TC y tres nombrados a propuesta del Parlamento Vasco, con presidencia rotatoria, competente para resolver los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad y de los conflictos de competencia (art. 16).¹¹ Estas dos características justifican el uso de la definición como confederal del sistema que se pretendía.

Un modelo confederal de este tipo es el objeto del deseo del PNV; en esta Propuesta expresó su —podríamos decir— modelo ideal-pragmático, en el sentido

¹⁰ El texto de la denominada Propuesta de reforma de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi —en las diferentes redacciones que fue adoptando durante la tramitación parlamentaria— fue publicado en el *Boletín Oficial del Parlamento Vasco*, VII legislatura, n.º 180, de 3 de enero de 2005, pp. 22683 ss.

¹¹ Además, esta «Sala especial» conocería de una singular «acción constitucional» para dirimir los efectos sobre el País Vasco de las Sentencias del TC recaídas en asuntos en los que no ha sido parte (art. 16.4)

de que supondría una renuncia a su deseo íntimo de independencia (vertiente «pragmática») pero representa un modelo ideal que, saben, es muy difícil de que pueda ser puesto en práctica («ideal», por tanto).

Pero el *plan Ibarretxe* fracasó. Tras ser rechazada en el Congreso de los Diputados la propuesta de Estatuto Político de Euskadi —1 de febrero de 2005—, Ibarretxe avanzó a la segunda etapa de su *plan* —que definió como «nueva hoja de ruta»— impulsando la aprobación de la Ley de la Consulta, con la que pretendía obtener respaldo popular suficiente para considerarse legitimado para exigir al Gobierno español la negociación de su propuesta y, en su defecto, previsiblemente, poder optar por la vía unilateral. Aprobada por el Parlamento Vasco como Ley 9/2008, de 27 de junio, fue impugnada por el Gobierno ante el TC, inmediatamente suspendida, al ser admitido a trámite el recurso (art. 161.2 Const.) y finalmente declarada inconstitucional —STC 103/2008, de 11 de septiembre— (A. López Basaguren, 2009). El *lehendakari* convocó elecciones anticipadas (1 de marzo de 2009), tratando de reforzar su legitimidad para incrementar su poder negociador o, quizás, para una tentativa unilateral, aunque es difícil precisar en qué sentido. Las elecciones —en una situación singular, con HB fuera de la ley— dieron como resultado un panorama parlamentario en el que el PNV —a pesar de obtener 30 escaños y situarse en su techo de 400.000 votos, pero con una participación relativamente elevada para unas elecciones autonómicas (rozando el 65%)— no conseguía mantener la mayoría parlamentaria con sus tradicionales socios de EA y Ezker Batua (IU) o, incluso, sumando los cuatro escaños de Aralar. Lo que permitió al PSE de Patxi López (25 escaños) con el apoyo del PP (13 escaños) desplazar del Gobierno al PNV —y a Ibarretxe—.

Durante el proceso del *plan Ibarretxe* eran notorias las fuertes reticencias —que fueron siendo crecientes a medida que el proceso avanzaba— existentes en la dirección del PNV —entonces presidido por Josu Jon Imaz y con Iñigo Urkullu, presidente de la territorial vizcaína, como uno de sus apoyos más importantes— respecto a la estrategia del *lehendakari*. La determinación de Ibarretxe y el apoyo logrado por éste en las bases del partido hacían difícil, sin embargo, que la dirección del partido se opusiese a la estrategia del *lehendakari*, hasta el punto de que el presidente de su ejecutiva, Josu Jon Imaz, se sintió en la necesidad de dimitir de su cargo en septiembre de 2007,¹² siendo sustituido por Iñigo Urkullu. El fracaso del *plan* se hizo incontestable con la pérdida del Gobierno, lo que

¹² Es muy importante, para entender el enfrentamiento que tenía lugar entre la dirección del partido y el *lehendakari* el artículo de J. J. Imaz, 2007, dos meses antes de hacer pública su dimisión y su abandono de la política, motivada por su voluntad, según afirmó, de no romper el partido.

no era sino el último elemento de un proceso de profundo deterioro del poder institucional sufrido por el PNV durante su desarrollo.¹³ Ello permitió al PNV, finalmente, desplazar a Ibarretxe, que abandonó su escaño en el Parlamento, dar por concluido un proceso que llevaba tiempo en situación agónica y recuperar para la dirección del partido un liderazgo del que —en contra de su «cultura» política— había sido desplazado por aquél.

2. *La propuesta de «Concierto político» o la lectura foralista de los derechos históricos*

Concluido el ciclo del *plan Ibarretxe* y tras una legislatura en la oposición, el PNV adaptó su propuesta de reforma del autogobierno del País Vasco, que ha ido cogiendo forma en torno a lo que se ha dado en denominar «Concierto político».

La idea se atribuye a D. Innerarity (2009; 2017) y desde las estructuras orgánicas del PNV fue expresada por primera vez por Josu Jon Imaz, siendo presidente de la ejecutiva del partido. Posteriormente ha sido retomada por el lehendakari Urkullu,¹⁴ quien la ha completado, además, con la reclamación para Euskadi de la consideración de «nación foral».

La idea es, aparentemente, muy sencilla. Se trata de extender al ámbito político el modelo o estructura de relaciones entre el Estado y la CA que está vigente en el ámbito tributario y de financiación de la CA del País Vasco —y de Navarra—. ¹⁵ Con el «Concierto político» se trataría de establecer lo que D. Innerarity denomina «derecho de decisión sujeto a pacto» que, de acuerdo a su interpretación, «sintoniza perfectamente con la tradición que se recoge en los derechos históricos reconocidos por la Constitución y con los procedimientos del Concierto económico, que son el núcleo donde mejor se contiene la realidad de soberanía

¹³ Durante el desarrollo del *plan Ibarretxe* el PNV estaba fuera del gobierno en la Diputación de Álava y en el Ayuntamiento de Vitoria, perdió, en las elecciones locales/forales de 2009, la Diputación de Gipuzkoa y siguió sin alcanzar la Alcaldía de San Sebastián, manteniendo únicamente el gobierno de la Diputación de Bizkaia y del Ayuntamiento de Bilbao. Se trata del periodo con menos poder institucional por parte del PNV, un partido acostumbrado a gobernar la práctica totalidad de las instituciones más relevantes. Esa situación no es comprensible sin lo que significó el *plan Ibarretxe* en el panorama político vasco.

¹⁴ Vid. Intervención en el Parlamento Vasco en el Debate de política general de septiembre de 2017.

¹⁵ Según afirma D. Innerarity, 2015; p. 106, el objetivo sería lograr un pacto político entre el Estado y el País Vasco —«al que me gusta denominar «Concierto político»»—, con el que se trataría de «trasladar a todo el campo político los principios y la metodología que tan buen resultado han dado en el campo de las relaciones económicas con el Estado y en torno a una institución como el Concierto Económico que goza de la mayor aceptación en nuestra sociedad».

compartida que supone nuestro sistema de autogobierno». En su opinión, «el Concierto económico es algo más que un procedimiento tributario y financiero; es un compromiso de autogobierno pactado, que obliga al acuerdo y a la cooperación, que supone un reconocimiento mutuo, un principio federalizante, muy innovador, y que articula una interdependencia en espacios de actuación compartidos».¹⁶ Una traslación que, a su juicio, «supondría una verdadera renovación y fortalecimiento de la naturaleza pactada de nuestro autogobierno, sin suponer ninguna ruptura con el pacto constitucional», porque, en su opinión, en la Constitución y en el Estatuto y en las prácticas del Concierto/Convenio hay «un elemento confederal» que tiene «un potencial innovador muy grande», en la medida en que —considera— implica «un reconocimiento en pie de igualdad y obliga a pactar, las dos cosas al mismo tiempo» (2015, 106).

Este parece ser el planteamiento que está detrás de la propuesta a la que venían haciendo referencia algunos dirigentes del PNV y que expresó, finalmente, el lehendakari Urkullu en el «debate de política general» de septiembre de 2017.¹⁷ Propugnó un «nuevo estatus de autogobierno» en el que el Concierto Económico y el pacto político serían «los dos principales pilares» y cuyo objetivo sería «actualizar el autogobierno y renovar las competencias: reforzar el ámbito de poder que le ha sido reconocido a la comunidad pero que aún no le ha sido transferido, recuperar el poder público que pese a haber sido reconocido y transferido se nos ha reducido, y aumentar el quantum de competencias que se reconoce a Euskadi a través del Estatuto». Pero el lehendakari hizo hincapié en el sistema de «garantías» como uno de los elementos más significativos del autogobierno —o nuevo estatus— que propugna. Tomando en consideración los dos «principales pilares» mencionados —el Concierto económico y el pacto político—, señaló que «sería necesario disponer de mecanismos específicos para la resolución de los desacuerdos competenciales con carácter bilateral y a través del acuerdo. Sería conveniente contar no solo con una comisión que estableciera los mecanismos de prevención —la Comisión Mixta, por ejemplo—, sino también con un foro

¹⁶ Cfr. D. Innerarity, 2009; pp. 10-11. Esta exposición se reitera en el texto de 2015 del mismo autor en el que, sin embargo, sustituye el término «federalizante» por «confederalizante». Desconozco si el autor atribuye a ese cambio alguna pretensión de importancia, pero considero que —con independencia del radicalmente distinto significado que, objetivamente, tienen uno y otro término— es significativa respecto a las pretensiones de ese sector político.

¹⁷ Vid. Parlamento Vasco, 2017, 10 ss. El «debate de política general» es la sesión plenaria que —salvo en el primer periodo de sesiones de la legislatura— debe realizarse anualmente, al inicio del periodo de sesiones de septiembre «con objeto de debatir, como único punto del orden del día, la orientación política del Gobierno Vasco» (art. 193 del Reglamento del Parlamento Vasco).

paritario que realizara las labores de arbitraje; es decir, con una comisión de garantía del Estatuto» (Parlamento Vasco, 2017, 25).

La base sobre la que se fundamenta esta propuesta de «Concierto político» está, como lo señalan de forma expresa sus promotores, en los derechos históricos; o, más precisamente, en una particular lectura de los derechos históricos; una lectura *foralista*, que mitifica el significado de los derechos históricos, que ha sido tradicional tanto entre los *fueristas* de los siglos XVIII y XIX (J. Fernández Sebastián, 1998) como, posteriormente, en el nacionalismo (J. Corcuera, 1984, 10 ss.). Se trata de una interpretación que carece de fundamento jurídico real. Es curioso, en este sentido, lo que ha ocurrido con el PNV y la recepción constitucional de los derechos históricos. Este partido consideró que la Constitución, en la Disposición Adicional primera, no recogía satisfactoriamente sus pretensiones, lo que se convirtió en el argumento principal justificativo de su decisión de propugnar la abstención en el referéndum de ratificación de la Constitución;¹⁸ y, sin embargo, es su interpretación más mitificada de los derechos históricos la que pretende como correcta interpretación de aquella.¹⁹

Es en el ámbito de esta particular interpretación de los derechos históricos por parte del PNV en la que se engarzan la propuesta de «Concierto político» y la afirmación del lehendakari Urkullu de que Euskadi es una «nación foral» (Parlamento vasco, 2015). Afirmó, en su primera intervención en aquel debate que, como «nación foral», los derechos históricos «amparados y respetados, pueden dar de sí tanto cuanto pueda alcanzar nuestra capacidad de lograr pactos institucionales, adoptar decisiones políticas que sean refrendadas por la ciudadanía y respetadas. Por esta vía podemos encontrar el cauce para avanzar en el autogobierno, alcanzar el reconocimiento como nación y seguir construyendo Euskadi en una Europa más fuerte y abierta». Aunque en la intervención del lehendakari parecía un simple intento de no dejar pasar en el debate la reclamación del reconocimiento como «nación», combinándola con el elemento «foral», el que más rendimiento ha aportado a la diferenciación de la CA del País Vasco y a la consolidación de la perspectiva nacionalista, acabó convirtiéndose, ante la sorpresa causada por esa combinación terminológica, en uno de los elementos centrales del debate con los grupos parlamentarios. En ese intercambio de intervenciones

¹⁸ Vid. J. Corcuera, 1984; p. 32, quien realiza un análisis comparativo minucioso de las diferencias entre la enmienda del Grupo de Senadores Nacionalistas y el texto definitivo de la Disposición Adicional primera, pp. 18 y ss.

¹⁹ Sobre la interpretación de la Disposición Adicional primera de la Constitución, comparto las reflexiones de J. Corcuera, 1985; vid., igualmente, J. Corcuera y M. A. García Herrera, 2002.

es en el que el lehendakari aportó más elementos para aclarar qué quería decir con ello. Afirmó que, desde su punto de vista «nación foral (...) es una nación construida sobre la base de nuestros derechos históricos, insisto, en la combinación de historicismo y decisionismo, que han representado y representan la constitución del pueblo vasco a lo largo de la historia. Y es lo que nos hace singulares» (p. 98). Sostuvo que la disposición adicional del Estatuto de Gernika «establece que aceptar el régimen autonómico no supone la renuncia del pueblo vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia»; y, a su juicio, eso es «nación foral». Continuó sosteniendo que el artículo primero del Estatuto de Gernika «manifiesta que los poderes de la Comunidad Autónoma vasca no provienen de la Constitución española, sino que se adaptan a ella (...) al determinar que es el pueblo vasco, es el pueblo vasco y nadie más que el pueblo vasco, el que se constituye en comunidad autónoma dentro del Estado español». Y, según el lehendakari, «también eso es nación foral» (pp. 97-98). Y, sobre esta cuestión, concluyó diciendo: «Nación foral, por lo tanto, respeto a la diversidad, pluralidad, desde un sistema institucional cooperativo, participativo, basado en la democracia consorcional, a la vanguardia de las democracias más avanzadas. Un modelo que —he dicho esta mañana, y no me canso de reiterar— mira a Europa, a Europa, en defensa y desarrollo de nuestra singularidad, basada en el principio de subsidiariedad, también contemplado en el Tratado de Lisboa, en una gobernanza horizontal y multinivel, en una estructura de estados compuestos y en un proceso de construcción europea complejo» (p. 99). D. Innerarity (2017, 106) aclara qué es lo que el lehendakari quiere decir cuando habla de «nación foral»: «Cuando el Lehendakari Urkullu habla de «nación foral» yo entiendo que está queriendo decir «nación pactada», ni fragmentada ni subordinada». No estoy seguro de qué quiere decir con «no fragmentada», si tiene connotaciones de irredentismo territorial nacionalista o no, pero es evidente la idea confederal que subyace en su interpretación, en el sentido estricto del concepto; es decir, como entidades de igual naturaleza (estatal) que voluntaria y libremente deciden compartir algunos poderes que son ejercidos por instituciones de composición igualitaria y con un sistema de garantías de carácter igualmente paritario y naturaleza arbitral, no judicial.

Que un sistema similar sea compatible con la Constitución solo se puede sostener desde una visión de la Constitución incompatible con la idea comúnmente aceptada de ésta. Y que esa compatibilidad se asiente en los derechos históricos que «ampara y respeta» la Constitución (Disposición Adicional primera) solo puede mantenerse desde una lectura en la que desaparece el inciso final en el que

se establece que la actualización de ese régimen foral «se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de autonomía». Se trata de los derechos históricos entendidos como titularidad de una soberanía originaria que sigue siendo plenamente ejercitable; la consideración de la Disposición Adicional como la puerta abierta al exterior del sistema constitucional.

III. EL PROCESO PARA LA REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA

La adaptación por el PNV de su estrategia para la reforma del EA o, en su terminología, de establecimiento de un nuevo «Estatus político», se alejaba, como se ha dicho, de las formas que caracterizaron el *plan Ibarretxe*. Las formas eran, tal y como se presentaban, profundamente diferentes, pero el contenido tenía una gran similitud. La aceptación de los límites formales de legalidad en la propuesta de reforma del Estatuto fue explícitamente asumida en el Pacto de Gobierno entre el PNV y el PSE (21.II.2016), en el que, respecto a esta cuestión, se señalaba, expresamente, que el «proceso de actualización del autogobierno que garantice el encaje jurídico-legal de la reforma» sería «tramitado de acuerdo con las normas y procedimientos legales vigentes». Se proponía la creación, nuevamente, de la Ponencia de autogobierno en el Parlamento Vasco «para que en su seno, buscando el máximo consenso entre diferentes, se acuerden las bases y principios que guíen el proceso de articulación de la reforma». El tiempo tendría que aclarar hasta qué punto el compromiso sobre esas formas — la aceptación de moverse dentro de los límites de la legalidad— iban a condicionar la concreción del contenido o, por el contrario, hasta qué punto este último iba a terminar por desbordar a aquellas.

1. *El trabajo de la Ponencia parlamentaria: el fin abrupto de un proceso que se presumía interminable*

Desde el inicio de su mandato, el lehendakari Urkullu se ha referido reiteradamente a la necesidad de debatir sobre lo que denomina el «nuevo estatus político» del País Vasco. En el debate de política general de 2013 propuso la constitución de una Ponencia parlamentaria «para actualizar la arquitectura institucional y el sistema de autogobierno» como vía para acordar «un nuevo estatus político y jurídico para Euskadi» (Parlamento Vasco, 2013; p. 24). El 20 de febrero de 2014 se aprobó, a iniciativa del PNV, la creación de la Ponencia a la que se había referido el lehendakari, que se constituyó, finalmente, el 27 de marzo siguiente. La Ponencia inició un lento discurrir que se prolongó durante toda la legislatura, con una sucesión inacabable de comparecencias, sin llegar a ninguna conclusión.

Iniciada la nueva legislatura (XI) en octubre de 2016, la Ponencia reanudó sus trabajos abordando nuevas comparecencias, con el argumento de que se había incorporado al Parlamento una nueva fuerza política —Podemos—, que no estaba presente en la anterior legislatura, a la que se quería dar la oportunidad de que propusiese la comparecencia de personas que considerase interesantes para desbrozar el tema objeto de la Ponencia. Esa nueva tanda de comparecencias concluyó en septiembre de 2017.

Desde entonces, sus integrantes han estado tratando de llegar a unas bases de acuerdo de amplio consenso, con el objeto de que, posteriormente, fuesen plasmadas en un texto articulado que conformase el Anteproyecto de Reforma del EA —o, en la terminología del PNV, de Propuesta de nuevo Estatus Político—. Ese acuerdo de amplio consenso entre las fuerzas políticas no ha sido posible en la medida en que el PNV ha mantenido su pretensión de sacar adelante su propuesta de naturaleza confederal como configuración del sistema de autogobierno y de relación de la CA con España, insistiendo, al mismo tiempo, en su pretensión de reconocimiento del «derecho a decidir» y de la condición del pueblo vasco como nación.

El bloqueo interminable al que parecía abocada la Ponencia, sin embargo, cambió radicalmente cuando se acercaba el ecuador de 2018. El PNV empezó a plantear propuestas de acuerdo en torno a las pretensiones que se acaban de indicar y EH Bildu adoptó la actitud de apoyar las propuestas del PNV, sin plantear alternativas propias más radicales, discrepando, exclusivamente, en la referencia a la «violencia política» —actividad terrorista de ETA—. El PNV ha aceptado el resultado de ese respaldo a sus propuestas —cuando menos, en este momento del proceso— y ha optado por sacar adelante sus propuestas con el exclusivo respaldo de EH Bildu, salvo una excepción a la que se hará referencia enseguida.

En efecto, a lo largo del mes de junio y primera semana de julio, la Ponencia ha ido aprobando las Bases de acuerdo sobre el nuevo Estatuto Político, que, previsiblemente, tendrán que ser traducidas a un Borrador de texto articulado por una comisión de «expertos» nombrados por los partidos integrados en la Ponencia, a razón de uno por cada uno de ellos. Los acuerdos sobre las bases alcanzados en la Ponencia —concluidos el 6 de julio— se han ido recogiendo en siete sucesivos documentos,²⁰ que se fusionarán en un documento de Bases. El PNV y EH Bildu han sacado adelante el acuerdo en solitario —con un voto particular de EH Bildu

²⁰ Los documentos son los siguientes: Base I (Preámbulo); Base II (Título Preliminar); Base III (Competencias); Base IV (Poderes del País Vasco); Base V (Hacienda y Patrimonio); Base VI (Derechos y deberes); Base VII (reforma del Estatuto). En el momento de concluir este trabajo el documento final resultante no está aún accesible en la página web del Parlamento, ni tampoco los documentos parciales.

en relación a la parte del Preámbulo que se refiere a la violencia terrorista—, salvo en el documento relativo a Derechos y deberes, que ha sido respaldado también por Podemos.

Sorprendentemente, la Ponencia ha concluido sus trabajos, en contra de lo que se había ido consolidando en un amplio sector de la opinión reflejada en los medios políticos y de comunicación. Pero los trabajos concluyen en unas condiciones especialmente singulares, tanto en lo que se refiere al contenido de las Bases como al respaldo político con que cuentan. Lo que abre un amplio haz de interrogantes sobre su desarrollo a partir de este momento.

2. *Derechos históricos, «derecho a decidir» y pretensión confederal*

Las Bases acordadas por PNV y EH Bildu plantean importantes problemas, al optar por un modelo y unos elementos que entran en directa confrontación con la Constitución.

El modelo de autogobierno que se propone en las Bases y, consiguientemente, de relación entre la CA del País Vasco en el seno del Estado español, se define expresamente como un modelo de naturaleza confederal; término que se repite de forma reiterada a lo largo del texto. El contenido de lo acordado es tan llamativo que lo más conveniente es citarlo expresamente, aunque ello pueda dificultar la lectura de este texto en algunos momentos.

La base en que se fundamenta una propuesta semejante son los derechos históricos, que, según el documento, el pueblo vasco considera necesario actualizar «con un nuevo enfoque de su relación con el Estado».²¹ Los derechos históricos, según el texto de las Bases, no se remiten, únicamente a —ni se limitan por— la Disposición Adicional primera de la Constitución; el papel determinante lo juega la Disposición Adicional del EA, según la cual, la aceptación del régimen de autonomía establecido en él «no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia». Una lectura de la Disposición Adicional, la que hace el nacionalismo, en la que desaparece su inciso final en el que se precisa que la actualización de esos derechos históricos podrá realizarse «de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico».²²

Los textos de los que se ha dispuesto en la realización de este trabajo son los documentos provisionales, por lo que las citas se realizan al texto de forma genérica, al no ser útil la referencia a páginas o similar.

²¹ En el texto de las Bases se afirma: «La voluntad del Pueblo Vasco y sus derechos históricos será el fundamento y el vehículo, respectivamente, para la elaboración de una propuesta de Estatus Político».

²² En las Bases relativas al Preámbulo se afirma, en relación con lo que significó el Estatuto de autonomía aprobado en 1979 (Estatuto de Gernika), que contribuyó «a la cristalización del Autogobierno,

Esta particular lectura del significado de los derechos históricos y de su recepción constitucional se complementa con el carácter del pueblo vasco como nación. Según lo acordado en las Bases, el pueblo vasco «es Nación porque así lo reconoce e identifica una mayoría de la ciudadanía y porque, además, cumple con los parámetros establecidos en el derecho comparado». En el texto no se explicita cuáles son las consecuencias de esa condición;²³ no se afirma que eso signifique la titularidad del derecho de autodeterminación, como, por el contrario, se hacía en la propuesta del lehendakari Ibarretxe y se ha sostenido —y se sigue sosteniendo— por parte de los independentistas en Cataluña. Pero, sea su único fundamento o lo sea en conexión con los derechos históricos, en el texto se establece una capacidad de decidir su estatus político, es decir, qué modelo de engarce ha de tener la CA en la organización del Estado español. Su corolario es el «derecho a decidir» que se afirma de forma reiterada en el texto, en diferentes sentidos. En primer lugar, y sobre todo, como fundamento de la capacidad para determinar el «estatus político»: «Se trata», afirma el documento, «de reconocer el derecho y la capacidad de los vascos y las vascas para decidir, expresar y ejercer su voluntad colectiva de cara a la consecución de fórmulas de convivencia acordadas voluntariamente y de establecer mecanismos que garanticen que los compromisos alcanzados sean respetados». Así, el Estatuto que se propone es «un ejercicio del derecho y capacidad de decidir de la ciudadanía vasca que de forma mayoritaria y en este momento histórico decide alcanzar un acuerdo plural, amplio y transversal». El texto resultante del desarrollo de estas Bases «será la formulación jurídico positiva de un ejercicio pactado del derecho democrático de la ciudadanía vasca a decidir su estructura política y su régimen de convivencia, para lo cual, habrá de dotársele a la voluntad mayoritaria de la ciudadanía de un valor normativo relevante».²⁴

a la institucionalización y a la mejora de la calidad de vida y bienestar de la ciudadanía»; fue un pacto, «aunque no en total libertad, dado el contexto histórico».

²³ Sin embargo, la definición del pueblo vasco como nación tiene, en las Bases acordadas en la Ponencia, una consecuencia: la diferenciación entre dos condiciones distintas de «los vascos y las vascas». Por una parte, la relativa a la «Ciudadanía Vasca», que estará vinculada a la vecindad administrativa en alguno de los municipios del «Sujeto Jurídico Político —SJP—». Por otra, la «Nacionalidad Vasca», que se reconocerá a la ciudadanía vasca en los términos regulados por una ley aprobada por el Parlamento Vasco, «habida cuenta del carácter plurinacional del Estado Español y las características del nuevo modelo de relación con el Estado contenidas en el Nuevo Estatus Político».

²⁴ Esta construcción se vincula a la peculiar interpretación, idealizada, que hace el nacionalismo de la «teoría de la claridad» canadiense: vid. F. J. Romero Caro, 2017. En este sentido, el Gobierno Vasco, presidido por Urkullu, aprobó (06.03.2018), con el voto en contra de los tres Consejeros designados a propuesta del PSE, una Propuesta para remitir a la Comisión Europea en la que requería «la incorpo-

En segundo lugar, el «derecho a decidir» se concreta en la potestad de los poderes de la CA del País Vasco para «regular y gestionar» la realización de consultas populares y referéndums «tanto en lo que corresponde a asuntos políticos y sociales de su ámbito competencial, como a las relaciones que desean tener con otros territorios de Euskal Herria, con el Estado español y otros espacios políticos europeos e internacionales».

Esta afirmación del «derecho a decidir» plantea una confrontación entre principio de legalidad y principio democrático —tal y como lo entienden quienes han acordado el texto— que tiene los mismos elementos que ya se han puesto de relieve en el proceso secesionista en Cataluña. Aunque se afirma que la «actualización del autogobierno vasco debe atender al principio de legalidad», inmediatamente se advierte que «no obstante, el respeto a la legalidad no debe provocar la vulneración del principio democrático»; un principio que, según los autores del documento, «exige dotar de un valor relevante y primario a la decisión de la ciudadanía vasca». La confrontación entre principio democrático y principio de legalidad está servida, sobre la base de una comprensión inaceptable del principio democrático.²⁵

Sobre estos fundamentos, el sistema de autogobierno que se propugna es de naturaleza confederal, como explícitamente se afirma, de forma reiterada, en el texto de Bases. Este sistema confederal se caracterizaría por una relación «de igual a igual» entre el País Vasco y el Estado, que suponga un reconocimiento del País Vasco «como sujeto jurídico-político».²⁶ En el texto no se explicita qué

ración a la normativa de la UE de una Directiva de Claridad que oriente sobre cauces para que las Comunidades políticas que hayan expresado mediante decisión clara y expresa de sus instituciones parlamentarias de autogobierno su voluntad de decidir sobre su estatus de soberanía, cosoberanía o interdependencia con respecto al Estado miembro de la UE al que pertenezcan, así como, en su caso, su pertenencia a la UE si el Estado miembro decidiera dejar de serlo en la UE, puedan de manera legal, y pactada y con garantías con el Estado al que pertenecieran, consultar a la ciudadanía sobre su futuro». Y, en conexión con ella, que se habilite «un procedimiento simplificado que garantice la permanencia en la Unión de un nuevo Estado resultante de un eventual proceso de secesión llevado a cabo de acuerdo con los cauces previstos en la mencionada Directiva de Claridad, siempre y cuando el nuevo Estado manifestara su voluntad de pertenecer a la UE».

²⁵ Sobre la inaceptable comprensión del principio democrático por parte del secesionismo catalán en esos términos y en su confrontación con el principio de legalidad, especialmente cuando aquél es entendido de forma tan simplista como la voluntad manifestada en un referéndum —máxime, de naturaleza consultiva—, vid. A. López Basaguren, 2016b; pp. 178 y ss., en donde se hace referencia a la afirmación del TS de Canadá en el *Reference on Québec secession* (1998) respecto a la errónea comprensión de la democracia constitucional que supone una interpretación semejante del principio democrático.

²⁶ A partir de aquí, el documento hace continua referencia al Sujeto Jurídico Político —y al acrónimo SJP—, sobre cuya denominación, sin embargo, se plantean diversas alternativas: «Comunidad

significa este reconocimiento, pero es la misma terminología que se utilizaba en el *plan Ibarretxe* y que ha sido de uso común en la justificación del secesionismo catalán: reconocimiento de la capacidad de decidir por sí mismo su futuro político, se identifique esa capacidad con el derecho de autodeterminación o con su sucedáneo «derecho a decidir». Se propugna un «nuevo modelo de relación con el Estado, bilateral, de respeto y reconocimiento mutuos, de naturaleza confederal»; un sistema que exige una «relación... de respeto mutuo y no subordinación y a tal efecto se anudará un sistema de relación bilateral efectiva y se incorporará un régimen eficaz de garantías que blindará el autogobierno vasco».

El sistema confederal que se propugna tiene dos elementos capitales: la atribución de competencias y el sistema de garantías de los poderes que asume el «Sujeto Jurídico Político».

En lo que se refiere a la primera cuestión, las Bases acordadas pretenden reafirmar el ámbito competencial atribuido por el vigente EA y aún no transferido (transferencias pendientes), recuperar el poder «reconocido y transferido, pero severamente menguado como consecuencia de la legislación orgánica, la legislación básica y la doctrina restrictiva del Tribunal Constitucional, resituándolo en un ámbito foral, de manera que sea inmune a estos tres focos de erosión» y, en tercer lugar, ampliar el ámbito competencial que atribuye el actual EA «incorporando, al catálogo competencial propio, todas aquellas competencias necesarias para garantizar los derechos políticos, económicos, sociales, lingüísticos y culturales de la ciudadanía del Sujeto Político». Pretenden, para ello, «en desarrollo de la bilateralidad relacional», configurar «una suerte de Concierto Político, entendido... como instrumento u organismo de seguimiento y tratamiento político e institucional del espacio competencial», que habilitaría «una relación de carácter confederal entre el Sujeto Político y el Estado Español y como modelo de incardinación de un haber competencial exclusivo y reservado que garantice la estructura y operatividad del mismo por parte del Sujeto Político sin interferencia del Estado». La naturaleza confederal de la relación entre ese «sujeto jurídico político» y el Estado «exige acordar qué materias y competencias se reconocen al Estado, ostentando el SJP la competencia exclusiva sobre el resto». Lo que significa que será el texto del nuevo «Estatus Político» —y no la Constitución— el que determinará las competencias que se atribuyen al Estado, completado por «una cláusula residual de competencia a favor del Sujeto Político», a cuyo efecto

Estatal Vasca»; «Comunidad de carácter nacional»; «Comunidad Foral Vasca»; «Comunidad Nacional Vasca»; «Estado Autónomo Vasco»; o, «Estado Foral Vasco».

«se promoverá una interpretación que otorgue un nuevo enfoque, en clave plurinacional, de tal suerte que las materias y ámbitos de decisión pública que no hayan sido expresamente reservados al Estado español formarán parte del fondo de poder vasco, y, a tal fin, se ha de buscar el mecanismo jurídico oportuno —como pudiera ser el reconocimiento del régimen singular foral—. Finalmente, en este ámbito, propugna la asunción del modelo de «federalismo de ejecución» —«como Alemania»—, de forma que la CA sea la «administración ordinaria del territorio vasco», a la que debe corresponder la ejecución de todas las materias, incluidos los ámbitos en que las competencias normativas correspondan al Estado.

El «fundamento jurídico-constitucional» de ese «renovado marco competencial» reside «en la actualización sistemática y extensiva de los derechos históricos» reconocidos en las Disposiciones Adicionales de la Constitución y del EA citadas y —“dado el nuevo modelo relacional con el Estado que se propone”— también en el «principio democrático», con lo que se cierra el círculo, conectando con el «derecho a decidir»,²⁷ que es la expresión inapelable de este principio, de acuerdo con lo que expresan los redactores del documento.

El segundo elemento clave en este modelo confederal es el sistema de garantías, sobre el que viene insistiendo el lehendakari Urkullu en el mismo sentido que se recoge en el texto de las Bases y que constituía, como se ha visto, un elemento central del Estatuto contenido en el *plan Ibarretxe*.²⁸ El nacionalismo tiene auténtica obsesión por eludir los foros jurisdiccionales y establecer sistemas arbitrales, de naturaleza paritaria, para la resolución de los conflictos. El sistema de garantías es esencial en el «nuevo sistema bilateral relacional con el Estado». Un «sistema de garantías» y unos «mecanismos de blindaje» que se tienen que adecuar «al nuevo modelo de relación bilateral con el Estado, de naturaleza confederal, basado en el pacto, el respeto y reconocimiento mutuos como sujetos políticos y blindarán el autogobierno vasco, impidiendo su modificación unilateral»; sistema al que «quedarán sometidas ambas partes». Esto significa que los conflictos «que se susciten con el Estado» deberán resolverse «desde la bilateralidad, el acuerdo y el pacto», dándose prioridad a los «procedimientos preventivos y cooperativos, frente a los de naturaleza litigiosa y judicial». Este sistema tiene dos

²⁷ Según se afirma en las Bases, la cuestión consiste en conjugar «el principio de legalidad y el principio democrático, sin perjuicio de aquellos otros que el equipo encargado de la redacción del texto articulado, en su caso, puedan adicionar en orden a fundamentar la pretendida ampliación del fondo competencial y encajen en el nuevo esquema relacional de bilateralidad entre el Sujeto Político y el Estado Español».

²⁸ La misma fijación se expresaba en D. Innerarity, 2009 y 2017.

niveles distintos. El primero —el preventivo— consistiría en constituir una «Comisión Mixta de Concerto Político (foro paritario bilateral)», cuyo cometido consiste en activar «la cooperación necesaria para objetivar, de manera pactada, las condiciones en las que ambas partes ejercerán sus respectivas competencias tanto en el ámbito de las materias concertadas como en el resto de las materias que así lo precisen; y fijará los parámetros en que se deba desenvolver la cooperación bilateral así como el obligado respeto a la cooperación multilateral y a la solidaridad con el Estado, y será el órgano interviniente, en primera instancia, ante cualquier conflicto de índole competencial que pueda suscitarse entre el Sujeto Político y el Estado». Se trata de una Comisión Mixta cuya función es «analizar y concertar el derecho estatal aplicable a las relaciones y a los ámbitos sectoriales, a la luz de las competencias asumidas por el Sujeto Político en el ámbito de las materias concertadas», siendo el acuerdo en su seno «requisito imprescindible para que cada norma en cuestión adquiera vigencia en nuestro territorio».

El segundo nivel es el que procedería cuando, a pesar de los resortes preventivos dirigidos a evitarlos, se produce el conflicto. Para estos supuestos, las Bases propugnan la creación de un «foro de naturaleza arbitral —paritario y bilateral— que haga posible la resolución de conflictos competenciales mediante fórmulas de autocomposición». Si, a pesar de ello se plantease el conflicto en el ámbito jurisdiccional, las Bases propugnan la intervención del TC «en última instancia». Pero un TC profundamente transformado en lo que respecta al País Vasco: el «modelo y funcionamiento» del TC habrá de reconducirse «a parámetros que garanticen la imparcialidad y objetividad requeridas por el nuevo sistema relacional mediante la creación de una sala paritaria especial».²⁹

Como puede comprobarse, el documento sobre las Bases para la redacción del texto articulado de la Propuesta de nuevo «Estatus Político» retoma el contenido del Estatuto Político impulsado por el lehendakari Ibarretxe en el seno de su *plan*, con algunas pequeñas adaptaciones terminológicas, expresivas de los cambios en el discurso político en estos años en el País Vasco y, dado el momento procedimental en que se redactan, de una forma menos acabada que la contenida en aquel texto.

²⁹ El modelo de control y resolución de conflictos propugnado en las Bases se complementa con la cuestión relativa a la suspensión de las normas impugnadas ante el TC, afirmando que «deben eliminarse mecanismos de suspensión unilateral de normas, intervención de la autonomía, etc., y establecer procedimientos de lealtad y cooperación institucional, de foros de arbitraje y de resolución de conflictos rigurosamente igualitarios. El régimen de relaciones se basará en la cooperación y no será admisible imposición o coerción unilateral de ninguna clase».

3. *La propuesta para realizar una «consulta habilitante» previa a la remisión del Proyecto al Congreso de los Diputados*

El Acuerdo entre PNV y EH Bildu concluido en la Ponencia el 6 de julio incluye, como último elemento, el compromiso de que el Proyecto de «Nuevo Estatus Político» que sea, en su momento, aprobado por el Parlamento será sometido a una «consulta habilitante» del electorado de la CA antes de ser remitido al Congreso de los Diputados, para su «negociación».³⁰ Este elemento final —y procedimental— del acuerdo ha causado sorpresa, por lo inesperado y porque en el pacto de Gobierno entre PNV y PSE se recogía de forma explícita que, aunque cada partido tenía libertad para plantear las propuestas que considerase convenientes, el proyecto de reforma —o de «nuevo estatus político»— sería «tramitado de acuerdo con las normas y procedimientos legales vigentes». Sorprende, tras la experiencia de la Ley vasca de la consulta (segunda fase del *plan Ibarretxe*),³¹ que fue anulada por el TC —STC 103/2008, de 11 de septiembre (A. López Basaguren, 2009)—, porque asume sus mismos planteamientos y la misma terminología que se identifica con aquél. Y sorprende, porque se hace esta propuesta cuando existe una consolidada y constante doctrina del TC en la materia, manifestada en los sucesivos pronunciamientos que ha realizado el alto tribunal con posterioridad a aquella. Se trata de numerosos pronunciamientos en relación con el proceso secesionista catalán, tanto en relación con la pretensión de asumir una competencia relativa a las consultas populares en la reforma del EA de Cataluña de 2006 —STC 31/2010, de 28 de junio— (J. M. Castellá, 2010 y 2013; C. Aguado, 2011) o sobre las sucesivas leyes catalanas de consultas populares por vía de referéndum (Ley 4/2010, de 17 de marzo) —anulada por la STC 51/2017, de 10 de mayo— y de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana (Ley 10/2014, de 26 de septiembre) —anulada por la STC 31/2015, de 25 de febrero—, así como de los sucesivos «referéndums», «consultas» o «procesos participativos» convocados en Cataluña, como la «consulta» del 9-N (2014) —anulada por la STC 32/2015, de 21 de febrero— (A. López Basaguren, 2017, 308-309), el referéndum de autodeterminación del 1-O (2017) —cuya Ley reguladora fue anulada por la STC 114/2017, de 17 de octubre, el Decreto de convocatoria por

³⁰ Los representantes de Podemos en la Ponencia defienden la realización de una «consulta», pero previa aprobación de su realización por parte del Parlamento Vasco, mediante una mayoría cualificada, por lo que no respaldó la propuesta acordada por PNV y EH Bildu.

³¹ Ley 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política.

la STC 122/2017, de 31 de octubre, y el Decreto con las normas complementarias para su realización por la STC 121/2017, de 31 de octubre—. Todas estas Sentencias tienen una doctrina constante en el sentido de que las CA no tienen competencia para regular o convocar referéndums o «consultas» como la que se pretende en el documento de Bases sobre el «Nuevo Estatus Político» acordado en la Ponencia parlamentaria.

A la luz de esa jurisprudencia —y muy específicamente, de la que resolvió la impugnación contra la propia Ley vasca de la Consulta— no es admisible seguir alegando que se trata de una consulta «sin valor jurídico», por no ser vinculante, como se sostiene por quienes la propugnan. Es indiscutible, tanto en Derecho español como en comparado, que el carácter consultivo —y no jurídicamente vinculante— no supone la pérdida de la condición de referéndum —y su transformación en «consulta»— ni la exclusión de su sometimiento a estrictos procedimientos jurídicos expresamente establecidos. Al igual que se pretendía en el contexto del *plan Ibarretxe*, con ello se trataría de lograr, al margen de los procedimientos legales, un respaldo por parte del cuerpo electoral a una propuesta de reforma del Estatuto que le otorgase una legitimidad popular que la hiciese intocable so pena de ser acusado el órgano que osase hacerlo de vulnerar la voluntad popular.

4. *¿Un consenso político suficiente? Entre el consenso transversal y el acuerdo entre nacionalistas*

La conclusión de los trabajos de la Ponencia sobre autogobierno con la aprobación de las Bases para la elaboración del texto articulado que constituya el Borrador de Anteproyecto de reforma del EA —del «nuevo estatus político»— plantea, además, un importante problema respecto al consenso político sobre el que se sustenta. El lehendakari Urkullu y su partido, el PNV, han venido apelando constantemente a la necesidad de que la propuesta de reforma del EA —o el «Nuevo Estatus Político» en su lenguaje— necesitaba estar respaldada por un amplio consenso de carácter transversal. Lo que siempre se ha entendido como un consenso que cruce la división entre nacionalistas y no nacionalistas. El acuerdo alcanzado solo tiene el respaldo de los dos partidos nacionalistas —PNV y EH Bildu—, salvo la excepción del título relativo a derechos y deberes, que cuenta con el respaldo de Podemos. Significativamente, no hay acuerdo del PNV con el partido —PSE— con el que gobierna —aunque sea en coaliciones muy desequilibradas a su favor— la práctica totalidad de las instituciones significativas —autonómicas, forales y locales—.

En esas condiciones, las dudas sobre la firmeza de la decisión del PNV de seguir adelante con ese respaldo se plantean con fuerza. Se trata de un camino muy complicado políticamente, que, de seguir por el camino marcado en el documento de Bases acordado en la Ponencia parlamentaria, deberá enfrentarse a importantes confrontaciones con la legalidad, como en el caso de la consulta «habilitante» pactada a la que se sometería el Proyecto que aprobase el Parlamento antes de su remisión al Congreso.

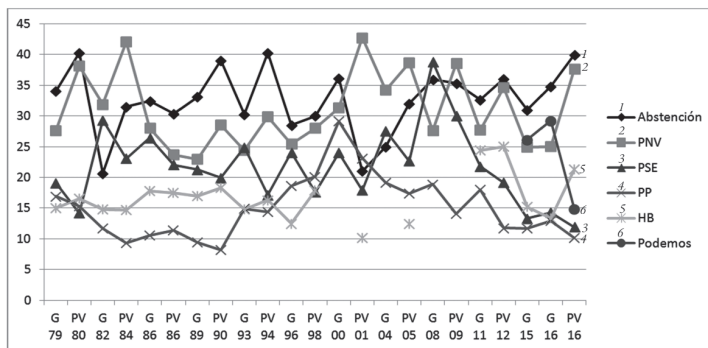
¿Hasta dónde seguirá el PNV en este proceso, con la única compañía de EH Bildu? ¿Va a traspasar el Gobierno de Urkullu las líneas que no se sintió capaz de traspasar el de Ibarretxe? ¿O se trata solo de poner en evidencia que el sistema político español no respeta la voluntad democrática del pueblo vasco y, por tanto, su condición no democrática? ¿O es todo un simple amago momentáneo, transitorio, a reconducir pronto, una vez que el PNV ha mostrado lo que podría hacer si no se le da suficiente satisfacción en las reclamaciones que le importan de verdad? En cualquier caso, si el PNV se plantea reconducir el proceso en un momento determinado, quizás pueda encontrarse con dificultades para reconducir un proceso si coge fuerza propia, a pesar de la habilidad tradicional del PNV en estas operaciones. El control de los procesos políticos no siempre es posible garantizarlo de acuerdo a las pretensiones de quienes los pusieron en marcha.

IV. CONCLUSIONES: ¿EL RETORNO DEL *PLAN IBARRETXE*?

Las dudas sobre el desarrollo inmediato del proceso de reforma del EA son enormes. Por una parte, durante estos años el PNV ha puesto de relieve que había interiorizado las lecciones aprendidas durante el desarrollo del *plan Ibarretxe*, que concluyeron en la pérdida del Gobierno Vasco y le llevaron al nivel más bajo de poder institucional, recluso, prácticamente a Bizkaia y en unos pocos Ayuntamientos de Álava y Gipuzkoa. Además, hay que presumir que el PNV tiene plena conciencia de los fundamentos de sus triunfos electorales y de su prácticamente absoluto monopolio de las instituciones: el voto del PNV solo en parte es un voto incondicional, militante, fuertemente nacionalista. Parte significativa del voto nacionalista —*abertzale*— lo capta el nacionalismo radical, fuese, antes, Herri Batasuna o, ahora, EH Bildu. El PNV obtiene sus mayores éxitos electorales, su techo electoral, en las elecciones autonómicas —Parlamento vasco— y en los momentos de moderación. El mayor éxito electoral de Ibarretxe se produjo en coalición con EA, en la actualidad en EH Bildu; pero a costa de aglutinar casi todo el nacionalismo, incluido parte muy importante del voto tradicional de HB, alejado de ésta por el retorno de ETA a la actividad terrorista. Pero esa opción le impone

FIGURA 3.

Gráfico comparativo de porcentajes de abstención y de votos a partidos en elecciones generales al Congreso de los diputados (G) y al Parlamento Vasco (PV). Sólo los cuatro partidos con mayor representación. Elaboración propia, AL.



un radicalismo que le aleja de parte importante de su masa electoral y resulta insuficiente para el «gran salto adelante» que pretende. Un proceso de radicalización en el que, por una parte, sale beneficiado el nacionalismo radical, que refuerza su legitimidad ante el electorado nacionalista —incluso ante parte del nacionalismo tradicional vinculado al PNV— y, por otra los partidos no nacionalistas, cuyo electorado se moviliza en situaciones en las que tradicionalmente se abstiene.

Los resultados electorales siguen poniendo de manifiesto que en el País Vasco se siguen produciendo dos comportamientos electorales diferenciados, según se trate de elecciones autonómicas o generales. El PNV solo obtiene sus mejores resultados en las elecciones autonómicas, en las que captura muy importantes masas de votos de los demás partidos —especialmente, del PSE y del PP—; unas elecciones en las que la abstención aumenta considerablemente, debilitando aún más, especialmente, a estos dos partidos. Se produce, así, una «montaña rusa» (*roller coaster*) electoral (A. López Basaguren, 2016, 55-56) —la expresión actualizada aparece en la figura 3—, que, por distintas razones cuyo análisis excede el propósito de este trabajo, afecta a todos los partidos —aunque algunos no encuentran, en las últimas citas electorales el camino de subida—. Los límites electorales producen, reiteradamente, Gobiernos con gran debilidad en su apoyo parlamentario, que solo se suele superar —hasta ahora, cuando menos— en los Gobiernos de coalición entre nacionalistas y socialistas (A. López Basaguren, 2016, 52 ss.). El PNV —Ardanza, en su día; Urkullu, en la x Legislatura— sabe lo que es gobernar con esa debilidad parlamentaria, condenado a la pura gestión administrativa y con una imagen pública de incapacidad que debilita políticamente.

A la vista de esta experiencia, sorprende hasta qué punto el avance en la determinación del contenido que deberá asumir el proyecto de reforma del EA ha vuelto a reproducir el mismo contenido del Proyecto de Estatuto Político del *plan Ibarretxe*, tirando por tierra todos los límites procedimentales que había asumido formalmente el PNV, plasmando lo que parecía la posición de la dirección de entonces del partido —el propio Urkullu— en discrepancia con la estrategia que imponía el entonces lehendakari.

En estos momentos, cuando acaba de cerrarse el acuerdo en la Ponencia sobre el autogobierno, cuando el camino que tiene por delante la elaboración del proyecto de reforma es tan largo y complejo, es muy precipitado decir que todo está ya determinado y que el *plan Ibarretxe* está de nuevo entre nosotros. Lo que sí es cierto, en cualquier caso, es que ha vuelto a hacer acto de presencia y que, de momento, el PNV, respaldado por EH Bildu, lo ha vuelto a poner encima de la mesa.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO RENEDO, C. (2011). Referéndum autonómico y jurisprudencia constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 28, pp. 541-554.
- ALONSO OLEA, E. (1995). *El concierto económico (1878-1937): orígenes y formación de un derecho histórico*. Oñati: IVAP.
- CASTELLÁ ANDREU, J. M.^a (2010). La competencia en materia de consultas populares por la vía de referéndum en la Sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. *Revista catalana de Dret públic*, n.º especial «Sentencia sobre el Estatuto», pp. 308-321.
- CASTELLÁ ANDREU, J. M.^a (2013). Consultas populares no referendarias en Cataluña: ¿es admisible constitucionalmente un *tertium genus* entre referéndum e instituciones de participación ciudadana? *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 14 monográfico sobre «Transparencia, participación ciudadana y Administración Pública en el siglo XXI», pp. 121-155.
- CORCUERA ATIENZA, J. (1984). La constitucionalización de los derechos históricos. Fueros y autonomía. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 11, pp. 9-38.
- CORCUERA ATIENZA, J. (1985). Notas sobre el debate de los derechos históricos de los territorios forales. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 46-47, pp. 55-89.
- CORCUERA ATIENZA, J., GARCÍA HERRERA, M. A. (2002). *La constitucionalización de los derechos históricos*. Madrid: CEPIC.
- EUSKO BARÓMETRO (2017). *Euskobarómetro Octubre 2017. Estudio periódico de la opinión pública vasca* (accesible en https://www.ehu.eus/documents/1457190/1525260/eb_int_Octubre17.pdf/61c6b447-ca96-5615-0c4a-f8ead70247f1).

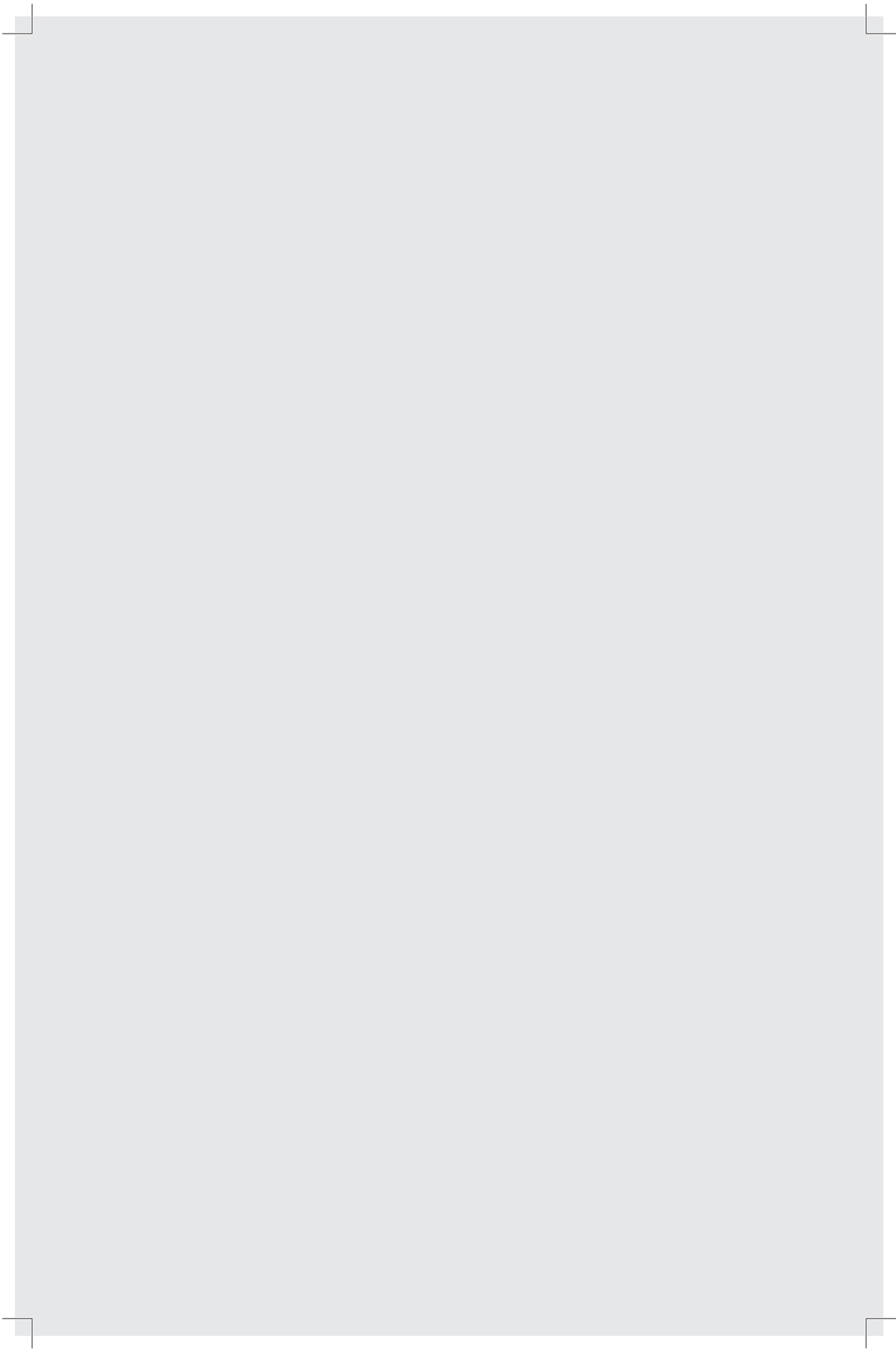
- FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, J. (1998). *La génesis del fuerismo. Prensa e ideas políticas en la crisis del Antiguo Régimen (País Vasco, 1750-1840)*. Madrid: Siglo XXI.
- GABINETE DE PROSPECCIÓN SOCIOLÓGICA, Gobierno Vasco (2016). *Sociómetro Vasco 60 —20 años de opinión pública vasca—* (accesible en http://www.euskadi.eus/contenidos/documentacion/sociometro_vasco_60/es_def/adjuntos/16sv60.pdf).
- GURRUTXAGA ABAD, A. (2017). *Rutas nacionalistas. La sociedad vasca en el siglo XXI*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- IMAZ, J. J. (2007). No imponer, no impedir. Diario *El Correo*, de Bilbao, del 17 de julio (también publicado en el diario *Deia*, de la misma fecha).
- INNERARITY GRAU, D. (2009). Entradas para un concierto político. *Hermes*, n.º 29, pp. 6-12.
- INNERARITY GRAU, D. (2017). Hacia el concierto político. *Hermes*, n.º 56, pp. 104-107.
- LÓPEZ BASAGUREN, A. (2005). El Concierto Económico y la financiación de la Comunidad Autónoma del País Vasco entre mito y realidad. En *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad. 25 años de Estatuto de autonomía del País Vasco*, vol. I (pp. 619-634). Madrid: Colex-INAP
- LÓPEZ BASAGUREN, A. (2008). Trasformazioni dello Stato autonomico e riforma dello Statuto del Paese Basco: tra rottura e «accomodamento a volontà». En S. GAMBINO (Ed.). *Regionalismo e Statuti. Le riforme in Spagna e in Italia* (pp. 171-217). Milano: Giuffrè.
- LÓPEZ BASAGUREN, A. (2009). Sobre referéndum y Comunidades Autónomas. La ley vasca de la «consulta» ante el Tribunal Constitucional (Consideraciones con motivo de la STC 103/2008). *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 9, pp. 202-240.
- LÓPEZ BASAGUREN, A. (2016a). The Parliament of the Basque Country and the National Issue: The Weaknesses of a Strong Identity. En G. Laforest & A. Lecours (Eds.). *The Parliaments of Autonomous Nations* (pp. 44-71). Montreal-Kingston: McGill-Queen's University Press.
- LÓPEZ BASAGUREN, A. (2016b). Demanda de secesión en Cataluña y sistema democrático. El *procés* a la luz de la experiencia comparada. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 37 —monográfico sobre «La cuestión catalana»—, pp. 163-185.
- LÓPEZ BASAGUREN, A. (2017). Regional Defiance and Enforcement of Federal Law in Spain. The Claims for Sovereignty in the Basque Country and Catalonia. En A. Jakab & D. Kochenov (Eds.). *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance* (pp. 300-315). Oxford: OUP.

- PARLAMENTO VASCO (2015). Debate de política general. *Diario de sesiones*, X legislatura, n.º 137, de 24 de septiembre.
- PARLAMENTO VASCO (2017). Debate sobre política general. *Diario de sesiones*, XI Legislatura, n.º 40, de 21 de septiembre.
- ROMERO CARO, F. J. (2017). The Spanish vision of Canada's Clarity Act: from idealization to myth. *Perspectives on Federalism*, vol. 9, issue 3, pp. 133-159.
- VV. AA. (2003). *Cuadernos de Alzate*, n.º 28, monográfico sobre «El Plan Ibarretxe a examen».
- VV. AA. (2003). *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*. Oñati: ivap.
- VV. AA. (2004). *Civitas Europa*, n.º 12, monográfico «Autour de la «Proposition de Statut Politique de la Communauté du Pays basque» ou «Plan Ibarretxe»».
- ZUBIRI, I. (2000). *El Concierto Económico en el contexto de la Unión Europea*. Bilbao: Círculo de Empresarios.
- ZUBIRI, I. (2007). Los sistemas forales: características, resultados y posible generalización. En S. Lago Peñas (Ed.). *La financiación del Estado de las autonomías: perspectivas de futuro*. Madrid: IEF.



CUARTA PARTE

Unión Europea y evolución de los modelos territoriales

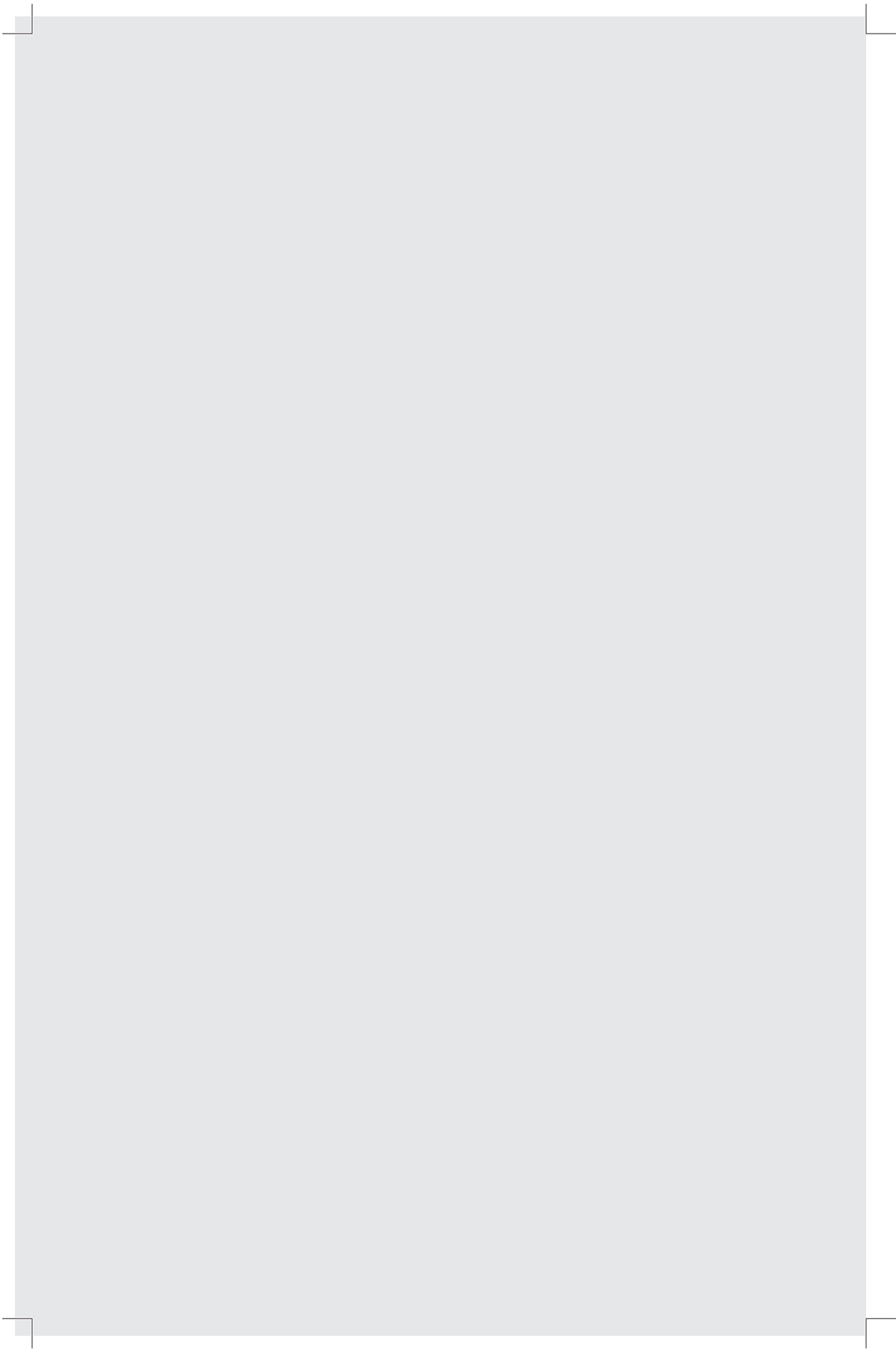


UNIÓN EUROPEA Y SECESIONISMO, ¿SILENCIO DE LOS TRATADOS? LA IDENTIDAD REGIONAL COMO PARTE DE LA IDENTIDAD CONSITUCIONAL NACIONAL

Maribel González Pascual

SUMARIO

- I. La UE frente a los movimientos secesionistas; ¿disuasoria, neutral o defensora?
- II. El Derecho de la UE frente a los movimientos secesionistas, ¿silencio de los Tratados?
- III. Acceso a la independencia y valores fundamentales de la UE, Estado de Derecho y principio democrático.
- IV. Secesionismo y democracia; la negativa a celebrar un referéndum como hipotética violación del principio democrático.
- V. El insatisfactorio encaje de la identidad regional en la UE; ¿una dimensión de la identidad constitucional nacional?
- VI. Conclusiones.



I. LA UE FRENTE A LOS MOVIMIENTOS SECESIONISTAS;
¿DISUASORIA, NEUTRAL O DEFENSORA?

En los últimos años Europa ha asistido con sorpresa al auge de los movimientos secesionistas en diversos Estados Miembros. Baste recordar el referéndum de 2014 en Escocia, los referendos en Lombardía y Véneto en 2017, los intentos de la Generalitat por organizar un referéndum de secesión o el auge de los partidos independentistas en Flandes y Córcega. Esta situación plantea asuntos de profundo calado para la UE, tanto a nivel práctico como normativo, que han llevado a la doctrina a plantearse cuál debe ser la postura de la UE frente a estos movimientos.

Desde un punto de vista estrictamente práctico, es evidente que la secesión de una parte del territorio de un Estado Miembro afectaría a las estructuras y funcionamiento de la UE.¹ Además, si el nuevo Estado quiere ser miembro de la UE, habría que decidir cuál sería el procedimiento a seguir, ponderar las opciones reales de éxito de este nuevo ingreso y, en cualquier caso, llevar a cabo complejas negociaciones prospere o no la candidatura.²

Asimismo, más allá del argumento utilitarista, se ha cuestionado seriamente que los movimientos secesionistas sean compatibles con los valores y objetivos del propio proceso de integración. Al respecto la crítica más conocida es, sin duda, la

¹ Este artículo ha sido posible gracias al apoyo del Ministerio de Economía y Competitividad (Proyecto DER2014-57116P). Al respecto, véase C. Closa, 2016.

² La adhesión de un nuevo Estado Miembro siempre conlleva complejas negociaciones en el seno de la UE, ya que los Estados Miembros pueden tener intereses contrapuestos frente al candidato. Además, si no se produjera la entrada, la UE debería plantearse qué tipo de relación quiere mantener con el nuevo Estado, y sería también preciso tener en cuenta los intereses de los distintos Estados Miembros. En definitiva, el nacimiento de un nuevo Estado en Europa afectaría a la UE fuera cual fuera el escenario.

del profesor Weiler, que considera que los movimientos secesionistas son intrínsecamente incompatibles con el proceso de integración europeo.

A su juicio contradicen el espíritu de solidaridad del que surgió y que cohesiona a la propia UE. Además, implican una concepción de la soberanía y de la ciudadanía superadas por la integración europea. De hecho, no duda en afirmar que la UE debe tomar una postura claramente contraria a cualquier secesionismo, desincentivándolo al afirmar indubitadamente que, de alcanzarse la independencia, no serían aceptados como Estados Miembros de la UE.³

Frente a esta postura autores destacados, como Neil Walker, defienden que cabría tener en cuenta la importancia creciente del principio democrático en derecho internacional y su posible vínculo con un nuevo derecho a la autodeterminación, más allá de su tradicional concepción post-colonial. Aún más, los tratados de la UE destilan una sensibilidad hacia el hecho regional que cuestionaría la simple aplicación de la doctrina tradicional del derecho a la autodeterminación. Ello implica que, cuando menos, la UE habría de intentar ser completamente neutral, tratando a todos los movimientos secesionistas por igual y sin impactar en el resultado final.⁴

Una tercera postura, defendida por autores de prestigio como Nico Krisch, considera que la UE debería apoyar expresamente los movimientos secesionistas en la medida en que suponen una expresión del principio democrático. De este modo, en aquellos supuestos en que el Estado rechaza frontalmente cualquier referéndum de independencia, como en el caso catalán, la UE debería tomar partido por el movimiento independentista con base en el principio democrático.⁵

Por tanto, parece evidente no solo que la UE de un modo u otro puede verse forzada a participar en las tensiones independentistas, sino que esta participación es inevitable. Igualmente es preciso poner de relieve que, más allá del debate utilitarista, los valores y principios centrales del proceso europeo están llamados a jugar un importante papel. De hecho, el caso catalán ha puesto de relieve el

³ Las tesis del profesor Weiler son conocidas ya que han sido publicadas en diversos trabajos académicos, blogs y prensa escrita. Para este trabajo se ha consultado J. Weiler, 2017; pp. 12 y ss. Esta misma propuesta, la necesidad de que la UE muestre su claro rechazo a los movimientos secesionistas, se ha vinculado al principio de cooperación leal. J. Tajadura Tejada, 2016; pp. 368 y ss. En este sentido, la doctrina ya había apuntado que la cooperación leal también juega en dirección de la UE hacia los Estados miembros, y se conecta al Art. 4 TUE en la medida en que debe proteger frente violaciones esenciales del derecho constitucional nacional. A.Von Bogdandy, 2009; p 55. Sin embargo, si la secesión es pactada no cabría argüir que se ha producido una vulneración del orden constitucional.

⁴ N. Walker, 2017; pp. 39 y ss.

⁵ N. Krisch, 2017.

papel absolutamente crucial que la UE juega en las tensiones entre el Estado y los movimientos independentistas.

Así, en plena crisis entre el Estado y la Generalitat, las intervenciones del presidente del Parlamento Europeo, el Presidente de la Comisión y el Presidente del Consejo Europeo al recoger el premio a la concordia Príncipe de Asturias contenían claras referencias al escaso apoyo que las pretensiones independentistas iban a encontrar en las instituciones europeas si finalmente se declaraba la independencia. Más importante aún fue la apelación directa al entonces presidente de la Generalitat, Carles Puigdemont, del presidente del Consejo Europeo en un discurso pronunciado en el Comité de las Regiones el 10 de octubre del 2017. Apelación que posiblemente atemperó el propio discurso del presidente de la Generalitat, poniendo de relieve la importancia que la UE tiene para el independentismo.

Por tanto, la UE puede influir en los movimientos independentistas y los papeles que puede desempeñar son muy diferentes en función de cómo se entiendan los Tratados y los valores que la UE asegura preservar. Ahora bien, es posible que limitarse a esta lectura sea una simplificación excesiva del papel que realmente está jugando la globalización, y especialmente los procesos de integración supranacional, en los movimientos secesionistas.⁶ Por ello, el presente trabajo analiza, en primer lugar, los preceptos de los Tratados que son de interés para los movimientos independentistas, bien porque pueden condicionar sus expectativas o bien porque consideran que pueden servirles de apoyo. En segundo lugar, se analizará la influencia de la integración supranacional como fenómeno en los movimientos secesionistas, mostrando que puede resultar paradójico el auge del independentismo en el territorio de la UE pero no carece de cierta lógica. Por último, se discutirá cómo podría la UE colaborar en una distensión de los conflictos territoriales. El objetivo último es ofrecer un panorama completo de la influencia de la UE en los movimientos independentistas, como punto de partida para una reflexión profunda sobre la respuesta que Europa puede dar al auge del secesionismo.

II. EL DERECHO DE LA UE FRENTE A LOS MOVIMIENTOS

SECESIONISTAS, ¿SILENCIO DE LOS TRATADOS?

Es conocido que tanto el movimiento secesionista escocés como el catalán afirmaron de manera indubitada y reiterada que la independencia no implicaba su salida de la UE,⁷ provocando un animado debate doctrinal. Así, se han sucedido

⁶ Ch. K. Connolly, 2013; pp. 79-80.

⁷ J. C. Piris, 2017; p. 77.

los estudios que analizan si los Tratados condicionan en algún modo los objetivos secesionistas, siquiera sea al prever la futura adhesión a la UE del territorio separado de un Estado Miembro.

La tesis más optimista es la tesis de la adhesión automática, posibilidad que ha sido claramente rebatida por la doctrina mayoritaria.⁸ Otra propuesta que favorecería los intereses del secesionismo sería aceptar que no sería preciso seguir el procedimiento establecido en el Art. 49 TUE para la adhesión del nuevo Estado, sino que cabría seguir el procedimiento del Art. 48 TUE, previsto para la reforma de los Tratados. Si bien se trata de un debate interesante, teniendo en cuenta ambas opciones en la doctrina más autorizada,⁹ lo cierto es que ambos caminos exigen la participación de todos los Estados Miembros, hecho que podría ser un camino insalvable ya que son varios los Estados miembros de la UE que tienen un genuino interés en desincentivar cualquier ansia independentista.

Asimismo, como ha puesto de relieve Jean Claude Piris, la vía del Art. 48 TUE implicaría, en primer lugar, dar por sentado que el nuevo Estado cumpliría per se todos los criterios de admisión, siendo esta una presunción que no cabe aceptar de manera incondicional. En segundo lugar, no permite negociar las condiciones de admisión de un nuevo Estado. En tercer lugar, la adhesión de un nuevo estado implica cambios en los Tratados que deben realizarse por la vía del Art. 49 TUE y, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, la base jurídica para adoptar una decisión prevista en los tratados no puede cambiarse por las instituciones de la UE. Por último, el procedimiento del Art. 48 TUE es sustancialmente diferente del previsto en el Art. 49 TUE.¹⁰ En definitiva, es muy probable que el camino a seguir fuera el establecido por el Art. 49 TUE, hecho que complicaría enormemente la futura adhesión a la UE del nuevo Estado.

En este sentido, se ha llegado a proponer que los Tratados prevean el procedimiento a seguir si se produjera una secesión en un Estado Miembro de la UE.¹¹ A mi juicio, esta opción tendría la indudable ventaja de conferir estabilidad a una situación altamente compleja. Es cierto que permitiría tratar igual a todos los casos, ya que en la actualidad el camino que han seguido los movimientos secesionistas ha sido muy diferente.¹² Baste recordar que en el caso escocés tuvo

⁸ Al respecto véase, entre otros, J. M. Martín y Pérez de Nanclares, 2015; pp. 57-58.

⁹ Esta vía es minoritaria pero ha sido defendida por autores como S. Douglas Scott, 2014 o B. De Witte, 2014.

¹⁰ J. C. Piris, 2017; pp. 83-86.

¹¹ Esta opción ha sido defendida por C. Fasone, 2017 y por N. Walker, 2017.

¹² N. Walker, 2017; p. 43.

lugar un referéndum, que en Cataluña sería inconstitucional.¹³ Sin embargo, es difícil no considerar que la diferencia entre ambos casos es una consecuencia de la identidad constitucional nacional reconocida en el Art. 4 TUE.

En definitiva, mientras en el caso británico no hay una constitución escrita y la soberanía reside en el Parlamento de Westminster, en el caso español el Art. 2 CE exige una compleja reforma constitucional difícil de sortear dada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.¹⁴ Más allá de si dicha jurisprudencia es acertada o no, su modificación tendría que surgir dentro del propio Estado Miembro, bien mediante una reforma constitucional o bien mediante un cambio voluntario de la jurisprudencia constitucional. Sería difícil de aceptar que la diversidad que caracteriza a la UE no alcance a las decisiones sobre la indivisibilidad o no del territorio de un Estado.¹⁵

Asimismo, si bien es cierto que podría disuadir a los movimientos secesionistas que la UE participara en el procedimiento de secesión y que se fijaran condiciones específicas para una posterior adhesión,¹⁶ también podría jugar en la dirección contraria.¹⁷ De hecho, a la vista de los esfuerzos denodados de los movimientos secesionistas por alcanzar la máxima proyección internacional, resultaría excesivamente tentadora una cláusula en un Tratado de la UE que previera la secesión de un territorio de un Estado Miembro.

Obviamente, si la UE establece un camino particularmente complejo para la adhesión de ese nuevo Estado que se desgaja de un Estado Miembro, en la praxis no está siendo neutral ante el movimiento secesionista. De hecho, más allá de las declara-

¹³ STC 103/2008 (FJ 4.º). No obstante, no hay acuerdo sobre si en la sentencia 42/2014 el Tribunal Constitucional modificó su jurisprudencia abriendo la puerta a que el Estado autorice un referéndum sobre la independencia de Cataluña. V. Ferreres Comella, 2014; p. 588.

¹⁴ Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este punto véase, J. M. Castellà Andreu, 2016.

¹⁵ La identidad constitucional nacional debe ser delimitada en última instancia por el TJUE, como pone de relieve su inclusión en los Tratados, pero debe encontrarse en las Constituciones. Sería incomprensible que no se tuvieran en cuenta las referencias a la indivisibilidad del territorio en una Constitución, así como la ausencia de un «derecho a la secesión» en las constituciones europeas. En definitiva, el TJUE decide qué prescripciones constitucionales son compatibles con los valores y principios de la UE, pero con base en el derecho constitucional nacional, C. Grewe, 2013; p. 48.

¹⁶ C. Fasone, 2017; p. 66.

¹⁷ En este sentido se ha señalado que incluir la posibilidad de que un territorio se independice en una Constitución puede aumentar el peligro de enfrentamientos entre facciones, reducir la posibilidad de acuerdo y compromiso, aumentar las decisiones políticas coyunturales en detrimento de las decisiones a largo plazo, introducir consideraciones irrelevantes e ilegítimas en las decisiones políticas, provocar comportamientos estratégicos o incluso chantajes políticos y, en general, hacer peligrar las perspectivas de un auto-gobierno a largo plazo C. R. Sunstein, 1991; p. 634.

ciones en un sentido u otro de sus instituciones, la UE condiciona a los movimientos secesionistas si dificulta su deseo de ser un Estado Miembro de la UE. Ahora bien, cabría preguntarse por qué debería la UE facilitar dicha adhesión. Cualquier decisión conlleva ventajas e inconvenientes que se deben sopesar y las dificultades en el espacio internacional de un nuevo Estado siempre han pesado en los movimientos independentistas. ¿Debería la UE cambiar esta realidad? ¿Sobre la base de qué valores?

Como es conocido la UE proclama que defiende y se inspira en un conjunto de valores recogidos en el Art. 2 TUE.¹⁸ De ellos el Estado de Derecho y el principio democrático podrían jugar un papel relevante, tanto respecto de las condiciones que debería cumplir la secesión, como respecto del papel que la UE ha de desempeñar.¹⁹ Asimismo, cabe recordar que el Art. 4 TUE establece que la Unión respetará «la identidad nacional de los Estados [...] también en lo referente a la autonomía local y regional». Es necesario preguntarse si esta referencia a la autonomía regional no podría jugar algún papel en el conflicto territorial de algunos Estados Miembros. En definitiva, los Tratados demuestran, siquiera sea indirectamente, cómo la UE necesariamente incide en los movimientos secesionistas.

III. ACCESO A LA INDEPENDENCIA Y VALORES FUNDAMENTALES DE LA UE, ESTADO DE DERECHO Y PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

La posición de la UE frente a los movimientos secesionistas también depende de si respetan o no los valores fundamentales de la misma. En definitiva, no cabría que la UE aceptara, mucho menos apoyara, la independencia de un territorio que vulnerara los valores consagrados en el Art. 2 TUE. En otros términos, el Art. 2 TUE marca una serie de límites al propio proceso de independencia. Así, el camino que se siga para alcanzar la independencia debe respetar el Estado de Derecho y el principio democrático.²⁰

La fórmula Estado de Derecho es notablemente ambigua, pese a ser un pilar tradicional de los sistemas constitucionales. Esta vaguedad se multiplica exponen-

¹⁸ Art. 2 TUE «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

¹⁹ Algunos autores consideran que también cabría tener en cuenta la referencia del Art. 2 TUE a los derechos humanos, porque cuestionan que en España se estén respetando. Sin negar el prestigio de alguno de los autores que lo defienden, no se va a entrar en este debate ya que esta postura no es capaz de aportar ni argumentos convincentes ni datos mínimamente fiables.

²⁰ C. Fasone, 2017; p. 61.

cialmente si se quiere encontrar una definición que sea conforme a las diferentes tradiciones constitucionales europeas. No obstante, la doctrina está haciendo denodados esfuerzos por encontrar una definición común²¹ tomando en consideración las principales tradiciones constitucionales europeas, el trabajo de la Comisión de Venecia, y la normativa de la UE, incluida la jurisprudencia del TJUE.

En este sentido, es un lugar común afirmar que el Estado de Derecho conlleva necesariamente que el poder judicial sea independiente y que la actuación del poder público sea conforme a las normas, protegiendo a los particulares del uso arbitrario de la ley.²² La obligación de respetar las normas establecidas implica que sea preciso atender al sistema constitucional nacional en cada caso, aunque ello implique diferencias de calado en cuanto a las dificultades del proceso a seguir. Así, en el caso español, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es precisa la reforma constitucional.²³ De este modo, una secesión unilateral no permitiría acceder a la UE porque vulneraría el Estado de Derecho.²⁴

Aún más, el Art. 4 TUE hace una clara referencia al respeto por la UE de la integridad territorial del Estado como función esencial del mismo.²⁵ Esta fórmula, que evoca el principio internacional de la integridad territorial de los Estados,²⁶ enfatiza la exigencia de que cualquier declaración de independencia sea pactada con el Estado del que se pretenda separar un territorio en el ámbito de la UE.

En cuanto al principio democrático obliga a que cualquier participación de la ciudadanía en el proceso de independencia respete los estándares mínimos internacionales al respecto.²⁷ Asimismo, no es baladí recordar que un proceso electoral

²¹ Este tema ha adquirido una notable importancia a raíz de la apertura a Polonia del procedimiento previsto en el Art.7.1 TUE por violación del Estado de Derecho tras diversas reformas del poder judicial de dicho Estado. En lógica consecuencia ha aumentado considerablemente el número de trabajos académicos dedicado a este tema.

²² L. Pech, 2009; p. 44.

²³ STC 42/2014 (FJ 4).

²⁴ Dicha secesión tampoco encontraría apoyo en el derecho internacional, ya que el derecho de autodeterminación no se reconoce más allá de las situaciones poscoloniales o de violaciones graves de derechos. De hecho es preciso recordar que el llamado derecho de autodeterminación interno hace referencia al reconocimiento de la autonomía y, con él, a los pactos federales. Por tanto, no puede identificarse con el derecho de un territorio a separarse de un Estado D. Thürer, T. Burri, 2008.

²⁵ Art. 4.2 TUE. «La Unión [...] Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial».

²⁶ Considerado uno de los principios más fundamentales y claramente establecidos del derecho internacional. Y. Beigbeder, 2011.

²⁷ De hecho, si se convoca un referéndum, no solo se deben respetar los requisitos mínimos exigibles a una elección respetuosa con el principio democrático, también ha de hacerse una pregunta clara que se conteste sí o no, se deben decidir con antelación los efectos del mismo y la participación mínima

no es democrático si no respeta el Estado de Derecho, por tanto la vulneración del marco legal también sería un incumplimiento de los estándares internacionales relativos a los procesos de participación de la ciudadanía en las decisiones públicas.²⁸

IV. SECESIONISMO Y DEMOCRACIA; LA NEGATIVA A CELEBRAR UN REFERÉNDUM COMO HIPOTÉTICA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

El principio democrático podría instigar el apoyo de la UE a los deseos secesionistas, si entendiéramos que la negativa de un Estado Miembro a celebrar un referéndum sobre la independencia de parte de su territorio es contraria a dicho principio. Más concretamente, la cuestión a dilucidar es si la UE debería favorecer la convocatoria de semejante referéndum como exigencia del principio democrático. En definitiva, la obligación de respetar el principio democrático ha ido ganado espacios en el derecho internacional hasta el punto de que su falta legitima que la comunidad internacional adopte medidas para garantizarlo.²⁹

Evidentemente un referéndum es un mecanismo de participación democrática de una sociedad, siempre que cumpla los requisitos mínimos establecidos por organismos internacionales como la Comisión de Venecia. Sin embargo, su naturaleza democrática no implica que la negativa de un Estado a celebrar un referéndum sobre la independencia de una región³⁰ vulnere el Art. 2 TUE, aunque sea reiteradamente pedido por los representantes de dicha región.³¹

Al respecto, es importante recordar que los Estados Miembros de la UE tienen una posición muy diferente frente a los mecanismos de democracia directa.

necesaria para que produzca dichos efectos, las diferentes posiciones deben tener un acceso igual a subvenciones y medios de comunicación, sin que pueda siempre aplicarse sin más la normativa electoral general dado que diferentes partidos pueden compartir postura. *Ibid.*

²⁸ «La práctica de los referendos debe ser permitida sólo cuando se encuentre estipulado en la Constitución o en una ley conforme a ésta, y se deben seguir las normas procesales aplicables a los referendos. Por otro lado, los referendos deben ser organizados cuando el sistema legal lo estipule» Código de Buenas Prácticas sobre referendo Comisión Europea para la Democracia a través del derecho (Comisión de Venecia) Reglas Específicas punto 1 CDL-AD(2007)008rev.

²⁹ Al respecto es imprescindible el trabajo Th. Franck, 1992; pp. 46 y ss. Esta exigencia se refuerza expresamente en el caso de la UE mediante su Art. 2 TUE en el que, más que los valores de la UE, se recogen sus principios fundacionales D. Kochenov, 2017; p. 10.

³⁰ Se emplea el término región en un sentido amplio englobando la variada terminología que caracteriza a la descentralización política en el derecho comparado. Esta decisión deriva del propio Derecho de la UE que ha acogido el término región para referirse a las unidades subestatales.

³¹ De hecho, el principio democrático es el principal argumento que esgrime el independentismo catalán M. González Pascual, D. Toda Castán, 2016; pp. 275-277.

En este sentido, Gran Bretaña fue durante mucho tiempo reacia a la misma en cuanto podría cuestionar la soberanía parlamentaria. Otro caso conocido es la escasa apertura a la democracia directa de la Ley Fundamental de Bonn como consecuencia del propio pasado de la RFA. Sin embargo, no se cuestiona el pedigrí democrático de estos Estados.

No obstante, nuestro objetivo es analizar si negar un referéndum en el que se pregunte por la independencia de un territorio es contrario al principio democrático, dada la entidad del mismo y el hipotético derecho de una población a decidir sobre la pertenencia de su región a un Estado. Más allá de si se puede considerar o no oportuna la celebración, el debate es si no autorizar o prohibir dicho referéndum es contrario a la democracia. A este respecto tres son los aspectos que se deben recordar; cuál es la concepción de democracia de la UE, cuál es la relación entre federalismo y democracia directa y qué carencias tiene el principio democrático como base de un supuesto derecho a la secesión.

La UE exige el respeto al principio democrático en los Estados Miembros, siendo dicho respeto una de las fuentes principales de la legitimidad democrática de la UE. Ahora bien, las normas democráticas que, en todo caso, se han de respetar son las propias de las democracias representativas. En este punto, la UE sigue la senda de documentos internacionales como la Carta de París,³² siendo las piedras angulares de la democracia europea los principios de representación e igualdad, que son complementados con la participación, deliberación y control.³³ Aún más, el llamamiento a la participación no exige que se prevea la institución del referéndum, no en vano la UE ha previsto la iniciativa legislativa popular pero no el referéndum. En definitiva, «el funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa» (Art. 10 TUE)

Asimismo, como ya se ha mencionado, debe tomarse en consideración la tensa relación entre democracia y federalismo. A los Estados descentralizados les cuesta más que a los unitarios mantener su legitimidad ya que la democracia se organiza en los márgenes de un territorio, pero en dichos Estados el poder central o federal atraviesa un conjunto de territorios democráticamente organizado.³⁴ Así, en un sistema políticamente descentralizado, la coherencia de que las decisiones se

³² En el plano internacional las garantías del derecho a un gobierno democrático se han limitado a la protección de la libertad de expresión, del derecho de autodeterminación en situaciones estrictamente post-coloniales y del derecho del sufragio mediante la monitorización de numerosos procesos electorales. Th. Franck, 1992.

³³ A. Von Bogdandy, 2012; p. 323.

³⁴ A. Benz, J. Sonnicksen, 2015; p. 20.

legitiman por el consentimiento de los afectados está sometida a continuas tensiones. Se trata, en definitiva, de una tensión intrínseca a los sistemas políticamente descentralizados.

Esta tensión se agudiza por los mecanismos de democracia directa y/o participativa. La participación ciudadana a nivel local/regional puede generar dinámicas más complejas o incluso perversas, al ser más sencillo externalizar las desventajas de cualquier decisión y más difícil establecer un sistema de atribución de responsabilidades comprensible para los ciudadanos. Paralelamente, el nivel regional hace una mayor apuesta por estos mecanismos por diversas razones entre las que destaca una mayor cercanía al ciudadano que facilita la comunicación para explicar la iniciativa y fomentar la participación, así como una mayor percepción ciudadana de la capacidad individual de afectar el resultado.³⁵ En definitiva, la democracia directa es sencilla y tentadora en el nivel local/regional pero puede resultar más peligrosa para los sistemas democráticos.

Ante la idea generalizada de que la descentralización siempre genera más democracia, es necesario llamar a la prudencia y recordar que solo será realidad si el conjunto del sistema fomenta la retroalimentación entre democracia y descentralización. La democracia directa, de hecho, tiene un mal encaje en los sistemas descentralizados³⁶ porque complica la de por sí difícil relación entre sistema de partidos y federalismo. En definitiva, la democracia directa puede provocar que resulte electoralmente más rentable el enfrentamiento entre partidos que la cooperación cuando surja un conflicto entre territorios. Como consecuencia, el referéndum puede implicar que no se intente alcanzar un acuerdo entre posiciones antagónicas, a pesar de que en la tolerancia y el acuerdo entre diferentes opiniones subyace el auténtico sentido de los sistemas democráticos.

En este sentido se ha cuestionado que el derecho a la secesión sea compatible con una correcta comprensión de la democracia. Lejos de hacer florecer el principio democrático, el hecho de que una minoría territorialmente concentrada tenga la opción de separarse del territorio de un Estado le otorgaría un poder de coacción sobre el conjunto al poder amenazar con separarse. Así, reconocer el derecho de secesión incentiva comportamientos estratégicos de las minorías en clara contradicción con la regla mayoritaria que caracteriza a la democracia.³⁷

³⁵ K. P. Sommermann, 2015; p. 11.

³⁶ Suele citarse el ejemplo de Suiza para enfatizar la compatibilidad entre democracia directa y federalismo, sin embargo es un supuesto único dado su funcionamiento altamente peculiar como democracia consociacional.

³⁷ A. Buchanan, 2013; p. 21.

Además, si se reconoce el derecho de secesión como derecho democrático, cualquier decisión democrática puede ser anulada por una minoría si es una mayoría local pidiendo unas fronteras nuevas, hecho que a su vez desincentiva cualquier esfuerzo negociador.³⁸

De hecho, las teorías que buscan basar el derecho de secesión en el principio democrático no difieren en el fondo de las teorías de corte nacionalista. Cualquier teoría democrática sobre la secesión tiene que concretar en qué porción del territorio se celebrará el referéndum y quien tiene derecho a participar³⁹ y, prácticamente en todos los supuestos, hay una coincidencia absoluta entre ese territorio y una población con un arraigo histórico en él. Y esta población, a su vez, es una minoría étnica o cultural. Así, el derecho a la secesión acaba fundándose en realidad en el sentimiento de pertenencia a una nación, no en el principio democrático.⁴⁰ De hecho, el derecho a secesión podría convertirse en un obstáculo insalvable para el correcto funcionamiento de una democracia.⁴¹ Realidad que pone de relieve que el Art. 2 TUE dista de ser una razón para que la UE apoye a los movimientos secesionistas, más bien al contrario.

V. EL INSATISFACTORIO ENCAJE DE LA IDENTIDAD REGIONAL EN LA UE;

¿UNA DIMENSIÓN DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL NACIONAL?

En los 80 y 90 surgió con fuerza la idea de una Europa de las Regiones. Sin embargo no existía un acuerdo sobre su alcance y consecuencias. Parte de la doctrina consideraba evidente que la UE era una oportunidad para las Regiones, ya que les permitiría ganar espacio frente a los Estados, mientras para otros actores las Regiones eran las grandes perjudicadas por el proceso europeo.⁴² Para la segunda corriente el elemento definitorio del proceso europeo para las Regiones era el desplazamiento de potestades hacia estructuras en las que las Regiones no están invitadas. De hecho tan sólo los Gobiernos centrales participan de manera directa en el proceso comunitario de toma de decisiones desde el comienzo del

³⁸ *Ibíd.*; p. 22.

³⁹ Evidentemente una vez que se acepta la celebración de un referéndum de independencia, deben resolverse diversas cuestiones prácticas, así debe determinarse al menos qué requisitos debe cumplir la pregunta, qué mayoría cabe exigir para entender avalada la decisión y la proyección en el tiempo. Al respecto, J. Tudela Aranda, 2016; pp. 488 y ss.

⁴⁰ S. Mancini, 2012; p. 486.

⁴¹ C. R. Sunstein, 1991; p. 658.

⁴² Estas dos grandes posturas doctrinales se han caracterizado como los defensores de la «gobernanza multinivel» frente a los «intergubernamentalistas». Al respecto véase C. Ares Castro- Conde, 2010; pp. 21 y ss.

proyecto hasta la implementación de la medida en su propio Estado. Es más, en muchas ocasiones los Gobiernos centrales pueden sentirse más libres en la Unión Europea para tomar decisiones políticamente poco populares que en su propio Estado ya que no son controlados por el resto de los actores nacionales, entre los que se encuentran las Regiones.⁴³

Frente a esta postura, otros autores consideran que Europa es un espacio más propicio para las expectativas regionales de autogobierno que el plano estrictamente estatal. Esta perspectiva parte de los retos que la UE supone para el concepto de soberanía. Al ser la UE un «orden constitucional abierto», caracterizado por la convivencia de diferentes fuentes de soberanía que se limitan entre sí, permite la inclusión de asimetrías en su seno.⁴⁴ La UE, por tanto, podría significar un aumento de la independencia de las regiones respecto de los Estados, aunque hubiera disminuido su capacidad de control sobre algunas políticas.⁴⁵

Esta segunda postura se vio reforzada por los cambios en los fondos estructurales europeos y por las reformas institucionales introducidas mediante el Tratado Maastricht. Paralelamente la creación o el reforzamiento de instituciones regionales en diversos Estados Miembros impulsaban a los actores subestatales a promover la creación de nuevas esferas políticas al margen de los Estados. La confluencia de las reformas en la UE y los movimientos descentralizadores afianzó la idea de que las regiones podían participar directamente en el proceso de decisión europeo. Se abrieron oficinas regionales en Bruselas, y se crearon estructuras transregionales y paradiplomáticas con el objetivo de crear un eficaz lobby regional.⁴⁶

Sin embargo, esta visión optimista de las posibilidades reales que la UE ofrecía al autogobierno regional perdió fuerza. De hecho, pocas frases han hecho tanta fortuna como que la UE está ciega frente al hecho federal.⁴⁷ En definitiva, aunque el orden estatal haya sufrido una transformación radical, la tesis de una Europa de las Regiones sin los Estados no se corresponde con la realidad.⁴⁸ La cuestión regional se negó en una UE conformada mayoritariamente por Estados centralizados, negando el aumento de algunos poderes estrictamente locales.

La globalización dio nuevas fuerzas a las regiones con mayor peso económico. La reconceptualización del territorio en el contexto de la globalización y el salto

⁴³ Al respecto, entre otros, S. Weatherill, 2005, A. Evans, 2003.

⁴⁴ M. Keating, 2004; p. 381.

⁴⁵ V. Schmidt, 1999; p. 38.

⁴⁶ A. Elias, 2008; p. 484.

⁴⁷ H. Ipsen, 1966; p. 256.

⁴⁸ M. Keating, 2008; p. 635.

de las regiones al mercado y a la inversión internacionales, en gran medida gracias al impulso de la UE, aumentaron el poder económico de las regiones más prosperas.⁴⁹ Mientras tanto, los mecanismos institucionales de participación política en el espacio supranacional siguieron siendo pobres, mal concebidos, de manera que las regiones buscaron vías alternativas de influencia política. En última instancia, para algunos territorios la independencia se convirtió en el camino que podría otorgarles una influencia política pareja a su innegable poder económico. Así, paradójicamente, la UE ha llevado a la doctrina a hablar de post-soberanía, pero ha alentado indirectamente a nuevos territorios a convertirse en Estados en el sentido más tradicional del término.⁵⁰

El punto de eclosión ha sido la crisis de la deuda soberana por los efectos económicos de la misma y por las consecuencias que su gestión conlleva para las regiones.⁵¹ Obviamente el nacionalismo catalán o flamenco son anteriores a la crisis, pero su crecimiento durante la crisis ha sido exponencial, haciendo plausible buscar una relación entre ambos fenómenos. Así, en primer lugar, ante la crisis económica las regiones económicamente fuertes han culpado de su crisis a la pertenencia a un Estado en el que su peso y necesidades no estarían justamente reconocidos.

En segundo lugar, las reformas de la Unión Monetaria durante la crisis, y las medidas puntuales para atajarla, han supuesto una indudable centralización, especialmente en Estados como España en los que la crisis ha sido particularmente fuerte y en los que la participación regional en las decisiones estatales y el sistema de financiación regional se caracterizan por un diseño altamente insatisfactorio.⁵² Esta centralización no es eventual, como ha sido históricamente en los Estados Federales cuando han afrontado una crisis económica, sino que las reformas propuestas para mejorar el funcionamiento de la zona euro apuntan a una innegable concentración del poder a largo plazo.

Por último, la crisis ha sido el caldo de cultivo para el surgimiento de movimientos nacionalistas de diverso tipo en el territorio de la UE. Estos movimientos pueden ser muy diferentes a los nacionalismos catalán o flamenco, pero se refuerzan entre sí al cuestionar el reparto de poder entre distintos niveles y debilitar a aquel que consideran su antagonista, sea la UE sea el Estado mediante al llamamiento de la defensa de la nación frente a los considerados terceros.⁵³

⁴⁹ M. Keating, 2015; p. 39.

⁵⁰ *Ibid.*; p. 42.

⁵¹ Ch. K. Connolly, 2013; p. 95.

⁵² M. González Pascual, 2017; pp. 25-26.

⁵³ Ch. K. Connolly, 2013; p. 97.

En este marco, la llamada tercera vía ha perdido fuerza. Las ansías de tener influencia en el Estado y en Bruselas parecen haber mutado hacia el deseo de ser un Estado que participa en condiciones de igualdad en las instituciones de la UE. Quizá este deseo no es nuevo pero la situación política, tanto estatal como europea, ha hecho que se expanda entre la población de diferentes territorios, así como se considere más factible pese a las evidencias en contrario.

Las estructuras estatales se han debilitado como consecuencia de la globalización o de los procesos de integración. Posiblemente la UE sea un proyecto instigado por los Estados para garantizar su propia supervivencia, porque les permite seguir cubriendo con éxito las necesidades de su ciudadanía,⁵⁴ pero a la vez ha llevado al surgimiento de «otros lugares constitucionales»,⁵⁵ más allá del Estado, que minan su fortaleza o, cuando menos, hacen que se perciba como un poder al que se puede desafiar.

Paralelamente, en la medida en que se produce una relación de complementariedad entre el constitucionalismo nacional y el europeo,⁵⁶ los cambios esenciales en el marco constitucional nacional no pueden dejar indemne al europeo. Es en este marco en el que cabe preguntarse si las propuestas de reformas del marco constitucional como respuesta al desafío secesionista⁵⁷ pueden ceñirse a la constitución de los Estados Miembros directamente implicados. Es necesario reconocer que existe un conflicto en algunos territorios, que deriva de un insatisfactorio encaje de los mismos en los Estados. Se comparta o no esta percepción, se considere o no justificada, lo cierto es que deberían llevar a que se plantee si no es preciso modificar tanto la teoría como el discurso constitucional para responder a las demandas.⁵⁸

El hecho cierto de que el Estado siga siendo un actor que no se debe minusvalorar, las propias tensiones dentro de las sociedades en las que crecen los movimientos secesionistas, y la evidente falta de apoyos internacionales a los movimientos secesionistas, pueden ser el caldo de cultivo propicio para que se produzca un acuerdo entre antagonistas. Un acuerdo en el que se reconozca que la globalización, los cambios en el lenguaje constitucional, la apertura económica, el surgimiento de nuevos centros de poder han cambiado los objetivos de los movimientos regionalistas y, por tanto, si queremos seguir siendo parte de un mismo proyecto, se les deben conferir nuevos espacios, nuevas herramientas.

⁵⁴ A. S. Milward, 2000; p. 20.

⁵⁵ R. Bustos Gisbert, 2012; p. 31.

⁵⁶ *Ibíd.*; p. 33.

⁵⁷ M. González Pascual, D. Toda Castán, 2016; p. 278.

⁵⁸ S. Tierney, 2005; p. 182.

La tarea es titánica en el plano supranacional. Hay enormes diferencias en las estructuras constitucionales de los diferentes Estados, lo que implica una diferente sensibilidad frente al hecho regional. Además, debemos contar con las indudables resistencias de los Estados no centralizados ante la posibilidad de abrir foros a las regiones de otros Estados, ya que se percibirían como órganos o instituciones exclusivos algunos de los Estados miembros. Asimismo, los propios Estados Miembros descentralizados temerán que un nuevo espacio de poder para sus regiones aumente las tensiones centrífugas en su territorio. No es muy realista semejante alternativa. Por eso la vía más sencilla es seguir explorando la posibilidad de participación interna de las Regiones en las decisiones del Estado relativas a la integración supranacional.

No obstante podrían también explorarse las vías que abrió Tratado de Lisboa. En este sentido debe mencionarse la inclusión dentro de la identidad nacional de los Estados la autonomía regional (Art. 4.2 TUE).⁵⁹ En este punto el Tribunal de Justicia podía jugar un papel relevante.

De hecho, por lo que respecta a la inclusión de las regiones en la identidad nacional, se han hecho afirmaciones interesantes por la jurisprudencia,⁶⁰ aunque apenas se hayan extraído consecuencias tangibles para temas centrales como el reparto de competencias dentro de cada Estado. En el ámbito de la diversidad lingüística el TJUE ha sido más proclive, aceptando incluso que el Art. 45 TFUE sea alegado contra un trabajador, aunque la medida fuera considerada desproporcionada en el caso concreto.⁶¹ En este sentido, posiblemente haya tenido una notable influencia la vinculación entre el Art. 4 (2) TUE y el Art. 22 de la

⁵⁹ Asimismo se hace una expresa mención de las competencias regionales en la fijación del alcance del principio de subsidiariedad (Art. 5.3 TUE), se exige que durante la elaboración de las Directivas se tengan en cuenta los efectos que puede implicar para la legislación regional (Art. 5 Protocolo Segundo) y se consulte a los Parlamentos Regionales con competencias legislativas por parte de los Parlamentos Nacionales acerca del cumplimiento de proyecto europeo de acto legislativo con el principio de subsidiariedad (Art. 6.1 Protocolo Segundo). Igualmente, el Comité de las Regiones puede defender sus prerrogativas ante el Tribunal de Justicia (Art. 263 TFUE) e interponer un recurso de anulación por incumplimiento del principio de subsidiariedad frente a un acto legislativo cuya aprobación requiera la consulta previa al propio Comité de las Regiones (Art. 8 Protocolo Segundo) y sus miembros han de disponer de mandato electoral o responsabilidad política ante las asambleas elegidas (Art. 300 TFUE). No obstante, las regiones no han obtenido los resultados que esperaban del principio de subsidiariedad. Tampoco el Comité de las Regiones ha permitido hasta la fecha una participación satisfactoria en la UE por parte de las regiones.

⁶⁰ En este sentido véanse las Conclusiones de la Abogada General, J. Kokott, en el Asunto *UGT-Rioja* (para. 54) ECLI:EU:C:2008:262 y la Sentencia del TJUE en el Asunto *Digibet Ltd* EU:C:2014:1756.

⁶¹ Sentencia del TJUE *Anton Las* de 16 de abril de 2013 ECLI:EU:C:2013:239.

Carta,⁶² que le otorga un peso especial a la diversidad lingüística que, a su vez, puede ser un elemento definitorio de una identidad regional, poniéndose de relieve que los Tratados ofrecen caminos frente al auge del secesionismo.

Evidentemente no es sencillo para el TJUE lidiar con la estructura federal de los Estados Miembros, pero no se pretende forzarle a dirimir conflictos internos, sino que reconozca explícitamente el impacto que el Derecho de la UE tiene en las estructuras federales o regionales y lo tenga en cuenta en sus decisiones. En definitiva, el sentido de pertenencia a una nación juega un papel fundamental en la formación de la identidad personal, y las naciones que forman parte de una entidad política mayor son preservadas mediante el reconocimiento del autogobierno. Además, los equilibrios de poderes entre territorios acordados dentro de los Estados aseguran la coexistencia pacífica de los mismos.⁶³

En determinados casos esta realidad podría convertirse en un elemento de peso en las consideraciones del Tribunal, se conseguiría así una flexibilidad que las instituciones y los procesos de toma de decisión de la UE difícilmente podrían alcanzar. A ello se debería sumar una adecuada toma en consideración de la autonomía política o del principio federal por el propio marco constitucional de cada Estado, también en lo relativo a la integración supranacional.⁶⁴ Evidentemente todos estos esfuerzos podrían no dar resultados, permaneciendo inmutables los deseos y la fuerza de los movimientos secesionistas. Sin embargo, si pensamos en la alternativa, tendremos que concluir o se intenta una mejor integración de la identidad regional en el marco supranacional y estatal o nos acostumbramos a un conflicto socio-político permanente de consecuencias impredecibles.

VI. CONCLUSIONES

El auge del secesionismo en Europa no es en absoluto contradictorio con la profundidad que ha alcanzado la integración supranacional, de hecho, una de las premisas de ambos es la reconceptualización del derecho constitucional. Sin embargo, la relación entre secesionismo y UE es asimétrica. Mientras para el primero la ayuda de la UE es crucial para alcanzar sus objetivos para la UE el secesionismo puede ser un movimiento que, cuando menos, dificulte su avance. No es de extrañar, por ello, que los Tratados no sean favorables a los deseos secesionistas. Así, de los Tratados se deduce que la secesión de un territorio de un Estado Miembro

⁶² A. Saiz Arnaiz, C. Alcobarro Llivina, 2013; p. 11.

⁶³ E. Cloots, 2015; p. 232.

⁶⁴ Al respecto, sobre el caso español M. González Pascual, 2013.

abocaría a dicho territorio a seguir un tortuoso camino para convertirse en Estado Miembro de la UE. Además, una secesión no pactada vulneraría los Arts. 2 y 4 del TUE. Por último, el reconocimiento del principio democrático en los Tratados tampoco serviría de coartada para una actuación de la UE en favor del independentismo, más bien al contrario.

Ahora bien, la UE debe reconocer que no ha sabido dar respuesta a las sensibilidades regionales, al tomar como eje de sus estructuras institucionales al Estado. Esta opción, comprensible por las propias diferencias constitucionales entre los Estados Miembros, no debería ser óbice para desarrollar las cláusulas de los Tratados que permiten un cierto reconocimiento a la diversidad regional. En este sentido, la referencia a la autonomía regional en el Art. 4.2 TUE puede servir para reconocer la importancia que las identidades regionales tienen en algunos Estados Miembros. En definitiva, una lectura de los Tratados más acorde a la realidad constitucional de los Estados Miembros descentralizados podría coadyuvar al encaje de todos los territorios también en el proyecto europeo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARES CASTRO-CONDE, C (2010). La participación de las regiones en el sistema político de la Unión Europea. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BEIGBEDER, Y. (2011). Referendum. En R. Wolfrum (Ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. On line.
- BENZ, A, SONNICKSEN, J. (2015). Federalism and democracy: Compatible or at odds with one another? Re-examining a tense relationship. En C. Fraenkel- Haeberle, et al. (Ed.). *Citizen Participation in Multi-level Democracies*. Leiden-Boston: Nijhoff.
- BUCHANAN, A. (2013). Democracy and Secession. En M. Moore (Ed.), *National Self-determination and Secession*. Oxford: OUP.
- BUSTOS GISBERT, R. (2012). Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial. Méjico: Porrúa.
- CASTELLÀ ANDREU, J. M (2016). Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales aun conflicto político-constitucional. *Teoría y realidad constitucional*, n.º 37.
- CLOOTS, E. (2015). *National Identity in EU Law*. Oxford: OUP.
- CLOSA, C. (2016). Secession from a Member State and EU Membership: The View from the Union. *European Constitutional Law Review*, n.º 12.
- CONNOLLY, CH. K. (2013). Independence in Europe: secession, sovereignty and the European Union. *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 24.

- DE WITTE, B. (2014). Scotland and the EU: a comment. <http://ukconstitutionallaw.org>.
- DOUGLAS SCOTT, S. (2014). How easily could and independent Scotland join the EU? *Oxford Legal Research Papers*, n.º 46.
- ELIAS, A. (2008). Whatever happened to the Europe of Regions? Revisiting the Regional Dimension of European Politics. *Regional and Federal Studies*, vol. 18, n.º 5.
- EVANS, A. (2003). Regional Dimensions to European Governance. *International and Comparative Law Quarterly*.
- FASONE, C. (2017). Secession and the Ambiguous place of Regions under EU law. En C. Closa (Ed.). *Secession from a Member State and Withdrawal from the EU. Troubled Membership*. Cambridge: CUP.
- FERRERES COMELLA, V. (2014). The Spanish Constitutional Court Confronts Catalonia's right to decide. *European Constitutional Law Review*.
- FRANCK, TH. (1992). The emerging right to democratic governance. *The American Journal of International Law*, vol. 86.
- GONZÁLEZ PASCUAL, M. (2013). *Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea*. Barcelona: IEA.
- GONZÁLEZ PASCUAL, M., TODA CASTÁN, D. (2016). Katalonien und Spanien; Bruch oder Verfassungsreform? *Die öffentliche Verwaltung*, Heft 7.
- GONZÁLEZ PASCUAL, M. (2017). Constitución Española y Gobernanza Económica europea: desnudez y crisis del Estado constitucional. *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 109 II.
- GREWE, C. (2013). Methods of identification of national constitutional identity. En A. Saiz Arnaiz, c. Alcobarro Llivina (Eds.). *National Constitutional Identity and European Integration*. Cambridge: Intersentia,
- IPSEN, H. (1966). Als Bundesstaat in der Gemeinschaft. *Festschrift für Walter Hallstein*. Frankfurt: Klostermann.
- KEATING, M. (2004). European Integration and the Nationalities Question. *Politics & Society*, n.º 32.
- KEATING, M. (2008). A Quarter Century of the Europe of the Regions. *Regional & Federal Studies*, vol. 18, n.º 5.
- KEATING, M. (2015). Nationalism after the State. En S. Tierney (Ed.). *Nationalism and Globalism*. Oxford: Hart.
- KOCHENOV, D. (2017). The Acquis and Its principles. En D. Kochenov, A. Jakab. *The Enforcement of EU law and values*. Oxford: OUP.
- KRISCH, N. (2017). The Spanish Constitutional Crisis: Law, legitimacy and popular sovereignty in question. <http://verfassungsblog.de>.

- MANCINI, S. (2012). Secession and Self-determination. En M. Rosenfeld, A. Sajó, (Ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: OUP.
- MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, J.M. (2015). Legal considerations regarding a hypothetical unilateral declaration of Independence by Catalonia: a legally unfeasible political scenario. *Spanish Yearbook of international law*.
- MILWARD, A. S. (2000). *The European Rescue of the Nation-State*. London: Routledge.
- PECH, L. (2009). The rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union. *Jean Monnet Working paper, n.º 4*. <http://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/090401.pdf>.
- PIRIS, J. C. (2017). Political and legal aspects of recent regional secessionist trends in some EU Member States (I). En C. Closa (Ed.). *Secession from a Member State and Withdrawal from the EU. Troubled Membership*. Cambridge: CUP.
- SAIZ ARNAIZ, A., ALCOBERRO LLIVINA, C. (2013). Why constitutional identity suddenly matters: a tale of brave States, a mighty Union and the decline of sovereignty. En A. Saiz Arnaiz, c. Alcoberro Llivina (Eds.). *National Constitutional Identity and European Integration*. Cambridge: Intersentia.
- SCHMIDT, V. (1999). European Federalism and its Encroachment on National Institutions. *Publius*, Vol. 29.
- SOMMERMANN, K. P. (2015). Citizen Participation in Multi-level Democracies: An Introduction. En C. Fraenkel- Haeberle, et al. (Ed.). *Citizen Participation in Multi-level Democracies*. Leiden-Boston: Nijhoff.
- SUNSTEIN, C. R. (1991). Constitutionalism and Secession. *The University of Chicago Law Review*, vol. 58.
- TAJADURA TEJADA, J. (2016). Los procesos secesionistas y el derecho europeo. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 37.
- THÜRER, D., BURRI, T. (2008). Self-determination. En R. Wolfrum (Ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. On line.
- TIERNEY, S. (2005). «Reframing sovereignty? Sub-State national societies and contemporary challenges to the Nation-State. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54.
- TUDELA ARANDA, J. (2016). El derecho a decidir y el principio democrático. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 37.
- VON BOGDANDY, A. (2009). Grundprinzipien. En A. Von Bogdandy, J. Bast (Hrsg.). *Europäisches Verfassungsrecht*. Heidelberg: Springer.
- VON BOGDANDY, A. (2012). The European Lesson for International Democracy: the significance of articles 9-12 EU Treaty for International Organizations. *European Journal of International Law*, Vol. 23, n.º 2.

- WALKER, N. (2017). Internal enlargement in the European Union: beyond legalism and political expediency. En C. Closa (Ed.). *Secession from a Member State and Withdrawal from the EU. Troubled Membership*. Cambridge: CUP.
- WEATHERILL, S. (2005). The Challenge of the Regional Dimension in the European Union. En S. Weatherill, U. Bernitz (Ed.). *The Role of Regions and Sub- National Actors in Europe*. Oxford: Hart.
- WEILER, J. (2017). Secessionism and its discontents. En C. Closa (Ed.). *Secession from a Member State and Withdrawal from the EU. Troubled Membership*. Cambridge: CUP.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS
TALLERES DE GRAFINSA,
EN OVIEDO,
EL 29 DE NOVIEMBRE DE 2018,
JUSTO CUATRO MESES ANTES
DEL DÍA PREVISTO POR EL
REINO UNIDO
PARA ABANDONAR LA
UNIÓN EUROPEA