

La constitución territorial en crisis:
cómo afrontar los conflictos de articulación
nacional en España¹

*The territorial constitution in crisis:
how to manage national conflicts in Spain*

Por LUCÍA PAYERO LÓPEZ
Universidad de Oviedo

RESUMEN

España se enfrenta a la mayor crisis constitucional de su historia democrática, que afecta –entre otras cuestiones– a la estructuración territorial del Estado. De acuerdo con la teoría de resolución de conflictos, existen tres maneras principales de abordar este problema: la autotutela, la heterocomposición o la autocomposición. En este artículo se defenderán los métodos autocompositivos como los más adecuados para afrontar los conflictos de articulación nacional que, desde los inicios de la modernidad política, aquejan al Estado español.

Palabras clave: *Articulación territorial del Estado. Constitución española de 1978. Constitución territorial. Nacionalismo. Resolución de conflictos.*

¹ Este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación «El logotipo de la guerra. Normas y problemas de los conflictos armados actuales», financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (DER2017-82106-R) en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016.

Una versión preliminar de este artículo se presentó como comunicación a las XXVII Jornadas de la SEFJP «Debates en el modelo democrático y en el Estado de derecho», celebradas en Valladolid los días 6 y 7 de mayo de 2019.

ABSTRACT

Spain is suffering the major constitutional crisis since democracy was re-established in 1978. One of the aspects that this crisis presents relates to the territorial organisation of the state. Three main options are available to deal with this problem, according to the theories on conflict resolution: self-protection, hetero-composition or self-composition. This paper will argue that the latter is the best manner of tackling protracted national conflicts in Spain.

Keywords: Territorial organisation of the state. Spanish Constitution of 1978. Territorial constitution. Nationalism. Conflict resolution.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LA AUTOTUTELA. – 2.1 *La versión legal.* 2.2 *La versión histórica.* 2.3 *La versión fáctica.* – 3. LA HETEROCOMPOSICIÓN. – 4. LA AUTOCOMPOSICIÓN. – 5. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿QUÉ HACER?

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. SELF-PROTECTION. 2.1 *The legal version.* 2.2 *The historical version.* 2.3 *The factual version.* – 3. HETERO-COMPOSITION. – 4. SELF-COMPOSITION. – 5. CONCLUSION: WHAT IS TO BE DONE?

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución española de 1978, en su artículo 2, proclama que en el seno del Estado solo existe una nación: la española². Sin embargo, si se adopta una perspectiva sociológica –en lugar de jurídica–, cabría afirmar que España es una sociedad plural, esto es, una sociedad compuesta por una multiplicidad de naciones. Incluso el Tribunal Constitucional, el intérprete autorizado de la carta magna, reconoce este extremo, al decir: «el término “nación” es extraordinariamente proteico en razón de los muy distintos contextos en los que acostumbra a desenvolverse como una categoría conceptual perfectamente acabada y definida, dotada en cada uno de ellos de un significado propio e intransferible. De la nación puede, en efecto, hablarse como una realidad cultural, histórica, lingüística, sociológica y hasta religiosa». Por consiguiente, «en cualquier otro contexto que no sea el jurídico-

² El comienzo del artículo 2 de la Constitución reviste el tenor siguiente: «la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles (...)».

constitucional la autorrepresentación de una colectividad como una realidad nacional en sentido ideológico, histórico o cultural [tiene] plena cabida en el Ordenamiento democrático como expresión de una idea perfectamente legítima»³. En el caso analizado por la sentencia –la constitucionalidad del *Estatut* catalán aprobado en 2006⁴–, la colectividad mencionada era Cataluña, pero suele resultar pacífico aceptar que, además de la nación española, las comunidades históricas a las que se refiere la Disposición Transitoria 2.^a de la Constitución (Euskadi y Galicia, además de Cataluña⁵) presentan el carácter de naciones en sentido cultural⁶.

Se podría asegurar entonces que, pese al carácter performativo⁷ del derecho y el papel decisivo que desempeña en la construcción de la realidad social⁸, a veces dicha realidad se muestra demasiado tozuda como para dejarse modelar por la norma, incluso tras más de cuarenta años de vigencia de ésta.

En ocasiones, los Estados plurales como España se enfrentan a problemas de acomodación territorial. Existen varias maneras de afrontar estos asuntos, dependiendo de a qué principios constitucionales se otorgue prioridad. Cabría preservar por encima de todo la unidad e integridad territorial del Estado, pero también es posible conceder la primacía al principio democrático y al respeto de los derechos de las minorías. Un ejemplo paradigmático de la última

³ STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 12.º

⁴ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

⁵ Por todos, véase PÉREZ ROYO, J., «Anexo. ¿Reforma constitucional o periodo constituyente?», en A. Losada y J. Pérez Royo, *Constitución: la reforma inevitable. Monarquía, plurinacionalidad y otras batallas*, Barcelona, Roca Editorial de Libros, 2018. Hay, incluso, quien propone incluir a Navarra como sujeto titular de derechos forales –por ejemplo, HERRERO DE MIÑÓN, M., *Derechos Históricos y Constitución*, Madrid, Taurus, 1998–, y hasta a Andalucía y Aragón –entre otros, GONZÁLEZ NAVARRO, F., *España, nación de naciones. El moderno federalismo*, Pamplona, Eunsa, 1993.

⁶ Tal y como se puso de manifiesto en los debates constituyentes, y luego difundieron distintos académicos con bastante éxito (entre otros, Juan José Solozábal, Gregorio Peces-Barba o Andrés de Blas), en España se tiende a considerar que una nación cultural es aquella que no ha alcanzado la condición de Estado y, por no haberlo logrado, se halla incapacitada para hacerlo en el futuro. La nación política, en cambio, sería la que cuenta con instancia estatal que la represente. En palabras de SOLOZÁBAL, J. J., «Nación, nacionalidades y autonomías en la Constitución de 1978. Algunos problemas de la organización territorial del Estado», *Sistema*, 38-39, 1980, p. 276, «el *status* jurídico-constitucional de la nacionalidad no puede ser considerado la realización frustrada de la vocación nacional, esto es, su forma históricamente posible; ni, mucho menos, como un estadio intermedio o provisional hacia el destino estatal; sino como el marco organizacional adecuado en el que todas las posibilidades nacionales de la comunidad caben ser realizadas».

⁷ AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones*, Barcelona, Paidós, 1982.

⁸ SEARLE, J. R., *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, Madrid, Cátedra, 1980; *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997.

opción lo hallamos en Canadá, donde se celebraron dos referendos independentistas en el último tercio del siglo xx (años 1980 y 1995). Y es que, a pesar de que el derecho de autodeterminación de las provincias que componen la Federación canadiense no se encuentra regulado en la Constitución, el *Parti Québécois* convocó dos consultas para preguntar a los quebequeses si deseaban la secesión. En ambos casos, la respuesta fue negativa a la alteración del *statu quo*. Posteriormente, la Corte Suprema de Canadá emitió un célebre dictamen en el que, tras negar que Québec disfrutase de un derecho de secesión unilateral, imponía a los representantes políticos federales y provinciales la obligación de negociar de buena fe un acuerdo satisfactorio para todos en el supuesto de que una mayoría concentrada territorialmente manifestase, de manera clara e indubitada, su deseo de modificar las relaciones que su provincia venía manteniendo con el resto del Estado⁹.

Es importante señalar que el abordaje adecuado de los conflictos territoriales exige situarlos en el ámbito de la política, y no del derecho –opción esta última muy cara a las autoridades españolas¹⁰ y a los académicos que defienden la postura por ellas adoptada¹¹–.

⁹ Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 SCR (20 de agosto de 1998).

¹⁰ En este sentido, por ejemplo, cabe citar las palabras de Rajoy cuando todavía no era presidente del Gobierno, pero sí líder de la oposición en el Congreso. Mientras se estaba debatiendo la propuesta de reforma del Estatuto de autonomía de Euzkadi (el denominado Plan Ibarretxe), dijo: «lo único que hoy nos importa de este proyecto es que abandona el marco legal (...). Por eso, quienes estamos obligados a defender la ley, mientras la ley no cambie, no lo podemos admitir y a esto se reduce todo (...). Lo que está en cuestión esta tarde (...) no es si aprobamos o no determinado documento, sino si en España se cumple la ley (...). Por lo demás, no hay nada más que hablar» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 65, de 1 de febrero de 2005, p. 3096).

¹¹ Un ejemplo de un enfoque jurídico del asunto puede leerse en GARCÍA AMADO, J. A., «Independencia de Cataluña. Diez minutos hablando en serio y entre juristas», *Dura lex. Política, Derecho, sociedad y algo de otras cosas*, 25 de septiembre de 2015. Como resulta habitual en los estudios que adoptan tal perspectiva, el artículo simplifica en exceso el problema y hasta lo ridiculiza, por nimio. Pero es que, además, el recurso al análisis estrictamente jurídico sirve invariablemente para otorgar la razón al Estado, creador del derecho y, en consecuencia, beneficiado por el mismo. El derecho no deja de ser el producto de un poder determinado. El sistema legal funciona mientras se acepte con carácter general la legitimidad del poder que le dio origen; sin embargo, cuando lo que está en discusión es esa legitimidad, el plano jurídico se muestra incapaz de solucionar el problema, puesto que se trata de una cuestión política: la pugna entre dos poderes, cada uno creador de su propio orden jurídico. Así, cuando García Amado dice «jurídicamente, que dentro de un mes o de un año el Parlamento de Cataluña declare la independencia de Cataluña y que Cataluña queda constituida en Estado independiente de España y plenamente soberano, Estado del todo y como otro cualquiera, es tan irrelevante como que un amigo y yo nos digamos hoy constituidos en club de fútbol o en padre e hijo», se está refiriendo a una irrelevancia de acuerdo con el ordenamiento jurídico español. Ahora bien, en el ámbito de la política, si Cataluña declara su independencia, crea estructuras de Estado y empieza a funcionar como tal –ejerce los poderes típicos de un Estado sobre un territorio y una población–, seguramente otros Estados reconocerían esa

Lo que plantea Cataluña en estos momentos es una impugnación del ámbito territorial y personal donde se ejerce la democracia en España, es decir, Cataluña está desafiando el *demos* español, el titular de la soberanía que establece la Constitución de 1978¹², y reclamando la necesidad de que se reconozca un *demos* catalán, esto es, un nuevo sujeto de soberanía. No es este un asunto que pueda resolverse apelando a las normas jurídicas vigentes en el Estado democrático, puesto que se trata de una cuestión previa a la puesta en funcionamiento de las mismas. El célebre aforismo de Jennings, «el pueblo no puede decidir hasta que alguien decide quién es el pueblo¹³», resultaría aquí plenamente aplicable. Y es que el principio de la mayoría no sirve para la resolución de los asuntos nacionales, puesto que lo que en estos casos se halla en disputa consiste en cuál sea la unidad política apropiada dentro de la que vayan a operar el gobierno de la mayoría y otros procedimientos democráticos¹⁴.

realidad y, con el tiempo, Cataluña entraría a formar parte de las Naciones Unidas, con su propio ordenamiento jurídico. Y, entonces, lo que sería absolutamente irrelevante es lo que dijera el derecho español.

En cualquier caso, y aunque la independencia no llegara a hacerse efectiva, la falta de reconocimiento de la legitimidad del derecho del Estado que se produzca en una parte de su territorio –pongamos como ejemplo Cataluña– es susceptible de crear un problema político tan grave que hiciera ingobernable el conjunto de España. Y su tratamiento no podría ser jurídico, sino político.

¹² El artículo 1.2 de la Constitución española reza lo siguiente: «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado». Ya en los debates constituyentes se puso de manifiesto el error teórico que suponía atribuir la soberanía nacional al pueblo –véase, por ejemplo, Gregorio Peces-Barba (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 64, de 11 de mayo de 1978)–, así como el anacronismo de referirse a la soberanía nacional en pleno siglo XX. Ahora bien, el objetivo de la mayoría de la Cámara no era otro que reforzar la unidad indisoluble de la nación española reconocida en el artículo 2, por lo que se pasaron por alto cuestiones como las conexiones más que evidentes entre los conceptos de soberanía nacional y sufragio censitario, así como también la amplia aceptación de que gozaba la soberanía popular por su concepción del sufragio como un derecho universal. Lo importante era que la soberanía no se dividiese entre las nacionalidades y regiones que integran España, y no tanto la precisión técnica o el debate académico riguroso –Óscar Alzaga y José P. Pérez Llorca inciden en ello (*ibidem*)–.

¹³ JENNINGS, I., *The Approach to Self-Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1956, p. 56.

¹⁴ SCHWARZMANTEL, J., «Nacionalismo y democracia», *Revista Internacional de Filosofía Política*, 3, 1994, p. 28. A este respecto, estimo sumamente pertinente la siguiente cita de DAHL, R. A., «Democracy, Majority Rule, and Gorbachev's Referendum», *Dissent*, 38 (4), 1991, p. 491: «podemos imaginar fácilmente a un lituano, por ejemplo, respondiendo a Gorbachov, “desde luego creo en el gobierno de la mayoría y estoy más que dispuesto a otorgarle mi consentimiento –pero la única mayoría que convendré en acatar es una mayoría de mi pueblo en mi país, no una mayoría del pueblo en tu imperio–”». Y es que, según ha reconocido HÉRAUD, G., «Democracia y autodeterminación», en Colectivo Herria 2000 Eliza (ed.), *Autodeterminación de los pueblos: un reto para Euskadi y Europa* (tomo I), Bilbao, Herria 2000 Eliza, 1985, p. 56, cuando el Estado no es homogéneo desde un punto de vista nacional, «la ley de la mayoría (...) sirve para estabilizar el dominio ejercido por el grupo nacional mayoritario».

Como ha puesto de manifiesto Pastor, «la legitimación de un nuevo Estado y un nuevo sistema político necesita como requisito *pre-democrático* la aceptación por el conjunto de la ciudadanía de pertenecer a un *demos* común en condiciones de igualdad, independientemente del *ethnos* al que pertenezcan. Si esto no se da y la condición de formar parte del *demos* aparece asociada a (...) unas relaciones de dominación o preeminencia de una etnia o nacionalidad sobre otras, ese Estado o ese sistema político habrán nacido con un déficit de legitimidad ante una parte de la población residente dentro de sus fronteras»¹⁵.

Más aún, no existen reglas fijas que solucionen el problema del ámbito de la democracia, ni a nivel territorial ni personal, debiendo establecerse *ex novo* en cada caso concreto. La determinación de estas reglas será una cuestión de voluntad política, nada más y nada menos. Una vez que se produzca esa voluntad política, se le dará forma legal para justificarla. En palabras de Cagiao, «el Derecho viene siempre tras la política, para hacer que las decisiones tomadas por los responsables políticos tengan una apariencia de conformidad con el Derecho, para vestir pues al poder con el ropaje y la autoridad del Derecho. Entender el Derecho como algo que limita la voluntad política (lo cual hace ciertamente, pero solo en parte) es proponer un concepto ideológico del Derecho, no un concepto analítico ni una descripción fiel de lo que es»¹⁶. Por consiguiente, «allí donde hay voluntad (política), existe una vía (legal)»¹⁷.

Si se asume lo anterior, entonces el conflicto entre Cataluña y España debe situarse fuera del marco establecido por el ordenamiento jurídico español. Se trataría de un conflicto entre dos naciones, una que ha alcanzado la condición estatal y la otra que pugna por dicho reconocimiento.

Tomando como referencia la teoría general de resolución de conflictos, las disputas territoriales que tienen lugar en el seno de los Estados multinacionales, incluida la que enfrenta a España y Cataluña, pueden ser abordadas de tres maneras diferentes: mediante la autotutela, a través de mecanismos heterocompositivos o recurriendo a la autocomposición. A continuación, se examinará cada una de estas opciones para, inmediatamente después, proponer cuál sería la vía más adecuada para gestionar el conflicto territorial en España.

¹⁵ PASTOR, J., «Pluralidad, federalismo y derecho de autodeterminación», en F. Quesada (ed.), *Pluralismo y ciudadanía*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003, pp. 107-108.

¹⁶ CAGIAO, J., «El federalismo ante la consulta catalana. Una lectura federal del derecho a decidir», en J. Cagiao y V. Martín (dirs.), *Federalismo, autonomía y secesión en el debate territorial español. El caso catalán*, París, Le Manuscrit, 2015, p. 123.

¹⁷ NICOLAÏDIS, K., «Scotland and the EU: Comment», *Verfassungsblog*, 9 de septiembre de 2014.

2. LA AUTOTUTELA

La autotutela consiste en el recurso privado a la fuerza como forma de resolver un conflicto. Una de las partes impone su voluntad sobre la otra y, de ese modo, se finaliza la controversia –o se dilata su solución, puesto que, como ha sido señalado, el término del conflicto alcanzado mediante el recurso a la violencia privada es «transitorio [dado que] se hace depender de un factor variable como [es] la fuerza»¹⁸-. La doctrina entiende que es un método propio de sociedades primitivas –también de aquellas que «han sufrido un proceso de involución»¹⁹ (Estados fallidos, por ejemplo)–, que se vuelve ineficaz a medida que los grupos humanos crecen y se multiplican los conflictos. En esa situación el coste social de la autotutela resulta demasiado alto, por lo que, siguiendo la teoría del contrato social, se renuncia a la autodefensa en favor de una entidad, el Estado, que pasará a ejercer el monopolio legítimo de la violencia²⁰. Así, serán los órganos del Estado los encargados de resolver los conflictos, al menos los de mayor entidad, que surjan entre sus súbditos.

La autotutela, por consiguiente, se caracteriza por dos notas principales²¹: en primer lugar, por la ausencia de un tercero distinto a las partes que actúe como árbitro o juez con poder y autoridad reconocida para dirimir la controversia; en segundo lugar, por la imposición coactiva de la voluntad de una de las partes sobre la otra, lo que origina la finalización del conflicto –o, como se ha señalado antes, la posposición de su manifestación virulenta–. En el fondo, esta última característica deriva de la asunción de que la posición propia es superior a la contraria, lo que genera una relación entre desiguales. En esta situación, y siempre que la fuerza juegue a favor, la contraparte deberá cumplir unas condiciones que no ha consentido.

A pesar de la proscripción general que pesa sobre la autotutela en el seno de los Estados de derecho actuales –a salvo de manifestaciones puntuales, como puede ser la admisión de la legítima defensa–, son más frecuentes los ejemplos de utilización de este mecanismo de resolución de controversias en el ámbito de las relaciones entre Estados. En este sentido, el derecho internacional acepta el recurso a

¹⁸ MORENO, V., «La resolución jurídica de conflictos», en H. Soletto (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2017 (3.ª ed.), p. 47.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 48-49.

²⁰ Esta es la forma en la que, desde una perspectiva sociológica, define el Estado WEBER, M., *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1984, p. 83: el Estado es «la comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (...) reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima».

²¹ MORENO, V., *op. cit.*

determinadas herramientas de autodefensa, como las contramedidas²², y las disputas entre Estados a menudo se resuelven mediante la imposición coactiva de la voluntad del más fuerte sobre el más débil, incluso en contravención de las normas internacionales.

Aplicando esto al supuesto que nos ocupa, se pueden encontrar numerosos ejemplos de empleo de mecanismos de autodefensa en el conflicto que enfrenta a España con Cataluña. En realidad, cabría afirmar que la senda adoptada por el gobierno español para afrontar el desafío soberanista catalán desde 2012 ha sido casi exclusivamente ésta. La estrategia de autodefensa presenta tres variedades mutuamente compatibles: la versión legal, la histórica y la fáctica. A continuación, será explicada cada una de ellas.

2.1 La versión legal

La versión legal del recurso a la autotutela apela al derecho en vigor: cualquier reclamación territorial ha de respetar el marco constitucional existente para ser tomada en consideración. En este sentido, y como si de un texto sagrado se tratase –lo que la convierte en inmutable y moralmente superior a cualquier norma o propuesta divergente–, la Constitución de 1978 se erige en quintaesencia de la idea de democracia y en perímetro que delimita los márgenes del debate político. Por consiguiente, dado que la carta magna prohíbe la autodeterminación de las denominadas nacionalidades, no es posible discutir seriamente el asunto, se argumenta.

He aquí un ejemplo que ilustra magníficamente lo anterior. La convocatoria de referendos es una competencia estatal, según establece el artículo 149.1, 32.^a de la Constitución. Por esa razón, el *Parlament* catalán solicitó que le fuera delegada dicha competencia para poder celebrar la consulta del 9 de noviembre de 2014 (9-N). En el debate que tuvo lugar en el Congreso de los Diputados para decidir el asunto –y que finalizó con el rechazo de la petición efectuada por el *Parlament*– se pudo escuchar al por aquel entonces presidente del Gobierno decir: «no es posible atender a lo que nos solicita el *Parlament* de Catalunya porque no lo permite la Constitución»²³. Y continúa su alocución: «de nada sirve, frente a esa realidad insoslayable [que la

²² Las contramedidas son una respuesta del Estado ante un ilícito internacional cometido por otro Estado con carácter previo y que provoca una lesión al primero. Se distinguen varios tipos: la ruptura de relaciones diplomáticas, las retorsiones y las represalias (ANDRÉS, P. de, *Sistema de Derecho internacional público*, Aranzadi, 2018 –5.^a ed–). El uso de contramedidas aparece expresamente admitido en el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 2001 (artículos 49-53).

²³ RAJOY, M., *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 192, de 8 de abril de 2014, p. 11.

Constitución prohíbe “obstinadamente ciertas cosas”], vestir las reclamaciones de calor popular. Algunas cosas no cambian ni con manifestaciones ni con plebiscitos. Eso no es posible, ahora no es posible. *Se redactó la Constitución de manera que no fuera posible* y esto es lo que yo deseo que entiendan, aunque no lo compartan (...). *No se trata de una cuestión de voluntad política*, ni de flexibilidad, ni de hallar un punto de encuentro, ni de que cedamos más o menos» –cursiva añadida–²⁴.

Con frecuencia se achaca a esta postura su carácter inmovilista, crítica que sus partidarios tratan de eludir apelando a la posibilidad de activar la reforma constitucional para el caso de que se disienta de lo establecido en la Constitución actual. Teóricamente al menos, ello es posible, puesto que la democracia española no es militante y tampoco se establecen límites explícitos a su modificación. Por ello cabría defender cualquier contenido constitucional alternativo, también en lo que se refiere a la articulación territorial del Estado, siempre que se respeten «los principios democráticos y los derechos fundamentales»²⁵. De esta manera, se insta a que los nacionalistas catalanes propongan una reforma constitucional siguiendo los cauces establecidos en el Título X de la Constitución: «hay una puerta abierta de par en par para aquellos que no estén conformes con el actual estado de cosas, iniciar los trámites para una reforma de la Constitución»²⁶.

Sin embargo, los defensores del legalismo olvidan –u ocultan– que el procedimiento de reforma agravado contenido en el artículo 168 se aprobó con la finalidad de impedir la modificación de los contenidos constitucionales por él blindados, incluido el modelo territorial. Como bien ha señalado De Vega, más que un procedimiento de reforma, el del artículo 168 se concibió como un mecanismo para impedirla²⁷, evitando igualmente la inconveniencia de introducir cláusulas de intangibilidad explícitas que traían a la memoria las establecidas en las Leyes Fundamentales del Reino²⁸. Así, y como pretendían los redactores de la carta magna, el procedimiento hiperagravado jamás ha sido utilizado, y seguramente nunca lo sea²⁹.

²⁴ *Ibidem*, p. 15.

²⁵ STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7.º

²⁶ RAJOY, M., *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 192, p. 15. Igualmente, Díez, R., *ibidem*, p. 36.

²⁷ DE VEGA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 148.

²⁸ CAPELLA, J. R., «La Constitución tácita», en J. R. Capella (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003; PÉREZ ROYO, J., *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.

²⁹ Es interesante tener en cuenta que la imposibilidad fáctica de proceder a la reforma constitucional en materia nacional es admitida incluso por fervientes defensores de la unidad de la nación española, como RUIZ SOROA, J. M., «Romper el tabú», *El País*, 5 de junio de 2012: «hay que ser lo suficientemente adultos, en

Además, el razonamiento legalista parece asumir que una constitución se muestra neutral en asuntos nacionales, lo cual no es cierto. Particularmente si se examina la Constitución de 1978, sus artículos 1.2 y 2, ya citados, ponen de relieve el carácter profundamente nacionalista de esta norma. No en vano, la unidad indisoluble de la única nación que existe de forma oficial en el seno de las fronteras del Estado español, la Nación española –obsérvese que el texto emplea la mayúscula para referirse a ella–, actúa como verdadero fundamento de la propia carta magna, y no al revés. Como ya explicó Reventós, diputado del Grupo *Socialistes de Catalunya* durante la legislatura constituyente, hay una importante diferencia entre decir «la Constitución fundamenta» y «la Constitución se fundamenta». Mientras que la primera afirmación se refiere a que «es la Constitución la que decide democráticamente cómo va a ser la futura, la nueva unidad de España», la segunda alude a «una realidad social y política previa, algo que Cánovas no hubiera vacilado en considerar como Constitución interna de España³⁰, y que es la base del nacionalismo místico de los iusnaturalistas»³¹. Esto último pondría en cuestión la identidad automática y absoluta que los partidarios del argumento legalista establecen entre Constitución y democracia, y que les sirve para rebatir a los defensores del derecho a

términos democráticos, para admitir una carencia en el sistema político territorial español, por la sencilla razón de que la vía que legalmente existe para la secesión (la reforma constitucional *fuerte* del artículo 168) no está al alcance de los actores políticos que la reclaman. Decir entonces que la reclamación independentista es una reivindicación legítima de nuestra democracia siempre que se haga por medios pacíficos es un *flatus vocis* en tanto el sistema condene esa reivindicación al terreno de lo jurídicamente imposible».

³⁰ Para Cánovas, la Constitución interna de España estaba constituida por la soberanía conjunta del Rey y las Cortes, dos instituciones de existencia inveterada en la historia de España: «la Constitución interna, sustancial, esencial de España, está, a no dudar, contenida y cifrada en el principio monárquico-constitucional. No bastó la decadencia de las Cortes durante tres siglos para borrar de nuestros Códigos, y mucho menos del espíritu nacional, el dogma político de que en el Rey y los Reinos residía la soberanía de la Nación; por tal manera, que solo en su conjunta potestad cabía el derecho de resolver los asuntos arduos. Ni esto desapareció de nuestros Códigos hasta el tiempo en que renacía justamente, con nuevo y desusado vigor, aquel dogma en la conciencia pública, y poquísimos años antes que, con más solemnidad que nunca, lo reconociera y proclamara la Constitución por siempre venerable de Cádiz. (...) Puédesse, pues, afirmar altamente que es ya aquel régimen anterior y superior entre nosotros a todo texto escrito; que lo propio que ha existido, existirá siempre, como natural organismo de la sociedad española, y que (...) la España posee hoy en día, aun estando muertos, como sin duda están, sus Códigos políticos, y en el solo principio de la Monarquía representativa, una verdadera Constitución íntima, fundamental, en ningún tiempo anulable por los sucesos. De esa Constitución no hay con vida sino dos instituciones: el Rey y las Cortes» (cit. en PONS, A., «Cánovas y el Derecho público», *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 94, 1929, pp. 179-180).

³¹ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 66, de 12 de mayo de 1978, p. 2299.

decidir –un derecho que se justifica por su carácter democrático, aunque no lo ampare la legalidad vigente³²–: «no hay democracia sin ley», dirá –entre otros– Rajoy³³.

Pero es que ni la Constitución española encarna la idea de democracia en sentido platónico ni tampoco todos sus contenidos presentan el mismo grado de democracia. En el tema que nos ocupa, se puede asegurar que un modelo territorial centralista heredado de la dictadura e impuesto militarmente³⁴ es menos democrático que un modelo plural que permita a los ciudadanos que viven en las diferentes regiones elegir

³² Algunos partidarios del derecho a decidir, tratando de deslindarlo del derecho de autodeterminación de los pueblos –lo cual resulta estratégicamente conveniente, aunque quizá no sea suficientemente sólido desde el punto de vista teórico–, lo fundamentan en el derecho español vigente. Para BARCELÓ, M., «Reconocimiento y construcción del derecho a decidir en el sistema constitucional español», en BARCELÓ, M., et al., *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*, Barcelona, Atelier, 2015, por ejemplo, la STC 42/2014, de 25 de marzo, reconocía la posibilidad de ejercer el derecho a decidir en el marco del ordenamiento jurídico español, si bien a partir de la STC 31/2015, de 25 de febrero, la doctrina del máximo tribunal habría cambiado al respecto. VILAJOSANA, J. M., «Principio democrático y justificación constitucional del derecho a decidir», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 19, 2014, por su parte, deriva el derecho a decidir de determinados principios constitucionales, como el principio democrático.

³³ RAJOY, M., *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 192, p. 11.

³⁴ La génesis fáctica del artículo 2 es narrada por uno de sus protagonistas directos, Jordi Solé Tura, diputado del Partido Comunista de España en las Cortes constituyentes. Hay que tener en cuenta que el primer borrador del Anteproyecto de Constitución elaborado por la ponencia constitucional –filtrado a la prensa en noviembre de 1977– mantenía un cariz potencialmente federalista, al decir: «la Constitución reconoce y la Monarquía garantiza el derecho a la autonomía de las diferentes nacionalidades y regiones que integran España, la unidad del Estado y la solidaridad entre sus pueblos». No obstante, en el momento de la publicación oficial del borrador, acaecida el 5 de enero de 1978, la redacción varió ligeramente. Ahora se decía: «la Constitución se fundamenta en la unidad de España y la solidaridad entre sus pueblos y reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran». Finalmente, a raíz del suceso que relata SOLÉ TURA, J., *Nacionalidades y nacionalismos en España. Autonomías, federalismo y autodeterminación*, Madrid, Alianza, 1985, el citado artículo quedó definitivamente trastocado. La intervención extraparlamentaria se hacía presente y exigía que, para la continuación de los trabajos de la ponencia, se aceptase acríticamente el texto impuesto y entregado vía mensajero al que, ese día, presidía la sesión –y que relata la anécdota–. El artículo 2.º rezaba ahora: «la Constitución se fundamenta en la unidad de España como patria común e indivisible de todos los españoles y reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la indisoluble unidad de la nación española». Como puede observarse, la letra del manuscrito sería casi miméticamente reproducida en el Anteproyecto definitivo y en la versión final del discutido artículo aprobada en ambas Cámaras. Es el propio Solé Tura quien atribuye al estamento militar la responsabilidad del suceso y COLOMER, J. M., *El arte de la manipulación política. Votaciones y teoría de juegos en la política española*, Barcelona, Anagrama, 1990, pp. 133-134, que también se hace eco de la anécdota, añade un detalle curioso: el mensajero aseguró que «el texto tenía las licencias necesarias y no se podía variar ni una coma del mismo porque respondía a un compromiso literal entre la presidencia del gobierno y los interlocutores fácticos»; entonces, Pérez Llorca (de Unión de Centro Democrático) «se cuadró y, llevándose la mano extendida a la sien, hizo el saludo militar».

si quieren formar parte del todo común o, por el contrario, prefieren modificar las relaciones que su nación mantiene con el Estado.

Por consiguiente, utilizar el marco constitucional vigente como herramienta para solucionar el conflicto territorial que enfrenta a Cataluña y al Estado español es un ejemplo de autotutela. El ordenamiento jurídico español es un producto del Estado que, en materia nacional, protege a la nación española frente a cualquier otra. Apelar a la Constitución supone recurrir a una carta que se sabe ganadora de antemano, un comodín que dota a las pretensiones del Estado de mayor fuerza que las de, en este caso, los nacionalistas catalanes.

2.2 La versión histórica

La versión histórica alude a fundamentos meta-positivos que, necesariamente, condicionan la legalidad presente e, incluso, futura. Resulta frecuente que el argumento legalista busque refuerzo apoyándose en el histórico. Un ejemplo palmario se puede hallar en la Constitución española, cuyo artículo 2.º dice que lo que otorga fundamento a la propia Constitución es la unidad indisoluble de la Nación española, realidad, por tanto, previa y fundante. Así, y como reconociera Lucas Verdú, se entiende que «la Nación española soberana, el pueblo español soberano, son anteriores a cualquier normación e institucionalización jurídicas»³⁵.

El argumento histórico remite a las concepciones nacionalistas del liberalismo decimonónico, basadas en planteamientos orgánico-historicistas: España se entendía como una «comunidad forjada por la historia y la cultura»³⁶, donde la Monarquía y la religión católica habían desempeñado siempre un papel fundamental, por lo que formaban parte inescindible del ser de la nación española. Esta tendencia historiográfica llega a nuestros días³⁷. Como han señalado Baydal y Palo-

³⁵ LUCAS VERDÚ, P. ; «Artículo 1.º Estado social y democrático de Derecho», en Ó. Alzaga (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978* (tomo I), Madrid, Edersa, 1996, p. 129.

³⁶ NÚÑEZ SEIXAS, X. M., *Suspiros de España. El nacionalismo español, 1808-2018*, Barcelona, Crítica, 2018, p. 25. El historicismo del primer nacionalismo liberal español idealizó determinados acontecimientos históricos que pasaron a desempeñar un papel de auténticos mitos nacionalistas, tales como «la resistencia a las dinastías de origen foráneo de los comuneros castellanos del siglo XVI o del Justicia de Aragón, (...) la Edad Media hispana con sus libertades locales opuestas al absolutismo monárquico y las Cortes medievales, particularmente aragonesas» (pp. 25-26). El fin perseguido no era otro que fundamentar una legitimidad que permitiera oponerse al invasor francés.

³⁷ Según ha subrayado NÚÑEZ SEIXAS, X. M., *op. cit.*, p. 114, la «publicística histórica» en España se ha «caracterizado por una permanente imposibilidad para distanciarse de los paradigmas historiográficos heredados del nacionalcatolicismo y la historiografía tradicionalista del XIX».

mo, a través de la pseudo-historia españolista³⁸, se difunden consignas que serán asumidas de manera generalizada por la ciudadanía, pasando a integrar el imaginario colectivo. En este sentido, si los españoles incorporan la «idea de que España ha sido siempre una nación castellano-céntrica con una fortísima tendencia ideológica y sentimental hacia la unidad y que cuenta con una nación milenaria y, por otro lado, los catalanes aceptan que nunca se han gobernado a sí mismos, ya que eso son invenciones modernas y delirantes de los nacionalistas radicales, se podrá mantener –o, incluso, recentralizar y reuniformizar– España, evitando de paso reivindicaciones demasiado autonomistas y/o independentistas efectuadas desde Cataluña»³⁹.

Sobre la base del argumento histórico, se argumenta que la modificación de la Constitución territorial no es posible, pese al artículo 168 que contempla la eventualidad de una reforma total de la carta magna. Se entiende así que la unión por tantos siglos mantenida no puede disolverse bajo ningún concepto, y ello cercena de raíz la posibilidad de constitucionalizar la autodeterminación de las naciones periféricas, incluso aunque se cumpliesen los durísimos requisitos exigidos por el 168. La cobertura jurídica de este razonamiento recibe el nombre de «cláusula de intangibilidad implícita»⁴⁰.

Se pueden efectuar dos objeciones principales frente al argumento histórico: una de carácter histórico y otra de tipo jurídico.

Desde una perspectiva histórica, se puede replicar que la historia, los hechos ocurridos en el pasado, son el producto de una construcción que se lleva a cabo *a posteriori* y, frecuentemente, desde el poder –al menos, en lo que se entiende como la historia oficial–. En este sentido, Núñez Seixas explica que el acontecimiento que tiende a ser considerado como «el acta de nacimiento del naciona-

³⁸ Estos autores denominan *pseudo-historia* a aquellos trabajos que, aunque en ocasiones sean firmados por historiadores –cosa que no siempre ocurre– se alejan del método científico y del principio de honestidad intelectual. De este modo, «dan lugar a tesis arbitrarias, erróneas y falsas basadas en especulaciones y pruebas no contrastadas y/o manipuladas, que suelen responder a un intento de legitimación de algún presupuesto ideológico (normalmente, de tipo político, nacional, religioso o de clase social)» –Baydal, V., y Palomo, C. (coords.), *Pseudohistòria contra Catalunya. De l'espanyolisme a la Nova Història*, Vic, Eumo, 2020, p. 7–.

³⁹ BAYDAL, V., y PALOMO, C., *op. cit.*, pp. 19-20.

⁴⁰ Las cláusulas de intangibilidad implícitas se basan en la suposición de que existe una Constitución material por encima de la Constitución formal o documento escrito y sancionado por las Cortes constituyentes. De este modo, la Constitución material se erige «en la fuente de validez de la Constitución formal. Del contenido de la “Constitución material” surgen los límites materiales que, sin necesidad de positivación, condicionan la validez de las modificaciones en la Constitución formal» (ALÁEZ, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 87). Es más, «el contenido de la parte invariable de la “Constitución material” se alza como un límite absoluto para la actividad del poder de reforma, con independencia de si ha sido, además, expresamente previsto en la norma de la que trae su causa de forma inmediata» (p. 96).

lismo español contemporáneo», la guerra contra el ejército napoleónico que tuvo lugar entre 1808 y 1813, «fue reinventado posteriormente por la historiografía liberal a lo largo del siglo XIX con el propósito de convertirlo en un mito fundacional del moderno nacionalismo español»⁴¹.

Más aún, el historicismo esencialista que destilan las visiones de España donde la unidad se remonta a los reyes católicos o, incluso, antes⁴² y que, en consecuencia, postulan que lo que la historia ha unido no lo separen las mujeres y hombres del futuro, no puede sostenerse. Ni existe una esencia inmutable a lo largo de los siglos del ser de España ni mucho menos esa realidad ontológica puede prescribir el devenir de España *ad aeternum*, so pena de incurrir en la falacia naturalista.

Desde un punto de vista jurídico, y como ya señalara Punset, «la tesis de que la nación soberana resulta anterior a la Constitución, que la nación ejerce su soberanía a través del poder constituyente originario y que la proclamación constitucional de la soberanía nacional posee, por tanto, efectos meramente declarativos es (...) una tesis ideológica, no jurídica. Fue formulada en los inicios de la Revolución francesa como un medio imprescindible de impugnación de la soberanía regia y se reitera cada vez que se trata de reemplazar una estructura constitucional concentrada por otra de carácter policéntrico»⁴³.

Pero no solo eso; resulta autocontradictorio fundar –y/o condicionar– la legalidad positiva en elementos históricos o culturales ajenos al sistema jurídico. Lejos de reforzar el argumento legalista, como

⁴¹ NÚÑEZ SEIXAS, *op. cit.*, p. 25.

⁴² MOA, P., *Contra la balcanización de España*, Madrid, La Esfera de los Libros, 2005, p. 200, por ejemplo, considera que «España es una de las naciones más antiguas de Europa. Puede decirse que aparece como tal hace unos mil quinientos años, cuando el reino godo dejó de constituir el poder de unas bandas de guerreros migrantes para identificarse con la sociedad hispano-latina creada por Roma. Tenemos pruebas documentales claras del sentimiento patriótico existente ya por entonces».

⁴³ PUNSET, R., «En el Estado constitucional hay soberano. (Reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional)», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, 1, 1998, p. 6.

No obstante, existen constitucionalistas que defienden el uso de la mención a la soberanía nacional en el artículo 1.2 de la Constitución de la siguiente forma: «se trataría (...) de incrementar la legitimidad popular en el ejercicio de la soberanía, utilizando una referencia más bien historicista –una más– en nuestra Constitución: el pueblo absorbe el poder que –en cualquier horizonte teórico que pudiera utilizarse– corresponde a la nación. Así no se quiere renunciar al engarce continuista que supone el que nuestras constituciones históricas hayan utilizado la expresión soberanía nacional en los períodos de autogobierno; por no hablar de las posibilidades de la fórmula constitucional de reconocer la capacidad de la nación española (...) de recabar una lealtad política absoluta frente a la competencia de otras posibles lealtades seccionales» (SOLOZÁBAL, J. J., «El problema de la soberanía en el Estado autonómico», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, 1, 1998, p. 12).

pretenden sus promotores, unir razones legales e históricas debilita la posición del derecho. Esto ya lo pusiera de manifiesto durante los debates constituyentes el diputado Joan Reventós, para quien la diferencia entre que sea la unidad de la nación española la que fundamente la Constitución o que fuera la Constitución la que otorgase fundamento a una nación única, la española, sobre la que recayese la soberanía de forma exclusiva resultaba decisiva: «no es lo mismo escribir en el texto constitucional “la Constitución fundamenta” que “la Constitución se fundamenta”. Es justamente todo lo contrario. Una cosa es que la ley fundamental necesite fundamentarse, apoyarse, basarse en algo previo a ella, y otra cosa muy distinta que esa ley fundamental, como su nombre indica, sea el fundamento de todo. En el primer caso se afirma algo jurídicamente sin sentido. ¿Cómo iba la Constitución a fundamentarse en algo si es ella misma el fundamento jurídico del Estado?»⁴⁴.

2.3 La versión fáctica

La versión fáctica prescindiría de los procedimientos legalmente establecidos para imponer un determinado modelo territorial por la vía de los hechos y combatir así la disidencia política. En principio, y teniendo en cuenta que el Estado ejerce el monopolio de la violencia física legítima, parece innecesario e, incluso, contraproducente –por la deslegitimación que ello conlleva– recurrir a vías fácticas. Sin embargo, en ocasiones se observa la utilización de este mecanismo con motivo de la aplicación de la legalidad –que siempre implica un ejercicio de fuerza–, constituyendo una extralimitación de las facultades que confiere el ordenamiento jurídico al poder público.

Como ejemplo, cabe citar la forma en la que se trató de impedir la celebración de la consulta del 1 de octubre de 2017 (1-O). Debe recordarse que lo que ocurrió en Cataluña ese día no fue un referéndum ni desde el punto de vista formal ni material. Conforme a la legalidad española, el 1-O no se convocó un referéndum porque el Congreso rechazó delegar en el *Parlament* dicha competencia. Desde el punto de vista material, la votación no contó con todas las garantías exigibles para certificar la fiabilidad del resultado⁴⁵ –entre otras razones, porque el Gobierno central impidió a las autoridades catalanas acceder al censo electoral–. Sin embargo, esto mismo se produjo el 9 de noviembre de 2014 (9-N). En aquel momento tampoco se celebró un referéndum en Cataluña, sino –de acuerdo con la Ley de consultas

⁴⁴ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 66, p. 2299.

⁴⁵ Se puede tomar como canon las recomendaciones contenidas en el Código de Buenas Prácticas sobre Referendos adoptado por el Consejo para Elecciones Democráticas en su 19.ª reunión (Venecia, 16 de diciembre de 2006) y la Comisión de Venecia en su 70.ª sesión plenaria (Venecia, 16-17 de marzo de 2007).

populares no referendarias de Cataluña⁴⁶– un proceso de participación ciudadana⁴⁷. Ahora bien, la principal diferencia entre ambas convocatorias cívicas reside en la respuesta ofrecida por el Estado a cada una de ellas. El 1-O se utilizó una fuerza desproporcionada⁴⁸ para frenar la movilización popular y, como consecuencia de ello, el foco de atención se desvió de la independencia hacia la calidad democrática del ejecutivo español. A diferencia de lo sucedido en Canadá, en España la prioridad se otorgó a la unidad de la nación española, entendida como meta-derecho⁴⁹, por encima de otras consideraciones –incluidos los derechos fundamentales–.

Otra muestra se halla en la manera en que se aplicó el artículo 155 en Cataluña desde el 27 de octubre de 2017 hasta el 2 de junio de 2018. Pese a que el Tribunal Constitucional ha avalado casi de manera total la actuación del gobierno central y del Senado⁵⁰, lo cierto es que una exégesis tan amplia de las facultades que le corresponden a las autoridades del Estado frente a una comunidad autónoma revela una comprensión deficiente del alcance de otros principios constitucionales. Y es que el principio democrático, los derechos fundamentales y el Estado de derecho se resienten –o se estrechan sensiblemente– si se mantiene esa concepción lata de los poderes que pueden ser empleados en el marco del instituto de la coerción federal⁵¹. Además, no puede olvidarse el clima político y social que precedió inmediatamente a la activación del mecanismo contenido en el artículo 155 de la Constitución, y que evocaba un escenario bélico en el que los españoles debían *combatir* –y derrotar– al enemigo catalán. De ahí que se desplazasen a Cataluña 6000

⁴⁶ Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana.

⁴⁷ Para un análisis detallado del mismo, véase PAYERO, L., «The “citizen participation process”», en *Catalonia: Past, present and future*, *Liverpool Law Review*, 36 (3), 2015.

⁴⁸ Diferentes organizaciones denunciaron la falta de proporcionalidad de las medidas adoptadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el 1-O; entre otros, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas (*Annual Report and Oral Update by the High Commissioner for Human Rights on the Activities of his Office and recent human rights developments. Statement by the UN High Commissioner for Human Rights, Zeid Ra'ad Al Hussein*, 7 de marzo de 2018), Human Rights Watch («España: La policía utilizó la fuerza de manera excesiva en Cataluña», 12 de octubre de 2017) y Amnistía Internacional («España: Uso excesivo de la fuerza por parte de policía nacional y guardia civil en Cataluña», 3 de octubre de 2017).

⁴⁹ BARCELÓ, M., «Crisis constitucional del Estado o cuando la “unidad de España”, como metaderecho, se impone a los derechos fundamentales de la ciudadanía», en I. Lasagabaster (coord.), *Crisis institucional y democracia (A propósito de Cataluña)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

⁵⁰ SSTC 89/2019 y 90/2019, de 2 de julio.

⁵¹ PAYERO, L., «Assessing the Spanish state’s response to Catalan independence: The application of federal coercion», en A-G. Gagnon y A. Tremblay (eds.), *Federalism and National Diversity in the 21st Century*, New York, Palgrave MacMillan, 2020.

agentes antidisturbios, de acuerdo con los datos aportados por el ministro del Interior⁵², y en numerosas ciudades se les fuese a despedir a los cuarteles al grito de «¡A por ellos!». Teniendo en cuenta que las vulneraciones de las obligaciones constitucionales que, de acuerdo con el gobierno central, justificaban la intervención de la *Generalitat* y la disolución del *Parlament* ya no estaban en vigor en el momento en que se activaron estas medidas extremas –puesto que su aplicación había sido suspendida, en aplicación del artículo 161.2 de la Constitución, o su inconstitucionalidad, declarada–, parece que, en realidad, el recurso al 155 en ese momento tuvo bastante de castigo ante lo que, para gran parte de la opinión pública española, constituía un golpe de estado que merecía una respuesta ejemplarizante⁵³.

Un ejemplo adicional que puede ofrecerse de la utilización de la vía fáctica es la guerra sucia llevada a cabo contra determinados líderes independentistas catalanes desde el Ministerio del Interior –concretamente, en los años en los que estaba al frente del mismo Jorge Fernández-Díaz⁵⁴–: la denominada Operación Cataluña. De acuerdo con el Dictamen de la Comisión de Investigación creada en el seno del *Parlament*, se trataría de una «maniobra planificada y ejecutada por ciertas estructuras esenciales del Estado español (...) a través de prácticas alegales e ilegales». Su objetivo consistía en tratar de «destruir el proceso independentista catalán mediante el descrédito público»⁵⁵; más en concreto, se buscó relacionar a los líderes independentistas con casos de corrupción, algunos inventados mediante pruebas e informaciones falsas, y otros reales pero que se hacían públicos cuando convenía al Estado para frenar el impulso alcanzado por el soberanismo en Cataluña. Por consiguiente, estaríamos ante una utilización «planificada y estratégica» del aparato estatal con fines partidistas que buscaba defender una determinada concepción nacional⁵⁶ –minoritaria en Cataluña–.

⁵² ZOIDO, J. I., *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 210, 18 de enero de 2018.

⁵³ Es interesante tener en cuenta que la STS de 14 de octubre de 2019 (Sala de lo Penal) niega que los actos de septiembre y octubre de 2017 constituyeran un golpe de estado, al estar ausente la violencia.

⁵⁴ En este sentido, Francisco Marco, autor del libro *Operación Cataluña: la verdad oculta*, decía: «el mandato de Fernández Díaz ha sido más propio del más puro macartismo americano que de una democracia occidental», e incluyó acciones como las siguientes: «confidentes pagados por mentir, contratación de espías de Gobiernos extranjeros, (...) [mantenimiento] en prisión [de] confidentes para ablandarlos, prometiendo impunidad en procesos judiciales y parando investigaciones policiales en marcha para provocar denuncias» (MARCO, F., *De la Operación Cataluña al 155. La historia completa de cómo se llegó a la intervención del gobierno de Cataluña*, Madrid, Urano, 2017).

⁵⁵ Dictamen de la Comissió d'Investigació sobre la Operació Catalunya (*BOPC* núm. 498, de 1 de septiembre de 2017), p. 1.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 7.

3. LA HETEROCOMPOSICIÓN

Los métodos heterocompositivos de resolución de conflictos son aquellos en los que interviene un tercero imparcial al que se le reconoce la autoridad y capacidad para resolver el conflicto (tercero *supra partes*). Por consiguiente, su decisión es vinculante para las partes.

De acuerdo con la teoría del contrato social, la contrapartida a la renuncia a la autotutela –es decir, a la solución privada de las controversias– por parte de los individuos tiene su correlato en el desarrollo de mecanismos estatales para la gestión de los conflictos de forma heterónoma, principalmente la jurisdicción: «la tutela jurisdiccional nace históricamente por la asunción del monopolio de la justicia por el poder público, (...) impidiendo que las personas integradas en la organización social sobre la que se ejercía ese poder pudieran tomarse la justicia por su mano»⁵⁷. Cabe también que la decisión de someterse a la autoridad decisoria de un tercero la tomen las partes voluntariamente, mediante un contrato suscrito al efecto: en este caso, estaríamos ante la institución del arbitraje. En cualquiera de los dos supuestos, la posición de las partes en conflicto coincide: se reconocen como iguales y se encuentran sometidas a la autoridad del tercero que resolverá su controversia. Esto dará lugar a que una gane y la otra pierda, en función de a quién beneficie más la decisión del tercero –también podría ocurrir que ambas perdiesen, aunque quizá una en mayor medida que la otra–.

En el asunto analizado en este artículo, el rol de tercero *supra partes* no podría desempeñarlo ninguno de los tribunales españoles, ni siquiera el Tribunal Constitucional, porque no serían imparciales⁵⁸. Igualmente, resultaría complicado someter la controversia a una corte internacional, puesto que no concurrirían algunos de los requisitos de competencia casi con toda seguridad.

Parecería más sencillo utilizar un sistema de arbitraje internacional o supraestatal, es decir, que ambas partes, voluntariamente, decidiesen someter su controversia a la decisión vinculante de un tercero aceptado por ambas. Quizá ese árbitro pudiese ser alguno de los órganos de la Unión Europea o un organismo internacional (las Naciones Unidas, por ejemplo).

Sea como fuere, la heterocomposición todavía no ha sido ensayada en el conflicto que enfrenta a España y Cataluña, por lo que no me detendré más en su análisis.

⁵⁷ MORENO, V., *op. cit.*, p. 49.

⁵⁸ Varios autores han denunciado la falta de imparcialidad demostrada por el Tribunal Constitucional en el conflicto catalán (cfr. BENGOTXEA, J., «Seven thesis on Spanish justice to understand the prosecution of judge Garzón», *Oñati Socio-Legal Series*, 9, 2011; BUCHANAN, A., «Prólogo a la edición española», en *Secesión: causas y consecuencias del divorcio político*, Barcelona, Ariel, 2013; CAGIAO, J., *op. cit.*).

4. LA AUTOCOMPOSICIÓN

Los mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos constituyen una vía intermedia entre la autotutela y la heterocomposición. La autocomposición implica que son las partes en conflicto las que alcanzan una solución consensuada, sea por sí mismas o con la ayuda de un tercero. Eso sí, en caso de que intervenga un tercero, actuará *inter partes* –y no *supra partes*–, por lo que su función será la de «aproximar[las] (...) al objeto de favorecer el consenso»⁵⁹, pero no imponer su voluntad de manera coactiva.

Se distinguen dos grandes mecanismos autocompositivos, en función de que intervenga o no un tercero: la negociación y la mediación⁶⁰. En la negociación las partes, con intereses contrapuestos, llegan a la solución del conflicto por sí mismas –cabe que lo hagan a través de representantes e, incluso, que soliciten la opinión (no vinculante) de un experto que las asesore–, mediante el diálogo, y cediendo en algo cada una de ellas⁶¹. Las partes renuncian, así, a obtener una victoria total y, a cambio, logran un acuerdo equilibrado, justo y aceptado por ambas. Esto último merece ser remarcado: si de la negociación resultaran vencedores y vencidos, no estaríamos ante una negociación, sino más bien ante una imposición –lo que remite a la autotutela–. La mediación, por su parte, es un mecanismo de gestión de conflictos donde las partes solucionan la controversia que les enfrenta con la ayuda de un tercero imparcial, el mediador, quien les enseña pautas y vías de diálogo y escucha activa.

En el caso analizado en este trabajo, la vía autocompositiva conduce a que cuando alguna de las comunidades subestatales plantea demandas de mayor autogobierno o cuestiona el propio modelo de Estado se trate de alcanzar un acuerdo que satisfaga a ambas partes a través del diálo-

⁵⁹ MORENO, V., *op. cit.*, p. 51.

⁶⁰ Existe también un tercer procedimiento autocompositivo en el que interviene un tercero, la conciliación, pero este trabajo no entrará a analizarlo por tres razones principales. En primer lugar, porque la frontera entre mediación y conciliación no siempre está clara, existiendo ordenamientos jurídicos donde se utilizan ambos términos de manera indistinta. En segundo lugar, porque las diferencias que se suelen señalar entre ambos mecanismos autocompositivos (la capacidad del conciliador de proponer soluciones no vinculantes, la falta de profesionalización o institucionalización de la figura del conciliador –quien normalmente no se dedica a esta actividad de manera principal–, la autoridad que se atribuye al conciliador, puesto que generalmente es un juez o letrado de la Administración de Justicia, etc) no presentan relevancia para el caso estudiado aquí. En tercer lugar, porque en supuestos como el que nos ocupa, se habla a veces de mediación internacional como un posible mecanismo de resolución de la controversia, pero no de conciliación.

⁶¹ SOLETO, H., «Negociación integradora», en H. Soletto (dir.), *Mediación y resolución de conflictos técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2017 (3.ª ed.); SAN CRISTÓBAL, S., «Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI, 2013.

go. Esta forma de proceder se halla en la base del federalismo⁶², y parte del reconocimiento del otro como un igual dotado de capacidad de negociación. Ahora bien, esto no significa que solo los Estados federales tengan a su disposición este mecanismo de resolución de conflictos: a modo ilustrativo, se puede citar el caso del Reino Unido, un Estado unitario descentralizado que atendió las demandas independentistas del nacionalismo escocés acudiendo al diálogo⁶³.

Un ejemplo de la utilización de esta vía en España para gestionar el conflicto territorial puede hallarse en el inicio de la denominada Mesa bilateral de diálogo, negociación y acuerdo para la resolución del conflicto político entre España y Cataluña. En el momento en que se escriben estas líneas solo ha tenido lugar la primera reunión, celebrada el 26 de febrero de 2020, en la que se constituyó la mesa con los representantes de los gobiernos de Cataluña y España, y se adoptaron una serie de acuerdos organizativos: la celebración de una reunión mensual –interrumpida por la crisis de salud pública originada por la pandemia de Covid-19–, cuya sede variará alternativamente de Madrid a Barcelona, la creación de un grupo de trabajo que evite a los presidentes tener que reunirse tan a menudo –solo lo harán cuando se requiera su presencia para ratificar acuerdos políticos– y, lo que es más relevante, el compromiso de que cualquier acuerdo adoptado respetará el principio de seguridad jurídica. Resulta llamativo observar que se evita cualquier referencia a la Constitución española –habrá que ver cómo interpreta cada parte el contenido del principio de seguridad jurídica–, lo que supone una actitud inicial de apertura para posibilitar –o, al menos, no obturar desde el comienzo– los acuerdos. Como se explicó anteriormente, la referencia al marco jurídico español actualmente en vigor supondría un intento de imponer una solución por la fuerza (autotutela) que la delegación catalana se hubiese negado a aceptar casi con total seguridad.

⁶² El término *federalismo* deriva del latín *foedus*, que significa *pacto*. Y es que, como bien ha señalado BEAUD, O., *Teoría de la Federación*, Madrid, Escolar y Mayo, 2009, p. 122, el origen de toda federación reside en un contrato que suscriben los distintos estados que deciden unirse libremente: «no hay auténtico federalismo a no ser que los elementos constitutivos se unan por propia iniciativa en virtud del principio de “libre voluntad” (...); a la inversa, todo federalismo impuesto por la fuerza o la coacción es inauténtico y traiciona el concepto mismo de Federación».

⁶³ Los gobiernos escocés y británico llegaron a un acuerdo (Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland, de 15 de octubre de 2012) para que se celebrase un referéndum de independencia en ese territorio en septiembre de 2014. De acuerdo con el Acta escocesa, la competencia para convocar referendos independentistas es una materia reservada, pero el gobierno británico accedió a transferirla por una sola vez [Scotland Act 1998 (Modification of Schedule 5) Order 2013 (SI 2013/242)]. Justo lo que la mayoría de los diputados españoles negaron al *Parlament* catalán el 8 de abril de 2014. Ahora bien, al igual que ocurrió en Reino Unido, sería posible utilizar la vía del artículo 150.2 de la Constitución para que tuviese lugar un referéndum en Cataluña de manera legal y pactada.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿QUÉ HACER?

Tras el análisis de las principales vías de resolución de controversias, cabría preguntarse cuál de esas tres estrategias resultaría más adecuada para enfrentarse al problema de articulación territorial que aqueja actualmente al Estado español. Conviene recordar que, si bien no se trata de un conflicto novedoso, desde la STC 31/2010 se ha agravado terriblemente al entrar en crisis la denominada constitución territorial –según ha señalado J. Pérez Royo⁶⁴–. Por ello, la gestión y resolución del mismo se vuelve cada vez más acuciante.

En España, y como ya se puso de manifiesto en este artículo, se ha utilizado *ad náuseam* la estrategia de la autotutela en todas sus variantes –legal, histórica y fáctica–. Como la historia reciente ha evidenciado, se trata de una vía ineficaz, además de poco recomendable en el seno de un Estado democrático de derecho. Por cualquiera de estas razones, sería conveniente modificar la herramienta empleada para la gestión de los conflictos territoriales. Y es que, según ha subrayado Vinyamata, «los conflictos de soberanía [entre los que se halla el que enfrenta a Cataluña y España] no se pueden resolver con la fuerza de la ley o de las armas: la realidad lo ha demostrado»⁶⁵.

Por lo que se refiere a la heterocomposición, hay quien ha apuntado que «de todos los medios de solución de los conflictos (...) es indudablemente el más perfecto»⁶⁶. Semejante afirmación pudiera quizá ser defendida para los conflictos entre particulares en el seno de un Estado de derecho. Ahora bien, el caso que nos ocupa trasciende las relaciones intraestatales y, como ya fue señalado, ni los órganos jurisdiccionales estatales serían adecuados, por su parcialidad, ni tampoco los internacionales, por su falta de competencia y, quizás también, de neutralidad (recuérdese que el derecho internacional está creado por y para Estados, los sujetos principales de este ordenamiento jurídico, y uno de los principios básicos que patrocina es el de integridad territorial de los Estados ya constituidos). En cuanto al arbitraje internacional, pudiera ser que ambas partes lograsen ponerse de acuerdo en someter su controversia a la decisión de un tercero (por ejemplo, la Unión Europea o las Naciones Unidas), pero parece más sencillo que, de reconocer que necesitan ayuda para solucionar la controversia, decidieran recurrir a un tercero sin poder decisorio (un mediador, por ejemplo). Cuando en materia internacional un tercero *supra partes* decide, normalmente ello se debe a que las partes han

⁶⁴ PÉREZ ROYO, J., «La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España: elementos de continuidad y ruptura, e incidencia en las perspectivas de evolución del Estado autonómico», *Revista catalana de dret públic*, 43, 2011.

⁶⁵ VINYAMATA, E., «Conflictos de soberanía», *Journal of Conflictology*, 4 (2), 2013, p. 3.

⁶⁶ MORENO, V., *op. cit.*, p. 54.

sido obligadas (por el derecho internacional, por otro u otros Estados más fuertes, etc) a someterse a la autoridad de dicho tercero.

Finalmente, la autocomposición es una estrategia todavía inexplorada en España –a salvo del tímido inicio del proceso de negociación ocurrido el pasado mes de enero–. Tal y como nos enseña la teoría sobre la resolución de conflictos, si se quiere mejorar la relación entre las partes –que, incluso en el caso extremo de la secesión, seguirían compartiendo frontera– y alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas que maximice el beneficio mutuo –sin vencedores ni vencidos–, el diálogo y la negociación –por consiguiente, la autocomposición– se revelan como las opciones más recomendables.

En un Estado democrático de derecho los conflictos políticos acerca de la integración territorial debieran ser gestionados de esta forma pactada, que exige una cesión por ambas partes con respecto a sus pretensiones iniciales. La utilización de este mecanismo ha de salvar en España una serie de dificultades que lo vuelven particularmente sospechoso o, incluso, rechazable. Y es que la cultura política y constitucional en España no está acostumbrada al diálogo y a la negociación; al contrario, se tienden a interpretar ambos como signos de debilidad –parece mucho más razonable imponer a la otra parte la posición propia, comportamiento que se entiende como una muestra de fortaleza– o hasta de traición.

Este modo de proceder se observa claramente cuando la negociación o el diálogo tienen al Estado en un extremo y a una nación periférica en el otro. Por citar un ejemplo cercano en el tiempo, en las negociaciones tendentes a conseguir los apoyos suficientes para la aprobación de los presupuestos generales del Estado, Pedro Sánchez se reunió con Quim Torra en Pedralbes (20 de diciembre de 2018). Tras el encuentro, se conoció un documento que contenía una propuesta con 21 puntos para solucionar el conflicto político catalán. Resultó particularmente polémico el punto 3, que decía: «es necesaria una mediación internacional que facilite una negociación en condiciones de igualdad»⁶⁷. En los días posteriores a su publicación, se pudieron leer en la prensa española críticas acerbas que subrayaban la posición inferior de España derivada de la «imposición» catalana⁶⁸, así como la humillación⁶⁹ y traición⁷⁰ que ello suponía para el Estado.

⁶⁷ GENERALITAT DE CATALUNYA; «Proposta del Govern de Catalunya a la cimera amb el Govern d'Espanya: Un pacte d'Estat per solucionar el conflicte entre Espanya i Catalunya», 2018.

⁶⁸ El diario *ABC*: «Elecciones, una emergencia nacional», *ABC*, 6 de febrero de 2019, decía: «dar categoría política a esta figura mediadora supone rasgar la Constitución, asumir una condición impuesta por Torra que debería ser inaceptable, y colocar a la nación española en plano de inferioridad moral a la hora de reivindicarse como soberana frente quienes pretenden fracturarla».

⁶⁹ CRUZ, M., y OMS, J., «Pedro Sánchez humilla al Estado al aceptar un mediador con Torra», *El Mundo*, 6 de febrero de 2019.

⁷⁰ El periódico *La Razón* consideraba que «la "neutralidad" de dicho mediador exige algo que ningún gobierno puede aceptar: equidistancia sobre los graves sucesos

Pero no solo ocurre en esos casos: la historia reciente proporciona algunos ejemplos de negociaciones arduas y frustradas para formar un gobierno central de coalición, donde la posibilidad de que la izquierda llegase al poder *quitaba el sueño* a ciertos políticos. Por ejemplo, cabe mencionar que Alfredo Pérez Rubalcaba acuñó el término «gobierno Frankenstein»⁷¹ para boicotear la posibilidad de que se constituyese un ejecutivo de izquierdas entre el Partido Socialista Obrero Español, Unidos Podemos y otros partidos nacionalistas de la periferia en el año 2016. La fórmula resultó del gusto tanto del Partido Popular como de Ciudadanos, y varios de sus integrantes la emplearon con posterioridad⁷².

Es urgente que en España se supere esa aversión a la gestión auto-compositiva de los conflictos, máxime cuando se trata de conflictos de tipo político. En un Estado democrático de derecho, los conflictos políticos debieran gestionarse por vías negociadas y no a través de la imposición. Se requiere un profundo cambio en el imaginario colectivo para que se entienda de forma generalizada que la polarización de las posturas, el desgarró social y el enfrentamiento entre vecinos (o compatriotas) perjudican a todos mucho más –también a quienes imponen su voluntad– que la cesión, el acuerdo y el entendimiento mutuo. En lugar de jalear a las fuerzas encargadas de aplicar la ley, animándoles a entrar a sangre y fuego en Cataluña con el fin de reprimir una protesta cívica, los integrantes de la nación hegemónica debieran presionar a sus representantes políticos para que abordasen este conflicto de una manera dialogada. Eso demostraría la existencia de una ciudadanía madura y democrática.

de octubre de 2017» (*La Razón*, «El mediador, una traición a España», *La Razón*, 5 de febrero de 2019).

⁷¹ EFE, «Rubalcaba: un acuerdo con Podemos sería una “investidura frankenstein”», *El Diario*, 13 de julio de 2016.

⁷² Entre otros, puede citarse a Mariano Rajoy (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 126, 31 de mayo de 2018), Rafael Hernando (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 127, 1 de junio de 2018), Inés Arrimadas (*ABC* 2018) o Albert Rivera (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 2, 22 de julio de 2019).

