

COOPERACIÓN O FRUSTRACIÓN. MINORÍAS NACIONALES CONCURRENTES: EL CASO ESPAÑOL

Cooperation or frustration. Concurrent national minorities: The Spanish case

ELIA MARZAL YETANO

Facultad de Derecho-ESADE

elia.marzal@esade.edu

Cómo citar/Citation

Marzal Yetano, E. (2021).

Cooperación o frustración. Minorías nacionales concurrentes: el caso español.

Revista de Estudios Políticos, 192, 127-153.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.192.05>

Resumen

Los Estados complejos se construyen sobre un difícil equilibrio entre unidad (en la identificación del poder soberano) y diversidad (por la existencia de minorías permanentes), que cuestiona la legitimidad democrática de la regla de la mayoría en la adopción de decisiones. Este trabajo plantea esta cuestión a la luz de la democracia liberal, que protege el pluralismo, pero también la igualdad formal entre ciudadanos, lo que dificulta la consideración de sus características sustantivas y, por tanto, el reconocimiento de las minorías. El artículo defiende la protección de las minorías con el límite del propio pluralismo (la garantía de otras eventuales), evitando con ello que la democracia liberal mute en una identitaria. Desde este esquema teórico, se analiza el caso español (el reconocimiento constitucional de la diversidad y la consiguiente adaptación de los procedimientos de toma de decisiones) y se sostiene que, si bien la Constitución declara el carácter heterogéneo del Estado, no resuelve las contradicciones que dicho reconocimiento plantea.

Palabras claves

Referéndum; minorías-mayorías; Estado compuesto; soberanía; pluralismo; reforma constitucional; democracia liberal; igualdad; identidad.

Abstract

Heterogeneous States are built on the difficult balance between unity (in the identification of the sovereign) and diversity (due to the existence of structural minorities), which interferes with the (democratic) majority rule in decision-making processes. This question is here analysed from the perspective of liberal democracy, which protects pluralism but also formal equality among citizens, thus hindering the consideration of their substantial features and the recognition of minorities. This work defends the protection of minorities although with the limit imposed by pluralism (the possibility of other minorities), in order to avoid that liberal democracy becomes one based on identity. From this theoretical framework, this article studies the Spanish case (its constitutional recognition of diversity and its consequent adaptation of the majority rule). It argues that although the Constitution declares the heterogeneous character of the State, it does not solve the contradictions implied in it.

Keywords

Referendum; minorities-majorities; heterogeneous State; sovereignty; pluralism; constitutional reform; liberal democracy; equality; identity.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA DIFICULTAD SOBRE LA QUE SE CONSTRUYEN LOS ESTADOS COMPLEJOS: LA EMERGENCIA DE NUEVOS COLECTIVOS EN LA TOMA DE DECISIONES A PARTIR DEL PRINCIPIO PLURALISTA LIBERAL Y SUS IMPLICACIONES PARA EL CONCEPTO TAMBIÉN LIBERAL DE IGUALDAD. III. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL: EL RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD Y LA CONSIGUIENTE ADAPTACIÓN DE LAS REGLAS RELATIVAS A LA TOMA DE DECISIONES: 1. El reconocimiento constitucional del carácter heterogéneo del Estado. 2. La articulación de procedimientos de formación de la voluntad de conformidad con la diversidad. IV. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende ser una reflexión sobre un problema estructural de los Estados complejos o heterogéneos, contruidos sobre un difícil equilibrio entre unidad y diversidad. Por un lado, la afirmación de la unidad en lo relativo al sujeto titular de la soberanía, el pueblo, parte de la premisa de la igualdad formal de todos los ciudadanos. Ello permite acudir a la ficción, legitimadora del sistema democrático, de imputar al conjunto de ciudadanos la voluntad de la mayoría de ellos. Por otro, el reconocimiento de la existencia de minorías (nacionales) permanentes, es decir, de colectivos con un interés percibido como determinante de su identidad o existencia como comunidad y además estructuralmente minoritario (ese interés no va a ser nunca compartido por la mayoría de la población del Estado)¹, impide el funcionamiento de esa ficción legitimadora y obliga así a modular la regla de la mayoría en la toma de decisiones. Pero con ello quiebra la igualdad formal de los ciudadanos.

¹ También el derecho internacional se aproxima al concepto de minoría a partir de elementos tanto objetivos (lingüísticos, étnicos, religiosos, nacionales) como subjetivos (la percepción del propio grupo como constitutivo de una realidad colectiva distinta de la mayoritaria). Véase la «Declaración de 1992 de la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 47/135) sobre derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas», así como el «Convenio-marco de 1995 del Consejo de Europa para la protección de las minorías».

En efecto, cuando la cuestión a decidir afecta al conjunto de los ciudadanos, pero de manera especial a la minoría, actuando esta como irreductible, ¿cómo debe adoptarse esa decisión? De tratarse de una cuestión planteada a través de un referéndum (lo que visibiliza especialmente el problema por decidir directamente los ciudadanos, formalmente iguales entre sí), ¿deben votar solo los residentes en el territorio identificado con esa minoría o todos los ciudadanos del Estado que la alberga? En ese último caso, ¿debe celebrarse un único referéndum o dos distintos, que den voz separada a ese doble colectivo, a fin de evitar que la voluntad expresada por la minoría estructural quede diluida entre los votos de todos los que participan a nivel estatal? ¿Cómo debe procederse en el caso de ser divergentes los resultados obtenidos en esos dos referéndums? Y ¿qué tipo de poder es el que está actuando si solo participan los ciudadanos del ente subestatal?

Por otro lado, esa eventual protección a las minorías estructurales puede plantear ulteriores problemas: si la formación de la voluntad independiente respecto de la mayoría estatal no es (solo) consecuencia de querer garantizar la existencia de unos grupos minoritarios en concreto (en atención, por ejemplo, a su significación en la historia del Estado), sino, también, del pluralismo como principio liberal estructural (es decir, del derecho individual de las personas, no de los colectivos, a asociarse entre sí en función de las características estructurales que les unen), la cuestión que se suscita es otra. La cuestión pasa a ser cómo proteger a las eventuales nuevas minorías irreductibles (también potencialmente merecedoras de tutela de acuerdo con el derecho internacional) que puedan aparecer en el territorio de las minorías reconocidas, en la medida en que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de estas, sus señas de identidad no han sido elevadas a rango constitucional y no pueden así exigir a su vez un procedimiento de decisión independiente adicional con el que hacer valer su voluntad al margen de la mayoría con la que conviven.

A lo largo de estas páginas se argumentará que la protección del pluralismo en los Estados complejos comporta su reivindicación tanto en su vertiente de garantía de las minorías estructurales como de límite a esa protección, a fin de que las minorías reconocidas no se conviertan paradójicamente en un obstáculo para la existencia de otras eventuales.

De acuerdo con todo ello, este artículo se propone en primer lugar acotar conceptualmente el problema de partida, la necesidad inherente a los Estados complejos de conciliar unidad y diversidad en la toma de decisiones (II) para, a continuación, y a la luz del esquema teórico trazado, proceder a un examen del derecho positivo español (III), en tanto que el ordenamiento español se configura a partir del reconocimiento de su diversidad, pero sin imponer la Constitución un modelo cerrado de organización territorial con

el que responder a ello². En la sección III.1 se analizará el tipo de reconocimiento constitucional que se ha hecho del carácter heterogéneo del Estado, y en la sección III.2 se examinará la adaptación a que se ha procedido de los mecanismos de formación de la voluntad a esa configuración plural del Estado, teniendo para ello en cuenta tanto el marco que perfila la Constitución, como el desarrollo que de ese marco han hecho las leyes, junto con la interpretación que de todo ello ha establecido la jurisdicción constitucional.

El presente trabajo, sin embargo, no se plantea como un ejercicio de dogmática jurídica, sino como un intento de reflexión y de aproximación valorativa al derecho positivo, a partir de unas categorías (minorías nacionales o irreductibles, poder constituyente, identidad o igualdad sustantiva) elaboradas por la teoría democrática de la constitución, y cuya positivación plantea problemas (de los que trata este artículo), pero que se revelan imprescindibles para abordar la complejidad material genérica de los Estados compuestos.

II. LA DIFICULTAD SOBRE LA QUE SE CONSTRUYEN LOS ESTADOS COMPLEJOS: LA EMERGENCIA DE NUEVOS COLECTIVOS EN LA TOMA DE DECISIONES A PARTIR DEL PRINCIPIO PLURALISTA LIBERAL Y SUS IMPLICACIONES PARA EL CONCEPTO TAMBIÉN LIBERAL DE IGUALDAD

La democracia es una forma de Estado que se caracteriza por hacer participar a los ciudadanos en la producción del orden normativo al que están sometidos. Su rasgo fundamental podría resumirse así en la doble condición del pueblo, a la vez sujeto de poder y sujeto sometido. Y mientras que, para la democracia identitaria, el objetivo último es la igualdad sustantiva o identificación entre sus miembros, entre gobernantes y gobernados, la democracia liberal persigue ante todo la libertad³. Una libertad que no es sin embargo absoluta. Por un lado, porque se asume que el hecho social y político (la salida del estado de naturaleza al que se refería Hobbes) impone la sumisión a unas

² La problemática en la que me centro es la de los Estados (unitarios, federales o descentralizados) en los que convive una mayoría con una o varias minorías. No me interesa en ese sentido el caso de los Estados federales originados en la unión de varias entidades independientes y que acuerdan repartir de manera igual el poder entre todas. Lo que pretendo analizar es el tipo de organización política en la que se da ese desequilibrio de fuerzas, que sí existiría en el caso de los federalismos asimétricos.

³ Una y otra forma de democracia, liberal e identitaria, serían las teorizadas por Kelsen (2009) y Schmitt (2003) respectivamente, situándose este artículo en el marco teórico del contraste entre ambas.

reglas. Por otro, porque se trata de una libertad que, como principio de auto-determinación, protege tanto la dimensión colectiva como la individual, pero en la que lo que predomina no es la individual, sino la colectiva. Es la decisión de la mayoría la que se impone, sin poder exigirse la adopción de decisiones por unanimidad, atribuyéndose la decisión (y por tanto la libertad) a una persona anónima, el pueblo, el sujeto de poder, que personifica el Estado, y con el que se reduce la pluralidad a la unidad (Kelsen, 2009: 55-56). Pero se trata, en todo caso, de libertad, en el sentido de que la sumisión no se produce respecto de un orden impuesto por un tercero ajeno (heteronomía), sino de un orden autoimpuesto (*ibid.*: 41-42).

Por realismo, pero también por necesidad de división de funciones, o incluso por imperativo del funcionamiento del Estado, que exige contar con unos líderes que posibiliten la acción de la comunidad política (Böckenförde, 2000a: 300-301), evitando la parálisis o el caos que produciría la participación en cada decisión de todo el colectivo de ciudadanos, la única democracia que entendemos viable es, no obstante, la representativa o parlamentaria. En ella, la participación de los ciudadanos (del pueblo) se produce solo indirectamente, a través de la elección de los representantes parlamentarios, es decir, de la constitución del órgano encargado de la producción normativa, que funciona de acuerdo con la regla de la mayoría. Pero ello no excluye que el poder de los representantes pueda ser corregido o contrapesado democráticamente por la decisión directa de los ciudadanos en determinados asuntos.

En este sentido, los mecanismos de democracia directa vienen a complementar la democracia representativa, aumentando su legitimidad (si, como ya hemos dicho, la finalidad última de la democracia liberal es la de garantizar la libertad, aunque sea la de una colectividad), a base de permitir la intervención directa del pueblo, el considerado sujeto soberano, en la adopción de determinadas decisiones. Y la decisión que se impone es aquella que ha logrado un mayor número de adhesiones, en tanto que la democracia (liberal), como se ha dicho, trata ante todo de garantizar (no la verdad sino) la libertad, si no la de todos, al menos sí del mayor número posible (Kelsen, 2009: 51-52).

La regla de la mayoría se adapta bien como sistema de toma de decisiones en los Estados llamados de democracia *pura*, es decir, aquellos donde la comunidad política es (cultural, lingüística, sociológicamente) homogénea (*ibid.*: 162-163). En esos Estados, la minoría puede asumir como propia la decisión que adopta la mayoría, por tratarse de mayorías y minorías intercambiables (Schmitt, 1990: 33): toda minoría puede acabar convirtiéndose en mayoría, en la medida en que rige el principio de igualdad de oportunidad o de chance. La democracia consiste en esos casos en una serie de procedimientos para encauzar el libre juego de mayorías y minorías y permitir con ello la racionalización o, si no, mera formación de la voluntad general, fruto

del compromiso. En ese tipo de democracia, la lógica del referéndum (de la mayoría expresada directamente a través del voto del cuerpo electoral) encaja perfectamente.

En aquellos Estados, en cambio, en los que la sociedad está fragmentada en grupos estancos (es decir, que cuenta con minorías irreductibles, a partir de la existencia de diferencias cualitativas estructurales e identitarias), la regla de la mayoría propia del referéndum es más difícilmente aplicable o debe al menos adaptarse a esa realidad específica. En ellos, al contrario de lo que pasa en sociedades o pueblos homogéneos, la decisión de la mayoría no va a poder ser asumida como propia por la minoría, dado que esta, por definición, no va a poder alcanzar la mayoría, quebrando con ello no solo la lógica de la democracia, sino también su legitimidad (Pardo Núñez, 2008b).

Esta circunstancia obliga, de querer protegerse a esas minorías, a idear modos de compensar su vulnerabilidad frente a la regla de la mayoría, sin poder bastar para ello el requerimiento de mayorías cualificadas. La inclusión en el texto constitucional de una cláusula de intangibilidad que blinde el reconocimiento de esos colectivos resulta clave en ese sentido, así como la exigencia de participación de las minorías en la elaboración (y reforma) de las reglas que configuran su estatus, puesto que sustrae determinadas cuestiones de la mayoría estatal. También lo es la redelimitación a que se procede del sujeto interviniente en el referéndum y que aprueba o rechaza la norma elaborada, consistente en distinguir posibles concreciones del concepto abstracto de pueblo. Mientras que a veces debe intervenir el conjunto de ciudadanos de un Estado, otras deberán hacerlo solo los habitantes del territorio identificable con la minoría nacional a la que se quiere dejar expresar su voluntad al margen de la mayoría estatal, en tanto que lo que se está dilucidando afecta a su derecho de autonomía, a la posibilidad de preservar la identidad nacional que la constitución dice que hay que preservar. De manera parecida, el principio de distribución competencial sobre el que se articulan los Estados descentralizados permite que las cuestiones más relevantes para la existencia de la comunidad sean decididos de manera independiente por los poderes públicos territoriales.

Se trata de soluciones de protección de las minorías justificadas en todo caso por la propia lógica de libertad inherente a la democracia liberal. En esta, la libertad se reconoce, como se ha dicho, a nivel ante todo colectivo, en tanto que lo que se persigue es la autodeterminación de la comunidad política, como sujeto único capaz de erigirse en titular del poder político soberano, en Estado. Y ello comporta partir de una previa cohesionadora como es la afirmación de la igualdad entre los ciudadanos, así como de un concepto de igualdad no cualitativo sino formal, que no toma en consideración ningún otro vínculo más que el de la ciudadanía (que da la nacionalidad), con lo que se logra hacer

abstracción de toda circunstancia, cualidad sustantiva o especificidad que pueda interponerse entre el Estado y el ciudadano.

Pero la lógica liberal exige asimismo proteger al ciudadano a nivel individual, esto es, amparar la posibilidad de que el individuo resista o reivindique su especificidad frente al grupo, la mayoría (aunque la democracia liberal tenga de resultas que forzar con ello la lógica estatal). Y el Estado liberal se ve así finalmente abocado a entrar en una valoración cualitativa de sus miembros, a tener en cuenta las características particulares de los individuos y a consiguientemente reconocer su derecho de asociarse con otros con los que compartan esas características⁴. Se generan de esta manera vínculos distintos, adicionales al de la ciudadanía, de los que emerge una pluralidad de sujetos o colectivos, y se introduce, en última instancia, la lógica de la identidad.

La adaptación de la regla de la mayoría a fin de garantizar la legitimidad de la democracia en los Estados heterogéneos (y, por ende, la unidad necesaria para el Estado), y de mantener así la coherencia con el principio pluralista o de libertad, suscita consiguientemente una serie de problemas. Por un lado, dificultades aparentemente técnicas o concretas, pero que nos remiten a cuestiones de fondo, como decidir qué competencias se ceden conforme al principio de distribución competencial o, en el caso de las consultas referendarias, la obligación de dirimir cuándo resulta necesario sustraer a una parte de la población estatal de la decisión (lo que inevitablemente se plantea en los referéndums en los que se pregunta acerca de la separación de una parte del territorio). Pero también (si seguimos en el ámbito de los referéndums) la determinación de las consecuencias que tiene la eventual redelimitación del pueblo o cuerpo electoral que interviene: si, en tanto que acto de autodeterminación, el colectivo que decide se erige en sujeto constituyente (aunque sea a nivel subestatal, al aprobar la norma que regula su estatus jurídico), o si, por el contrario, no implica reconocimiento alguno de su condición de sujeto político.

Por otro lado, la adaptación de la regla de la mayoría plantea problemas de mayor calado para la misma democracia liberal que la justifica. Ante todo, por el debilitamiento que para el concepto de ciudadanía comporta la introducción de un nuevo vínculo (redelimitador del sujeto que decide) en la construcción de la comunidad política. Pero también, sobre todo, porque la emergencia de la lógica identitaria que (la modulación de la regla de la mayoría)

⁴ Véase Rosanvallon (1998) para un análisis de la evolución del sistema francés de representación política, en su esfuerzo progresivo por capturar, en las diferentes parcelas de la sociedad, la realidad sociológica plural que el concepto de pueblo reduce a una unidad abstracta.

inevitablemente provoca transformarse el concepto de igualdad (no cualitativa) sobre el que ese tipo de democracia se asienta. Y ello, de no acotarse, puede acabar paradójicamente representando una amenaza para la propia libertad a nivel individual, es decir, para el pluralismo, en tanto que deja desprotegidas a las eventuales minorías que se den respecto de las minorías subestatales reconocidas (es decir, a las minorías de esas primeras minorías) en el territorio en el que, en nombre precisamente de la libertad individual, se ha creado un espacio que se reconoce no solo como homogéneo sino también como identitario.

La respuesta a este segundo tipo de dificultades no es fácil. Ciertamente, la solución no puede pasar por ofrecer una potencial cadena infinita de referéndums independientes sucesivos. Pero sí podría tal vez residir en neutralizar el reconocimiento del carácter homogéneo (identitario) de la población, de algún modo implícito en la delimitación territorial de la minoría estructural (hecha en atención a unas señas propias de identidad cualitativas y a su supuesto predominio en el territorio), a base de conferir otro tipo de autonomía, esta vez no territorial, a las eventuales nuevas minorías. Esencialmente, una autonomía que impidiera que las cuestiones determinantes en política identitaria fueran adoptadas en exclusiva por el grupo dominante, creando a tal fin órganos multilaterales de negociación y de toma de decisiones, en el marco de un sistema de voto ponderado. Un mecanismo en este sentido sería un procedimiento legislativo especial para determinadas materias, que exigiera algo similar a las mayorías concurrentes defendidas por Calhoun (el acuerdo entre la mayoría de la mayoría y la mayoría de la minoría), o el apoyo de los diferentes representantes de las comunidades con representación parlamentaria, habiendo concurrido a las elecciones identificados como tales⁵. Ello permitiría volver a acercarse a un esquema de funcionamiento liberal, aunque no por recuperar un concepto de igualdad formal (lo que no sería el caso, o no al menos en ese territorio), sino por el pluralismo resultante de la suma de identidades, que neutralizaría la pretensión de homogeneidad. Se trataría, en definitiva, de admitir el abandono definitivo

⁵ Resulta necesario referirse en este contexto al consociativismo como forma de gobierno, principalmente teorizada por Lijphart (1977), y que persigue la estabilidad y la convivencia entre grupos distintos en sociedades muy divididas, a base de establecer fórmulas para compartir el poder, especialmente en el nivel ejecutivo. Pero el consociativismo tiende a mantener alejados unos grupos de otros, al conferirles una autonomía respectiva amplia, sobre todo en ámbitos como el cultural o el educativo. Desde la perspectiva de este trabajo, en cambio, los procedimientos especiales de adopción conjunta de decisiones adquieren precisamente relevancia en aquellas cuestiones de las que depende la construcción de la identidad, como ocurre más abiertamente en lo relativo a la educación, la cultura o los medios de comunicación.

del tipo de igualdad formal a cambio de exigir el requisito de pluralidad, tanto a nivel estatal como subestatal.

III. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL: EL RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD Y LA CONSIGUIENTE ADAPTACIÓN DE LAS REGLAS RELATIVAS A LA TOMA DE DECISIONES

El Estado español no se configura como un Estado federal. No se constituye a partir de entidades políticas previamente independientes (sino a base de repartir el poder del Estado unitario ya existente entre unos entes territoriales en los que se organiza), ni tampoco su diseño responde a la idea de unión, en una estructura federativa, entre comunidades distintas⁶. Pero la Constitución española (CE) sí diseña su estructura política a partir del reconocimiento de su diversidad y del derecho de autonomía que consiguientemente confiere a nacionalidades y regiones (art. 2 CE), concretado en la posibilidad de descentralización política por territorios (título VIII CE), que acaba realizándose legislativamente a través de los estatutos de autonomía (EA).

Sin embargo, el reconocimiento que se hace de ese carácter heterogéneo no es claro. Para empezar, no se imponen límites materiales a la reforma constitucional, por lo que el carácter descentralizado del Estado, consecuencia de esa diversidad reconocida, puede teóricamente ser suprimido. Pero, además, el sistema constitucional no es concluyente tanto a la hora de identificar a los sujetos reconocidos como representantes de esa diversidad (III.1), como de diseñar unos procedimientos de toma de decisiones que la articulen (III.2).

1. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL CARÁCTER HETEROGÉNEO DEL ESTADO

A la hora de identificar el poder soberano, la CE señala en su art. 1.2 al pueblo español —aquel en el que reside la soberanía y del que emanan los poderes del Estado—. Pero en el art. 2, la Constitución reconoce como su fundamento a la nación española, estando esta integrada por nacionalidades y regiones, a las que atribuye un derecho de autonomía.

El texto constitucional trata así de conciliar la proclamación de la unidad del titular de la soberanía con el reconocimiento de una diversidad sobre la que

⁶ Para un estudio de la naturaleza de la estructura política federal, así como de la diferencia entre Estados federales y descentralizados, véase Beaud (2007).

se construye ese sujeto político. Mientras que el art. 1.2 invoca una idea liberal democrática de comunidad soberana (el pueblo español), integrada por el conjunto de ciudadanos del Estado, titulares en igualdad de condiciones del poder, al margen de toda consideración sustantiva, el art. 2 apela a un tipo de comunidad que califica de nación (si bien el adjetivo nacional también aparece en el art. 1.2 para calificar a la soberanía), cuya característica en todo caso destacada es el hecho de albergar a una pluralidad de nacionalidades y regiones⁷.

Si nos atenemos a los datos que nos brinda la perspectiva histórica y comparada, pueblo y nación son en realidad conceptos que pueden servir a un propósito similar, como es el de conferir el poder soberano a una colectividad de individuos con dimensión política e histórica (Maíz Suárez, 2007)⁸. Pero respecto del concepto de pueblo que invoca el art. 1.2, la referencia a la nación del art. 2 parece añadir no solo la idea de la diversidad a la de la unidad, sino también una dimensión sustantiva a la formal de la ciudadanía sobre la que se construye la idea de pueblo, a base de remitir a una diversidad territorial, cultural, histórica como sustrato legitimador de la Constitución⁹. El art. 2 reconoce como fundamento

⁷ Para un análisis crítico del art. 2 CE, si bien muy distinto del que aquí se plantea, véase Bastida Freixedo (1998).

⁸ Sobre la diferencia entre pueblo y nación, véase también Punset Blanco (1998).

⁹ Mientras que la Constitución de Estados Unidos habla del pueblo (*the People*) para señalar el paso de la soberanía parlamentaria a la popular y referirse además a un sujeto cuyo principal rasgo es la libertad (y legitimidad) que le confiere el constituirse a partir de un territorio nuevo, exento de cargas históricas y ataduras a esquemas previos arbitrarios, el movimiento revolucionario francés invocaba a la *Nation* para preservar un determinado bagaje histórico. Indudablemente, la idea de nación también designa al colectivo que, en un ejercicio de autodeterminación, se erige en titular de la soberanía y rompe con el Antiguo Régimen, sustituyendo de manera irrevocable al monarca como titular del poder político. Pero, respecto de la idea norteamericana de pueblo, el concepto de nación, impulsado fundamentalmente por Sieyès, no implica renunciar al legado histórico francés personificado en los reyes, sino reivindicarlo como cohesionador y como fuente de legitimidad. Surge de este modo en Francia un concepto de sujeto soberano que añade una dimensión abstracta, menos tangible, a la de pueblo, y que habría podido comportar que en la Francia revolucionaria se derivara con más facilidad hacia mecanismos de democracia puramente representativa, en atención a la complejidad que plantea la naturaleza abstracta (de necesaria representación o figuración) del soberano a la hora de requerirse su intervención (Rosanvallon, 2000: 69). En Estados Unidos, en cambio, la naturaleza más concreta del titular de la soberanía y, así, la inmediatez en la consecución de su presencia física, habría comportado que el referéndum pasase a representar un elemento prácticamente insoslayable, en todo caso para la ratificación de las constituciones (De Vega García, 1985: 31-32).

un tipo de nación que, si bien se proclama como unidad indivisible (siendo en ese sentido también interpretable el adjetivo «nacional» añadido en el art. 1.2 a la soberanía y al que antes me he referido¹⁰), está a su vez integrada, de manera por tanto estructural, por otro tipo de entes o colectivos.

En este mismo sentido parece interpretable la disposición adicional primera (DA1) del texto constitucional, que acoge la figura de los derechos históricos de los territorios forales, reforzando con ello no solo la idea de que los territorios, y no únicamente los individuos, son titulares de derechos (lo que debilita la lógica liberal del vínculo directo entre Estado y ciudadanos), sino también, en definitiva, la comprensión de la Constitución como legitimada por una realidad preexistente¹¹. En la misma línea, el art. 147.2 CE establece que los EA deberán contener la denominación de la comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica.

No obstante, si analizamos otros preceptos constitucionales, no hallamos la continuidad que cabría esperar de ese reconocimiento del carácter heterogéneo del Estado. Es verdad que el título VIII distingue una doble vía de acceso a la autonomía a la que da derecho ese mismo precepto. La del art. 143 y la del art. 151.1 junto con la disposición transitoria segunda (DT2), las llamadas vía ordinaria y vía especial, respectivamente, y que a su vez sirven para configurar dos tipos de sujetos, a los que consiguientemente se les permite aspirar a un determinado nivel de poder, menor o mayor (el del art. 148.1 o del 149.1 CE), en función de la vía utilizada para acceder a la autonomía, y a priori en correspondencia con esas dos categorías de entes, nacionalidades y regiones.

Pero ni en el referido art. 2 ni en ningún otro concreta la Constitución cuáles son los colectivos calificables de nacionalidades y regiones (ni tampoco qué es lo que distingue unos de otros), cuya condición da acceso a la autonomía. Es más, si se analizan los preceptos antes referidos (151.1 y DT2), reguladores de la vía especial (y que establecen, respectivamente, un procedimiento agravado y otro privilegiado), presumiblemente reservada a las nacionalidades, vemos que no resulta necesario cumplir con ningún requisito material. Basta con lograr satisfacer los, eso sí, exigentes requisitos procedimentales de la vía agravada del art. 151.1¹².

¹⁰ También en este sentido, Varela Suanzes (1992: 73).

¹¹ En base a los derechos históricos se han articulado los conciertos económicos, privativos de las provincias vasco-navarras. Véase Tajadura Tejada (2008) sobre la incompatibilidad entre la categoría de los derechos históricos y el principio democrático, basado en el valor de la igualdad.

¹² Ello fue finalmente posible en el caso de Andalucía, si bien, como es sabido, a costa de forzar la CE y reformar la recientemente aprobada Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, reguladora de las distintas modalidades de referéndum (LOMR).

El art. 2 tampoco especifica el significado de las categorías respectivas de nacionalidad y región, en términos del poder político. Si lo viene a precisar el título VIII, en los referidos arts. 148 y 149 CE, al prever un volumen de competencias cuantitativa y cualitativamente distinto. Pero, de manera también contradictoria, vemos cómo, dejando transcurrir los cinco años prescritos en el art. 148.2, todo ente (al margen de su posible identificación con la categoría de nacionalidad o de región) puede acabar aspirando al máximo nivel competencial, y que en lógica únicamente correspondería a las nacionalidades. Una falta de concreción que de resultas abrió una suerte de competición por lograr el mayor nivel de autonomía posible, a lo que se respondió, vía legislativa, con las correspondientes transferencias competenciales del Estado a las comunidades autónomas (CC. AA.), que han acabado uniformizando el mapa autonómico en términos de poder político.

De manera definitiva, la ausencia de una cláusula de intangibilidad en lo relativo al art. 2, como base del Estado autonómico, refuerza esta tendencia neutralizadora del pretendido Estado heterogéneo o de la plurinacionalidad como elemento estructural, y por tanto inamovible, del Estado constitucional. Como veremos, ello ha sido además confirmado sin vacilaciones por el TC.

No obstante, el TC también insiste en la importancia legitimadora del contenido de la Constitución, concretamente de la dimensión estructuradora del Estado que tiene la autonomía, reconocida a nacionalidades y regiones [STC 259/2015, FJ 5.b)]. Si bien la legitimidad de la Constitución reside ante todo en su origen democrático, y ello justifica que esta se imponga por encima del resto de normas y de poderes constituidos [STC 42/2014, FJ 4.c) y STC 259/2015, FJ 5], el TC añade que la importancia de la Constitución deriva asimismo de su contenido, del pluralismo que el texto constitucional propugna, que es político (el del art. 1.1), pero también territorial (el del art. 2).

El Tribunal es en todo caso rotundo al señalar que el Estado autonómico se asienta en la soberanía nacional del pueblo español, y no en un pacto entre instancias territoriales históricas que conservan unos derechos anteriores y superiores a la Constitución, imponiéndose la Constitución con fuerza general y vinculante, sin quedar fuera de ella situaciones históricas anteriores [STC 76/1988, FJ 3, y STC 247/2007, FJ 4 a)]. Las CC. AA., insiste el TC, son realidades configuradas a partir de la CE, y sus órganos son poderes constituidos (STC 259/2015, FJ 4). Y aunque reconoce que existen realidades socio-históricas previas, desde la perspectiva jurídico-constitucional entiende el Tribunal que tanto el pueblo español como los respectivos pueblos territoriales autonómicos son sujetos constituidos a partir de su reconocimiento constitucional (STC 42/2014, FJ 3).

En este mismo sentido, el TC ha procedido a una lectura unificada de los arts. 1.2 y 2, conciliándolos. Ello lo vemos en la STC 42/2014 (FJ 3), en la

que se rechaza la proclamación solemne de la cualidad de soberano del Parlamento catalán en la Resolución parlamentaria I/XI (del 9/11/2015), que inauguraba el proceso de creación de un Estado catalán independiente. En esa sentencia, el TC subraya que el pueblo español es soberano de manera exclusiva e indivisible, en tanto que ideal de imputación del poder constituyente. Ello significa, señala el Tribunal, que a ningún otro sujeto u órgano estatal, así como tampoco a ninguna otra fracción de ese pueblo puede ser atribuida la cualidad de soberano. De hacerlo, se estaría quebrando la unidad proclamada en ese mismo precepto, que además representa el fundamento de la Constitución. Esta reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran, pero se trata de un derecho esencialmente distinto de la soberanía, enfatiza el Tribunal [STC 247/2007, FJ 4 a)].

Sin embargo, el esfuerzo interpretativo del TC no ha bastado para acabar de cerrar el texto e impedir la reivindicación de la dimensión sustantiva o identitaria por las minorías¹³. En esa reivindicación, estas han ido más allá de lo que la lógica estatal de la CE admite (desbordando el techo competencial que impone el principio de unidad), pero también de los límites inherentes a la lógica liberal (que exige el respeto del pluralismo, también en el interior de la CA)¹⁴. Ello, por ejemplo, lo vemos en Cataluña en el uso que han hecho las instituciones públicas autonómicas de elementos como la lengua (art. 3 CE) o de símbolos como la bandera (art. 4 CE), encauzándolos en un sentido exclusivamente identitario. O también, en la serie de resoluciones y leyes configuradoras del proceso secesionista catalán, que (además de proclamar soberanos a poderes constituidos como son los autonómicos, en ruptura directa con el Estado constitucional) fueron aprobadas en flagrante vulneración de los derechos de las minorías (baste pensar en el procedimiento de elaboración de las leyes del 6 y 7 de setiembre de 2017, sin respetar los derechos de la oposición parlamentaria, sin exigirse mayorías cualificadas ni permitir solicitar dictamen al Consejo de Garantías Estatutarias). Algo que solo puede justificarse desde la invocación de una sociedad pretendidamente homogénea, identitaria.

Esas actuaciones autonómicas han estado alentadas por un tipo de concepción sustantiva, prácticamente esencialista de la democracia, construida sobre la idea de la existencia real y objetiva de sus comunidades a partir de unos rasgos pretendidamente indelebles (Ruiz Miguel, 2019: 117), que si bien no puede entenderse respaldada por la CE, tampoco es acotada lo suficientemente por esta. Más allá del instrumento genérico y de último recurso

¹³ Sobre la equivocidad constitucional al respecto, De Miguel Bárcena (2018: 50).

¹⁴ Véase Biglino Campos (2016).

que representa el art. 155 CE (para incumplimientos, por parte de las CC. AA., que comporten un perjuicio grave del interés general), no está en la Constitución explícitamente limitada la dimensión identitaria de los entes territoriales a partir del principio pluralista. Solo hallamos desdibujada esa dimensión, en un esfuerzo neutralizador, por el desarrollo poco coherente que de ella hace el título VIII y la legislación ulterior, así como por el principio estatal de unidad, esgrimido por el TC, que también proclama el mismo art. 2. Pero la unidad no representa el límite a la identidad, sino a la autonomía (a la capacidad de autogobierno frente al Estado). El límite a la identidad (al derecho a que los poderes públicos tomen en consideración las cualidades sustantivas de los ciudadanos, permitiéndoles agruparse entre sí) lo encontramos en el principio liberal del pluralismo (la protección de las minorías), el mismo que la posibilita.

A nivel autonómico, ello debería traducirse en un complejo juego de mayorías cualificadas en políticas de identidad, si no en un procedimiento especial de toma conjunta de decisiones por parte de los representantes de las comunidades afectadas o, directamente, en la sustracción de la mayoría parlamentaria de determinadas cuestiones especialmente delicadas, blindándolas en el EA (Pardo Núñez, 2008a: 271-273). Un papel similar lo jugarían determinados mecanismos de control contramayoritario, la adaptación del referéndum a la exigencia de mayorías cualificadas o el reparto de las decisiones que tomar en la preparación de la consulta, lo que incluye un posible derecho de veto (Tsebelis, 2002: 116). Pero todo ello nos adentra en el contenido de la siguiente sección.

2. LA ARTICULACIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD DE CONFORMIDAD CON LA DIVERSIDAD

La CE ha adaptado las reglas fundamentales en materia de formación de la voluntad al carácter heterogéneo del Estado. A través, por ejemplo, de la distribución competencial (arts. 148 y 149), los entes territoriales pueden asumir la regulación legislativa autónoma de determinados ámbitos materiales, siendo esa capacidad mayor o menor según la vía utilizada de acceso a la autonomía. No obstante, tal y como ya se ha señalado, cumpliendo con la condición temporal que establece el art. 148.2, todos los territorios han acabado alcanzando un mismo nivel competencial.

De manera clave, el procedimiento de elaboración de las normas constitutivas de las CC. AA., los EA, también se corresponde con el reconocimiento de la diversidad del Estado, integrado por una doble categoría de entes. Si bien, de acuerdo con el art. 81 CE, la norma llamada a aprobar los EA es una ley orgánica (aprobada así por las Cortes Generales), la especialidad de su

procedimiento de elaboración consiste precisamente en blindar, frente a la mayoría estatal, la presencia de los designados como representantes de los territorios, asegurar su participación activa, así como su voluntad, también en mayor o menor medida y en correspondencia con la vía especial u ordinaria de acceso a la autonomía. Una especialidad procedimental que vuelve a darse en el caso de la reforma de los estatutos.

Asimismo, en materia de referéndum, cuando lo que se decide tiene la máxima trascendencia para las minorías (¿nacionales?), como es la determinación del propio estatus jurídico, la Constitución autoriza un referéndum independiente de la mayoría estatal.

Quien interviene en esos casos es el cuerpo electoral del territorio que supuestamente alberga a esa minoría. Se excluye a la población no implicada directamente en una decisión, determinante para la minoría, como es la relativa a la norma configuradora de elementos (como las instituciones de autogobierno, la lengua u otros atributos) que les define como comunidad.

De manera también coherente con la distinción entre nacionalidades y regiones, estos referéndums se plantean únicamente en caso de entes presumiblemente identificables con las nacionalidades, los de la llamada vía especial. Se trata, en primer lugar, de los constituidos por el cauce especial agravado del art. 151.1, a pesar de su (ya señalada) escasa correspondencia con la idea de identidad sugerida por el art. 2, en tanto que el art. 151.1 se limita a exigir requisitos procedimentales. A fin de ejercer la iniciativa que les lleva a la autonomía, esos entes (a diferencia tanto de los del art. 143 —de la vía ordinaria— como los de la DT2 —de la vía especial privilegiada—, a los que, por motivos opuestos, no se les exige esa consulta) deben ratificar mediante referéndum la voluntad de constituirse en CA; y, conforme al art. 151.2, deben asimismo celebrar un referéndum de ratificación del proyecto de Estatuto, ya sea tras lograrse un acuerdo del proyecto en la Comisión Constitucional del Congreso, ya sea sin haberse obtenido el acuerdo, una vez aprobado por las Cortes Generales y antes en todo caso de su promulgación final por las Cortes. En segundo lugar, se trata de los entes de la vía especial privilegiada de la DT2, que no deben celebrar el referéndum de iniciativa (presumiéndose su voluntad de constituirse en CA), pero sí el de ratificación del proyecto de Estatuto.

A estos dos tipos de referéndums (de ejercicio de la iniciativa autonómica y de aprobación del proyecto de EA) se añade un tercer tipo (art. 152.2), igualmente reservado a estas dos clases de territorios de la vía especial: el referéndum (también preceptivo) de reforma del EA.

Finalmente, hay un cuarto supuesto de referéndum conectado con el planteamiento del art. 2: el previsto para una ratificación previa de la eventual incorporación de Navarra al régimen autonómico vasco (disposición transitoria cuarta, DT4).

En cambio, la Constitución no exige referéndums en el caso de los territorios que acceden a la autonomía por la vía del art. 143, presuntamente identificables con la segunda categoría de entes, las regiones. Al igual que sucede en el procedimiento de elaboración del EA (en el que el peso de los representantes de los territorios de la vía ordinaria es menor que el de los de la vía especial a la hora de expresar su voluntad frente a la mayoría estatal), es distinta la culminación de los actos relativos a la autonomía, exigiéndose únicamente la intervención directa de los ciudadanos en el caso de los territorios a priori identificables con las nacionalidades. Una diferencia que ante todo se corresponde con la mayor importancia de la norma aprobada por los territorios de la vía especial, del tipo de autonomía al que acceden de manera inmediata. Pero también algo que confirma la distinción entre nacionalidades y regiones, al parecer admitir con ello el constituyente que la naturaleza de las nacionalidades (la identidad propia que se les presume), y que justifica el acceso directo a un mayor grado de autonomía, también hace exigible el consentimiento directo de los ciudadanos de esos territorios a través de un mecanismo de autodeterminación con la carga simbólica del referéndum.

Todo esto no significa, claro, que otros referéndums infraestatales no sean posibles. La proclamación de la competencia estatal para autorizar referéndums (art. 149.1.32) parece confirmarlo, tal y como reconoce el propio TC [STC 137/2015, FJ 4.d)]. De otro modo, se estaría obligando al Estado a autorizar sus propios referéndums. Pero esa eventual redelimitación adicional del cuerpo electoral no tiene por qué tener la misma significación, en tanto que lo que se dirime en los referéndums antes referidos es la configuración del estatus jurídico propio, que hace así emerger una suerte de poder que se quiere constituyente, aunque actúe en el marco de la Constitución (Solozabal Echarvarría, 2004: 50-53), un poder estatuyente.

Sin embargo, de manera menos acorde con el principio pluralista que los inspira y legitima, en estos referéndums independientes que protegen a las minorías estructurales frente a la mayoría estatal, no se prevén ni en la regulación constitucional ni en los respectivos EA que la desarrollan, mecanismos específicos de protección de las eventuales minorías que puedan existir en esos territorios (las minorías de las minorías).

Al menos en determinados casos, esa protección podría lograrse con la exigencia de mayorías cualificadas. El referéndum de la vía especial agravada del art. 151.1 CE lo hace (requiriendo mayoría absoluta), pero presumiblemente para garantizar una voluntad sólida en una población respecto de la que no es posible dar por supuesto una identidad propia. En los otros referéndums referidos, basta con lograr mayoría simple, lo que permite entender que el constituyente (y el legislador estatutario) asume esos territorios como homogéneos, y sin necesidad así de reglas específicas de protección del pluralismo. Ciertamente, la

exigencia de mayorías cualificadas ya se da en sede parlamentaria en el procedimiento de aprobación y de reforma del EA. Ello podría hacer superflua la exigencia de nuevas mayorías reforzadas en la consulta referendaria (en sí misma, tampoco estrictamente imprescindible); pero podría también, por coherencia, reforzar la necesidad de diseñar consultas que reflejen la complejidad o pluralidad de identidades de la sociedad que decide, confiriendo mayor legitimidad a la decisión de colectivos cada vez más heterogéneos.

Fuera de estos referéndums, la concepción que parece prevalecer es en cambio una neutralizadora de la del art. 2 que acabamos de analizar.

Un ejemplo en este sentido lo representa la extensión del referéndum de reforma estatutaria (exigido constitucionalmente para los entes territoriales de la vía especial) para CC. AA. de la vía ordinaria¹⁵, aprovechando el legislador estatutario la ausencia de oposición expresa a ello en la Constitución. Pero esa extensión, avalada por el TC sobre la base del art. 147.3 CE (STC 31/2010, FJ 147), desvirtúa la lógica del art. 2 (además de la del 152), al desdibujar la existencia de dos categorías diferenciadas de territorios, y contribuye a uniformizar, conforme al art. 1.2, el mapa autonómico en términos de poder político.

Igualmente significativa es la resistencia ofrecida ante la posibilidad de un referéndum consultivo autonómico, sin que la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, reguladora de las distintas modalidades de referéndum (LOMR), a la que remite el art. 92 CE, prevea dicha posibilidad ni deje claro la CE si puede ser introducida directamente por el legislador autonómico. La jurisprudencia constitucional sobre esto último es muy restrictiva, si bien se ha matizado recientemente.

La negación de la competencia autonómica para introducir modalidades adicionales de referéndum es rotunda en las sentencias relativas a los intentos vasco y catalán de referéndums de autodeterminación (plasmados respectivamente en la «Ley vasca 9/2008 de consulta y regulación de una consulta popular», y en el art. 122 de la Ley Orgánica 6/2006 de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, desarrollado por la «Ley catalana 4/2010 de consultas populares por vía de referéndum»)¹⁶. Conforme al TC, no existe la categoría defendida por el Gobierno vasco de las competencias implícitas, siendo necesaria su asunción expresa en el correspondiente EA (STC 103/2008, FJ 3). Pero, además, la lectura combinada de los arts. 149.1.32, 92.3 y 81.1 le lleva a una interpretación extensiva del primero de ellos, que excluye la posibilidad de esa competencia autonómica, al quedar reservada al

¹⁵ Es el caso de Aragón, Valencia, Canarias o Extremadura.

¹⁶ Sobre esta cuestión, Aguado Renedo (2011).

Estado no solo la autorización de los referéndums, sino también su establecimiento y regulación (STC 31/2010, FJ 69)¹⁷. Según sostiene el TC, es la LOMR la constitucionalmente adecuada para ello al cumplir con la doble reserva del art. 92.3 y del 81.1, en conexión este último con el derecho fundamental de participación política del art. 23.1. Lo único asumible por las CC. AA., completa el Tribunal, es la competencia sobre las llamadas consultas populares no referendarias, propias de la «democracia participativa» (anclada en el mandato al legislador del art. 9.2 CE, y no en el derecho fundamental del art. 23.1). El TC acuña así una categoría de contornos confusos, así como, y por contraste, un concepto orgánico-procedimental del referéndum (Garrido López, 2019: 27)¹⁸, que es rápidamente aprovechado en Cataluña y Canarias para proceder a lo que luego el TC en las SSTC 31/2015 y 137/2015¹⁹ califica de referéndums encubiertos²⁰.

La STC 137/2015 (FJ 4 *in fine*) introduce, sin embargo, un importante correctivo al admitir que el legislador autonómico pueda «complementar o integrar en aspectos accesorios, si a ello hubiera lugar, la entera disciplina de la institución», pasando la competencia a ser materialmente compartida. De

¹⁷ Para una lectura crítica, Requejo Rodríguez (2014: 271-271), Pérez Alberdi (2015: 128) o Garrido López (2019).

¹⁸ La STC 31/2010 (FJ 69, que remite a la STC 103/2008, FJ 2) define referéndum como consulta al cuerpo electoral, que conforma y exterioriza su voluntad a través del procedimiento electoral (basado en un censo, gestionado por la Administración electoral, y asegurado por una serie de garantías jurisdiccionales), y en relación con asuntos públicos cuya gestión (directa o indirecta) constituye el objeto del derecho fundamental del art. 23.1 CE. De no cumplirse con estos requisitos constitutivos, añade el Tribunal, se tratará de una consulta de otro tipo, sectorial, pudiendo consultarse a cualquier colectivo (no al cuerpo electoral, al conjunto de personas a las que se reconoce el derecho de sufragio), sobre cualquier asunto de interés público y a través de cualquier tipo de procedimiento (no electoral).

¹⁹ Relativas respectivamente a la «Ley catalana 10/2014 de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana», y al Decreto 107/2014 del Gobierno canario, que aprueba el «Reglamento de consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general», dictado al amparo de la Ley canaria 5/2010 de fomento de la participación ciudadana.

²⁰ El Tribunal invoca un concepto material de referéndum con el que reconduce su jurisprudencia anterior: en las consultas no referendarias se llamaría a un sujeto más restringido que el del cuerpo electoral (definido como tal independientemente de si abarca a los ciudadanos del territorio estatal o autonómico), que no interviene a título de ciudadano, ni por tanto para manifestar la voluntad general, sino en atención de sus intereses particulares (STC 31/2015, FFJJ 5, 7 y 8).

manera explícita, esa rectificación se reconoce en las SSTC 51/2017 (relativa a la «Ley catalana 4/2010 de consultas populares por vía de referéndum») y 90/2017 (relativa a la disposición adicional cuadragésima y diversas partidas presupuestarias de la «Ley 4/2017 de presupuestos de la Generalitat de Catalunya para 2017»), en las que se acepta que el título competencial del art. 122 del EA de Cataluña incluya las consultas referendarias [STC 90/2017, FJ 8.B.b)]. Pero el Tribunal entiende que el legislador autonómico no puede actuar sin que previamente lo haya hecho el estatal (previsiblemente, a través de la LOMR), aunque sea solo para delimitar el marco abstracto o genérico de esos referéndums [STC 51/2017, FJ 5.c)]²¹.

En apoyo de esta tesis, el TC acude a argumentos de fondo como la excepcionalidad de los instrumentos de democracia directa en una democracia representativa y la consiguiente necesidad de acotar las vías de proliferación del referéndum [STC 51/2017, FJ 6.c)]. Sorprende, en todo caso, que el TC invoque razones numéricas en vez de propiamente sustantivas para justificar que solo el legislador estatal pueda añadir nuevas modalidades, así como que el Estado deba supervisar referéndums convocados en el ámbito autonómico una vez la ley estatal prevé su posibilidad²².

Más allá también del argumento competencial, el Tribunal ha excluido que las CC. AA. puedan permitir consultas, del tipo que sean, que incidan sobre cuestiones resueltas por el poder constituyente y que quedan sustraídas de los poderes constituidos [STC 31/2015, FJ 6.b)]. El TC ha sido así tajante al negar la posibilidad de un referéndum unilateral autonómico de autodeterminación [STC 259/2015, FJ 4, que enlaza con la 247/2007, FJ 4.a)], puesto que en su caso (como a continuación veremos) se plantea un nuevo argumento sustantivo, como es la imposibilidad de fraccionar el sujeto único del pueblo soberano del art. 1.2 o, sencillamente, resolver sobre la identidad del sujeto titular de la soberanía. Para ello, el Tribunal se apoya en el pronunciamiento del Tribunal Supremo de Canadá, de 20/8/1998, en el que se rechazaba por disconforme, tanto con la Constitución como con el derecho internacional, el proyecto unilateral de secesión por parte de una de sus provincias (STC 42/2014, FJ 3).

Fundamentalmente, sin embargo, en materia de referéndum la falta de adaptación del procedimiento de adopción de decisiones al carácter heterogéneo del Estado la vemos en el resto de modalidades de consultas referendarias (arts. 92.1, 167.3 y 168.3 CE). Como es lógico, en aquellos casos en los que la decisión es de interés general no se adapta la regla general de la mayoría

²¹ Contradictoriamente, en el FJ 147 de la STC 31/2010 se admiten determinadas modalidades de referéndum introducidos directamente por el EA.

²² En favor de una reforma de la CE que suprima esta reserva, Castellà (2016: 262).

y el sujeto llamado a intervenir es el conjunto de los ciudadanos españoles. Pero tampoco se modula dicha regla en los supuestos en los que la cuestión de interés general incide especialmente sobre esas minorías que reconoce el art. 2, de manera incluso determinante para su existencia, como sucedería en un referéndum de reforma constitucional que afectara a la autonomía. La CE no admite en esos casos excepción a la regla de la mayoría, que se imputa al todo, ni se otorga un mayor peso en su intervención a los habitantes de los territorios identificados con esas minorías, de acuerdo con la idea de soberanía del art. 1.2, residenciada en el conjunto de los ciudadanos.

Así ocurre cuando la consulta es consecuencia de la reforma de la Constitución, tanto por el procedimiento ordinario (del art. 167.3, facultativa) como por el agravado (del art. 168.3, preceptiva). Y así sucede también cuando se celebra el referéndum consultivo del art. 92.1, entendido como de ámbito necesariamente estatal, sin que ni siquiera estén facultadas las CC. AA. para promover la consulta (Castellà Andreu, 2016: 261).

De acuerdo con la Constitución y la interpretación que de ello ha hecho el TC, en el texto constitucional no hay nada irreformable. Pero la modificación del sujeto soberano requiere un procedimiento especialmente gravoso, con el que se habría querido compensar esa ausencia de límites materiales, representando ese altísimo grado de complejidad procedimental una llamada al poder constitucional (De Otto, 1985: 35).

Tal y como ya se ha dicho, remitiéndonos para ello a la jurisprudencia constitucional, en ningún caso cabe un referéndum unilateral de autodeterminación (es decir, decidido a nivel autonómico), pero tampoco cualquier tipo de referéndum autorizado por el Estado, y menos aún uno en el que solo participe una fracción del pueblo (el del territorio de la CA que quisiera plantear la secesión). De no seguirse el procedimiento de reforma correspondiente, se estaría modificando el sujeto constituyente sin que este haya podido dar su consentimiento (no se le habría consultado al pueblo español del art. 1.2) y se rompería con ello la lógica fundamental del orden constitucional. No se procedería a una reforma, sino a una ruptura radical.

De la misma manera, la supresión del Estado autonómico requiere consultar al conjunto del pueblo español en la medida en que comportaría modificar el art. 2 y el reconocimiento que este hace de las nacionalidades como integrantes de la nación.

No sería posible acudir al referéndum del art. 92 ni del art. 167.3. Quien participa en esas modalidades de referéndum no es el pueblo soberano, sino el pueblo organizado como poder constituido, el colectivo de ciudadanos que, en representación del pueblo, participa directamente en la formación de la voluntad general a través de las reglas establecidas por el poder constituyente y desarrolladas por los poderes constituidos (Schmitt, 2001: 60). Así es en el

caso del referéndum consultivo, pero también en el del procedimiento ordinario de reforma, en tanto que el pueblo que en él actúa debe ajustarse a unas reglas procedimentales y materiales, quedando sustraídas del poder de reforma determinadas decisiones constitucionales. El TC distingue en estos casos entre el cuerpo electoral —llamado a formar y a expresar la voluntad del pueblo, pero sometido a la Constitución— del titular de la soberanía (el pueblo español del art. 1.2), como unidad ideal de imputación del poder constituyente (STC 31/2015, FJ 5, y 42/2014, FJ 3) y, por tanto, fundamento de la Constitución y del ordenamiento jurídico.

En cambio, cuando la reforma es extraordinaria, es decir, cuando es total o afecta a aspectos nucleares del texto (lo que identifica el art. 168 con el título preliminar, la sección primera del capítulo segundo del título I, y el título II²³), el sujeto que actúa se aproxima al poder constituyente, designándose como poder constituyente constituido. De ahí que el procedimiento agravado de reforma requiera dos llamadas al pueblo. Una, tras la disolución obligada de las Cortes, con la celebración de elecciones, que vienen a representar una especie de referéndum indirecto al servir para constituir unas nuevas Cortes Generales que ratifiquen la voluntad de reforma expresada por las primeras. Otra, con la celebración imperativa de un referéndum, en el que el pueblo debe aceptar el texto reformado salido de las nuevas Cortes.

En los dos casos planteados de reforma del art. 2 resultaría así necesario acudir al procedimiento agravado y lograr el consentimiento de los titulares del poder soberano (STC 31/2015, FJ 6). Se estaría dando lugar a un nuevo acto constituyente, una redefinición de las condiciones estructurales, si bien dentro de los límites procedimentales fijados por la CE, destinados a garantizar la estabilidad o continuidad formal.

No parece así que, ni siquiera mediando autorización del Gobierno, se pudiera celebrar por la vía del art. 92 un referéndum consultivo para conocer la opinión de la sociedad al respecto, previo en todo caso a la reforma por el procedimiento del art. 168 (Bar Cendón, 2016: 215). El TC entiende que con esa consulta (aunque no vinculante) los poderes constituidos estarían disponiendo de competencias reservadas en exclusiva al constituyente. Y no podría tampoco plantearse como mera fase preliminar a la reforma del art. 168, en tanto en que subvertiría la lógica de su procedimiento, que estructura la reforma en cuatro fases en las que la intervención popular se produce cada vez a continuación de

²³ Una identificación cuestionada repetidamente por la doctrina, por no impedir que ámbitos reservados al procedimiento agravado se vean afectados por la reforma de preceptos que formalmente quedan bajo la competencia del ordinario, y atribuir en cambio al agravado elementos que materialmente no son nucleares. Entre otros: De Otto (1985) y Requejo Pagés (1998).

la negociación y deliberación parlamentaria, subrayándose con ello tanto el carácter parlamentario de la democracia española como la voluntad de preservar el consenso que posibilitó el pacto constitucional (Ferrerres Comella, 2018). Como ya se ha visto, tampoco es posible un referéndum consultivo autonómico, que permitiera a las minorías nacionales afectadas manifestarse al margen de la mayoría estatal, al no estar previsto por la LOMR, y al entender el TC que el objeto de la pregunta sería en todo caso inconstitucional.

IV. CONCLUSIÓN

A lo largo de estas páginas se ha analizado cómo en aquellos Estados constituidos como complejos, los problemas de conciliación entre la unidad (basada en la igualdad formal entre los ciudadanos) y la diversidad (basada en la igualdad sustantiva entre algunos de los ciudadanos del Estado, dando lugar a minorías estructurales) no son del todo resolubles. Pero se ha sostenido que los procedimientos de formación de la voluntad (que regulan la relación entre mayoría y minoría) deben en todo caso adaptarse a fin de garantizar la legitimidad del sistema y, en última instancia, su unidad. Con ello se protege a las minorías estructurales respecto de la mayoría estatal, pero también a las eventuales nuevas minorías respecto de las minorías constitucionalmente protegidas, sirviendo esto último para impedir que la democracia liberal derive en una identitaria por territorios.

Concretamente, respecto del caso español, se ha señalado la insuficiencia de la respuesta dada (tanto constitucional, como legislativa o jurisprudencial) en la medida en que la afirmación que se hace del carácter heterogéneo del Estado no es suficientemente clara, y al mismo tiempo tampoco está acompañada de límites que aseguren el pluralismo en el interior de los territorios en los que se ha querido garantizar la subsistencia de unas determinadas minorías. De manera más importante, no existe una cláusula de intangibilidad que blinde el carácter heterogéneo del Estado, lo que significa que el art. 2 podría reformarse para suprimir tanto la unidad del Estado como la autonomía de las nacionalidades y regiones que lo integran.

Desde un punto de vista procedimental, esa posibilidad de reforma suscita la pregunta de si no habría que adaptar la configuración del referéndum del art. 168, a fin de que la presencia de las minorías no quede difuminada en algo que les afecta directamente. La celebración de un doble referéndum podría ser una solución en este sentido: uno estatal y otro autonómico (con las mayorías reforzadas pertinentes), debiéndose determinar quién define la pregunta (el Estado central parece en ese supuesto lo más apropiado), así como un método de resolución en caso de resultados claramente divergentes, además de las cifras a partir de las cuales estos se entienden lo suficientemente contrapuestos.

Pero si adoptamos en cambio una perspectiva sustantiva, podríamos volver a cuestionar si, a pesar de lo que prevé la Constitución y de lo que ha repetido el TC, existen, como aquí se defiende, cláusulas (implícitas) de intangibilidad material que hagan imposible modificar determinadas cuestiones²⁴, ni siquiera por tanto por la vía extraordinaria del art. 168 (De Vega García, 1985). Es decir, elementos de la Constitución que por más que formalmente reformables (la Constitución no lo impide, sino que prevé expresamente un procedimiento a tal efecto), materialmente su reforma representa una quiebra de la lógica constitucional vigente²⁵ y la entrada de un nuevo orden constitucional²⁶.

Concretamente, la jurisprudencia constitucional, generada durante los años de conflicto secesionista, ha repetido insistentemente que no rige en España un sistema de democracia militante que imponga una adhesión positiva a la Constitución, siendo posible todo tipo de reformas²⁷. El único límite previsto sería así el procedimental (la necesidad de ajustarse a lo que estipula el art. 168)²⁸, además de no poderse defender la reforma causando vulneración de los principios democráticos, de los derechos fundamentales o de los demás preceptos constitucionales, añade la STC 42/2014, FJ 4, si bien no queda muy claro qué aporta ese añadido que no existiera ya como límite.

Este razonamiento que lleva al TC a concluir la ausencia de todo tipo de límites materiales (también implícitos) a la reforma resulta en efecto impecable desde un tipo de lógica jurídico-positiva, de acuerdo con la cual, y sin lugar a dudas, toda innovación material es posible en la CE, sin que la reforma pueda producir una cesura en la continuidad jurídica²⁹. Pero esta afirmación resulta en cambio cuestionable si lo que adoptamos es una lógica normativa que hace exigible la coherencia del texto³⁰, en una interpretación que atiende a la sistemática del conjunto y que obligaría a tratar de detectar hasta qué

²⁴ En contra, Varela Suanzes (1992: 102).

²⁵ En este sentido, Schmitt (2003: 109-111), así como Böckenförde (2000b: 213-214): tanto el poder legislativo como el poder de reforma serían poderes constituidos, sin acceso a la parte sustancial de la constitución.

²⁶ En relación con el art. 10.1 CE, y desde una perspectiva lógico-jurídica, véase Jiménez Campo (1980: 81-103), así como De Otto (1985: 29-36). También Tajadura Tejada (2008: 175-178).

²⁷ También en este sentido, Aláez Corral (2000).

²⁸ Si bien, como señala Aragón Reyes (2015: 320), los límites procedimentales pueden entenderse también como garantías del ejercicio del poder de reforma.

²⁹ En este sentido, Requejo Pagés (1998).

³⁰ La compatibilidad entre determinadas opciones axiológicas del texto constitucional con el indiferentismo ideológico total que se desprende de la ausencia de límites materiales (Jiménez Campo, 1980: 84).

punto el reconocimiento constitucional de los principios de unidad y de pluralismo condicionan al resto de preceptos. Todavía más objetable parece dicha conclusión si nos situamos desde una óptica política, es decir, relativa no tanto a la validez del sistema constitucional como a su legitimidad, asumiendo con Schmitt que el poder constituyente es la fuente de legitimidad de la constitución y no una mera norma hipotética o supuesta, a la que Kelsen se refiere desde la perspectiva de la validez formal de las normas (Böckenförde, 2000b: 207). La legitimidad así sería lo que en el momento fundacional hace posible el acuerdo constituyente, pero también lo que, si se mantiene, asegura la vigencia continuada de la Constitución. Una legitimidad que en los Estados heterogéneos, y que cuentan así con minorías irreductibles (que nunca van a llegar a ser mayoría), se logra a base de un difícil equilibrio de fuerzas entre mayoría y minoría, que entre otras cosas pasa por blindar la existencia de esas minorías. En los Estados homogéneos (sin minorías estructurales) la minoría en el poder constituyente puede acabar aceptando como legítimo el pacto fundacional por la ausencia de cláusulas de intangibilidad, en tanto que ello eventualmente les permitirá acabar modificando aquellos aspectos a los que se oponen (Rubio Llorente, 1991: 44). Pero en los Estados plurales es justamente la presencia de esas cláusulas (que garantizan el reconocimiento por la mayoría del carácter heterogéneo del Estado) lo que hace que las minorías puedan aceptar la unidad del Estado (requerida a su vez como inamovible por la mayoría) y hacer posible la viabilidad del pacto constituyente.

Y esto, que contradice la voluntad expresa del constituyente (que en su momento explícitamente optó por hacer posible todo tipo de innovación material en el texto), significa acudir a la distinción schmittiana entre constitución y leyes constitucionales (Schmitt, 2003: 46). Es decir, asumir la existencia de dos tipos de normas en la constitución: las que representan el núcleo duro, configurador de las señas de identidad del orden constitucional, condicionante de la validez del resto (las llamadas decisiones políticas fundamentales³¹), y las que son desarrollo de ese núcleo inmodificable y que solo son válidas en la medida en que respetan las primeras.

Bibliografía

Aguado Renado, C. (2011). Referéndum autonómico y jurisprudencia constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 541-554. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.28.2011.6971>.

³¹ Para Schmitt, la decisión política fundamental sería, entre otras cosas, la traducción jurídica del colectivo que en el momento de aprobación de la constitución o de creación de un nuevo orden constitucional ha conseguido erigirse por encima de otros grupos.

- Alález Corral, B. (2000). *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aragón Reyes, M. (2015). ¿Cambiar la Constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y límites de la reforma constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 36, 313-328. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.36.2015.16069>.
- Bar Cendón, A. (2016). El proceso independentista de Cataluña y la doctrina jurisprudencial: una visión sistemática. *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, 187-220. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.37.2016.17028>.
- Bastida Freixedo, X. (1998). *La nación española y el nacionalismo constitucional*. Barcelona: Ariel.
- Beaud, O. (2007). *Théorie de la Fédération*. Paris: Presses Universitaire de France.
- Biglino Campos, P. (2016). Cataluña, federalismo y pluralismo político. *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, 449-459. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.37.2016.17026>.
- Böckenförde, E. W. (2000a). Démocratie et représentation: pour une critique du débat contemporain. En E. W. Böckenförde. *Le droit, l'État et la constitution démocratique* (pp. 294-314). Paris: Bruylant-L.G.D.J.
- Böckenförde, E. W. (2000b). Le pouvoir constituant du peuple, notion limite du droit constitutionnel. En E. W. Böckenförde. *Le droit, l'État et la constitution démocratique* (pp. 205-222). Paris: Bruylant-L.G.D.J.
- Castellà Andreu, J. M. (2016). El referéndum en la Constitución: ¿es necesario un replanteamiento de la institución? En J. L. Cascajo Castro y A. Martín de la Vega (coords.). *Participación, representación y democracia, XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* (pp. 235-266). Valencia: Tirant lo Blanch.
- De Miguel Bárcena, J. (2018). Las cláusulas constitucionales de integración territorial. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 16, 45-58.
- De Otto Pardo, I. (1985). *Defensa de la Constitución y partidos políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- De Vega García, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- Ferreres Comella, V. (2018). Monarquía, referéndum y reforma constitucional. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 50, 19-26.
- Garrido López, C. (2019). El referéndum autonómico en su laberinto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 117, 13-43. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.117.01>.
- Jiménez Campo, J. (1980). Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución. *Revista de Derecho Político*, 7, 81-103. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.7.1980.8035>.
- Kelsen, H. (2009). *De la esencia y valor de la democracia*. Oviedo: KRK Editores.
- Lijphart, A. (1977). *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*. New Haven; CT: Yale University Press.
- Maíz Suárez, R. (2007). *Nación y revolución: la teoría política de Emmanuel Sieyès*. Madrid: Tecnos.
- Pardo Núñez, C. (2008a). Derechos estatutarios, jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional. En F. J. Gómez Gállego (coord.). *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias* (vol. 1) (pp. 263-293). Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.

- Pardo Núñez, C. (2008b). *Minorías nacionales y Tribunal Constitucional*. Trabajo presentado en la Fundación de UDC.
- Pérez Alberdi, M. R. (2015). La admisibilidad constitucional de un referéndum autonómico con base en la competencia estatutaria sobre consultas populares. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 104, 101-132. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.104.04>.
- Punset Blanco, R. (1998). 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, 329-360.
- Requejo Pagés, J. L. (1998). El poder constituyente constituido. La limitación del soberano. *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 1, 361-380.
- Requejo Rodríguez, P. (2014). El referéndum consultivo en España: reflexiones críticas y algunas propuestas de futuro. *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, 62 (1), 261-284. Disponible en: [https://doi.org/10.18543/ed-62\(1\)-2014pp261-284](https://doi.org/10.18543/ed-62(1)-2014pp261-284).
- Rosanvallon, P. (1998). *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*. Paris: Gallimard.
- Rosanvallon, P. (2000). *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple*. Paris: Gallimard.
- Rubio Llorente, F. (1991). Minorías y mayorías en el poder constituyente. *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 3, 31-58.
- Ruiz Miguel, A. (2019). Nacionalismo e invención de enemigos (a propósito de Cataluña). *Claves de Razón Práctica*, 266, 116-125.
- Schmitt, C. (1990). *Sobre el parlamentarismo*. Madrid: Tecnos.
- Schmitt, C. (2001). *Democrazia e liberalismo: Referendum e iniziativa popolare. Hugo Preuss e la dottrina tedesca dello Stato*. Milano: Giuffrè.
- Schmitt, C. (2003). *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial.
- Solozabal Echavarría, J. J. (2004). *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Tajadura Tejada, J. (2008). Constitución y derechos históricos: legitimidad democrática frente a legitimidad histórica. *Teoría y Realidad Constitucional*, 22, 137-192. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.22.2008.6813>.
- Tsebelis, G. (2002). *Veto players. How political Institutions Work*. Princeton: Princeton University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1515/9781400831456>.
- Varela Suanzes, J. (1992). Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la Constitución española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 36, 71-104.

