

# LA NUEVA REIVINDICACIÓN DE LA SECESIÓN DE CATALUÑA EN EL CONTEXTO NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y EL TRATADO DE LISBOA

JAVIER RUIPÉREZ ALAMILLO  
*Catedrático de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Coruña*

## SUMARIO

- I. Algunas palabras preliminares, pero necesarias.
- II. Identificación del problema político y la justificación de su adecuación al contenido de las Ciencias Constitucionales.
- III. El encaje del anterior problema político en el ámbito del Derecho (Algunas consideraciones generales).
- IV. La solución general a nuestro problema: la absoluta complementariedad del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional.
- V. La solución concreta: El *ius secessionis* en la relación Estado español y Unión Europea.
- VI. Consideraciones finales. Entre el fraude constitucional y el proceso constituyente revolucionario.

## I. ALGUNAS PALABRAS PRELIMINARES, PERO NECESARIAS

En el marco de un ordenamiento jurídico en el que la libertad de pensamiento —que, como, con total acierto, indicó ya Fichte<sup>1</sup>, constituye uno de los contenidos esenciales de esa libertad inalienable a la que los hombres, para continuar siendo tales, no pueden renunciar ni siquiera en aras a conseguir crear la República, y que, de

1 Cfr. J. G. FICHTE, «Reivindicación de la libertad de pensamiento a los príncipes de Europa que hasta ahora la oprimieron» (1793), en J. G. FICHTE, *Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos*, Madrid, 1986.

cualquier forma, únicamente adquiere su auténtica entidad y realidad cuando, recogida ya en el ámbito de lo que el reverendo John Wise<sup>2</sup> denominó «libertad civil», se materializa como libertad de expresión, cuyo ejercicio es, precisamente, y en definitiva, el que sí pueden impedir, o, al menos, tratar de impedir, los gobernantes del Estado— aparece reconocida y garantizada en el más alto nivel normativo de la Comunidad Política, evidente, e indiscutible, resulta que habría de ser absolutamente innecesario que el profesional universitario se vea de algún modo obligado a justificar el porqué, de entre todos los problemas que la realidad plantea, opta por prestar atención a uno en concreto y, de esta suerte, convertirlo en objeto de su investigación actual. La libertad de pensamiento, reconocida y garantizada por el Constituyente, vendría a legitimar su elección de manera sobrada. Tanto más cuanto que, como, en 1933 —y viéndose ya seriamente amenazado, por su condición de demócrata y judío, por la actuación del Gobierno nacional-socialista alemán que, de modo paradójico, se servía muy gustosamente de todas aquellas formulaciones lógico-matemáticas y geométricas del Derecho que el gran jurista vienés<sup>3</sup> había realizado con la intención clara y precisa de evitar el triunfo de los totalitarismos ascendentes en el período entre guerras (A. Baldassarre, A. La Pergola, P. De Vega,...)— puso de relieve Hans Kelsen<sup>4</sup>, en democracia la libertad de pensamiento, que se concreta, en términos generales, en el derecho de los ciudadanos a expresar libremente, y sin temor a posibles represalias por parte de quien en cada momento ocupe el poder político, sus pensamientos, incluye, de manera tan necesaria como ineludible, la libertad de ciencia.

No es menester, entendemos, ser en extremo perspicaz para comprender que lo que, con una tal afirmación, hizo el insigne jefe del Grupo de Viena no fue más que constatar, y solemnizar, la circunstancia en la que, en último extremo, se materializa, y de modo bien patente, la gran diferencia que existe entre el Estado Constitucional y el Estado autocrático, en cualquiera de sus variantes, y la muy dispar fortuna que en uno y otro corre el científico del Estado, el Derecho y la Política en el desarrollo de su labor profesional. Lo que, en nuestra opinión, no ha de resultar muy difícil de comprender, ni de compartir. En todo caso, y aunque ello parezca obvio, merece la pena detenernos en su consideración.

Téngase en cuenta, a este respecto, que lo que, en definitiva, nos indica Kelsen es que en el marco de la Democracia Constitucional, y, justamente, porque en ella la libertad de pensamiento se encuentra reconocida, garantizada y, además, goza de una plena eficacia desde el punto de vista jurídico, no puede encontrar el constitucionalista límite alguno en la determinación de la materia de su investigación en la medida en que, como corolario medular y basilar de la propia esencia del régimen, nadie, ni desde el ámbito de la política práctica ni desde la órbita puramente universitaria, puede atribuirse la potestad de decidir tanto lo que se puede o no investigar, y el método por el que ha de realizarse, como lo que «toca» o «no toca» estudiar. De igual forma, nos

2 Cfr. J. WISE, *A Vindication for the Government of the New England Churches. A Drawn from Antiquity; the Light of Nature; Holy Scripture; its Noble Nature; and from the Dignity Divine Providence has put upon it*, Boston, 1717.

3 Cfr. H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, enwickel aus der Lehre von Rechtssatze*, Viena, 1911.

4 Cfr. H. KELSEN, «Forma de Estado y visión del mundo» (1933), recogido en O. Correas (comp.), *El otro Kelsen*. México, 1989.

indica, más bien nos recuerda, Kelsen que en la Democracia, brillantemente caracterizada por Friedrich<sup>5</sup> como aquél régimen que opera desde el principio del «*disagreement on fundamentals*» y que, por ello mismo, se fundamenta en las ideas de discrepancia, discusión y consenso, el Profesor universitario, que es libre para decidir el problema al que va a prestar su atención y el modo en que va a estudiarlo, gozará también del derecho a exponer el contenido de su investigación y a hacer públicas, y esto es lo importante, sus conclusiones, sin que, frente a las mismas, quepa alguna actuación sancionadora y represiva por parte de las autoridades políticas y académicas. Y ocurre que esto debe ser así, y es así, aunque las conclusiones del científico puedan ser no ya lesivas para los intereses políticos concretos y coyunturales del gobernante de turno, sino también, e incluso, cuando las mismas sean contrarias, y radicalmente opuestas, a la propia esencia del régimen democrático mismo. La suerte corrida por aquel Carl Schmitt, que, aunque habiendo realizado una de las más lúcidas exposiciones del Estado burgués de Derecho, o Estado Constitucional liberal, se presentaba como el, acaso, más capaz de los formuladores del «Estado total del *Führer*» y, desde luego, como el más brillante de los defensores intelectuales del totalitarismo nacional-socialista (P. De Vega), durante la vida de la República de Weimar, y al menos durante el tiempo en que ésta respondía verdaderamente a la lógica de la Democracia Constitucional, constituye, sin duda, y sin que quepa discusión sobre lo mismo, un magnífico, e irrefutable, ejemplo de ello.

Nos dice, igualmente, Kelsen que es en el marco del Estado autocrático donde, de modo natural, los constitucionalistas, sobre todo, y como les es obligado, si se muestran críticos en su tarea (J. G. Fichte, H. Heller, P. De Vega, ...), pueden verse sometidos a una política represora por parte del gobernante. Represión que puede ir desde la mera interposición de vetos y la, como se decía en la España del dictador ferrolano, la expulsión a perpetuidad de la Universidad, a los supuestos más extremos de condenar, *de iure* o *de facto*, al universitario al exilio o, incluso, a la muerte. Consideración ésta sobre la que, de nuevo, no debiera existir obstáculo alguno para que todos podamos compartirla.

Estimamos, en efecto, que bastará para ello que, haciendo caso omiso de las consecuencias que no pocos pretenden imponer de la implantación del Espacio Europeo de Enseñanza Superior, recordemos cuál es la verdadera esencia del Estado autocrático, y que, desde luego, va mucho más allá de aquella permanente obsesión demostrada por sus titulares por el principio de la unanimidad (C. J. Friedrich). En este sentido, debemos al Profesor De Vega<sup>6</sup> una observación fundamental a la que, por ser tal, no podemos dejar de referirnos. Ponía de manifiesto el Maestro que si hay una nota que, de manera definitiva, sirva para definir y caracterizar la autocracia, en cuanto que forma política general en la que quedarían englobados tanto el viejo absolutismo como los modernos totalitarismos (H. Heller, C. Schmitt, C. J. Friedrich, P. De Vega, ...), ésta es la de que quien en ella detenta el poder tuvo siempre la «pretensión de destruir la línea divisoria entre el Estado y la sociedad mediante la integración total de ésta en la política. Se aspira así a montar una construcción ideológica en la que, [...], se forja arbitrariamente una visión unitaria y exclusivista del mundo desde la que las categorías

5 Cfr. C. J. FRIEDRICH, *La Democracia como forma política y como forma de vida*, Madrid, 1965, 2.ª ed.

6 Cfr. P. DE VEGA, «Para una teoría política de la oposición» (1970), en P. DE VEGA, *Estudios político constitucionales*, México, 1987, 1.ª reimpr.

de división y fraccionamiento no se comprenden. Lo que dicho en otros términos se podría expresar del siguiente modo: la formulación ideológica absolutista y totalitaria coinciden en la medida en que ambas pretenden ocultar el conflicto».

Fácil resulta, desde la anterior perspectiva, comprender, y esto es en realidad lo que constató y solemnizó Kelsen en 1933, lo molesto que puede llegar a ser para los intereses del gobernante autócrata la actuación libre, y responsable, del intelectual en el campo científico de la Política, el Estado y el Derecho. Al fin y al cabo, éste, por muy poco riguroso que quiera ser —lo que, de un modo muy diverso al propuesto por el positivismo en cualquiera de las Ciencias Sociales, excluye la posibilidad de reducir su tarea a la mera constatación de lo fáctico y a la justificación de lo hecho desde el poder (P. De Vega<sup>7</sup>)— se vería forzado a poner de relieve que, frente a aquella visión unitaria y exclusivista del mundo que trata de imponer el autócrata, lo cierto es que el Estado y la sociedad son plurales, que en ellos operan muy distintos, e irreconciliables, intereses, y que, en consecuencia, la existencia del conflicto es inevitable. Y se comprende, asimismo, sin dificultad el motivo por el cual el constitucionalista, que se encuentra profesionalmente obligado a denunciar la aparición de los patológicos supuestos de la realidad inconstitucional —entendida aquí, y en el sentido más amplio y general de Constitución, es decir, mero instrumento de gobierno del que no puede prescindir ninguna Comunidad Política (G. Jellinek), como la absoluta inadecuación y total discordancia entre la realidad jurídico-normativa y la realidad política, social y económica subyacente—, termina convirtiéndose, en cuanto que discrepante, en un «enemigo» al que —desde la lógica a la que, notablemente influido por el pensamiento de Georges Sorel y, en todo caso, con igual brillantez expositiva que falta de rigor científico (H. Heller<sup>8</sup>), Schmitt<sup>9</sup> reducía la esencia de la política— ha de eliminarse.

Por no referirnos aquí a nuestra propia experiencia nacional, nos limitaremos tan solo a indicar que la Historia de Alemania nos ofrece ejemplos bastantes para confirmar lo cierto que es lo anterior. Y, en este sentido, nos encontramos con que fue ya Heller<sup>10</sup> quien, en 1926, nos proporcionó el testimonio de que la represión sobre el científico fue una práctica harto común en la vida pública alemana bajo la forma de gobierno monárquica. Así sucedió, desde luego, y sin que ello pueda causar extrañeza, en aquellos momentos en los que los príncipes alemanes no sentían la necesidad de ocultar su condición de monarcas absolutos. Y a ello responde, sin discusión alguna, aquel episodio que el genial jurista y politólogo socialdemócrata recogió indicando que «Cuando el rey de Hannover suprimió, sin más, en 1837 la Constitución de 1833 [...], protestaron contra esa violación del Derecho los siete famosos profesores de la Universidad de Gotinga, liberales muy moderados, Dahlmann, Albrecht, Jacob y Wilhem Grimm, Wilhem Weber, Ewald y Gervinus, que fueron destituidos de sus cátedras y expulsados entre gendarmes».

7 Cfr. P. DE VEGA, «Ciencia Política e ideología», «Dialéctica y política» (1969), y «Gaetano Mosca y el problema de la responsabilidad social del intelectual» (1971), todos ellos en P. DE VEGA, *Escritos político constitucionales*, cit.

8 Cfr. H. HELLER, «Europa y el fascismo» (1929), en H. HELLER, *Escritos políticos*, Madrid, 1985.

9 Cfr. C. SCHMITT, *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*, Madrid, 1991.

10 Cfr. H. HELLER, *Las ideas políticas contemporáneas* (1926), Granada, 2004.

Pero lo mismo sucedía también en la etapa de la monarquía constitucional. Lo que, de cualquier forma, no tiene nada de particular toda vez que, muy a pesar de lo atractivo que pueda resultar su nombre, y a pesar de la confusión generada por el juicio que sobre la misma realizó Schmitt<sup>11</sup>, esta forma política, en cuanto que auténtico «anticonstitucionalismo» que era, no es más que una versión moderna del Estado absoluto que, sin embargo, y por influencia de Stahl, mantenía las formas democrático-constitucionales. Y siendo así, nada de singular tiene que, como relata el propio Heller, «De nuevo volvió a sufrir violencia la libertad científica; los sabios liberales fueron perseguidos, Baumgarten, de la Universidad de Rostock, fue destituido y encarcelado, Weiss, de Wützburgo, y Prantl, de Munich, sufrieron correcciones disciplinarias. En Sajonia, el claustro de la Universidad de Leipzig había decidido no enviar sus representantes al *Landtag* de 1850, convocado anticonstitucionalmente, a lo cual respondió el Gobierno destituyendo a los profesores Mommsen, Jahn y Haupt, y limitando la libre constitución universitaria».

Y si esto era así en el marco de la monarquía, y lo mismo no puede sino considerarse como algo lógico, ocurre que no debe olvidarse, y no puede dejar de consignarse, que fue con el nacional-socialismo cuando aquella práctica represora del científico encontró su máxima expresión. Y lo hizo en la medida en que el Gobierno alemán no sólo encargó a Reinanhard Höhn la tarea de determinar el contenido concreto de las Ciencias Constitucionales —y cuyo programa, como nos recuerda De Vega<sup>12</sup>, fue escandalosa e inicialmente seguido por los Binder, Jerusalem, Krüger, Tatarin-Tamheyden, etc.—, sino que, además, elevó a éste y a su grupo a la posición de verdaderos jueces facultados para impedir el ejercicio de la libertad de pensamiento por parte de los constitucionalistas disidentes. El resultado de todo ello, no pudo ser, en verdad, más lamentable. Sin ánimo de ser exhaustivos, podríamos muy bien recordar aquí la suerte de aquel Hermann Heller —marcha al exilio, expulsión de su Cátedra y prohibición de ejercer en cualquier Universidad alemana— al que, por socialdemócrata, judío y antiformalista, se había convertido en «enemigo total» del *Reich*<sup>13</sup>. O podríamos, en el mismo sentido, volver a traer a colación el supuesto de Kelsen que, aunque participando de ese método del positivismo jurídico formalista que, en cuanto favorecía su actuación, tan caro era al dictador, se vio forzado a huir de Alemania por sus convicciones democráticas y su origen judío. Sin embargo, creemos que resulta mucho más llamativo, y mucho más esclarecedor, el caso de Schmitt, que, habiendo contribuido como ninguno al triunfo del nacional-socialismo, su adscripción al antiformalismo determinó que, como señala Fijalkowski<sup>14</sup>, conociera una progresiva situación de marginación por parte de sus correligionarios y que, finalmente,

11 Cfr. C. SCHMITT, *El Leviathan en la Teoría del Estado de Tomas Hobbes* (1938), Granada, 2004; «Estructura del Estado y derrumbamiento del Segundo Reich.» *La victoria del burgués sobre el soldado*», en C. SCHMITT, *Estructura del Estado y derrumbamiento del Segundo Reich.* «La victoria del burgués sobre el soldado». *La lógica de la sumisión espiritual*, Madrid, 2006.

12 Cfr. P. DE VEGA, «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 1 (1998).

13 Cfr. J. RUIPÉREZ, «Hermann Heller marcha al exilio (Un ensayo de Teoría del pensamiento político y constitucional)», *Revista de Derecho Político*, n.º 75-76 (2009).

14 Cfr. J. FIJALKOWSKI, *La trama ideológica del totalitarismo. Análisis crítico de los componentes ideológicos en la Filosofía Política de Carl Schmitt*, Madrid, 1966.

optó por primar el estudio del Derecho Internacional sobre su interés sobre las Ciencias Constitucionales.

Así las cosas, y en tanto en cuanto la Constitución de 1978 sigue estando vigente, podría yo perfectamente prescindir de toda justificación de mi trabajo. Tanto más cuanto que el escrito tiene como destino una publicación, *Teoría y Realidad Constitucional*, cuya dirección científica ha dado pruebas bastantes de su total adscripción a la lógica de la Democracia Constitucional.

Ocurre, no obstante, que el hacerlo hoy, en modo alguno puede ser ocioso. Y ello, por la sencillísima razón de que al haber, y ya desde el mismo título, una clara referencia a una norma del Derecho de la Unión Europea, pudiera muy bien generarse algún equívoco que conviene deshacer desde el primer momento. De lo que se trataría, en definitiva, es de dejar claro que, pese a la referencia al Tratado de Lisboa, no pretendemos introducirnos aquí en el ámbito científico propio de lo que antes llamábamos «Derecho Comunitario», sino mantenernos en el del estudio del Estado, el Derecho y la Política. E interesa señalar que esto es así, porque lo que va a ocupar nuestra atención no es el Tratado de Lisboa en cuanto que tal, y como norma integradora del Derecho de la Unión Europea, sino, por el contrario, la existencia de un problema jurídico y político que se genera en el interior de un concreto Estado, España, el cual cuenta con unas determinadas normas jurídicas para la solución de los posibles conflictos que puedan surgir en su seno.

## II. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA POLÍTICO Y LA JUSTIFICACIÓN DE SU ADECUACIÓN AL CONTENIDO DE LAS CIENCIAS CONSTITUCIONALES

Para llevar a cabo adecuadamente una tal misión, estimamos que lo más oportuno es tratar de poner de manifiesto que el objeto de nuestra atención en este escrito se encuentra, sin ningún género de duda, inserto en el núcleo temático que corresponde atender al profesional universitario de las Ciencias Constitucionales. Lo que, como es obvio, nos obliga a determinar el propio objeto y la misión del Derecho Constitucional científico.

En este sentido, importa advertir que entre los autores a los que se les deben las más valiosas contribuciones del presente en este ámbito de la Ciencia jurídica, existe un amplio acuerdo en considerar que el Derecho Constitucional, como Teoría del Estado y de la Constitución, es una Ciencia eminentemente práctica cuyo cometido principal es el de, facilitando una comprensión global del conjunto del sistema, proceder a la explicación en términos jurídicos de las relaciones de poder que se verifican en el marco de una determinada Comunidad Política, tratando tanto, y desde la búsqueda en lo devenido de lo que está por devenir, de averiguar cuál puede ser su evolución en el futuro, como la de intentar de influir con sus formulaciones en su desarrollo (H. Heller<sup>15</sup>). Si se acepta esto, sólo una puede ser la conclusión a la que cabe llegar. Y ésta, en último

15 Cfr. H. HELLER, *Teoría del Estado*, México, 1983, 1.ª ed., 9.ª reimpr.

extremo, no es sino la de que la materia sobre la que ha de trabajar el constitucionalista no es otra que la realidad jurídica y política del Estado en el que él desempeña su oficio.

No hay, al menos hasta donde a mí se me alcanza, en este punto grandes diferencias entre los diversos grupos académicos. Si la hay, sin embargo, en cuanto al verdadero significado que ha de darse al hecho de que el constitucionalista haya de trabajar sobre la realidad jurídica y política del Estado. Lo que se explica, como nadie puede, ni debe, ignorar, por el muy distinto método con el que unos y otros operan.

Es menester recordar, a este respecto, que fue un postulado esencial del primer positivismo jurídico formalista el de que, como mecanismo tanto para preservar la independencia política del universitario, como para asegurar la completa y absoluta objetividad científica de sus trabajos, el constitucionalista, que ha de estudiar la realidad jurídica y política del Estado, jamás debe involucrarse en ella. Lo de menos, como ha de ser para todos evidente, sería señalar aquí que, como, con pleno acierto y total contundencia, denunció ya Triepel<sup>16</sup>, una tal exigencia lo que escondía era, pura y simplemente, un poco disimulado, y desde luego hipócrita, intento de asegurar para la propia Escuela Alemana de Derecho Público el monopolio no solo en el ámbito científico-académico —lo que, en última instancia, conseguían en la medida en que, contando con el beneplácito de quienes ocupaban el poder político, se erigían en la posición de determinar quien de todos los estudiosos del Estado hacía en realidad Derecho y, en consecuencia, podía ser admitido en el «club de los juristas», y quien no—, sino también, y, en el fondo, con un muchísimo mayor interés para ellos en cuanto que, como los ha calificado Baldassarre<sup>17</sup>, «juristas del poder», en el ámbito de la política práctica. Lo que, por lo demás, resulta irrefutable. Sobre todo, si se toma en consideración que ese radical alejamiento del debate político que, como requisito imprescindible e ineludible para gozar de la honrosa condición de jurista, la Escuela Alemana de Derecho Público exigía de los demás profesionales del estudio del Derecho, la Política y el Estado, jamás fue estrictamente observado por los integrantes de dicha Escuela. Siendo, en todo caso, Laband<sup>18</sup> —y ahí están, p. ej., sus estudios sobre la materia presupuestaria como prueba de ello— el primero, y el más constante, en transgredir su propio mandato.

Lo que, en realidad, nos interesa aquí, es tan sólo poner de manifiesto que lo que se deriva de aquella exigencia es la más absoluta, y, al mismo tiempo, la más acientífica, reducción de la vida del Estado a la mera legalidad del mismo. Esto es, que identificados, del modo que sea, la Comunidad Política con el Derecho por el que se rige, lo que sucede es que toda la vida del Estado, y todos los problemas que ésta plantea, empiezan y terminan en la literalidad de las normas jurídicas. Comprensión ésta que, como no podía ser de otra manera, tendría que afectar al modo en que el constitucionalista ha de realizar su trabajo. Y, aunque no deja de resultar paradójico, fue Dicey<sup>19</sup> quien se encargó de ponerlo de manifiesto. Nos referimos, claro está, a su tajante afirmación de que «En el día de hoy los estudiantes de la Constitución no desean ni criticarla ni

16 Cfr. H. TRIEPEL, *Derecho Público y Política* (Discurso de toma de posesión del Rectorado de la Universidad Federico Guillermo de Berlín el 15 de octubre de 1926) (1927), Madrid, 1974.

17 Cfr. A. BALDASSARRE, «Constitución y teoría de los valores», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 32 (1994).

18 Cfr. P. LABAND, *Derecho presupuestario* (1871), Madrid, 2012.

19 Cfr. A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, 1959, 10.ª ed.

venerarla sino entenderla; y un Profesor cuyo deber es explicar la Ley Constitucional debe sentir que es llamado a representar la parte no de una crítica ni de una apología ni de un elogio sino simplemente de una exposición; su deber no es atacar ni defender la Constitución, sino simplemente explicar sus Leyes». Con lo que, de forma indefectible, y como con meridiana claridad ha resaltado Pedro De Vega<sup>20</sup>, y ello, en todo caso, viene a explicar esa especial y singular atracción que sintieron los totalitarismos del período entre guerras por las construcciones y el método del positivismo en todas las ramas de las Ciencias Sociales, el constitucionalista, privado de toda posibilidad de ejercer la crítica, queda reducido a la condición de un mero justificador de las decisiones, ya sean jurídicas ya fácticas, del gobernante de turno, y al que, por ello mismo, termina correspondiéndole desempeñar «ese menesteroso quehacer que ya describió Federico de Prusia cuando, dirigiéndose a sus generales, les dijo aquello de “vosotros conquistad sin recato, que ya vendrán los juristas con argumentos para justificaros”» (P. De Vega).

Radicalmente distinta, y como no podría ser de otro modo, es la concepción de que aquél Hermann Heller<sup>21</sup> que, pese a haber afirmado que el «imperialismo de un único método se rebela estéril en todas las ciencias del espíritu», actuaba desde los esquemas conceptuales del antiformalismo jurídico democrático. Para éste, en efecto, el constitucionalista tiene, y de manera obligatoria, que implicarse en y con la realidad jurídica y política que pretende estudiar y comprender. Y ello, siquiera sea porque es tan sólo así como el constitucionalista puede dar cumplimiento a aquella genial intuición de Georg Jellinek<sup>22</sup>, conforme a la cual a éste, como a cualquier otro jurista, le corresponde contribuir a la mejora de la situación jurídica reinante en el Estado de que se trate.

Lo de menos, como ha de resultar para todos meridiano, sería detenernos ahora a discutir sobre si la mejor manera de culminar ese deber de contribuir al buen desarrollo de la realidad jurídica y política es, como, bajo una innegable influencia de las tesis de Cohen<sup>23</sup> y, aunque más difusa, de Affolter, propuso Kelsen, proceder a reducir toda la rica problemática del Estado Constitucional en un conjunto de reglas lógico-matemáticas y geométricas elaboradas, en todo caso, al margen de la realidad espacio-temporal y totalmente ajenas al conjunto de principios y valores que operan en la sociedad, o si, por el contrario, debe dársele la razón a Heller cuando, en su espléndido estudio sobre «*La soberanía*», y después de haber llamado la atención sobre la dependencia que tiene la problemática de la vigencia y la eficacia de las normas del Derecho Positivo de las categorías «espacio» y «tiempo», por un lado, y de haber sentenciado de modo tajante que el «jurista participa en la creación de la unidad y la supresión de las contradicciones

20 Cfr. P. DE VEGA, «En torno al concepto político de Constitución», en M. A. GARCÍA HERRERA (Dir.) y otros, *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, 1997. En el mismo sentido, cfr. J. RUIPÉREZ, «La Constitución y su estudio. Un episodio en la forja del Derecho Constitucional europeo: Método jurídico y régimen político en la llamada Teoría Constitucional de Weimar», en C. LEÓN BASTOS y V. A. WONG MERAZ (coords.) y otros, *Teoría de la Constitución. Estudios jurídicos en homenaje al Dr. Jorge Carpizo en Madrid*, México, 2010.

21 Cfr. H. HELLER, *La soberanía. Contribución a la Teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional* (1927), México, 1995, 2.ª ed. Cfr., también, H. HELLER, «Osservazioni sulla problematica attuale della Teoria dello Stato e del Diritto» (1929), en H. HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla Dottrina del Diritto dello Stato*, Milán, 1987.

22 Cfr. G. JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución* (1906), Madrid, 1991.

23 Cfr. H. COHEN, *Ethik des reinen Willens*, Berlín, 1921.

del sistema jurídico, únicamente en la medida en que no es, pura y simplemente, un normativista lógico, y en que, por el contrario, mediante su actividad valorativa creadora y en unión de todos los miembros del sistema, contribuye a la formación de la unidad de voluntad», entiende que el constitucionalista ha de implicarse en el desarrollo de esa realidad jurídica y política que estudia no solo procediendo a la formulación de juicios de valor tanto sobre las normas jurídicas que se encuentran ya en vigor como sobre las diversas pretensiones que las distintas fuerzas políticas, sino que, además, realiza él mismo algunas propuestas encaminadas a asegurar el mantenimiento de una verdadera realidad constitucional en el futuro. Aunque he de indicar que, en mi opinión, resulta mucho más acertada la tesis del jurista y politólogo alemán.

Del mismo modo, tampoco es menester dedicar mucho tiempo a recordar que porque la realidad jurídica y política del Estado es, de manera inevitable, siempre compleja, son muchos, y muy variados, los problemas que en ella se suscitan. Y, porque esto es así, lo que sucede es que, de modo obligatorio e ineludible, el estudioso del Estado, el Derecho y la Política ha de hacer primar unos sobre otros y, con ello, decidir a cuál de ellos va a convertir en el objeto de su atención. Aunque, no obstante, si me parece oportuno señalar que, de una forma bien diversa a lo que mantuvieron, desde el campo de la Sociología y la Ciencia Política, los Bluntschli, Solomo, Zachariä, von Holtzendorff, Mosca, Michels y Pareto, y que acabó siendo de algún modo asumido por los autores del positivismo jurídico formalista y jurisprudencial, una tal opción la realizará el científico, y en ello se diferencia del simple práctico del Derecho, por motivos de índole subjetivo y, finalmente, condicionado por su propia visión del mundo. Nos sumamos, de esta suerte, y como a nadie puede extrañar, a la, siempre correcta y siempre atinada, opinión del Maestro De Vega, para quien, «Puesto que la propia mecánica del comportamiento teórico requiere, en todo caso, partir de determinados puntos de vista y seleccionar aquellos aspectos de la realidad que parecen más relevantes, es evidente que a la base del mismo existe siempre una decisión metafísica y esencialmente valorativa por la que se hacen prevalecer, entre los múltiples matices que la realidad ofrece, unos sobre otros», ha de ser para todos inconcuso que el origen de toda investigación en el campo del Estado, el Derecho y la Política supone siempre un previo posicionamiento ideológico por parte del estudioso de tales objetos. Y lo único que ahora nos cumpliría es señalar que esto es así, y ha de ser así, en todos los supuestos, y que no reconocerlo no sería más que repetir aquella hipócrita posición mantenida por Kelsen<sup>24</sup> en su polémica con Schmitt<sup>25</sup> sobre la defensa de la Constitución cuando, bien conocido es, reprochaba a éste el que actuará desde el principio y las ideas monárquicas para conseguir erigir al Jefe del Estado en el único soberano posible en la Comunidad Política y, por ello mismo, en el sujeto más indicado para actuar como «*Der Hüter der Verfassung*», ocultando, empero —y como, con meridiana claridad, ha advertido Pedro De Vega<sup>26</sup>— que él

24 Cfr. H. KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), Madrid, 1995.

25 Cfr. C. SCHMITT, «*Der Hüter der Verfassung*», *Archiv des öffentlichen Rechts*, t. XVI (1929); *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución* (1931), Madrid, 1983.

26 Cfr. P. DE VEGA, «Supuestos políticos y criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español», *Revista de Política Comparada*, n.º 10-11 (1984).

trabajaba desde la lógica inherente al principio y a las ideas democráticas y, además, persiguiendo el asegurar la pervivencia de la Democracia Constitucional frente a los ataques a los que estaba siendo sometida tanto por los totalitarismos fascistas como por el totalitarismo bolchevique.

Lo que, en realidad, nos importa es que, admitido que el constitucionalista ha de trabajar con una realidad jurídica y política que él no crea, pero que ha de hacer comprensible, lo que la de la España de 2012 nos ofrece es el hecho de que, enfrentada a la necesidad de hacer frente a una crisis económica y financiera de dimensiones colosales, y encontrando en ello, y en buena medida como consecuencia de su empeño en continuar aplicando las mismas recetas económicas que generaron aquella, grandes dificultades para atajarla, una determinada fuerza política, CiU, y desde la posición de partido mayoritario y, en consecuencia, encargado de formar Gobierno en una concreta colectividad-miembro, nos anuncia que a lo largo de la siguiente legislatura se celebrará un referéndum, convocado desde el ámbito regional, para que el Pueblo catalán pueda ejercer su «derecho a decidir» y, con ello, proceder a la adquisición por parte de Cataluña del *status* de Estado libre, independiente y soberano que aspira tanto a ser reconocido como sujeto del Derecho Internacional, como a la condición de ser miembro de la Unión Europea. Y no sólo esto, sino que los líderes de aquella formación política, titulares que son de un poder constituido del Estado español que, como tal, ha sido creado por el Texto Constitucional y que debe todas sus facultades a la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant* originario de ese Pueblo español en el que están integrados todos los ciudadanos catalanes, nos aseguran que todo este proceso se llevará a cabo «sí o sí», y con total y absoluta independencia de lo que la actual Constitución española disponga al respecto, y de lo que haya podido resolver el Tribunal Constitucional<sup>27</sup>, recordemos el supremo intérprete del ordenamiento constitucional estatal, sobre un supuesto similar.

Sin duda, el fenómeno puede causar, y causará, alguna sorpresa a todos los que se ocupen de conocer la realidad española. Sorpresa que, de manera incontestable, será extrema cuando se advierta que quien, en cuanto que el titular, como decimos, que es de un poder constituido, que, como tal, se encuentra obligado a actuar con absoluto respeto a la Constitución, realiza este anuncio es miembro de una formación política que participó en todo el proceso de transición de la dictadura a la democracia; que como partido legalizado y legal, obtuvo representación parlamentaria en las Constituyentes, jugando, además, un papel muy activo en el proceso de discusión y elaboración del actual documento de gobierno; que mostró una actitud entusiasta en la aprobación del Proyecto Constitucional; que, de modo inequívoco, solicitó su aprobación por parte del Cuerpo Electoral en la consulta refrendataria, y que, de cualquier forma, se erigió en uno de los principales causantes de que en el territorio de lo que hoy es la Comunidad Autónoma catalana, la actual Constitución española fuera aprobada, aceptada, por un 90,5% del voto válidamente emitido.

Y, como ha de ser fácil de entender, esto ha de causar cierta extrañeza al observador de nuestra realidad. Tanto más cuanto que lo que todo lo anterior da a entender es

27 Cfr. STC 103/2008, de 11 de septiembre. Sobre la misma, cfr. J. TAJADURA TEJADA, «Referéndum en el País Vasco (Comentario a la STC 103/2008, de 11 de septiembre)», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 23 (2009).

que el nacionalismo romántico, espiritual y conservador catalán estaba conforme con que Cataluña formase parte integrante del Estado español y, además, con el *status* que le atribuía el instrumento de gobierno resultante de aquel proceso constituyente en el que, como decimos, ellos habían desempeñado un papel tan relevante.

De cualquier modo, es menester advertir que la sorpresa del observador será todavía mayor cuando, como no puede ser de otra forma, atienda a los argumentos que utiliza el nacionalismo conservador catalán para justificar su nueva reivindicación de la independencia. Y es que, en efecto, es seguro que a nuestro curioso amigo le será muy difícil, si no absolutamente imposible, de comprender que para poner en cuestión el principio de legitimidad sobre el que se edificó el actual ordenamiento constitucional español —que, como indicaron, p. ej., un Heller o un De Vega, es algo que le está terminantemente vedado al estudioso del Estado, el Derecho y la Política, pero que es factible por parte de los prácticos de la política en su empeño por conquistar el poder y mantenerlo—, el catalanismo, ahora de toda especie, no apele a aquella idea democrática, y que fue magnífica y brillantemente expresada por Jean-Jacques Rousseau en su «*Du Contrat Social*», del carácter temporal de la voluntad del soberano. Al fin y al cabo, es, desde el punto de vista democrático, y en todo caso desde la comprensión, por lo demás harto correcta, de Heller de que solo cabe entender que una Ley Constitucional se encuentra realmente vigente, y puede desplegar toda su eficacia jurídica obligatoria y vinculante, mientras, por decirlo con De Vega<sup>28</sup>, se mantenga la identidad entre la «Constitución en sentido material» y la «Constitución en sentido formal», esta circunstancia la que vendría no sólo a dar cobertura jurídica a su pretensión, sino que también le otorgaría su plena legitimidad. Ocurre, sin embargo, que para la consecución de sus fines, el catalanismo conservador, en consecuente coherencia con los fundamentos teórico-ideológicos desde los que actúa, lo que hace es impugnar la validez de unos Decretos de 1714, dictados por el primer rey Borbón español como monarca absoluto.

Sea de ello lo que sea, importa advertir que lo anterior, por extraño y sorprendente que pueda resultar, es, empero, fácilmente explicable. Lo será, desde luego, para todos aquellos constitucionalistas que acepten que, como de algún modo sentó ya, y con acierto, Richard Schmidt<sup>29</sup>, la Historia del pensamiento político y constitucional, como parte integrante de las Ciencias Constitucionales, es un instrumento del que nunca, y bajo ningún concepto, puede prescindirse para lograr alcanzar una ponderada y cabal comprensión de esa realidad jurídica y política actual que debe estudiar y, en definitiva, hacer comprensible.

Quien así actúe, no tendrá ninguna dificultad para darse cuenta de que nos encontramos aquí ante un magnífico ejemplo de aquella práctica común a todo el nacionalismo romántico, irracional, espiritual, mítico y místico, cualquiera que sea el ámbito en el que su protagonista opere: Estado o entes territoriales infraestatales. Nos referimos, en concreto, a esa táctica en virtud de la cual, y como, con meridiana claridad y total acierto, puso de relieve el Maestro De Vega<sup>30</sup>, las fuerzas políticas del nacionalismo ro-

28 Cfr. P. DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1985.

29 Cfr. R. SCHMIDT, *Allgemeine Staatslehre*, Leipzig, 1901, 2 vols.

30 Cfr. P. DE VEGA, «El carácter burgués de la ideología nacionalista» (1965/1977), en P. DE VEGA, *Estudios político constitucionales*, cit.

mántico irracional terminan convirtiendo la «ideología de la Nación» en una auténtica «ideología de la ocultación y del mito». Lo que, creemos, no ha de ser muy difícil de comprender. Téngase en cuenta, a este respecto, que con la apelación a la Nación, entendida, desde una visión reduccionista, exclusivista, unitaria y totalizadora del mundo, como un todo homogéneo y compacto, en la que, por su propia esencia, no pueden existir divisiones y conflictos, lo que, en último extremo, se pretende es ocultar la existencia de unos problemas reales.

En el mismo orden de ideas, creemos también que para quien así actúe le será muy fácil descubrir que todos los elementos definidores de aquella práctica política se encuentran presentes, y mucho, en la actuación del Sr. Mas como actual presidente de la Generalidad catalana. Comprobará, en efecto, que la crisis económica y financiera, que en el terreno de la práctica ha dado lugar a una política de brutales recortes en materia social y que empezaban a ser contestados por los ciudadanos, ha actuado, y de manera incontestable, como aquel fenómeno al que se refería ya, por ejemplo, Schumpeter<sup>31</sup>, el cual, provocando una grave conmoción social y espiritual, se erige en el fundamento último, y, por lo demás, esencial, para la satisfacción de la necesidad de los distintos ciudadanos —normalmente titulares de unos muy diversos e irreconciliables intereses— de entregarse de manera colectiva a una causa suprapersonal y familiar. Causa suprapersonal y familiar que, a la postre, se traduce en la necesidad de la autoglorificación y de la violenta afirmación de la Nación.

Comprobará, asimismo, y en segundo lugar, que en la actual reivindicación del nacionalismo conservador catalán se halla presente, y, de nuevo, en una grandísima medida, ese elemento que históricamente definió la ideología nacionalista en la tercera de sus fases evolutivas. Nota característica ésta que, además, y conviene no olvidarlo, viene a diferenciar de modo claro, tajante, radical y definitivo a este nacionalismo de los que se correspondían con las dos manifestaciones anteriores. Así, nos encontramos con que mientras que el nacionalismo que podemos llamar «jacobino», e incluso el nacionalismo romántico pero todavía racional y, en todo caso, inspirado en las ideas liberal-democráticas y universalistas, como era, por ejemplo, el propugnado por Fichte (H. Heller), tienen siempre un claro carácter pacifista, el nacionalismo romántico, irracional, espiritual, mítico y místico se define, de una manera muy particular, y en tanto en cuanto es imposible llevar a cabo esa violenta afirmación de los valores de la Nación si no es contraponiéndolos a los de las otras Naciones, por su muy acentuado belicismo. De esta suerte, nos encontramos con que la viabilidad misma de la actuación del nacionalismo romántico irracional acaba dependiendo de que se logre identificar la existencia de un enemigo exterior, ya sea real, ya imaginario.

El catalanismo no es, ni mucho menos, una excepción a esta regla. Es más, podemos todos convenir en que éste tiene perfectamente identificado a su enemigo. En efecto, no puede olvidarse que al menos desde que, como nos enseñó Tierno Galván<sup>32</sup>, Valentí Almirall, con una gran inteligencia y astucia, supo servirse de las especulacio-

31 Cfr. J. A. SCHUMPETER, «Sociología del imperialismo», en J. A. SCHUMPETER, *Imperialismo. Clases sociales*, Madrid, 1965.

32 Cfr. E. TIERNO GALVÁN, «Costa y el regeneracionismo», en E. TIERNO GALVÁN, *Escritos (1950-1960)*, Madrid, 1971.

nes de los autores prefascistas de la Generación del 98 para poner en marcha la tradición nacional mágico-mítica del catalanismo, los nacionalistas conservadores catalanes vienen identificando a ese necesario, e imprescindible, enemigo exterior con los ciudadanos castellanos, equiparados éstos en todo a los ciudadanos españoles. Identificación ésta que, como rasgo definidor nuclear de toda tradición nacional mágico-mítica (E. Tierno Galván<sup>33</sup>), va a mantenerse y va a defenderse aunque la misma resulte absolutamente contraria a una realidad histórica, en la que, como señaló ya Pi i Margall<sup>34</sup> —y aquí se encuentra uno de los motivos principales de la ruptura política de Almirall con éste—, lo que sucedió es que fue Castilla la primera colectividad jurídico-política española que sufrió la pérdida de sus libertades por la actuación de la monarquía católico-absolutista española, o que, como, de forma reiterada, trató de hacerles ver el Presidente Azaña<sup>35</sup>, nunca fueron los ciudadanos castellanos, ni los de cualquier otra Región, los que se opusieron e impidieron el autogobierno de Cataluña, sino que quien lo hacía, y en provecho exclusivamente suyo, había sido el monarca absoluto o, en su caso, el titular de la monarquía constitucional fundada con el Texto de 1876.

Finalmente, no podrá dejar de constatarse que lo que hoy ha hecho CiU no es una táctica desconocida en la Historia política española. Antes al contrario, la misma ha sido muy frecuente. A ella, y lamentando el tránsito operado por Companys desde el republicanismo catalán al catalanismo republicano, se refirió Manuel Azaña cuando, en 1937, escribió que «Entrado el verano [de 1934], estuve un mes en un pueblecito catalán. [...]. El Presidente de la Generalidad estuvo una tarde en el balneario, a cumplimentarme. [...]. El exaltado nacionalismo del Presidente, ahora más fervoroso, [...], que cuando nos vimos en Madrid. Companys me repitió verbosamente los más sobados tópicos del nacionalismo de Prat de la Riba o del doctor Robert. No faltaba ninguno, ni siquiera el de que la Península es una meseta estéril rodeada de jardines; que el pueblo castellano [...] ha degenerado, y ahora las cualidades cívicas y humanas residen en los nacidos en la periferia. [...]. Sobre la utilización política del nacionalismo, me dijo algo muy singular: Había que exaltar el ideal patriótico de Cataluña, como una fuerza unificadora de los catalanes, para contrarrestar la escisión de las clases. Pudiera creerse que Companys se hallaba en las meneguadas posiciones de quienes se imaginan que un problema de carácter general, permanente, cambia de carácter y de valor con estrechar los límites geográficos dentro de los que se plantea. Sobre todo, si en el área así marcada vive un pueblo a quien se le hace creer en su condición privilegiada excepcional. Por ese camino parecía echar Companys. [...]. Naturalmente, los empresarios salen ganando. [...]. Es decir, que tanto el campesino como el obrero industrial fuesen, antes que marxistas o sindicalistas, nacionalistas. Antes que Marx o Sorel o Bakunin, Ramón Berenguer IV o Maciá».

33 Cfr. E. TIERNO GALVÁN, *Tradición y modernismo*, Madrid, 1962.

34 Cfr. F. PI I MARGALL, *Las nacionalidades* (1877), Madrid, 1986.

35 Cfr. M. AZAÑA, «Discurso a los republicanos catalanes. Barcelona, 30 de agosto de 1934», en M. Azaña, *Obras Completas*. 5. *Noviembre de 1933-julio de 1935*, Madrid, 2007. Cfr., también, M. AZAÑA, «El genio político de Castilla y los destinos de la República. Discurso en Valladolid, el 14 de noviembre de 1932», en M. AZAÑA, *En el poder y en la oposición (1932-1934)*, Madrid, 1934, t. I.

Del éxito de una tal táctica, de cualquier modo, no puede dudarse. Basta, en este sentido, con tomar en consideración que habiendo logrado, como irrefutablemente ha logrado, CiU exaltar el ideal patriótico de Cataluña, lo que ha conseguido es ocultar su política real de recortes y, con ello, eliminar aparentemente el conflicto y, de manera incuestionable, eliminar también la protesta ciudadana. De esta suerte, nos encontramos con que quienes hace unos meses salían a la calle a protestar por la rebaja del sueldo a los funcionarios, la congelación de las pensiones, el cierre de centros hospitalarios, la reducción en la inversión en la educación pública, etc., lo hacen hoy para protestar por, según dicen, el continuo agravio al que los catalanes se ven sometidos por parte de los castellanos/españoles. Y en base a ese supuesto agravio y a ese permanente desprecio —que, por lo demás, solo puede darse por cierto en la medida en que frente a esa superioridad del Pueblo catalán de la que ya hablaba Joan Maragall (S. Juliá), los ciudadanos españoles exigen ser tratados en un plano de absoluta igualdad con los catalanes—, se reivindica el acceso de Cataluña, Nación única, homogénea y compacta, a la condición de Estado libre, independiente, soberano, sujeto del Derecho Internacional y miembro de la Unión Europea. Y se hace desde la idea de que si se rigiese por aquellos viejos Fueros derogados por Felipe V, la crisis económica no hubiera tenido lugar, o, en su caso, se superaría sin problema.

No hace falta ser muy perspicaz para darse cuenta de que esta reivindicación del catalanismo genera otro fenómeno en la actual realidad jurídica y política española. Fenómeno que, en todo caso, no puede dejar de sorprender al observador de ésta, y que, en verdad, es el que va a ocupar nuestra atención en este escrito. Nos referimos, innecesario debiera ser aclararlo, a la respuesta que los prácticos de la política de la organización política central han dado a esta, o a alguna similar, como fue la protagonizada por el PNV en la primera década de este siglo XXI, reivindicación independentista por parte de alguna o algunas fuerzas políticas de ámbito regional.

En este sentido, todos podemos recordar que, interrogado por la viabilidad del denominado «Plan Ibarretxe», el socialista Josep Borrell, a la sazón Presidente del Parlamento Europeo, negaba la posibilidad de su realización en tanto en cuanto una tal hipótesis estaba excluida por la llamada «Constitución europea». Y lo hacía a pesar de que ésta, en realidad, no era entonces más que un mero proyecto de Tratado Internacional pendiente, por lo demás, de su ratificación por todos y cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea para pasar a engrosar el Derecho Comunitario. Y si esto es así, hoy nos encontramos con que, efectuado el anuncio de la apertura del proceso independentista por el Presidente catalán, el Ministro de Asuntos Exteriores del Gobierno conservador se apresuró a afirmar que el mismo no es viable por cuanto que no cabe en el Tratado de Lisboa.

Y, ni qué decir tiene, resulta altamente sorprendente que ni uno ni otro hagan referencia alguna a la actual Constitución española. Lo que, en la medida en que los dos grandes partidos no sólo afirman la absoluta vigencia del Texto de 28 de diciembre de 1978, sino que, además, se atribuyen el papel de ser sus máximos defensores, da a entender que nuestra clase política estatal considera que, pese a ser un problema interno, es en el ámbito de la normativa jurídica internacional donde ha de buscarse la norma concreta aplicable para la solución del conflicto.

### III. EL ENCAJE DEL ANTERIOR PROBLEMA POLÍTICO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO (ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES)

No hace falta, en nuestra opinión, y partiendo, en todo caso, de la idea de que es indiscutiblemente correcta la tesis helleriana de que toda decisión jurídica tiene su origen en el ámbito de lo político-ideológico, para comprender que el anterior problema político remite, y de modo tan innegable como indefectible, a una triple problemática de naturaleza, ahora sí, jurídica. En concreto, lo que desde el mundo de la lucha partidista ha planteado CiU se traduce, en el marco de lo jurídico, en el triple problema del derecho de secesión —que como posibilidad que surge siempre, y de manera inevitable, en el interior de un Estado, nunca puede plantearse al margen de la Teoría democrática del Poder Constituyente del Pueblo<sup>36</sup>—, del nacimiento o, de una forma más precisa, del reconocimiento de ese territorio como Estado, y, finalmente, aunque no con una menor importancia y transcendencia, a la difícil cuestión de las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional.

Pocas dudas pueden existir, según nuestro modesto parecer, sobre el que ese problema concreto que ahora hacemos prevalecer por encima de todos los otros que se plantean hoy en la realidad jurídica y política española, constituye el objeto de una de las temáticas fundamentales, centrales, medulares, nucleares y basilares de las Ciencias del Estado y del Derecho del Estado. Siendo así, nada de extraño tiene que fueran muchos los constitucionalistas del que, sin disputa, se presenta como el período más rico, lúcido y fecundo en la forja del Derecho Constitucional europeo, que es el que se corresponde con lo que conocemos como la «Teoría del Estado y de la Constitución de Weimar» (P. De Vega, P. Lucas Verdú,...), que prestaron una particular atención al problema de la posición del Estado en el contexto internacional, y, directamente relacionado con ello, al del lugar que debían ocupar las normas emanadas por la Comunidad Internacional en el marco del ordenamiento jurídico estatal. Ahí están, y sin ánimo de ser exhaustivos, como prueba los trabajos de, por ejemplo, Triepel, Le Fur, Scelle, Schmitt, Kelsen, Heller, Verdross, Kunz o Mirkine-Guetzévitch<sup>37</sup>. Ingente producción bibliográfica ésta que, ni qué decir tiene, y como seguramente no podría ser de otra forma,

36 Cfr. J. RUIPÉREZ, «Sobre el derecho de autodeterminación», en J. RUIPÉREZ, *Proceso Constituyente, soberanía y autodeterminación*, Madrid, 2003.

37 Cfr. H. TRIEPEL, *Völkerrecht un Landesrecht*, Leipzig, 1899; «Les rapports entre le Droit interne et le Droit international», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de Le Haye*, 1925, t. I. Le Fur, «La souveraineté et de Droit», *Revue de Droit Public*, 1908. G. SCELLE, «Essai de systematique du Droit International», *Revue Général de Droit International Public*, n.º 1 (1923). H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrecht. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tubinga, 1920; «Les rapports de systeme entre le Droit interne et le Droit International Public», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de Le Haye*, 1926, t. IV. A. VERDROSS, *Die Verfassung des Völkerrechtsgemeinschaft*, Viena, 1926; «Le fundament du Droit International», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de Le Haye*, 1927, t. I; *Völkerrecht*, Viena, 1964, 5.ª ed. J. KUNZ, «La primauté de Droit des gens», *Revue de Droit Internationale et de Législation Comparée*, 1925. B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, «L'influence de la Révolution française sur le developpement du Droit International dans l'Europe orientale», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de Le Haye*, 1928, t. XXII; «Droit International et Droit Constitutionnel», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de Le Haye*, 1926, t. XXXVIII; «Les bases historico-empiriques de l'unité de Droit Public»

daba origen a una muy profunda, y siempre enriquecedora, polémica doctrinal, en cuyo marco, y esto jamás debiera ser olvidado, se procedió a la formulación de una muy buena parte de esos conceptos jurídicos fundamentales a los que, querámoslo o no, y seamos conscientes o inconscientes de ello, todavía tenemos que acudir los constitucionalistas y los internacionalistas para el ponderado y cabal desarrollo de nuestra tarea.

Sea de ello lo que sea, lo que todo lo anterior nos dice, no puede ser, en verdad, más claro y evidente. Y es que, en efecto, tan sólo puede ser una la conclusión a la que, en orden a atribuir el estudio del problema que nos ocupa a alguna de las distintas áreas académicas del Derecho, puede llegarse. Y esta no es otra que la de que el constitucionalista, cuya misión es la del estudio de una norma jurídica, la Constitución, que tiene por objeto el tratar de regular y de conducir adecuadamente la vida del Estado [y lo mismo da, a los efectos que aquí y ahora interesan, que éste sea comprendido, como hacían los liberales, como una realidad distinta, contrapuesta y separada de la denominada «sociedad civil», o que, como se hizo patente con la entrada en escena del constitucionalismo democrático y social, se le entienda como una realidad única en la que, como meros elementos de una simple diferenciación funcional, quedan englobados los dos términos de la vieja contraposición fisiocrática (K. Hesse<sup>38</sup>)] —de ahí, justamente, el que deba dársele toda la razón a Rudolf Smend<sup>39</sup> cuando afirmaba que sólo podría obtenerse una correcta y adecuada comprensión del Derecho Constitucional vigente en una determinada Comunidad Política cuando, como *conditio sine quae non*, se parte de un conocimiento fundado del Estado; y de ahí, también, el que resulte plenamente comprensible aquel lamento que, en 1906, realizaba Jellinek en el sentido de que «A menudo se advierte cómo el profesor de Derecho constitucional que no puede o no quiere explicar el Estado, deja la política al juicio del poder soberano»—, no puede mantenerse ajeno al problema que, en la España del Texto de 1978, plantean las reivindicaciones independentistas del nacionalismo romántico, irracional, espiritual, mítico y místico catalán y vasco. Ni siquiera podría hacerlo desde la consideración de que nos encontramos en un mundo globalizado y, por ello mismo, internacionalizado.

Que ello sea así, no ha de ser, estimamos, muy difícil, y complicado, de comprender. Bastará para lograrlo, con tomar en consideración que lo que aquel problema político plantea es, en último extremo, el problema jurídico de determinar cuál es la norma jurídica, estatal o internacional, que ha de ser aplicada para encontrar una solución pacífica a un conflicto que, como a nadie puede ocultársele, se plantea en el interior del Estado.

A este respecto, es menester comenzar indicando que, en nuestra, siempre modesta y dubitativa, y siempre, en todo caso, sometida a mejor juicio, opinión, en muy poco, o en nada, han contribuido las tesis del monismo jurídico radical kelseniano para en-

*Revue Internationale de la Theorie du Droit*, 1928-1929; *Modernas tendencias del Derecho Constitucional* (1931), Madrid, 1934; *Derecho Constitucional internacional* (1933), Madrid, 2008.

38 Cfr. K. HESSE, «Observaciones sobre la actualidad y el alcance de la distinción entre Estado y sociedad» (1975), en K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, 2011.

39 R. SMEND, «Constitución y Derecho Constitucional» (1928), en R. SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, 1985.

contrar una respuesta adecuada y pacífica a este interrogante. Lo que, creemos, no ha de resultar muy difícil de comprender, ni de compartir.

De todos es, sin duda, bien conocido que, pretendiendo dar satisfacción plena a los postulados metodológicos propugnados por la vieja Escuela Alemana de Derecho Público, conforme a los cuales el «buen» jurista tenía por exclusiva misión la de tratar de elaborar, desde una pretendida total, radical y definitiva objetividad y neutralidad política, una Teoría del Derecho y del Estado netamente científica y desideologizada, se embarcó Hans Kelsen<sup>40</sup> en la aventura de formular la *Reine Rechtslehre*. Con ella, conviene recordarlo, lo que el ilustre jurista austríaco, que, ya en 1922, había afirmado la obligatoria necesidad de diferenciar de manera absolutamente nítida «lo jurídico» y «lo político» o «sociológico» —con lo que el jefe del Grupo de Viena venía de algún modo a admitir aquella, como indica Triepel, absurda distinción propuesta por el primer positivismo jurídico entre la verdad jurídico-normativa y la verdad histórico-política—, pretendía no era, en realidad, el llevar a cabo un estudio del Derecho Positivo, ni siquiera desde entendimiento de que, como había dicho en 1920, «el término *positivo* sirve únicamente para designar la diferencia entre el Derecho y la moral, la política, la religión y la naturaleza, esto es, hace referencia a la autonomía del Derecho delante de los restantes sistemas normativos», vigente en el Estado. Por el contrario, lo que a Kelsen interesa en estos escritos es tan sólo ofrecer una explicación de la estructura lógica del ordenamiento jurídico estatal tal y como ésta se presenta desde los esquemas conceptuales derivados de aquella merkeliana *Stufenbautheorie* que, de todos es conocido, el Maestro vienés no sólo había aceptado, sino elevado a la condición de la más valiosa aportación a la Ciencia del Derecho, a la par que a la de «categoría decisiva para la doctrina de las funciones del Estado».

Nos encontramos, de esta suerte, con que el principio básico, central y medular de la Teoría pura del Derecho kelseniana es la idea de que la fuerza jurídica obligatoria y vinculante de una determinada norma del Derecho Positivo se deriva, de manera lógica e ineludible, de la existencia de una norma jurídica superior que le atribuye aquélla. No puede, ni debe, olvidarse, de cualquier modo, que, para Kelsen, todo esto es posible en la medida en que las distintas fuentes del Derecho sean conformes con lo dispuesto sobre la producción del Derecho en el Código Jurídico-Político Fundamental que, concebido en términos de «Constitución material», termina por configurarse como la auténtica *Grundnorm* del ordenamiento estatal, y que el propio Kelsen, mucho más inteligente que la mayoría de los kelsenianos, permite llegar a la conclusión de que, como señaló Alf Ross<sup>41</sup>, ésta solo puede ser la Constitución jurídico-positiva que se encuentra vigente en el Estado de que se trate.

Es, justamente, aquí donde aparece el gran problema de la Teoría pura del Derecho. Lo que, según nuestro parecer, no ha de ser muy difícil de comprender. Es menester tener en cuenta que, desde la lógica kelseniana, ajena, como es sabido, a toda la

40 Cfr. H. KELSEN, *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho* (1933), Madrid, 2009; *Teoría pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1970, 9.ª ed. Cfr., también, y en el mismo sentido, H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tubinga, 1922.

41 Cfr. A. ROSS, *Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la Teoría del Derecho Positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, Madrid, 1999.

problemática de la soberanía y del *Pouvoir Constituant du Peuple*, lo que sucede es que porque la Constitución no es más que una mera norma jurídica, para que la misma sea jurídicamente obligatoria y vinculante precisa, como el resto de las normas del ordenamiento estatal, de la existencia de una norma jurídica superior que le atribuya tal condición, y con la que el Texto Constitucional ha de estar conforme. Surge, de esta suerte, la cuestión de averiguar cuál puede ser esa norma superior a la propia Constitución.

La respuesta que Kelsen ofrece a este interrogante, no puede ser, en verdad, más simple, clara y contundente. Sólo el Derecho Internacional puede erigirse en la posición de auténtica *Grundnorm* del ordenamiento jurídico de los diferentes Estados. De ahí se deriva, de una manera muy concreta, el que siempre, y sin excepción, haya de considerarse, de acuerdo, naturalmente, con Kelsen, que las normas del Derecho Internacional son siempre, y en todo caso, superiores a las del Derecho interno, ya se trate de Leyes ordinarias, ya de la Ley Constitucional.

Cabría, desde la anterior óptica, pensar que la actitud de los políticos prácticos de la organización política central española frente a las reivindicaciones del catalanismo y del vasquismo, oponiendo a estas últimas normas de naturaleza supraestatal y no la actual Constitución, resulta total, completa y cabalmente correcta. Al fin y al cabo, lo que se deriva de la propia literalidad de la *Reine Rechtslehre* es que las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional se articulan no en base a los principios contenidos en los aforismos «ley posterior deroga ley anterior» y «ley especial deroga ley general», sino en el que se contiene en la máxima «*Lex Superior derogat legi inferiori*».

Interesa, de cualquier forma, detenerse a realizar algunas consideraciones sobre lo que realmente subyace en la concepción kelseniana sobre la relación entre ambos Derechos. Y, en este sentido, debemos comenzar recordando que es una afirmación cada día más generalizada entre los estudiosos del Derecho, la Política y el Estado, la idea de que, a pesar de su autoproclamada neutralidad, objetividad y asepsia valorativa, Kelsen nunca logró abstraer completamente sus formulaciones dogmáticas a sus concepciones político-ideológicas (P. De Vega). La materia que ahora nos ocupa no fue, ni mucho menos, una excepción a esta regla. Es más, podríamos muy bien afirmar que, en realidad, toda la concepción del Derecho Internacional de Kelsen, que era un demócrata convencido, está formulada en oposición a la concepción del mismo propugnada por el totalitarismo. Aserto este último en el que, siquiera sea para demostrarlo, conviene detenerse, aunque sea de manera sintética.

Ningún obstáculo puede haber para que todos, con total independencia del grupo académico al que pertenezcamos y/o del método de estudio desde el que actuemos, podamos convenir en que, también en este punto, las concepciones del totalitarismo encontraron, como es habitual, y acaso no pudiera ser de otro modo, en Carl Schmitt su más lúcido y brillante expositor. Y bien conocido es que, partiendo de la idea de que el moderno Derecho de Gentes tiene su origen dogmático no, y como se sostiene por parte de los mantenedores de la concepción democrática de la Comunidad Política, en Hugo Grocio, sino, por el contrario, en las especulaciones de los de Vitoria, Suárez, de Soto, etc., concibió Schmitt<sup>42</sup> el Derecho Internacional en los términos del «*Nomos de la tierra*». Y no puede, ni debe, olvidarse, a este respecto —y, en todo caso, ha de

42 Cfr. C. SCHMITT, *El Nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del «Ius publicum europaeum»*, Granada, 2002.

ser puesto de manifiesto—, que el autor de la *Verfassungslehre* interpreta el *nomos* no en el sentido que se deriva de las concepciones soloniano-aristotélico-democráticas, desde donde, en tanto en cuanto se trata de normas que afectan a la estructura de la *polis* y, además, contienen los implícitos elementos que definen e individualizan a la República (Aristóteles), los *nomoi* podrían ser, de algún modo, y *salvata distantia*, reconducidos al moderno concepto de Constitución (P. De Vega<sup>43</sup>). Lejos de esto, Schmitt identifica el *nomos* como el derecho a la toma de la tierra. Lo que, traducido en otros términos, significa que, concebido el Derecho de Gentes como «ocupación de tierra, edificación y fortificación de ciudades, guerra, cautiverio, servidumbre, regreso del cautiverio, alianzas y tratados de paz, armisticio, inviolabilidad de enviados y prohibiciones de casamiento con persona de raza foránea» (C. Schmitt), la misión del jurista no es, ni mucho menos, la de proceder a la elaboración dogmática de un Derecho Internacional concebido, como hacía, por ejemplo, Mirkine-Guetzévitch, como el «Derecho de la paz», sino la de lograr presentarlo como el «Derecho de conquista» que, sin romper con el ideal de la Justicia, corresponde a los distintos Estados.

El Derecho Internacional se configura, de esta suerte, como un muy adecuado, y conveniente, instrumento técnico-jurídico y político con el que, en último extremo, Schmitt podía justificar académicamente el belicismo imperialista del Gobierno hitleriano. Y así, efectivamente, lo utilizó siempre. Lo hizo, nadie puede negarlo, de una manera franca y explícita, y desde su doble condición de Consejero de Estado del *Land* de Prusia y de Presidente de los juristas del *Reich*, en el período 1936-1945 (J. Fijalkowski). Y continuó haciéndolo, aunque ahora de forma críptica —y, en todo caso, con la misma astucia y habilidad con la que, todavía en 1979, trataba de otorgar la legitimidad y la plena validez a todos aquellos falseamientos de la Constitución y fraudes constitucionales con los que el totalitarismo nacional-socialista había llevado a cabo la aniquilación total de la República de Weimar como auténtico Estado Constitucional<sup>44</sup>—, con posterioridad al fin de la II Guerra Mundial.

No es menester ser muy perspicaz para comprender que Kelsen, a quien, con toda corrección y justicia, Baldassarre pudo definir como el gran jurista positivista de la Democracia, habría de mostrarse particularmente interesado en hacer inviable una tal comprensión del Derecho Internacional. Y ocurre que para combatir ésta, el insigne jurista austríaco, que formaba parte de aquella ingente pléyade de bienintencionados juristas del período entre guerras que veía en la soberanía estatal un insalvable impedimento para la paz mundial (M. de la Cueva), y que era un neokantiano, no encontraría una mejor solución que la de apelar a aquella idea de la «federación» o «confederación de Pueblos» teorizada por Immanuel Kant<sup>45</sup>, la cual nacería como resultado de la verificación de un pacto social a escala planetaria, que no resultaba en todo equiparable al contrato social por el que se crea la Comunidad Política estatal, en virtud del cual, y

43 Cfr. P. DE VEGA, «La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la Democracia», [http://www.fundaciongimenezabad.es/imagen/Documentos/2006/20061127\\_opp\\_devega\\_garcia\\_p\\_es\\_o.pdf](http://www.fundaciongimenezabad.es/imagen/Documentos/2006/20061127_opp_devega_garcia_p_es_o.pdf).

44 Cfr. C. SCHMITT, «La revolución legal mundial. Plusvalía política como prima sobre legalidad jurídica y superlegalidad», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 10 (1979).

45 Cfr. I. KANT, «Ideas para una Historia universal en clave cosmopolita» (1784), en I. KANT, *Ideas para una Historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre la Filosofía de la Historia*, Madrid, 2001; *La paz perpetua* (1795), Madrid, 1985.

como expresamente afirmó el filósofo de Königsberg, cada uno de los Estados firmantes renunciaría a su «brutal libertad» para, con ello, buscar la paz y la seguridad en el marco legal de una suerte de Constitución mundial.

Partiendo de estas premisas, evidente debiera ser para todos que comprendió Kelsen la Comunidad Internacional como una suerte de «aldea global». Aldea global, —interpretada desde los esquemas conceptuales de Kant, desde los que, como ha señalado el Maestro De Vega<sup>46</sup>, las ideas de Democracia y Paz se entrelazan, confunden y, finalmente, se identifican—, cuya principal virtualidad sería la de, justamente por estar regida por el Derecho Internacional, que aseguraría la paz mundial, y que, en todo caso, sería democrática incluso aunque los Estados particulares fueran, en el ámbito interno, autocráticos.

Importa, a este respecto, indicar que fue desde el propio ámbito del positivismo jurídico, y, de una manera mucho más concreta, desde las filas de los partidarios del monismo jurídico radical, desde donde se formularon las más duras, y, al mismo tiempo, más atinadas, críticas a las tesis kelsenianas. Tal es el caso, por ejemplo, de Boris Mirkin-Guetzévitch.

Acertadamente negó, en efecto, este último autor la rotunda afirmación de Kelsen de que la Comunidad Internacional, entendida como esa aldea global regida por el Derecho Internacional, pudiera ser democrática incluso cuando la misma estuviera integrada por Estados autocráticos. Lo que justificó desde la correcta comprensión de que, en realidad, no es la eficacia del Derecho Internacional la que hace real la eficacia del Derecho Constitucional en cuanto que «Derecho de la Libertad». Justamente lo contrario, lo que sucede es que es tan sólo cuando los diversos miembros de la Comunidad Internacional son Estados democráticos, y en cuanto que el incumplimiento de la normativa internacional se presentaría como una, ya desde Rousseau, inaceptable violación de su Constitución, cuando el Derecho Internacional adquiere auténtica realidad y entidad y, en consecuencia, puede desplegar plena y totalmente su eficacia como el «Derecho de la Paz».

En segundo término, también refutará Mirkin la idea kelseniana, según la cual, en la medida en que se erige en la posición de la ser la *Grundnorm* de todos y cada uno de los ordenamientos jurídicos estatales, el Derecho Internacional es siempre superior al Derecho Constitucional, y que esta circunstancia se deriva de la propia naturaleza del Derecho Internacional. Frente esta tesis, mantendrá Mirkin-Guetzévitch que es, única y exclusivamente, porque los Estados miembros de la Comunidad Internacional mantienen el *status* de Estados soberanos, y porque su respectivo *Pouvoir Constituant* lo ha establecido así, por lo que las normas del Derecho Internacional pueden prevalecer, y primar, sobre las normas internas del Estado.

Con ello, y como a nadie puede, ni debe, ocultársele, lo que sucede es que, aunque sin nombrarle en su escrito, Mirkin acaba coincidiendo con aquellas, siempre lúcidas y atinadas, críticas que Hermann Heller había dirigido a Kelsen desde el antiformalismo jurídico democrático. Nos referimos, de un modo muy concreto y preciso, y por un lado, a la idea helleriana de que el empeño del jefe del Grupo de Viena por ser más

<sup>46</sup> Cfr. P. DE VEGA, «En torno a la paz y a alguna de las dificultades que obstaculizan su proceso», en P. DE VEGA, *Estudios político constitucionales*, cit.

jurista que nadie, a lo que, en rigor, le condujo fue a perder su propio objeto de estudio. Pero, también, y por otro lado, a la afirmación de Heller de que, supuesto de la existencia misma del Derecho Internacional es siempre, e indefectiblemente, la existencia de los distintos Estados, y que, además, la fuerza jurídica obligatoria y vinculante de toda norma jurídica descansa en que la misma se encuentre respaldada por la voluntad de soberano, lo que sucede es que la eficacia del Derecho Internacional termina dependiendo de que sea real y efectivo el dogma político de la soberanía del Pueblo.

Conscientes, sin duda, de lo correctas que resultaban las críticas dirigidas a Kelsen, trataron Verdross y Kunz, por ejemplo, de superarlas y de afirmar la supremacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Constitucional, dando paso al aparato conceptual del llamado «monismo jurídico moderado». Lo que, en último extremo, suponía alejarse, y grandemente, de las rígidas tesis defendidas por su muy ilustre Maestro. Y lo hacían en un doble sentido. En primer término, porque, frente a la idea del más radical de los juristas del positivismo formalista de que «Cualquier contenido puede ser Derecho» (H. Kelsen), entenderán sus discípulos que el Derecho Positivo no puede ser ajeno al conjunto de principios y valores que realmente existen en la sociedad, y que, en todo caso, sus normas han de tender a la satisfacción del ideal de la Justicia, lo que, como es de todos conocido, Kelsen consideraba como una aspiración lógica de las Ciencias de la Política, pero totalmente ajeno a las Ciencias Jurídicas. En segundo lugar, y con una muchísima mayor importancia para lo que aquí nos ocupa, se separan de las concepciones kelsenianas en la medida en que van a aceptar que la vigencia y eficacia de toda norma jurídica depende de que la misma esté respaldada por la voluntad de un sujeto soberano.

Sea de ello lo que sea, lo que a nosotros interesa, aquí, es que, admitido lo anterior, el monismo jurídico moderado afirmará la superioridad del Derecho Internacional sobre el Derecho interno atendiendo a la naturaleza de ente soberano que corresponde al autor del primero. Naturaleza ésta que estos autores deducen desde la absoluta, total y definitiva identificación de la soberanía con la *Kompetenz-Kompetenz*. De esta suerte, su conclusión no puede ser más clara y contundente. A saber: sólo la Comunidad Internacional puede presentarse como auténtico soberano. Y ello, por la sencillísima razón de que es a ella a quien le corresponde la competencia sobre la competencia más amplia.

Ni qué decir tiene que el monismo jurídico moderado venía, de este modo, a corregir la que, sin disputa, constituía la mayor de las fallas del monismo jurídico radical. Al menos, esto es así desde el punto de vista del logicismo jurídico. Lo que, empero, no significa que fuera capaz de demostrar realmente la supremacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Constitucional. La razón es fácilmente comprensible.

No puede, ni debe, perderse de vista, a este respecto, que de la propia formulación dogmática de las tesis del monismo jurídico moderado pueden encontrarse argumentos bastantes para concluir que lejos de lograr lo que sus mantenedores pretendían, a lo que en realidad conduce el monismo jurídico moderado es a la afirmación de la superioridad o supremacía del Derecho Constitucional sobre el Derecho Internacional, el cual, de algún modo, termina siendo imposible. Y ello es así, por cuanto que de aquél se derivan una serie de graves consecuencias, en las que no suelen reparar los Profesores de Derecho Internacional, y que, en último término, resultan en extremo lesivas para los intereses académicos de los internacionalistas. Consecuencias que, de cualquier for-

ma, se hacen evidentes, meridianas e indiscutibles cuando se opera con la concepción democrática de la Comunidad Política, desde donde únicamente pueden entenderse que el Estado es una realidad histórica que es creada, y que sólo puede ser creada, por la voluntad de los hombres expresada en un proceso que se desarrolla de abajo a arriba.

Aceptado lo anterior, inconcuso debiera ser para todos que desde la lógica inherente al iusnaturalismo contractualista —que es, por lo demás, y como ha puesto de relieve Pedro De Vega<sup>47</sup>, la que permite otorgar una ponderada y cabal fundamentación a todas las cuestiones capitales del Derecho Constitucional—, la única manera posible de afirmar a la Comunidad Internacional como un sujeto jurídico-político soberano es la de entender que aquel proceso descrito por Johannes Althusius<sup>48</sup> en su «*La Política*», y por el cual nace la Comunidad Política estatal (O. von Gierke<sup>49</sup>, C. J. Friedrich, P. De Vega,...), ha conocido un último, y decisivo, paso más. Último y decisivo pacto social éste en virtud del cual los ciudadanos, que son los verdaderos titulares de la soberanía en el Estado, ceden el ejercicio de la misma a un nuevo Cuerpo Político único, en el que, de manera ineludible, se integrarían, englobarían y, de alguna forma, se disolverían todos y cada uno de los preexistentes Estados individuales a quienes hasta ese momento les correspondía la titularidad del ejercicio de la soberanía. Pero, con ello, lo que sucedería es que la Comunidad Internacional, erigida en una unidad soberana de acción y de decisión jurídica y política, perdería esa naturaleza de ente de carácter supraestatal, para convertirse ella misma, y de modo tan necesario como ineluctable, en un verdadero Estado.

Lo anterior, como es obvio, habría de generar efectos sobre la posibilidad misma del Derecho Internacional. Y fue Heller quien, con la lucidez y rigor que siempre le caracterizaron, se encargó de ponerlo de manifiesto. En última instancia, lo que sucede es que, porque, al menos desde que éste fue fundado por el ingenio de Grocio<sup>50</sup>, a quien corresponde el indudable mérito de «haber sido el primero en identificar al sujeto de la *majestas realis* con la totalidad de los ciudadanos, haciendo coincidir, además, a esa totalidad con el *coetus perfectus*, expresión equivalente a la que Maquiavelo había consagrado con el nombre de Estado» (P. De Vega<sup>51</sup>), su posibilidad misma requiere de la concurrencia de la voluntad de dos o más Estados soberanos e independientes, las normas de emanadas por ese nuevo Cuerpo Político, que es un sujeto político único, no podrían ser reputadas como auténticas normas de Derecho Internacional. Por el contrario, las mismas habrán de ser consideradas como normas del Derecho estatal, ya se trate de lo

47 Cfr. P. DE VEGA, «En torno a la legitimidad constitucional», en la obra colectiva *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas. Derecho Constitucional*, México, 1988.

48 Cfr. J. ALTUSIO, *La política metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos* (1603), Madrid, 1990.

49 Cfr. O. VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Turín, 1974.

50 Cfr. H. GROCIO, «Del Derecho de la guerra y de la paz» (1625), en H. Grocio, *Del derecho de presa. Del Derecho de la guerra y de la paz*, Madrid, 1987.

51 P. DE VEGA, «La Democracia como proceso. (Algunas reflexiones desde el presente del republicanismo de Maquiavelo)», en A. GUERRA Y J. F. TEZANOS (eds.) y otros, *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro Salamanca*, Madrid, 2003.

que Smend denominaba «Derecho técnico especial» (D. Administrativo, Civil, Penal, Laboral, Mercantil, etc.), ya de Derecho Constitucional.

Ahora bien, es, justamente, porque ese último pacto social althusiano no ha tenido lugar ni a escala planetaria, ni a escala continental, por lo que la problemática de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional puede seguir planteándose. Y es también por este mismo motivo por el que siguen siendo válidas las conclusiones que Mirkin-Guetzévitch y Heller habían formulado en relación con la construcción conceptual de Kelsen, y son aplicables a las de sus discípulos.

De cualquier modo, es menester recordar que la idea de que la Constitución, en cuanto que Ley Suprema, es superior a los Tratados Internacionales es algo que, en su Declaración 1/1992, dejó terminantemente afirmado nuestro Tribunal Constitucional. Y es que, en efecto, lo que en aquella resolución nos dice el custodio constitucional es que sí, como dispone el artículo 95 del actual Texto español, no puede ratificarse un Tratado Internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución si previamente no se procede a la reforma de esta última, no es más que la más clara confirmación de que el Código Jurídico-Político Fundamental, en cuanto que expresión normativa de la voluntad soberana del Pueblo, es la norma suprema del ordenamiento jurídico ante la cual, en caso de conflicto, han de ceder todas las demás normas jurídicas (K. Stern).

De todo lo anterior, se deriva un corolario que, en todo caso, adquiere una singular importancia para el problema que en este trabajo nos ocupa. Corolario que, a la postre, se concreta en lo siguiente: Ocurre que, en cuanto que se trata de normas que, de una u otra suerte, escapan a lo dispuesto por el Constituyente estatal sobre el modo en que se crea el Derecho, las normas internacionales se presentan como claros, e innegables, ejemplos de lo que Antonio La Pergola<sup>52</sup> denomina «fuentes atípicas», cuya principal particularidad y especialidad es que se mantienen en vigor hasta tanto no se produzca la denuncia formal y expresa por parte de los Estados contratantes, es lo cierto, sin embargo, que en la medida en que la eficacia del propio Derecho Internacional depende de que el mismo sea incorporado a la voluntad soberana del Poder Constituyente estatal, lo que sucede es que aquellos Tratados Internacionales que fueron válidamente ratificados con anterioridad a la aprobación de la Constitución, y que no han sido denunciados, tan solo pueden entenderse como Derecho realmente vigente en aquellos contenidos que no contradigan materialmente lo establecido por el Texto Constitucional. Tal es, en todo caso, lo que se sigue del principio de supremacía constitucional.

De ahí se deriva, justamente, y como traté de poner de manifiesto en otras ocasiones<sup>53</sup>, la inconsistencia de aquellas tesis puestas en circulación por el catalanismo y el vasquismo, y que pretendían deducir el «derecho a decidir» del Pueblo catalán y del

52 Cfr. A. LA PERGOLA, *Costituzione ed adattamento dell'ordinamento interno al Diritto Internazionale*, Milán, 1961; «Un problema clave del Derecho Constitucional: Las normas internacionales y las fuentes normativas del Estado», en A. LA PERGOLA, *Poder exterior y Estado de Derecho. El constitucionalista ante el Derecho Internacional*, Salamanca, 1987.

53 Cfr., p. ej., J. RUIPÉREZ, «El *ius secessionis* en la confrontación derechos humanos-derechos fundamentales. Algunas reflexiones sobre las últimas propuestas de los partidos nacionalistas en España», en J. RUIPÉREZ, *Proceso Constituyente, soberanía y autodeterminación*, cit.; «Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales

Pueblo vasco del hecho de que los Pactos de Naciones Unidas de 1966, y que fueron ratificados por España en 1977, elevaban el derecho de autodeterminación a la categoría de derecho humano. Y es que, importa resaltarlo, lo que sucede es que, como consecuencia directa e inmediata del juego del principio democrático y del de supremacía constitucional, aquéllos Pactos de 1966 tan solo estarán vigentes en lo que no chocan con la Constitución de 1978. Pero, además, estarán tan solo vigentes en el sentido en que a estas normas internacionales les atribuye el artículo 10 del propio Texto Constitucional español, esto es, y por decirlo con Raúl Canosa<sup>54</sup>, la de actuar como «los elementos interpretativos más importantes, en cuanto que coadyuvan en primerísimo plano a la resolución de los problemas hermenéuticos planteados a causa de dudas sobre la aplicación de las libertades y derechos reconocidos por la vigente Constitución».

#### IV. LA SOLUCIÓN GENERAL A NUESTRO PROBLEMA: LA ABSOLUTA COMPLEMENTARIEDAD DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y DEL DERECHO INTERNACIONAL

Determinado lo anterior, es cuando podemos ya tratar de averiguar si la respuesta dada por nuestra actual clase política estatal a las pretensiones del catalanismo y el vasquismo resulta adecuada o no. Y, en este sentido, hemos de indicar que, en nuestra opinión, la solución correcta a este interrogante sólo puede hallarse cuando en lugar de proceder, como es habitual, a la contraposición entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional y, en consecuencia, pretender hacer prevalecer la solución normativa establecida en uno sobre la adoptada por el otro, se afirma la absoluta, y necesaria, complementariedad de ambas normaciones para encontrar una solución pacífica y adecuada a nuestro problema.

Que ello sea así, no ha de ser, creemos, muy difícil de entender. Bastará, para ello, con tomar en consideración que, como, con meridiana claridad, supo comprender ya Heller, el problema que en la España de hoy plantean las fuerzas del nacionalismo romántico, irracional, espiritual, mítico y místico, aunque es único, se integra, a su vez, por dos problemas distintos, claramente diferenciados, cada uno de los cuales tiene su punto de referencia normativa específico. Nos referimos, innecesario debiera ser aclararlo, a que el *ius secessionis* remite, por un lado, a la problemática de la independencia de un determinado territorio que, de este modo, deja de estar sujeto a la soberanía del Estado al que hasta entonces pertenecía, y, por otro, a la problemática del reconocimiento, o si se prefiere nacimiento, de ese territorio como Estado por parte de la Comunidad Internacional, y, con ello, la adquisición por el primero de la personalidad jurídica internacional.

Entender, y aceptar, que este segundo problema ha de ser atendido y regulado por la normativa jurídica internacional, es algo que, creemos, no ha de ser muy difícil de lograr. Sobre todo, si, como venimos manteniendo, el estudio de esta cuestión se abor-

les», en S. ROURA y J. TAJADURA (dirs.) y otros, *La reforma constitucional. La organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género*, Madrid, 2005.

<sup>54</sup> Cfr. R. CANOSA USERA, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, 1988.

da tomando en consideración todas aquellas circunstancias meta y extra jurídicas que condujeron a la adopción de una determinada solución jurídica, y de las cuales, y como, con total acierto, sentó ya el Profesor De Vega<sup>55</sup>, jamás puede prescindir el estudioso del Derecho si no quiere terminar por desvitalizar al máximo la propia Teoría jurídica.

Debemos, a este respecto, comenzar recordando que uno de los principios fundamentales de las Ciencias Económicas, y de un modo más concreto del área de la Economía Política, es el de que las necesidades y apetencias de los hombres son ilimitadas, y que los recursos con los que se cuenta para atenderlas son, por el contrario, limitados. De esta suerte, lo que sucede es que, como nadie puede ignorar, todo Estado, y sobre todo si se trata de un Estado democrático al que, como puso de relieve —convirtiéndose, así, en el más claro, manifiesto e indiscutible precedente teórico de aquél «Estado social» que, en 1929 y en su célebre «*Rechtsstaat oder Diktatur?*», teorizó, y propugnó, Heller<sup>56</sup>— el genial «Ciudadano de Ginebra»<sup>57</sup>, «No [le] basta con tener ciudadanos y con protegerlos; es preciso cuidar de su subsistencia. Satisfacer las necesidades públicas es una consecuencia evidente de la voluntad general y el tercer deber esencial del gobierno», se ve obligado a decidir cuál o cuáles de esas ilimitadas necesidades y apetencias va a tratar de satisfacer con los limitados recursos de que dispone. Dicho de otra manera, y con toda la claridad que se desprende de la clásica fórmula acuñada por Samuelson, toda Comunidad Política se ve en la necesidad de optar por producir cañones o por producir mantequilla, y a buscar fuera de sus fronteras el producto que rechazó producir.

Lo anterior, como debiera ser para todos evidente, y siquiera sea por lo correcta que resulta la afirmación helleriana de que «Tan inconcebible es una sociedad sin Estado, como sin economía»<sup>58</sup>, habría de generar consecuencias tanto en cuanto a la propia configuración misma de la Comunidad Política, como en relación al Derecho por el que se rige. Consecuencias que, en nuestra opinión, no son muy difíciles de descubrir.

De una manera muy básica, lo que la limitación de los recursos económicos determina es, en última instancia, que la República no pueda definitivamente constituirse como aquel «Estado comercial cerrado» que, desde los esquemas conceptuales del nacionalismo romántico racional, había propugnado —y que, con ello, se erigía en la posición de ser uno de los precursores intelectuales de la *Zollverein* (unión aduanera), la cual, de manera paradójica, y como señaló Heller, habiendo sido concebida en el ámbito del pensamiento político socialista como un instrumento para combatir el liberalismo económico de los burgueses liberales y conservadores, terminó ejerciendo un muy particular atractivo sobre los prácticos de la política de la burguesía conservadora y, en todo caso, actuando como uno de los principales factores que sirvieron al monarquismo constitucional para lograr la unidad del Estado alemán desde el reconocimiento de la hegemonía y superioridad de Prusia sobre el resto de los *Länder*— Johann Gottlieb Fichte<sup>59</sup> en el escrito con el que culminó su evolución desde las posiciones liberales y

55 Cfr. P. DE VEGA, «Tendencias y problemas del constitucionalismo español actual», <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/712/22.pdf>.

56 Cfr. H. HELLER, «¿Estado de Derecho o dictadura?» (1929/1930), en H. HELLER, *Escritos políticos*, cit.

57 Cfr. J.-J. ROUSSEAU, *Discurso sobre la Economía Política* (1755), Madrid, 1985.

58 Cfr. H. HELLER, «Socialismo y Nación» (1925/1931), en H. Heller, *Escritos políticos*, cit.

59 Cfr. J. G. FICHTE, *El Estado comercial cerrado. Un ensayo filosófico como apéndice a la doctrina del Derecho, y como muestra de una política a seguir en el futuro* (1800), Madrid, 1991.

democráticas a las del socialismo democrático (H. Heller). Y es, de cualquier modo, porque la Comunidad Política no puede presentarse como ese Estado comercial cerrado, por lo que resulta también imposible que aquella continúe siendo aquel «Estado jurídico cerrado» que había imaginado el filósofo de Rammenau. Antes al contrario, lo que sucede es que la realidad económica, y la necesidad de acudir al tráfico mercantil internacional, determina que la Comunidad Política estatal haya de configurarse como un Estado jurídico abierto, en el sentido de que ha de hacerse permeable a normas jurídicas que escapan a su sola, y soberana, voluntad y que, en todo caso, son emanadas al margen de las disposiciones de la kelseniana Constitución material del Estado.

Se comprende, desde esta perspectiva, y sin dificultad alguna, el porque, por ejemplo, Charles Rousseau<sup>60</sup> incluye el *ius secessionis*, que, como dijimos antes, es un problema que surge en el interior de la Comunidad Política estatal y que, por ello mismo, nunca puede entenderse al margen de la Teoría democrática del Poder Constituyente del Pueblo, como uno de los posibles significados del derecho de autodeterminación en el marco del Derecho Público internacional. Y es que, en efecto, lo que realmente ocurre es que cuanto los habitantes de un determinado territorio, que forman parte integrante de ese «Pueblo como unidad» que conforma un Estado concreto (H. Heller), se plantean la posibilidad del ejercicio del derecho de secesión como medio para recuperar su condición de «Pueblo como diversidad», su pretensión no se agota, ni mucho menos, en la mera circunstancia de que aquél deje de formar parte del Estado al que pertenecía, y de que sus ciudadanos, recuperando la titularidad del ejercicio de la soberanía, dejen de estar, digamos, sometidos a las decisiones soberanas de aquel Pueblo estatal en el que ellos mismos estaban integrados, englobados y, de algún modo, disueltos. Junto a esta pretensión, a lo que aspiran quienes reivindicán, desde el interior de una determinada y concreta Comunidad Política estatal, su derecho a secesionarse, o, si se prefiere, su «derecho a decidir», es a ser reconocidos como un Estado libre, independiente y soberano por todos y cada uno de los integrantes de la Comunidad Internacional. Esto es, la intención última de las fuerzas secesionistas, o independentistas, es la de conseguir que el territorio en el que actúan adquiera el *status* de sujeto del Derecho Internacional. Y todo ello, en el contexto de una realidad jurídica y política en la que, de una manera bien diversa a como la había propuesto Mancini<sup>61</sup>, los actores de este último no son las Naciones, concebidas como los únicos entes políticos naturales, sino los Estados.

Importa advertir, y de modo inmediato, que esta última pretensión no puede, y bajo ningún concepto, interpretarse como una mera aspiración de carácter romántico. Antes al contrario, la satisfacción de la misma, como observó Heller, se convierte una necesidad ineludible para la posibilidad misma de la existencia real de la nueva Comunidad Política estatal. Y ello, por la sencillísima razón de que es tan sólo cuando el territorio secesionado adquiera la personalidad jurídica internacional, cuando podrá ya comenzar a adquirir obligaciones jurídicas con el resto de lo Estados que componen la Comunidad Internacional. Lo que, como a nadie puede ocultársele, se presenta como

60 Cfr. Ch. ROUSSEAU, *Derecho Internacional Público*, Barcelona 1986, 3.ª ed.

61 Cfr. P. S. MANCINI, «De la nacionalidad como fundamento del Derecho de Gentes» (1851), y «Rasgos del viejo y del nuevo Derecho de gentes» (1852), ambos recogidos en P. S. MANCINI, *Sobre la nacionalidad*, Madrid, 1985.

un requisito necesario para que el nuevo Estado pueda participar en el tráfico comercial internacional.

Porque esto es así, y partiendo aquí de la plena, total y absoluta identificación del nacimiento del Estado con el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional, fácil ha de ser concluir que nos encontramos ante una problemática que ha de ser atendida, y regulada, por el Derecho Internacional. Lo que, en última instancia, se explica por cuanto que, como debiera ser para todos inconcuso, se trata de una materia que escapa al haz de facultades que corresponden a la capacidad de decisión del Estado individualmente considerado, y ya lo observemos desde la óptica del territorio independizado, ya desde la del preexistente Estado. Por el contrario, la misma se incardina, y de forma tan evidente como indiscutible, en el campo del haz de facultades de decisión que corresponde a la Comunidad Internacional.

En tales circunstancias, y siempre y cuando nos movamos en el marco de la anterior identificación, bien podríamos dar la razón a, por ejemplo, un Kunz y a un Mouskheli<sup>62</sup>. Ambos autores se muestran muy firmes en la aseveración de que, como escribe el último, «es imposible transformar un Estado federal en una Confederación de Estados mediante una ley federal, aunque sea una ley constitucional. [...] esta ley no pasaría de ser una causa subsidiaria [...] y de ninguna manera la causa jurídica que determinase la desaparición del Estado federal o la creación de nuevos Estados independientes. Y esto por la sencilla razón de que estos dos últimos hechos son determinados por el Derecho internacional y no pueden serlo por ningún otro derecho. Una ley estatal puede sólo puede fijar el conjunto de requisitos necesarios al nacimiento de órdenes jurídicos inferiores a ella, [...]. Pero la determinación de las condiciones y del momento en que tiene lugar el nacimiento o la desaparición de un orden estatal no tiene más remedio que corresponder al orden internacional».

Debemos, sin embargo, realizar una matización a la tesis de estos autores. En este sentido, es menester afirmar que si es al orden jurídico internacional al que corresponde regular las condiciones del nacimiento o desaparición de un Estado, y lo es en efecto, ello no se debe a que, como mantienen, desde los esquemas conceptuales del monismo jurídico moderado, ambos autores, el Derecho Internacional sea superior al Derecho Constitucional. Por el contrario, lo que sucede es que, como acertadamente comprendió Heller, y de algún ya ha sido apuntado, esta hipótesis se incardina en el ámbito del Derecho Internacional en la medida en que es tan sólo la Comunidad Internacional la que puede decidir si reconoce o no la personalidad jurídica internacional a ese nuevo ente político-territorial independizado.

De cualquier forma, lo que no puede perderse de vista es que, como, en su «*La soberanía*» —que yo me resisto a considerarla como un mero, aunque extraordinario y magnífico, precedente de su *Staatslehre* (M. de la Cueva)—, advirtió Heller, la aparición de ese nuevo ente político-territorial al que, de acuerdo con lo establecido al respecto por el Derecho Internacional, se le reconocerá, o no, la personalidad jurídica internacional, constituye para la Comunidad o Sociedad Internacional un simple *fait accompli*. Se trata, en efecto, de un hecho. Un hecho que, de manera indudable, se produce en el interior de

62 Cfr. J. KUNZ, *Die Staatenverbindungen*, Stuttgart, 1929; M. MOUSKHELI, *Teoría jurídica del Estado Federal*, Madrid, 1931.

un Estado concreto, y que, en consecuencia, queda fuera de las facultades normativas de la propia Comunidad Internacional.

Desde esta óptica, la conclusión a la que, desde la más elemental lógica jurídica y política, ha de llegarse no puede ser más clara y evidente. Y ésta no es otra que la de que, porque el problema ahora se concreta en la posible independencia de un territorio respecto de la Comunidad Política estatal en la que estaba integrado, el *ius secessionis* se presenta, ante todo y sobre todo, como un problema interno del Estado. Y es, de un modo muy concreto, porque se trata de un problema interno del Estado, por lo que para todos debiera ser meridiano que no es en la normativa jurídica internacional donde ha de buscarse la solución a dicho problema. Será, por el contrario, en el Derecho Constitucional vigente en esa Comunidad Política estatal concreta y determinada, donde únicamente podemos encontrar la respuesta adecuada a la cuestión de si un territorio de aquélla puede secesionarse. Debiera ser, asimismo, unánimemente aceptado que el jurista tan sólo puede ofrecer una ponderada y cabal explicación de este problema, que, insistamos, es interno y no internacional, actuando desde el aparato conceptual elaborado al respecto por la Teoría del Estado y de la Constitución.

Bien conocido es, a este respecto, que, en buena medida en oposición a las, en todo caso, antidemocráticas tesis de Calhoun y von Seydel<sup>63</sup> y, de modo particular, a las consecuencias prácticas que se derivaban de su equiparación del Estado Federal a la Confederación de Estados, fue un criterio prácticamente unánime entre los estudiosos del Derecho, la Política y el Estado el de erigir a la problemática del derecho de secesión en uno de los principales, si no en el básico y fundamental, elementos para la definitiva diferenciación entre las dos formas históricas del federalismo. De esta suerte, la mayoría de la doctrina estará de acuerdo en que, en tanto en cuanto se trata de una unión estable entre Estado soberanos que se rige por una norma de carácter contractual (Ch. Durand<sup>64</sup>), en toda *Staatenbund* sus miembros tendrán, siempre y en todo momento, la facultad para decidir, de forma absolutamente libre y actuando de manera unilateral, abandonar aquella organización estatal. Existirá asimismo, un amplio consenso en la idea de que la posibilidad de la secesión, que, como decimos, se deriva inmediatamente del hecho de que los miembros conservan el *status* de Estados soberanos, es un derecho del que disfrutarán las colectividades confederadas con total independencia de que el mismo aparezca o no aparezca expresamente consignado en la norma fundamental por la que se rige la Confederación.

Todo lo contrario sucede, de acuerdo con el criterio doctrinal mayoritario, en el supuesto del *Bundesstaat*. Lo que, en último término, se deriva del hecho de que, a diferencia de la Confederación, el Estado Políticamente Descentralizado se presenta como una Comunidad Política única. Desde esta comprensión, su conclusión no puede ser más clara y contundente. En el Estado Federal, y porque éste se define por el dato

63 Cfr. el vol. J. C. CALHOUN, *Libertad y Unión. La Teoría de la Confederación*, Madrid, 2010. M. VON SEYDEL, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, Würzburg, 1873; *Staatsrechtliche und politische Abhandlungen*, Friburgo i B.-Leipzig, 1883; *Commentar zur Verfassung-Urkunde für das Deutsche Reich*, Friburgo i B.-Leipzig, 1897, 2.<sup>a</sup> ed.

64 Cfr. Ch. DURAND, *Les États Fédéraux. Étude de Droit Constitutionnel Positif*, París, 1930; *Confédération d'États et État Fédéral. Réalisation acquises et perspectives nouvelles*, París, 1955.

fundamental de que la organización política central y las organizaciones políticas regionales son, y sólo pueden ser, titulares de derechos de autonomía y nunca de derechos de soberanía (C. J. Friedrich<sup>65</sup>), no es sólo que la hipótesis del ejercicio del *ius secessionis* devenga una alternativa inviable, sino que, incluso, su reconocimiento constitucional resulta imposible de realizar.

Una excepción a esta concepción la constituye, nadie debiera ignorarlo, la obra de Kelsen. Es, en efecto, bien distinta la tesis defendida sobre este particular por el jurista austriaco y, en nuestra opinión, es la más correcta y adecuada.

Admite, como no podría ser de otra forma, también el jefe del Grupo de Viena que el derecho de secesión es inherente a la forma política *Staatenbund*. Discrepa, sin embargo, de la tesis doctrinal mayoritaria, conforme a la cual el *ius secessionis* resulta incompatible con la organización de la Comunidad Política como un Estado Federal. Para Kelsen, en efecto, el que los entes público-territoriales de un Estado Políticamente Descentralizado, al igual que sucede con los del Estado Unitario, puedan ser titulares del derecho de secesión, y puedan ejercitar tal derecho depende, única y exclusivamente, de la decisión adoptada por el Poder Constituyente originario en el momento de proceder a la elaboración, discusión y aprobación del Código Jurídico-Político Fundamental. De esta suerte, lo que sucede es que si la Constitución reconoce el *ius secessionis*, las colectividades particulares se encontrarán, plena e indiscutiblemente, legitimadas para plantear su posible salida de la Comunidad Política estatal única, e incluso para culminar ese proceso independentista. Por el contrario, tal hipótesis resultará ilegítima, y, por ello mismo, inaceptable, cuando el Legislador Constituyente originario o bien, y como es la regla general, omitió cualquier referencia al derecho de secesión —lo que, por lo demás, se explica por cuanto que la gran conquista del Estado Constitucional es la de que mientras que los ciudadanos pueden hacer todo aquello que no le está expresamente prohibido por el Derecho, los gobernantes, en cuanto que titulares que son de los poderes constituidos del Estado, sólo pueden hacer lo que el Derecho les autoriza a realizar—, o bien rechazó de modo claro, tajante y definitivo el proceder a su constitucionalización.

Importa señalar, y de manera inmediata, que lo anterior no significa, ni mucho menos, que Kelsen termine por identificar y equiparar las dos formas históricas del federalismo. Antes al contrario, el *ius secessionis*, o más bien la distinta naturaleza de su posible ejercicio, constituye también para Kelsen un elemento central para diferenciar la *Staatenbund* y el *Bundesstaat*. Y ello, por la sencillísima razón de que en la primera, las colectividades particulares que decidan separarse de la unión estatal, lo hacen ejecutando un auténtico acto de soberanía. Por el contrario, en el supuesto del Estado Políticamente Descentralizado, siempre y cuando, y sí y sólo sí, su *Pouvoir Constituant* originario lo hubiera admitido, el ejercicio del derecho de secesión se presentaría, y de manera ineluctable, como la actuación de una facultad constitucional que, como tal, se encuentra sometida al cumplimiento de todos los requerimientos y exigencias establecidos al respecto por el Legislador Constituyente originario.

De cualquier modo, es menester realizar una última precisión sobre la tesis kelseniana. Precisión que adquiere una muy particular transcendencia en las circunstancias

65 Cfr. C. J. FRIEDRICH, *Tendances du fédéralisme en théorie et en pratique*, Bruselas, 1971.

por las que atraviesa hoy la España de 1978, y que, en todo caso, jamás debiera ser olvidada, o ignorada, por los prácticos de la política, tanto los de la organización política central, como los de las Comunidades Autónomas.

De lo que, en última instancia, se trata es de poner de manifiesto que si es verdad que, como acabamos de ver, el reconocimiento constitucional del *ius secessionis* otorga total y absoluta legitimidad a las aspiraciones independentistas de los ciudadanos de alguna o algunas de las colectividades-miembros del Estado Federal, es lo cierto, sin embargo —y como, con total acierto, ha hecho notar Antonio La Pergola<sup>66</sup>—, que, de no verificarse alguno de los supuestos que justificarían la entrada en escena del llamado Derecho Internacional Humanitario, su ejercicio real únicamente podría reputarse como una operación no sólo legítima, sino también válida y lícita cuando el mismo se lleve a cabo con la más absoluta, y escrupulosa, observancia de los requisitos impuestos para ello no sólo por parte del *Pouvoir Constituant*, insistamos, originario, sino también los establecidos por la legislación ordinaria que desarrolla y concreta la norma constitucional que reconoce el derecho de secesión a favor de las colectividades-miembro. Y ocurre, y esto es lo importante, y lo que ha de ser destacado, que cuando alguna de estas dos exigencias falla —que es lo que sucedió en los Estados Unidos de América, por cuanto que su Constitución no contempla la posibilidad de la secesión; y que es también lo que sucedió en la URSS, donde, estando constitucionalmente reconocido el *ius secessionis*, faltaba el desarrollo normativo del precepto constitucional—, cualquier intento por parte de los gobernantes regionales de ejercer el derecho de secesión y, en consecuencia, independizarse de la Comunidad Política federal a la que pertenecen para adquirir la condición internacional de Estado libre y soberano, se traduce, pura y simplemente, en un manifiesto incumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales por parte de la colectividad-miembro de que se trate. Podríamos, incluso, afirmar que nos encontraríamos ante la más grave violación del ordenamiento constitucional federal.

Y, justamente, porque se trata de la más grave infracción imaginable a la Constitución, es por lo que la organización política central, en cuanto que sujeto unánimemente reconocido como el más adecuado para llevar a cabo la defensa de los intereses generales de la Comunidad Política única, estará legitimada, y dando estricto cumplimiento a esa otra facultad constitucional que es la *Bundesexekution*, para actuar contra los centros autónomos de decisión política democrática y legítima transgresores. Actuación esta última que, lejos de poder ser considerada como una agresión, o como una amenaza de agresión, a la colectividad particular secesionista, ha de ser interpretada como una actividad autorizada por el Constituyente para poder reestablecer el orden constitucional. Y ello es así, aun y cuando el restablecimiento del orden constitucional tenga por finalidad la de, como se hizo en la URSS en relación con las Repúblicas bálticas, proceder al desarrollo legislativo de las condiciones para ejercicio del derecho de secesión, o incluso, y como hipótesis extrema, la de proceder a la disolución del pacto social por el que el *Bundesstaat* había nacido.

<sup>66</sup> Cfr. A LA PERGOLA, «La Confederación. 2. La forma moderna: “el federalismo y sus contornos”», en A. LA PERGOLA, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994.

## V. LA SOLUCIÓN CONCRETA: EL *IUS SECESSIONIS* EN LA RELACIÓN ESTADO ESPAÑOL Y UNIÓN EUROPEA

Habernos detenido a precisar lo anterior, no es, a pesar de lo pudiera suponerse —y seguro que no falta quien así lo estime—, una tarea inútil, ociosa y superflua. Antes al contrario, la misma no sólo se encuentra plenamente justificada, sino que, además, resulta altamente pertinente para lograr obtener una ponderada y cabal comprensión del problema que, aquí y ahora, nos ocupa. Y ello, por la muy sencilla razón de que, de un modo bien diverso a lo que creen, o, al menos, parecen dar a entender que creen, los miembros de la actual clase política española, es la anterior lógica la que nos permitirá encontrar la solución jurídica correcta y adecuada al problema que, en el marco de la confrontación político-partidista, suscita hoy el nacionalismo conservador catalanista.

Llegar a la anterior conclusión, no ha de ser, según nuestra modesta opinión, muy difícil de lograr. Bastará, en efecto, para ello con tomar en consideración cuál es en verdad la actual realidad estatal de la Unión Europea.

En este sentido, es menester comenzar por constatar dos circunstancias. La primera de ellas, es la de que, como a nadie puede, ni debe, ocultársele, el proceso de integración ha determinado que hace ya mucho tiempo que lo que es hoy la Unión Europea no responda al concepto de mera alianza internacional. Al menos esto es así, y resulta indiscutible, si, con *Le Fur*<sup>67</sup> —quien, a diferencia de Philipp Zorn<sup>68</sup>, jamás identificó la alianza interestatal con la *Staatenbund*—, entendemos la alianza internacional como una unión temporal de Estados, que se encuentra a merced del cambio político, que carece de un órgano central permanente que tenga la misión de representar a todos los Estados asociados en conjunto, y que, finalmente, carece de personalidad jurídica tanto desde la perspectiva de la Comunidad Internacional, como desde la del Estado. Ahora bien, si esto es así, es también cierto, y ésta es la segunda circunstancia que el constitucionalista, al menos si es consciente de su misión, no puede dejar de constatar, que la Unión Europea no se ha constituido todavía como una Comunidad Política estatal única. Por el contrario, la Unión Europea, a pesar de tener reconocida la personalidad jurídica internacional e interna, sigue siendo una unión de Estados independientes, todos ellos, y por sí mismos, sujetos del Derecho Internacional y miembros de la Comunidad Internacional.

A la vista de este doble hecho, y desde la óptica de la Teoría del Estado y de la Constitución, obligado parece dar la razón a La Pergola<sup>69</sup> cuando, por un lado, advierte de la absoluta necesidad de proceder a la reformulación de los clásicos conceptos acuñados por la Teoría del Estado sobre el federalismo, en el sentido de dar cabida, junto a

67 Cfr. L. LE FUR, *État Fédéral et Confédération d'États* (1896), París, 2000.

68 Cfr. PH. ZORN, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Berlín-Leipzig, 1880 (t. I) y 1883 (t. II).

69 Cfr. A. LA PERGOLA, «La Confederación. 3. La Unión Europea entre el Mercado Común y un tipo moderno de Confederación. Observaciones de un constitucionalista», y «La Confederación. 4. ¿Para qué una Constitución de la Unión Europea?, ambos escritos en A. LA PERGOLA, *Los nuevos senderos del federalismo*, cit. En desarrollo de la tesis del Maestro italiano, y por comodidad, cfr. J. RUIPÉREZ, «Algunas cuestiones sobre el momento estatal de la integración europea: la Unión Europea como forma moderna de Confederación (Una primera aproximación)», en M. A. García Herrera (dir.) y otros, *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, cit.

las dos formas históricas, a una nueva manifestación estructural de aquél que, en último término, se encontraría en una posición intermedia y equidistante del *Bundesstaat* y de la *Staatenbund*. Por otro lado, y sobre todo teniendo en cuenta que, al menos desde la entrada en vigor de los Tratados de Maastricht y Ámsterdam, el ente jurídico-europeo se concibe como una «Comunidad política ya no sectorial, sino con objetivos y competencias generales», cuando afirma a la Unión Europea como un indiscutible ejemplo de esa Confederación de Estados en su forma moderna.

Importa señalar, a este respecto, que la consideración de la Unión Europea como una forma moderna de Confederación de Estados en modo alguno, y de manera bien contraria a lo que suelen creer los Profesores de Derecho Internacional, viene a negar nuestra afirmación inicial sobre el régimen jurídico que tendría que la posible independencia de algún territorio hasta hoy integrado en alguno de sus Estados miembros. Antes al contrario, lo que hace es confirmarla. Y, además, de modo definitivo.

La razón de que esto sea así, es, a nuestro juicio, fácilmente comprensible. Es verdad, y nadie podría negarlo, al menos si se actúa de una forma objetiva, que el grado de centralización que existe en la actual Unión Europea es indiscutiblemente muy superior al que corresponde a la mera alianza internacional. Pero también lo es, y ello resulta igualmente incuestionable, al grado de centralización que conocieron las distintas Confederaciones que han existido a lo largo de la Historia. Circunstancia ésta que queda demostrada de manera absoluta, cuando se toma en consideración que, de un modo muy distinto a lo que sucedía en la forma arcaica de la *Staatenbund*, en donde, recordemos, las normas jurídicas emanadas por su órgano central serían tan sólo aplicables a los ciudadanos de las colectividades confederadas cuando las mismas hubieran sido, de una u otra suerte, convalidadas por las autoridades de sus respectivos Estados, en el marco de la actual Unión Europea lo que sucede es que sus normas jurídicas, de manera fundamental las que integran el llamado «Derecho Comunitario derivado», tienen por destinatarios tanto a los Estados de la Unión, como a los ciudadanos de éstos. Es, asimismo, cierto, irrefutable e irrefutable que el ordenado funcionamiento de la propia Unión Europea determina que sus miembros tengan que sufrir algunas restricciones en el ejercicio de su soberanía. Restricciones éstas que, nadie puede ignorarlo, son, incluso, muy superiores a la que ya Zorn había predicado en relación con la forma arcaica de la *Staatenbund*, y además, como uno de los caracteres definidores de esta forma política estatal.

Ahora bien, si es así, y lo es de forma axiomática, lo que sucede, y lo que nunca debiera ser olvidado ni por los prácticos de la política ni por los estudiosos del Derecho, el Estado y la Política, es que, porque, al igual que ocurría en la Confederación clásica, el nacimiento del nuevo ente jurídico-político, incluso aunque el mismo tenga reconocida la personalidad jurídica interna e internacional, no implica la desaparición de las colectividades estatales particulares, ni tampoco, y muy en contra de lo afirmado, por ejemplo, por Georg Meyer<sup>70</sup>, el que las mismas renuncien a su soberanía, lo que sucede es que la Unión Europea, como única manifestación de la Confederación en su forma moderna, sigue respondiendo, y de manera plena, a aquella caracterización de la *Staatenbund* realizada, por ejemplo, por Le Fur. Esto es, la Unión Europea, como las Confederaciones arcaicas, se define por ser una asociación permanente de Estados sobe-

70 Cfr. G. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes*, Leipzig, 1899, 5.<sup>a</sup> ed.

ranos, que tiene reconocida la personalidad jurídica, en la que existe un poder central y que está dotado de unos órganos permanentes, los cuales, y en tanto en cuanto que lo propio de esta forma de organización política estatal es que la *Kompetenz-Kompetenz* se encuentra residenciada en las organizaciones políticas confederadas, tan sólo pueden actuar en aquellas materias que expresamente le han sido atribuidas por los Estados particulares.

Ni qué decir tiene que es, en último extremo, esta circunstancia la que, como decimos, viene a confirmar nuestra inicial afirmación. Lo que, creemos, no ha de ser difícil de entender, ni de compartir. Y es que, en efecto, es, justamente, porque la Confederación no tiene, y bajo ningún concepto, la naturaleza de Comunidad Política estatal, por lo que la Unión Europea sigue teniendo un inequívoco, indiscutido e incuestionable carácter internacional. Carácter internacional que, bien conocido es, es reivindicado de forma unánime por los profesionales universitarios dedicados al estudio del Derecho Internacional, y que, desde luego, no soy yo quien, al aceptar la doctrina de La Pergola sobre la forma moderna de la Confederación, ponga en duda esa naturaleza, o quien ponga en discusión el papel que a aquéllos corresponde en el estudio científico de la Unión Europea.

Sea de ello lo que sea, lo que nos interesa señalar es que, como no podría ser de otro modo, la anterior circunstancia genera consecuencias en cuanto a la naturaleza jurídica de las normas por las que se rige la vida de la Unión Europea. Efectos éstos que, en nuestra opinión, se hacen especialmente patentes en relación con las normas que integran el que se conoce, o al menos se conocía, como «Derecho Comunitario originario». Y es que, en la medida en que la Unión Europea no es un auténtico Estado, sino, tan sólo y exclusivamente, una unión de Estados soberanos, matemático, e indiscutible, debiera ser para todos que las normas por las que se rige su vida tienen, y sólo pueden tener, un carácter de norma jurídica contractual. Lo que, traducido en otros términos, significa que el Derecho de la Unión Europea, con todas las singularidades y particularidades que quieran atribuírsele, se presenta como un conjunto de normas que han de ser conceptualizadas como de Derecho Internacional.

Desde esta perspectiva, meridianamente debiera ser para todos que, a pesar de lo que dan a entender los prácticos de la política española, la Unión Europea, como Comunidad Política interestatal que es, sólo se ocupa del problema de la secesión desde la faceta que a ella le afecta. Esto es, la Unión Europea, de una forma muy similar a como sucedía con la Comunidad Internacional, se preocupará de ella en lo que hace al reconocimiento de ese territorio independizado como Estado, la atribución o no de la personalidad jurídica, y, por último, aunque no por ello menos importante, en cuanto a la posibilidad de que aquél obtenga el *status* de Estado comunitario. Y lo hace, como es obvio, desde la consideración de que esa hipotética independencia de ese territorio es, para ella, un mero hecho.

Lo anterior, a nuestro juicio, queda plenamente confirmado cuando se toma en consideración la propia literalidad de la normativa comunitaria. Si así se hace, el jurista, cualquiera que sea el área de conocimiento al que esté adscrito, no puede dejar de constatar que la única vez que ésta se refiere de forma expresa al *ius secessionis* lo hace, no en relación a colectividades jurídico-políticas infraestatales, sino con los Estados confederados.

A esta problemática se dedica, en efecto, el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea en la versión consolidada de éste tras la aprobación del Tratado de Lisboa. En su primer párrafo, éste dispone que «Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión». Es menester, de cualquier forma, advertir, y de manera inmediata, que se trata de una declaración que es tan enfática y solemne, como innecesaria y superflua. Y ello, por la muy simple razón de que, porque, como decíamos antes, los Estados miembros no pierden —al menos desde el punto de vista jurídico-formal, y haciendo total abstracción de la realidad político-económica (P. De Vega<sup>71</sup>)— su condición de sujetos soberanos, lo que ocurre es que gozarían de este derecho aunque nada se dijera en el Tratado. Y, porque esto es así, lo que sucede es que el resto del citado artículo 50 no hace más que solemnizar lo que es obvio. A saber: que en caso de que alguno de los miembros abandonase la Unión Europea, el Derecho de ésta dejará de estar vigente en su territorio.

Nada dice, sin embargo, de forma expresa el Derecho Comunitario respecto de la posible secesión de un territorio de alguno de los Estados miembros. Todo lo más, podríamos aceptar que esta hipótesis se encuentra incluida en el mandato del artículo 4.º.2 del Tratado de la Unión Europea. Aunque, en realidad, la problemática de la garantía de la integridad territorial no sólo es más amplia que la de la posible secesión, sino que, además, suele vincularse a la hipótesis de ataques armados, interiores o exteriores, a alguno de los Estados confederados.

Lo de menos, como es obvio, es detenernos a precisar que este artículo 4.º.2 lo que, en definitiva, hace es confirmar el carácter confederal de la actual Unión Europea. Aunque, no obstante, si parece oportuno recordar que, aunque en ambas manifestaciones históricas del federalismo se verificaba una renuncia al *ius belli* en el interior de la estructura estatal, la clásica Teoría del Estado y de la Constitución cifró en este punto una las más importantes y significativas diferencias entre la *Staatenbund* y el *Bundesstaat*. Así, se dirá que en el supuesto del Estado Federal, y en tanto en cuanto se trata de un sujeto único en el orden internacional, la guerra y la paz con terceros Estados afectan a toda la Comunidad Política estatal, y en su conjunto. De esta suerte, y conviene recordarlo, siquiera sea por nuestra propia Historia política, resulta no sólo impensable, sino también absolutamente inviable el que cualquiera de los centros autónomos de decisión política que integran el Estado Políticamente Descentralizado pueda, actuando unilateralmente, entrar en un conflicto bélico con algún Estado independiente, sin que éste afecte al resto de la Comunidad estatal federal. También, y de un modo bien distinto a lo que pretendieron lograr los nacionalistas catalanes y vascos durante la Guerra Civil, es imposible el que alguna o algunas de las colectividades-miembro pueda, actuando unilateralmente y de manera individual, alcanzar la paz mientras que el resto de la Federación continúa en la guerra.

Todo lo contrario, y siempre desde los esquemas conceptuales de la clásica Teoría del Estado y de la Constitución, sucede en el supuesto de la *Staatenbund*. En ésta, en

71 Cfr. P. DE VEGA, «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 100 (1998). Cfr., también y en el mismo sentido, J. RUIPÉREZ, *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado Constitucional democrático y social*, México, 2005.

efecto, puede ocurrir que todos los Estados particulares se vean envueltos en un conflicto bélico con un tercer Estado. Pero, y esto es lo relevante, tal circunstancia se produciría por haber entrado todas y cada una de las colectividades particulares en guerra con aquél, y no por su pertenencia a la Confederación. En definitiva, en la *Staatenbund* la declaración de la guerra y la consecución de la paz son competencias que pertenecen a los Estados confederados de manera individual, y no a la organización central confederal.

Lo que en realidad nos interesa, aquí, es poner de manifiesto que nada dice el Derecho de la Unión Europea sobre la posible independencia de una colectividad jurídico-política infraestatal respecto del Estado comunitario al que hasta entonces pertenecía. De modo tal que ni lo permite, ni lo prohíbe. Y, en este sentido, debemos indicar que si esto es así, ello se debe a que, por su propia naturaleza, Confederación de Estados en su forma moderna, y por su inequívoco carácter internacional, la Unión Europea carece de competencia para poder regular este supuesto. Por lo menos, esto es así en lo que hace a la vertiente interna del problema de la secesión.

Desde esta perspectiva, es sólo una la conclusión a la que puede llegarse en relación con el problema que, no lo podemos perder de vista, en la España de 1978 plantea hoy el catalanismo conservador. Y esta conclusión no es otra de que la posible independencia, como resultado final del ejercicio del derecho de secesión, de Cataluña, País Vasco o de La Rioja es para la Unión Europea, al igual que para la Comunidad Internacional general, un mero hecho. Hecho que se genera en un ámbito que queda al margen de sus facultades normativas. Aunque, sin embargo, se ve obligada a dar una respuesta jurídica al mismo en aquello que le afecta.

Fácil ha de ser, a nuestro juicio, comprender que porque la independencia de alguna de las actuales Comunidades Autónomas españolas tiene para la Confederación europea la misma consideración que tiene para la Comunidad Internacional, la solución que aquel problema recibe por parte del Derecho de la Unión Europea es, y sólo puede ser, muy similar a la que ofrece el Derecho Internacional Público general. Solución que, de cualquier modo, no es muy difícil de comprender.

A este respecto, lo primero que se desprende del Derecho de la Unión Europea es que, verificado el hecho de la secesión en el interior de la Comunidad Política estatal española, aquella parte del territorio nacional que continuase siendo Estado español, y en tanto en cuanto éste ya es miembro de pleno derecho de la Unión Europea, se mantendría como parte integrante de la moderna *Staatenbund* europea. *Status* éste que se mantendría salvo, naturalmente, que el Estado español decidiera, y de manera simultánea a la verificación de la segregación territorial interna, ejercer el derecho que le reconoce el ya citado artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, y solicitase su salida de la organización confederal.

En segundo lugar, aunque directa e inmediatamente relacionado con lo anterior, nos dice el Derecho de la Unión Europea que el territorio secesionado, erigido ya en la posición de Comunidad Política estatal libre, independiente y soberana, no formará parte de la propia Unión Europea, ni el Derecho de ésta le será aplicable. Lo que, en último extremo, se explica por cuanto que ese nuevo ente político estatal tiene, desde la óptica comunitaria, la naturaleza de ser un tercer Estado.

De todos es, sin duda, conocido que el alcance concreto de esta última consecuencia dista mucho, y sobre todo hoy, de ser una cuestión pacífica. Así, nos encontramos

con que en un primer momento se entendió, y todavía hay quien así lo interpreta, que ese nuevo Estado nacido en el ámbito geográfico del Continente europeo, no es sólo que no tuviese inicialmente la condición de Estado miembro de la Unión Europea, sino que, además, nunca podría entrar en ella. Fue esta interpretación, como a nadie puede, ni debe, ocultársele, la que determinó que la aventura secesionista protagonizada por el PNV en los primeros años de esta centuria, y que fue conocida como el «Plan Ibarretxe», terminará por presentarse no como una situación de ruptura total y definitiva con España, sino lo que erigirse en un Estado libre asociado de aquélla. Solución ésta que, en último extremo, permitiría que Euzkadi siguiera gozando de los supuestos beneficios derivados de la pertenencia a la Unión Europea, aunque, empero, no fuesen miembros de la misma.

Frente a esta rígida y estricta interpretación, se ha ido abriendo paso una posición mucho más suave y benévola para las pretensiones de las fuerzas secesionistas. Como no podía ser de otra forma, se afirmará también ahora que el nuevo Estado europeo no formará parte de la Unión Europea por el mero hecho de haber nacido. Ahora bien, no se excluye la posibilidad de que pueda ingresar en el futuro. Y para ello, es necesario que lo soliciten y que logren satisfacer las condiciones que establece el artículo 49 del Tratado de la Unión Europea. Lo que, en el supuesto que nos ocupa, implicaría la necesidad de salvar el posible veto por parte del Estado español.

En tales circunstancias, evidente debiera ser para todos que la apelación a la Unión Europea hecha por los prácticos de la política de la organización central no es adecuada para encontrar una solución al problema catalán. Esta puede ser, y es, sin duda, un argumento político hartamente contundente esgrimible en el ámbito de la confrontación política partidista. Pero no es, ni puede ser, un argumento definitivo que pueda enfrentarse desde el punto de vista jurídico a las pretensiones del nacionalismo romántico, irracional, espiritual, mítico y místico.

Que ello sea así, entendemos, es fácil de comprender. Y se explica por cuanto que, en la medida en que se trata de un problema interno del Estado, no es en una normativa de naturaleza internacional, aunque sea especial, donde deba encontrarse la solución jurídica al conflicto. Por el contrario, es el Derecho interno el que ha de ser aplicado. De ahí, justamente, el que resulte como mínimo sorprendente que los prácticos de la política de la organización central eludan hacer referencia a la actual Constitución española, y eviten enmarcar las reivindicaciones del catalanismo y del vasquismo en los mandatos de aquélla.

Porque esto es así, ninguna duda puede existir sobre que únicamente podremos encontrar una ponderada y cabal respuesta al interrogante sobre la viabilidad —en el sentido de hipótesis válida, lícita y legítima— o inviabilidad de las pretensiones independentistas del nacionalismo catalán y vasco, si partimos de las decisiones adoptadas al respecto por el Legislador Constituyente de 1977-1978. Y éstas, con total independencia de si el intérprete es un firme partidario del confederantismo o un irredento jacobino, sólo pueden conducir al jurista a la conclusión de que los mismos son, hoy por hoy, y mientras el Texto de 27 de diciembre de 1978 continúe en vigor, irrealizables. La razón es fácilmente comprensible.

Es menester, a este respecto, comenzar recordando que, frente a la que, de acuerdo con Carl Friedrich, constituye la regla general en el Derecho y la Política Comparados,

el Constituyente español de 1977-1978 no eludió el pronunciarse sobre el *ius secessionis*. De hecho, no podría dejar de hacerlo. Recuérdese que el Diputado y el Senador de Euzkadiko Ezkerra en la Constituyente presentaron sendas enmiendas solicitando el reconocimiento constitucional del derecho de autodeterminación. Enmiendas que, como nadie puede ignorar, fueron determinante e inequívocamente rechazadas en el Congreso y en el Senado. E importa indicar que este contundente rechazo se hizo por una amplia mayoría parlamentaria, de la que, conviene no olvidarlo, formaban parte tanto CiU como PNV.

Pero, como cualquier observador de nuestra realidad jurídica y política puede constatar, ocurre que el *Pouvoir Constituant* originario español no se limitó a realizar esta renuncia genérica a constitucionalizar el derecho de secesión. Antes al contrario, nos encontramos con que el Legislador Constituyente de 1977-1978 quiso reforzar el objeto de esa renuncia general con medidas normativas concretas. Y, de esta suerte, procedió a la aprobación —que, en todo caso, y siquiera sea en la votación final sobre el conjunto del Proyecto de Constitución, contó con el asentimiento del nacionalismo conservador catalán— de una serie de preceptos constitucionales, cuya principal virtualidad era, como, con total precisión, puso de relieve el más conspicuo mentor de la monarquía constitucional entre los político-prácticos españoles actuando entonces al servicio de la UCD, la de cerrar definitivamente la puerta a cualquier hipótesis de ejercicio lícito, válido y legítimo del *ius secessionis*. Nos referimos, innecesario tendría que ser aclararlo, a los artículos 1.º 2; 2.º; 8.º y 145.1, en cuyo análisis, y por razones de espacio, no podemos detenernos aquí.

En un tal contexto jurídico-político, una conclusión ha de alzarse ante nosotros. Y, además, de manera tan evidente como incuestionable. Conclusión que no es otra que la de que porque la actual Constitución española dice lo que dice, y además no dice más que lo que dice, cualquier intento del nacionalismo de ámbito regional de poner en marcha un proceso independentista, y lo mismo da que la culminación de éste sea la de la ruptura total con el Estado español o la de establecer una relación de libre asociación, sólo puede entenderse como una clara, manifiesta, patente e inequívoca infracción del vigente Texto Constitucional. Estaríamos, en efecto, ante el mayor y más grave de los supuestos de los incumplimientos de las obligaciones constitucionales y legales por parte de los poderes constituidos del nivel regional.

Y no puede olvidarse, a este respecto, que fue el propio Constituyente originario —contando de nuevo, y como mínimo, con el asenso del nacionalismo conservador catalán— el que se preocupó de prever un respuesta jurídica y política para una tal infracción. A ello responde el artículo 155. Su finalidad última, es la de lograr el restablecimiento del orden constitucional. Para lo cual, el Senado, habiendo apreciado que el incumplimiento por parte de la Comunidad Autónoma es doloso, autorizará al Gobierno de la Nación a adoptar cuantas medidas coercitivas sean necesarias para obligar a las autoridades regionales a cumplir la Constitución.

La medida más extrema, y, por ello mismo, la menos deseable, sería la utilización de la fuerza armada. Pero caben otras muchas. Entre ellas, la de la suspensión —que no, y como trató de hacer la CEDA en 1934, la derogación del Estatuto y la abolición del régimen autonómico— de la norma institucional básica del centro autónomo de decisión política infractor, en el sentido de que éste, por decirlo con la clásica definición

de Schmitt<sup>72</sup>, cesaría en su eficacia por un período temporal, el que dure la suspensión, por motivos excepcionales y, en todo caso, con observancia de las prescripciones legal-constitucionales previstas para tal suspensión. De ahí, justamente, el que no pueda entenderse, como nos quiere hacer creer el nacionalismo conservador catalán, como una agresión caprichosa y arbitraria de la organización política central al autogobierno catalán. Esto, fuera de la lógica inherente a toda tradición nacional mágico-mítica, resulta, de modo indiscutible, una interpretación absurda e inaceptable desde el aparato conceptual propio del Estado Políticamente Descentralizado.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES. ENTRE EL FRAUDE CONSTITUCIONAL Y EL PROCESO CONSTITUYENTE REVOLUCIONARIO

Un constitucionalista que, como ya quedó dicho, tiene por misión la de estudiar la realidad jurídica y política del Estado, no puede, por modesto o torpe que sea en su labor, dejar de conocer que todo lo anterior genera alguna respuesta tanto por parte de los prácticos de la política, como por parte de los científicos del Derecho, la Política y el Estado, o, también, por parte de los ciudadanos de a pié. Nos referimos, en concreto, al hecho de que cuando se llega a la conclusión de que los proyectos independentistas del catalanismo y del vasquismo son, al menos mientras, insistamos en ello, continúe en vigor el Texto de 1978, irrealizables como operaciones jurídicamente válidas, lícitas y legítimas, siempre surgen algunas voces, naturalmente bienintencionadas, que formulan dos tipos de objeciones.

La primera de ellas, que, por cierto —y no quisiera yo dejar de consignarlo—, recuerda, y mucho, a las tesis que desde siempre han defendido los partidos dinásticos españoles ante este problema, es la de que, de la manera que sea, ha de buscarse alguna solución que permita atender las reivindicaciones del nacionalismo romántico, irracional, espiritual, místico y mítico de ámbito regional. Con lo que, según ellos, se logrará que las fuerzas políticas que lo defienden se olviden de sus «veleidades» secesionistas, y, de esta suerte, se integren plena, total y absolutamente en la Constitución en sentido material española. Tesis ésta que, de cualquier modo, sigue manteniéndose hoy, y ello aunque lo que la Historia política española nos enseña es que el efecto logrado con una tal política es radicalmente contrario al que se pretendía alcanzar. Circunstancia ésta que, por lo demás, a nadie debiera extrañar. Sobre todo si, como ha de hacer todo estudioso del Estado, el Derecho y la Política, se toma en consideración que el objetivo último de las fuerzas nacionalistas de ámbito regional no es, y en manera alguna, la de integrarse definitivamente en un Estado cuya existencia misma impugnan. Por el contrario, lo que aquéllas persiguen, nadie puede, ni debe, olvidarlo, es hacer real y efectivo el principio de las nacionalidades tal y como éste fue definido, por ejemplo, por Johann Caspar Bluntschli<sup>73</sup>, es decir, que «Toda Nación está llamada a ser un Estado y autorizada para constituirlo. Lo mismo que la humanidad está repartida en una serie de

72 Cfr. C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (1928), Madrid, 1982.

73 Cfr. J. C. BLUNTSCHLI, *Allgemeine Staatsrecht*, Munich, 1852.

Naciones, así debe el mundo estar formado por otros tantos Estados. Cada Nación es un Estado [libre, independiente y soberano] y cada Estado es un ser nacional».

La segunda de las objeciones, por su parte, tiene también un sentido más político que jurídico. Hemos de señalar, en todo caso, y tal vez por lo anterior, que la misma resulta mucho más correcta y adecuada en sus términos que la primera. En definitiva, ésta se concreta en la contundente aseveración de que no hay que tener miedo a la eventualidad de que el *ius secessionis* entre a formar parte del debate de las fuerzas políticas y, además, en el contexto de la actual realidad jurídica y política española.

En relación con esta última objeción, he de indicar que no soy precisamente yo el que tema que el derecho de secesión pueda comenzar a discutirse, o, incluso, que el mismo pueda materializarse. Y, de cualquier forma, me interesa dejar claro que esto es así por cuanto que, tanto en mi condición de profesional del estudio del Derecho Constitucional como en la simple ciudadano, actúo desde lo que, como muy bien puso de relieve Heller, constituye la más radical y perfecta antítesis de ese principio y esas ideas monárquicas que se encuentran en el primigenio fundamento ideológico del nacionalismo romántico, irracional y conservador catalán y vasco, y que hoy, nadie puede, ni debe, desconocerlo, han sido erigidos por el más conspicuo defensor de la monarquía constitucional, actuando ahora, y con el mismo entusiasmo que cuando lo hacía a favor del totalitarismo del General ferrolano, al servicio del catalanismo y vasquismo conservadores, en los instrumentos técnico-jurídicos y formales con los que podrían satisfacerse los intereses de sus nuevos patrones. Al partir, en efecto, del principio y de las ideas democráticas, concibo, de acuerdo con, por ejemplo, Arnoult, Heller<sup>74</sup> y De Vega, la Comunidad Política estatal no como una mera ficción (Affolter) o como una simple abstracción (Haenel, Rehm, Schmidt, Meyer, Anschütz, Triepel, Jellinek, Kelsen, ...). Por el contrario, aquélla es, para nosotros, una auténtica realidad política y jurídica. Esto es, entendemos que el Estado democrático, cualquiera que éste sea, se define por ser una entidad real, concreta e histórica, que nace, y únicamente puede nacer, o se refunda, y sólo puede ser refundada, como consecuencia de la voluntad de aquellos hombres que van a ser sus ciudadanos expresada en un proceso de abajo a arriba.

Desde la anterior comprensión de la Comunidad Política estatal, sólo es una la conclusión a la que puede llegarse en relación con el problema que ahora nos ocupa. Conclusión que, a nuestro juicio, no ha de ser muy complicado de deducir. La misma, en todo caso, aparecería formulada en los siguientes términos: Porque España, como realidad estatal surgida de conformidad con el principio de legitimidad que entonces operaba, y que ha ido refundandándose con el mismo criterio, tuvo un origen histórico: 1516 con el acceso al trono de Carlos I (F. Tomás y Valiente<sup>75</sup>), puede asimismo tener un final histórico.

Reconocer esto, no significa —y me interesa aclararlo— que yo afirme que ese final histórico haya de verificarse obligatoriamente y de manera inevitable. De la misma forma, en modo alguno significa que una tal eventualidad sea para mí, y como tampoco lo

<sup>74</sup> Cfr. H. HELLER, «Democracia política y homogeneidad social» (1928), en H. HELLER, *Escritos políticos*, cit.

<sup>75</sup> Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, «Raíces y paradojas de una conciencia colectiva», en F. Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993.

era para aquel Azaña<sup>76</sup> que, el 27 de marzo de 1930, pronunciaba su, últimamente tan citado como poco leído y mucho menos comprendido, discurso en el restaurante Europa de Barcelona, la solución más adecuada y deseable. No lo es, desde luego, cuando, como sucede hoy, la disgregación del Estado español se presenta como el mecanismo para atajar una crisis económica y financiera a escala planetaria, y, en el mismo sentido, ante la necesidad de hacer frente a las pretensiones de lo que eufemísticamente se llama «los mercados» y que ya, y gracias a la debilidad de los Estados soberanos, está ejerciendo la que, con toda razón, Hermann Heller consideraba la más dura y cruel de las dictaduras y frente a la cual, y por ser ejercida por unos entes privados y ocultos y, por ello mismo, irresponsables desde el punto de vista político (P. De Vega), los ciudadanos se encuentran en la más absoluta de las indefensiones.

Lo anterior, por el contrario, debe, única y exclusivamente, interpretarse como el reconocimiento de que la hipótesis de la desaparición del Estado español es posible. Lo que, insisto en ello, no quiere decir que la misma tenga ineludiblemente que verificarse, ni que de forma inexcusable la misma deba materializarse según lo deseado por el nacionalismo de ámbito regional español. Antes al contrario, y como he señalado en alguna otra ocasión<sup>77</sup>, son muchas, y muy diversas, las posibilidades que puede conocer ese final histórico del Estado español, en las cuales, como es obvio, no podemos detenernos ahora.

En tales circunstancias, para nadie puede ser un misterio que, para mí, las reivindicaciones secesionistas del nacionalismo regional —y ahora es indiferente que sea el representado por fuerzas políticas de carácter democrático y progresista, o el actuado por organizaciones partidistas conservadoras, antiliberales y antidemocráticas—, representa un problema no por lo que persiguen: la independencia de los territorios donde actúan, sino por el modo y las formas con las que pretenden culminar su propósito. De la misma manera, entiendo que no debiera ser difícil de comprender por parte de todos, y con total independencia de cuál sea nuestro particular posicionamiento ideológico al respecto o del grupo académico al que pertenezcamos, que el problema surge porque tales reivindicaciones se plantean, y tratan de satisfacerse, en el marco de la vigencia de una concretas y determinadas normas jurídicas. Normas jurídicas éstas que siempre, y como garantía de la efectividad real de la idea de Libertad, han de ser respetadas, siquiera sea desde la óptica de aquel Jean-Jacques Rousseau<sup>78</sup> que, en su más célebre escrito, sentaba el principio de que el Pueblo que obedece las leyes, aunque no esté ya de acuerdo con ellas, que están en vigor en su Estado hace bien, aunque hará todavía mejor el día que se decida a cambiarlas.

Sentado esto, y descartado que, a pesar del discurso mantenido al respecto por los prácticos de la política, sea en la esfera del Derecho de la Unión Europea, o, si se prefie-

76 Cfr. M. AZAÑA, «Discurso pronunciado por Azaña en Barcelona el 27 de marzo de 1930, cantando las excelencias de la personalidad y cultura catalana así como el amor a la libertad comunes a España y al pueblo catalán», en M. AZAÑA, *Memorias políticas y de guerra*. I. Año 1931, Madrid, 1976. Sobre esto y por comodidad, cfr. J. RUIPÉREZ, *Entre el federalismo y el confederantismo. Dificultades y problemas para la formulación de una Teoría Constitucional del Estado de las Autonomías*, Madrid, 2010.

77 Cfr. J. RUIPÉREZ, *La Constitución del Estado de las Autonomías. Teoría Constitucional y práctica política en el federalizing process español*, Madrid, 2003.

78 Cfr. J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou principes de Droit Politique* (1762), París, 1966.

re, en la del Derecho Internacional, donde debamos encontrar las soluciones normativas al problema político interno suscitado hoy por los gobernantes de Cataluña, es cuando podemos abordar la cuestión de si puede, o no, atenderse su exigencia secesionista estando en vigor el Código Jurídico-Político Fundamental de 27 de diciembre de 1978. Y lo podemos hacer, en definitiva, desde el papel que le corresponde jugar al constitucionalista, en cuanto que jurista al que compete la tarea de contribuir a la mejora de la situación jurídica reinante (G. Jellinek). Lo que, ni qué decir tiene, comporta la tarea de proceder a la valoración —y, con ello, a la inevitable adopción de una postura teórico-ideológica (P. De Vega)— de las distintas propuestas formuladas, tanto por la clase política como por la clase universitaria, para tratar de satisfacer los intereses del nacionalismo romántico, irracional y espiritual conservador catalán y vasco.

En este sentido, nos encontramos con que no han faltado en la España de hoy bienintencionados espíritus —entre los cuales, y aunque pudiera parecer paradójico, se encuentran algunos de nuestros más ilustres constitucionalistas, adscritos, por lo demás, al más radical de los positivismo jurídicos formalistas y jurisprudenciales— que no dudan en afirmar no sólo la conveniencia, sino también la absoluta e indefectible obligación de buscar fórmulas legislativas que, actuando sobre el Derecho ordinario, permitan el ordenado, y pacífico, desarrollo de la «hoja de ruta» diseñada hoy por el Sr. Mas, en su condición de titular de ese poder constituido ordinario que es el Gobierno de la Generalidad catalana. Plan de ruta que, de una u otra suerte, coincide con aquél que en su día propugnó el Sr. Ibarretxe y al que, en consonancia con lo declarado por en su informe por el Consejo de Estado, cerró definitiva, tajante y absolutamente la puerta la ya citada STC 103/2008. El fundamento último de una tal postura no puede ser, en verdad, más claro y contundente. Para todos estos bienintencionados espíritus, el motivo principal, si no el único, por el que ha de permitirse la aventura independentista se concreta en la máxima de que «a los sentimientos no pueden oponérseles las normas jurídicas en vigor» en el Estado.

Concepción ésta con la que, dicho sea con todo el respeto y con la mayor humildad, y pese a estar de acuerdo en su proposición inicial, no podría estar yo en mayor desacuerdo en cuanto a su resultado final. La razón es fácilmente comprensible.

Es menester recordar, a este respecto, que debemos a Heller una capital observación sobre este particular. Entendió, y con gran acierto y rigor, el genial constitucionalista y politólogo socialdemócrata alemán que las Constituciones, como expresión normativa del conjunto de principios y valores existentes en la sociedad y que son así comprendidos y consagrados por el *Pouvoir Constituant* originario, mantienen su vigencia real, y, en consecuencia, se presentan como normas jurídicas obligatorias y vinculantes, en la medida en que, y sí y sólo sí, sean los mismos los principios y valores que fueron consagrados en la, por decirlo en la conocida expresión de Lassalle, «hoja de papel» y los que realmente operan en la sociedad en el momento de que se trate. Del mismo modo, ocurre que las Constituciones dejarán de estar verdaderamente vigentes cuando, por haber cambiado substancialmente los principios y valores, sus mandatos dejen de ser reconocidos como normas jurídicamente obligatorias y vinculantes por todos o al menos por una muy significativa mayoría de los miembros del Cuerpo Político.

Como ha de ser para todos evidente, e indiscutible, afirmar que a los sentimientos no pueden oponérsele las normas jurídicas en vigor nos sitúa, incluso aunque sus defen-

sores no sean conscientes de ello o pretendan negarlo, en el marco del segundo escenario planteado por Heller. Y si éste es el caso, lo que sucede es, según nuestro modesto parecer, que no puede darse por bueno la alternativa de proceder a la violación sistemática de la Constitución de 1978 mientras que, de manera enfática y solemne, se afirma que la misma sigue gozando de plena vigencia. Esto fue, justamente, lo que hizo el monarquismo alemán en la segunda mitad del siglo XIX para, con ello, lograr enmascarar lo que en realidad no era más que la vuelta a los esquemas jurídicos y políticos del Estado absoluto. Siendo así, indiscutido debiera ser que, como se desprende ya de la obra de Heller, la solución democráticamente adecuada y correcta para una tal situación sería, y sólo podría ser, la de la apertura de un nuevo proceso constituyente, en virtud del cual se aprobará un nuevo documento de gobierno para la Comunidad Política que respondiera, de manera plena, al concepto real, moderno, técnico y actual de Constitución.

Un similar orden de consideraciones debería, también, llevarnos a descartar que las pretensiones del nacionalismo conservador catalán y vasco puedan ser atendidas acudiendo a la verificación de modificaciones no formales de la Constitución. Al menos esto es así si, como corresponde hacer en el ámbito del Estado Constitucional democrático y social, se opera con el concepto técnico de mutación constitucional que es, de todos es conocido, el que hace su entrada en la Historia con la publicación, en 1932, del escrito de Hsü Dau-Lin<sup>79</sup>. Y es que, en efecto, fue a partir de este trabajo cuando, de una manera bien distinta a como mantuvieron un Laband<sup>80</sup> o un Jellinek, la *Verfassungswandlung* dejó de entenderse como una facultad ilimitada en poder de los poderes constituidos, para pasar a comprenderse como una auténtica facultad constitucional que se ejerce en el marco de la vigencia de una determinada Constitución. Y, justamente, porque se trata de una facultad constitucional, la misma se encuentra materialmente limitada, siendo, como nos dicen, por ejemplo, Hesse<sup>81</sup> y De Vega, el sentido otorgado a las normas constitucionales por la voluntad del Poder Constituyente revolucionario lo que, en último extremo, determina los límites de la mutación constitucional. Desde esta óptica, no puede existir duda alguna que interpretar la referencia a los «Derechos Históricos» contenida en la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> en el sentido del reconocimiento de la titularidad de derechos de soberanía por parte de Cataluña y el País Vasco, o el artículo 1<sup>o</sup>.2 en el de que la soberanía en España pertenece al Pueblo español conjuntamente con el vasco y el catalán, o, finalmente, el que esa unidad indisoluble a la que se refiere el artículo 2.<sup>o</sup> reza para los territorios integrantes de lo que Herrero de Miñón, como consejero áulico de CiU y PNV, llama la «España pequeña», pero que en modo alguno obliga a los otros dos componentes del «Reino de España», en la medida en que implica el otorgar a estos preceptos un sentido y un significado que no sólo es distinto al que realmente tienen, sino que, además, es claramente incompatible con el que quiso darles el Legislador Constituyente de 1977-1978, jamás podría entenderse como

79 Cfr. H. DAU-LIN, *Mutación de la Constitución* (1932), Oñati, 1998.

80 Cfr. P. LABAND, *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Dresde, 1895; «Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichgründung», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 1 (1907), pp. 1 y ss.

81 Cfr. K. HESSE, «Límites de la mutación constitucional» (1973), y «La interpretación constitucional», ambos textos recogidos en K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, Madrid, 1983.

la realización de una verdadera *Wandlung* que, como tal, habría de ser reputada como una operación válida, lícita y legítima. Antes al contrario, nos encontraríamos ante un manifiesto supuesto de lo que la doctrina francesa denominó «*faussement de la Constitution*», cuyo tratamiento científico remite a la problemática del *Verfassungsiiberschreitung* (transgresión constitucional), y que, por ello mismo, y como ha señalado el Maestro De Vega, ha de considerarse, siempre, y en cualquier caso, como una hipótesis inaceptable en el marco de un Estado Constitucional en el que los operadores políticos y jurídicos —incluido también, y de un modo muy especial, el Tribunal Constitucional en cuanto que, ya desde la propia lógica kelseniana, principal custodio de la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant* originario frente a la actuación del resto de los poderes constituidos— han de actuar siempre con respeto a la Constitución que se encuentre vigente en ese momento.

Siendo así, nos quedaría, por último, plantearnos la posibilidad de que las reivindicaciones del catalanismo y el vasquismo pudieran verse satisfechas mediante una previa modificación formal del actual Texto Constitucional. En este sentido, nos encontramos con que esta posibilidad podría ser avalada por el simplismo y el reduccionismo de ese positivismo jurídico que, como hizo ya en la etapa de la pre-transición política<sup>82</sup>, entiende que porque el actual Código Constitucional no solo sanciona un procedimiento legal-constitucionalmente establecido para llevar a cabo la reforma constitucional, sino que además renunció a la posibilidad de consagrar cláusulas de intangibilidad, todo puede ser cambiado. Interpretación ésta que, de una u otra suerte, es la aceptada por el custodio constitucional en la STC 48/2003, de 12 de marzo, *Fundamento Jurídico* 7.º; la STC 103/2008, *Fundamento Jurídico* 4.º y STC 31/2010, de 28 de junio, *Fundamento Jurídico* 12.

Importa, sin embargo, advertir que olvidan éstos juristas que, como nos indican, por ejemplo, un Arnout<sup>83</sup>, un Mortati o un De Vega, desde el momento mismo en que, en el seno de la Convención de Filadelfia, hizo su entrada en la Historia el principio de la rigidez constitucional, la verdadera virtualidad de la *Verfassungsänderung* no ha sido, aunque también, la de actuar como un mecanismo para permitir el cambio, que no para llevar a cabo la revolución, sino la de actuar como un instrumento garantista cuya finalidad es la conservar el documento de gobierno vigente, al menos en sus contenidos básicos y medulares. Esto es, la reforma constitucional, como actividad constituyente reglada y no soberana, se presenta, ante todo y sobre todo, como un instituto de defensa de la Constitución. Función que cumple en un doble sentido. En primer término, porque con la aprobación de un procedimiento legal-constitucionalmente establecido para realizar válida, lícita y legítimamente la reforma del Texto Constitucional lo que, en definitiva, se hace es excluir esta posibilidad del haz de facultades de los poderes constituidos ordinarios. Pero, si esto es así, ocurre, en segundo lugar, que la técnica de la revisión constitucional viene a determinar también el límite de las facultades lícitas

82 Cfr., a este respecto, y por todos, P. DE VEGA, «La transición política española a la luz de los principios democráticos de legalidad, publicidad y irracionalidad» (1978), <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/276/11.pdf>.

83 Cfr. G. ARNOULT, *De la révision des Constitutions. Établissement et révision des Constitutions françaises. Systemes de revisions des Constitutions étrangères*, París, 1895.

y legítimas del poder de reforma constitucional en cuanto que, aunque ciertamente extraordinario, poder constituido que es. De esta suerte, nos encontramos con que, de manera necesaria, y con independencia de que en él existan o no cláusulas de intangibilidad, en toda Constitución existirá siempre un «núcleo estable o irreformable» (K. Hesse<sup>84</sup>) o, si se prefiere, del «contenido constitucional esencial» o «parte fija» de la Constitución (G. Zagrebelsky<sup>85</sup>).

Es, de cualquier forma, aquí donde entraría en juego la que, por ejemplo, Konrad Hesse<sup>86</sup> ha denominado como la «cláusula de federalidad». Límite material absoluto éste que, ya sea explícito o ya sea implícito, se concreta en la protección, en el sentido de exclusión de la ulterior discusión por parte de las fuerzas políticas en condiciones de normalidad constitucional, tanto de la forma genérica «Estado Federal», como de la manifestación estructural concreta del Estado Políticamente Descentralizado que fue consagrado por el *Pouvoir Constituant* en la Constitución concreta y determinada que se pretende reformar. Lo que, aplicado al supuesto español, significa que, una vez que se inicio el proceso de institucionalización de la descentralización política del Estado, está fuera de las posibilidades funcionales del poder de revisión constitucional tanto la hipotética transformación del actual Estado de las Autonomías en un Estado Unitario o en una Confederación de Estados, como la de proceder a su transformación en una variante distinta del Estado Federal cuya puesta en marcha fue permitida por la Constitución de 1978. De esta suerte, lo que sucede es que porque el Constituyente de 1977-1978 excluyó, como ya hemos visto, el reconocimiento constitucional del *ius secessionis*, su inclusión a través de la utilización del *amending process* no podría ser considerado como la realización de una simple reforma constitucional, a través de la cual se procede a la sustitución de unas soluciones jurídicas por otras, sino, muy al contrario, como la materialización de un auténtico fraude constitucional, con el que, respetando el principio de legalidad pero, al mismo tiempo, ignorando el principio de legitimidad, se procede a la utilización del procedimiento legal-constitucionalmente previsto para la modificación de la Constitución para proceder al establecimiento de un régimen político-constitucional nuevo (P. De Vega).

En el mismo sentido, no deberían nunca desconocer los prácticos de la política españoles que, cuando, por las razones que sea deciden no respetar los límites materiales absolutos a la modificación formal de la Constitución, el instituto de la *Verfassungsänderung* conoce una transformación fundamental en cuanto a su propia funcionalidad y esencia. En un tal supuesto, lo que sucede es que, como ha indicado Pedro De Vega, la revisión deja de ser un mero instrumento de defensa del ordenamiento constitucional vigente en la Comunidad Política de que se trae, para convertirse, y de manera absoluta, en el más perfecto mecanismo de defensa de la Democracia y del Estado Constitucional mismo. Y lo hace, en la medida en que, como, con toda modestia, y, en todo caso en

84 Cfr. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg-Karlsruhe, 1978, 11.ª ed.

85 Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del Diritto*, Turín, 1984.

86 Cfr. K. HESSE, «Bundesstaatsreform und Grenzen der Verfassungsänderung», *Archiv für öffentliches Rechts.*, Bd. 98 (1973).

desarrollo de las concepciones del Maestro, he tratado de demostrar recientemente<sup>87</sup>, lo que la técnica de la reforma, en cuanto que ejercicio de una facultad constituyente limitada, hace es evitar que los poderes constituidos ordinarios puedan, subrogándose en la posición de un falso y subrepticio soberano, proceder a la creación de un nuevo régimen político y al establecimiento de un ordenamiento constitucional diferente al que deben su propia existencia y facultades, y contra el cual no pueden nunca actuar. Hacerlo, nadie lo podría negar, implicaría la verificación de un acto de soberanía que queda excluido, por su propia naturaleza, del haz de facultades del poder de reforma constitucional. Siendo así, y si se quiere que ello goce de legitimidad democrática y no el que deba reputarse como una suerte de golpe de Estado constitucional, lo que la previsión del *Pouvoir Constituant* originario sobre el modo y las formas en que el Código Jurídico-Político Fundamental puede ser modificado determina es que, en el supuesto de que lo que realmente se desee sea el proceder al cambio de Constitución y no a la mera sustitución de unos determinados preceptos constitucionales por otros nuevos pero siempre, y esto es lo relevante, coincidentes con la voluntad soberana del Constituyente revolucionario, que es, en definitiva, en lo que se concreta la técnica de la revisión, los titulares de los poderes constituidos que propugnan tal solución han de ceder el paso a la actuación directa del Pueblo. Esto es, deben permitir la apertura de un nuevo proceso constituyente, en el que, como es obvio e indiscutible, todos los contenidos del pacto social en que descansa y se fundamenta la actual Constitución podrán ser discutidos y, naturalmente, y como ya admitió el propio Rousseau<sup>88</sup>, cambiados de manera radical.

Aplicado todo lo anterior al problema que aquí nos ocupa, y con esto ya concluyo, me lleva a ratificarme en algunas afirmaciones que realicé hace ya algunos años, y cuando la problemática de la secesión comenzaba a formar parte del discurso de los partidos nacionalistas conservadores de ámbito regional. Así, en primer lugar, y de acuerdo a la propia lógica del comportamiento científico, me reafirmo, una vez más, en la tesis que defendí ya en 1995, conforme a la cual «La única manera posible de que el derecho de secesión fuera introducido en nuestro Derecho sería, [...], la de acudir a la apertura de un nuevo proceso constituyente. Nada podría entonces objetarse a esta operación, ya que [...] estaría actuando el soberano. En efecto, en la medida en que este nuevo Poder Constituyente sería, en su actuación, un sujeto *legibus solutus*, el mismo podría adoptar cualquier solución por muy contaria que aquella pudiera resultar respecto de la Constitución hoy vigente. Lo que, por lo que aquí interesa, se traduciría en que abierto ese nuevo proceso constituyente, el resultado del mismo podría ser tanto la creación de un nuevo Estado Federal en el que sí estuviera recogido el derecho de autodeterminación, como el que, como sucedió en Checoslovaquia, se optará por la extinción del Estado actual para dar paso a la aparición de múltiples y nuevos Estados independientes y soberanos, miembros todos ellos de la sociedad internacional»<sup>89</sup>.

87 Cfr. J. RUIPÉREZ, «De la reforma constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 30 (2012).

88 Cfr. J.-J. ROUSSEAU, «Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma» (1771), en J.-J. ROUSSEAU, *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, Madrid, 1988.

89 J. RUIPÉREZ, *Constitución y autodeterminación*, Madrid, 1995.

Pero si esto es así, ocurre, en segundo término, que también veo absolutamente confirmada otra de mis apreciaciones, ésta de 1999, sobre la posibilidad del reconocimiento constitucional y del ejercicio del *ius secessionis* en la España de hoy. Me refiero, en concreto, a la reflexión que hice frente a aquéllos que entienden que la distinción entre mutación y falseamiento de la Constitución, por un lado, y entre revisión y fraude constitucional, por otro, no responden a preocupaciones políticas y constitucionales reales, sino a preocupaciones académicas, que son legítimas, pero mucho menos importantes, de suerte tal que preocuparse por ellas no sería más que, abandonando la finalidad última de nuestra Ciencia, la de la mera satisfacción del gusto por la especulación teórica que conduciría a la elaboración de una Teoría del Estado y de la Constitución privada de todo su componente práctico y dedicada a la teorización por la teorización. Frente a esta idea, escribí, como digo, entonces que «La única posibilidad de llevar a efecto las nuevas reivindicaciones nacionalistas, será el abrir un nuevo proceso constituyente, en el cual no se proceda tan sólo a cambiar la fórmula política del vigente Código Jurídico-Político Fundamental —que es, en definitiva, lo que sucedería con el reconocimiento del derecho de secesión—, sino a anular el pacto social. Tal pretensión goza, [...], de plena legitimidad. Al fin y al cabo, la Democracia se define como la relación dialéctica entre mayorías y minorías, y la misma conlleva el derecho de las minorías a convertirse en la nueva mayoría. Además, el propio sistema inaugurado con los grandes procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII, les ofrece suficiente cobertura [...]. Ahora bien, si esto es así, y nadie duda del derecho que asiste a quienes buscan esta finalidad, ocurre, [...], que si se tiene el derecho a cambiar de Constitución, lo que no puede hacerse es falsear y destruir el Texto hoy vigente, que es, en definitiva, lo que se pretende cuando no se reconocen los límites de la interpretación y de la reforma para satisfacer los intereses de algunos partidos a cuyo servicio, aunque sea coyunturalmente, se pone el jurista de turno. [...] La diferencia entre ambos modos de actuación es, a todas luces, clara. En la primera hipótesis: la apertura de un nuevo proceso constituyente, lo que se propone es substituir un Estado Constitucional por otros Estados Constitucionales, bien que de dimensiones geográficas más reducidas. [...] Todo lo contrario sucede con la segunda alternativa, y aquí reside el peligro de la misma. En efecto, esta vía conduce a la substitución de un único Estado Constitucional por otra forma de organización política —única o múltiple— que recordará mucho en sus presupuestos medulares al Estado absoluto. [...]. Si se admite la falsificación y destrucción del Texto Constitucional como medio para convertir las actuales Comunidades Autónomas en Estados soberanos, [...], lo que sucederá es que no habrá garantía alguna de que estas nuevas Leyes Fundamentales vayan a respetarse en el futuro, y que no se convertirán en un mero juguete al albur del capricho de los gobernantes»<sup>90</sup>.

Esto, y no el Derecho de la Unión Europea, es lo que deberían tomar en consideración los miembros de la clase política estatal para posicionarse sobre las reivindicaciones del nacionalismo de ámbito regional. Su continua apelación a la Unión Europea, y entender que es en el Derecho de ésta donde va a encontrarse la solución al problema

90 J. RUIPÉREZ, «Una cuestión actual en la discusión política española: la Constitución española y las propuestas nacionalistas, o de los límites de la mutación y la reforma constitucional como instrumentos para el cambio político», en J. RUIPÉREZ, *Proceso constituyente, autonomía y autodeterminación*, cit.

planteado por estos últimos y sus anhelos secesionistas, no hace, en nuestra modesta opinión, más que confirmar que se ha hecho real aquél que Tierno Galván<sup>91</sup> consideraba el más grave de los peligros que acechaban al europeísmo. A saber: la mitificación y mistificación de la Unión Europea, y, en definitiva, convertir a ésta en una nueva ideología del mito y de la ocultación.

\*\*\*

TITLE: *The last demand of secession in Catalonia under Spanish Constitution 1978 and Lisbon Treaty.*

ABSTRACT: *The present document studies the political and juridical problem that the independence proposals of the catalonian nationalism represents for the Spanish State. Our thesis, beginning with de absolute compatibility between International Law and Constitutional Law, is that the answer to the question if a territorial entity can decide by itself to become independent, in a democratic Constitutional State, is necessarily negative. To sum up, we maintain that when it is not possible to appeal to the Humanitarian International Law, the secession is a merely internal problem of a State and, so that, it is not in the European Union Law, but in the Spanish Constitutional Law, and the democratic Theory of the Pouvoir Constituant, where you must look for a solution to the problem set up by the catalonian nationalism.*

RESUMEN: *El presente escrito aborda el problema político y jurídico que representan para el Estado las propuestas independentistas del nacionalismo catalán. Nuestra tesis es, partiendo de la compatibilidad absoluta del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional, que la respuesta a si una entidad territorial puede decidir unilateralmente independizarse del Estado es, en un Estado Constitucional democrático, necesariamente negativa. En concreto, mantenemos que cuando no es posible apelar al Derecho Internacional Humanitario, el problema de la secesión es un problema puramente interno de un Estado que, por lo tanto, no es en el Derecho de la Unión Europea, sino en el Derecho Constitucional español, y la Teoría democrática del Pouvoir Constituant, donde habrá de buscarse la solución al problema que plantea el nacionalismo catalán.*

KEY WORDS: *Nationalism, federalismo, confederalism, ius secessionis, European Unión, Constitutional State, sovereignty, Pouvoir Constituant.*

PALABRAS CLAVE: *Nacionalismo, federalismo, confederalismo, ius secessionis, Unión Europea, Estado Constitucional, soberanía, Poder Constituyente.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 20.11.2012. FECHA DE ACEPTACIÓN: 12.02.2013.

91 Cfr. E. TIERNO GALVÁN, «Federalismo y funcionalismo europeos» (1957), en E. TIERNO GALVÁN, *Obras Completas*. II. 1956-1962, Pamplona, 2008.

