

## Marco jurídico sobre un referéndum de independencia

Madrid, octubre 2012

Como continuación de nuestra Nota Técnica “Sistema federal y fiscalidad”, nos ha parecido interesante compartir con nuestros clientes y amigos algunas reflexiones sobre las implicaciones jurídico-constitucionales de un posible referéndum sobre la independencia catalana. En esta nueva Nota Técnica incorporamos algunos elementos de Derecho comparado, como los procesos de Quebec y Escocia, así como el antecedente más próximo del País Vasco, siempre desde el respeto a todos los puntos de vista y con la única intención de ayudar a comprender los aspectos más importantes del actual debate soberanista. Se encuentra en elaboración una última Nota sobre las implicaciones prácticas y efectos económicos de un proceso de esta naturaleza, que será distribuida durante los próximos días.

### MARCO JURÍDICO SOBRE LA CONSULTA-REFERÉNDUM

El 26 de septiembre, en relación con la celebración de un referéndum de autodeterminación, el president de la Generalitat, Artur Más afirmó: “Primero hay que intentarlo de acuerdo con las leyes, y si no se puede, hacerlo igualmente. La consulta debe producirse en cualquier caso. Si se puede hacer la vía del referéndum porque el Gobierno lo autoriza, mejor. Si no, debe hacerse igualmente”.

Por su parte, la vicepresidenta del Gobierno, Soraya Sáenz de Santamaría, respondió: “No solo hay instrumentos jurídicos e institucionales suficientes para impedir el referéndum independentista, además hay un Gobierno dispuesto a usarlos... la consulta no sería conforme a la Constitución porque una cuestión así debería ser planteada a todos los españoles”. Bastaría con acudir al Tribunal Constitucional, según comentó la vicepresidenta, y “este suspendería la convocatoria”.

### Marco constitucional y regulación estatal

La posibilidad genérica de realizar un referéndum se recoge en el artículo 92 de la Constitución de

1978 como un mecanismo “consultivo de todos los ciudadanos” para “las decisiones políticas de especial trascendencia”. Se trata de una consulta no vinculante y potestativa por parte de los poderes públicos para “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (como recoge el art. 9.2 CE).

Además, conforme detalla el artículo 149.1.32 de la CE, la “autorización de consultas populares por vía de referéndum” es una competencia exclusiva del Estado. Por lo tanto, cualquier convocatoria por parte de las autoridades autonómicas necesita de una autorización previa por parte del Estado.

La Constitución también contempla otras modalidades de referéndum vinculantes, previstas para la aprobación y posteriores reformas de los Estatutos de Autonomía, para la propia reforma constitucional, e incluso, mediante una disposición transitoria, para una eventual incorporación de Navarra a la Comunidad Autónoma del País Vasco. Este marco regulatorio estatal se completa con la [Ley Orgánica 2/1980 de 18 de enero](#), reguladora de las distintas modalidades de referéndum, en donde se concretan y detallan los contenidos y procedimientos de estas consultas.

### Marco estatutario y regulación autonómica

El vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC, Ley Orgánica 6/2006) prevé en su artículo 122 la competencia exclusiva de la Generalitat “para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución”.

El contenido de dicho artículo fue recurrido por inconstitucional en la demanda presentada por el PP. El Tribunal Constitucional (Sentencia 31/2010) confirmó la redacción en su literalidad, pero estableciendo el modo en que debía interpretarse. El Fundamento Jurídico 69 de la Sentencia matiza que entre las diferentes modalidades de consulta que se detallan en el artículo 122 del EAC no debe figurar el referéndum: las modalidades citadas en el artículo 122 son instrumentos de democracia participativa, mientras que un referéndum lo es de democracia directa. De este modo, se rechaza que un referéndum se disfrace de consulta popular para evitar la preceptiva autorización del Congreso de los Diputados.

A su vez, el Parlamento de Cataluña, en base a esta competencia estatutaria del art. 122 del EAC, aprobó la Ley 4/2010 de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum, impulsada por el anterior Gobierno de la Generalitat (conocido popularmente como Tripartito). El Gobierno recurrió la Ley por inconstitucional por lo que sigue vigente hasta que el Tribunal se pronuncie-

CiU, entonces en la oposición, criticó el alcance de la Ley 4/2010 al considerar que no “explotaba las potencialidades del Estatuto catalán y se limitaba a regular un tipo de consulta que dependía del beneplácito del Ejecutivo central”. Con su llegada al Gobierno de la Generalitat, CiU impulsó una nueva Ley de consultas populares que, inicialmente, iba a servir para [convocar una consulta ciudadana sobre el pacto fiscal](#). La diferencia fundamental entre la Ley vigente y este

Proyecto de Ley es que, en este último, la consulta no debía regirse por el censo electoral y, sobre todo, no requería autorización estatal. Sin embargo, con la reciente convocatoria electoral y disolución del Parlamento de Cataluña, el Proyecto de Ley ha decaído, si bien el propio president ya ha anunciado que será retomada en la próxima legislatura autonómica.

### DERECHO COMPARADO Y OPCIONES DE FUTURO

#### El antecedente vasco

Desde una visión comparada en el ámbito nacional y por las evidentes similitudes, debe hacerse referencia a la pretendida consulta popular liderada por el entonces *lehendakari*, Juan José Ibarretxe. El 27 de junio de 2008, el Parlamento vasco aprobó la Ley 9/2008 de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política. Sin embargo, la consulta no se pudo celebrar porque el Gobierno español recurrió dicha Ley ante el Tribunal Constitucional. [Primero, acordó la suspensión de dicha Ley, y más tarde, por unanimidad declaró dicha Ley “inconstitucional y nula” \(Sentencia 103/2008\)](#).

Según los argumentos de esta Sentencia, el referéndum es un instrumento de participación directa y política, similar a la consulta popular regulada en la citada Ley 9/2008. La diferencia es que un referéndum tiene por objeto consultar la opinión de todo el cuerpo electoral respecto de asuntos públicos propios del artículo 23 de la Constitución (STC 103/2008, FJ 2). En estos casos, en los que se consulta al cuerpo electoral, el TC establece que se trata de referéndums y su convocatoria queda reservada para el Estado.

De esta manera se zanjó esta iniciativa en aquel momento. Tras las elecciones autonómicas del 21 de octubre, los soberanistas (PNV y EH-Bildu) han conseguido casi dos tercios del Parlamento. Es previsible, por tanto, que las iniciativas de EH-Bildu en referencia al derecho de autodeterminación aviven el debate en Euskadi y

obligue al PNV a posicionarse de manera más clara que hasta el momento.

### La mirada a Quebec

Con la llegada en 1994 de los independentistas del *Parti Québécois* al Gobierno de Quebec, se presentó ante la Asamblea Nacional un Proyecto de Ley en el que se habilitaba a dicha Asamblea para tomar la iniciativa de proclamar la soberanía de Quebec y ofrecer una asociación económica y política con Canadá. Con la anuencia del Gobierno federal, se celebró un referéndum en octubre de 1994 y se saldó con la victoria de los federalistas frente a los independentistas, con apenas 50.000 votos de diferencia. Veinticinco años antes, en 1980, ya se había celebrado un referéndum similar que se saldó con una mayoría del 60% en contra de la apertura del proceso de independencia.

Tras el referéndum, el Gobierno federal de Canadá pidió al Tribunal Supremo que se pronunciase sobre el posible proceso de secesión desde el punto de vista de la legalidad del país como del Derecho Internacional.

En su Dictamen de 1998 dicho Tribunal concretó los elementos que deberían considerarse para dar lugar a la autodeterminación de un "pueblo". En este Dictamen postula que en los casos en los que no se infiere un proceso de colonización u opresión, y en el que además existe la posibilidad de autogobierno y participación en las distintas instituciones federales, debe prevalecer la voluntad soberana y la primacía del Derecho vigente. No obstante, también concluyó que si existe una mayoría clara sobre una pregunta clara a favor de la secesión, se confiere una legitimidad democrática que el resto de integrantes de la Federación deberían reconocer; aunque para ello sería necesario respetar "los derechos de los demás" –es decir, los derechos del resto de países federados y ciudadanos de Canadá en el proceso de separación- y realizar una reforma de la Constitución federal para adecuarla a la nueva realidad de Canadá.

Por lo tanto, de la opinión del Tribunal, se infiere que en un país democrático avanzado el propio

poder constituido y el imperio de la legalidad puede ser insuficiente ante una clara legitimidad, llamémosla constituyente, demostrada con el apoyo a una opción clara y ampliamente mayoritaria –aunque tampoco se concreta el porcentaje- de secesión.

### El futuro escocés

En otoño del 2014 está previsto que se celebre un referéndum sobre la posible independencia de Escocia, conforme se ha acordado por el primer ministro británico, David Cameron, y el ministro principal de Escocia, Alex Salmond. En dicho acuerdo se establecen los términos para que el Parlamento de Escocia pueda organizar el plebiscito, sobre la base de una única pregunta: "si se está o no a favor de que Escocia abandone el Reino Unido". Se podrá votar en el referéndum a partir de los 16 años, dos años por debajo de la edad legal.

Con este referéndum, se dará paso a la decisión constitucional más importante que tomarán los escoceses desde la llamada Acta de Unión de 1707, por la que Escocia está integrada en el Reino Unido. Su resultado condicionará la relación futura entre ambos. Sin embargo, a día de hoy, las diferencias entre las propuestas para el referéndum que se pretende realizar en Cataluña y el referéndum escocés son significativas.

Ante todo, el [referéndum de Escocia está acordado dentro del marco legal](#) y avalado por el Gobierno británico, frente al conflicto que se constata entre la declaración de intenciones y las actuaciones del Gobierno catalán, y las reacciones y manifestaciones del Gobierno central.

Pero, sobre todo, debe destacarse que hay una notable diferencia en la percepción que la sociedad catalana y la sociedad escocesa tienen sobre su identidad, los agravios desde el Estado central y los beneficios que comporta, en cada caso, el proceso de independencia. Así, mientras que desde Edimburgo se plantea como un proceso para recuperar un mayor autogobierno, no exento de los posibles beneficios económicos que les podría reportar la separación; desde Cataluña, el sentimiento identitario y los agravios

o el maltrato económico que reciben del Gobierno central, parecen ser los ejes fundamentales sobre los que se apoya el proceso.

### La opción catalana

En torno al referéndum en Cataluña, una primera conclusión es que existe un marco jurídico consolidado y suficiente para paralizar o prohibir una consulta de naturaleza política por parte de las instituciones del Estado español.

Los artículos citados de la Constitución, la [Ley Orgánica 2/1980](#), reguladora de las distintas modalidades de referéndum, las sentencias citadas del Tribunal Constitucional e, incluso, el Estatuto de Autonomía de Cataluña o la propia Ley autonómica 4/2010, de consultas populares pueden avalar esta paralización o prohibición de la consulta.

Ante una situación de estas características, el Ejecutivo dispone de varias opciones jurídicas. En primer lugar, impugnar ante el Tribunal Constitucional la disposición de la Comunidad Autónoma por la que se convoca el referéndum y solicitar la suspensión de la misma. En segundo lugar, denunciar a las autoridades que hayan ignorado la prohibición por el posible delito de desobediencia (como ya ocurrió en su día con el expresidente de la Cámara vasca Juan María Atutxa, condenado por el Tribunal Supremo a un año y medio de inhabilitación) o, como también reclaman algunos, por prevaricación, ambos delitos contemplados en el Código Penal. En tercer lugar, se podría aplicar el artículo 155 de la Constitución, que permite adoptar “las medidas necesarias para obligar a la comunidad autónoma al cumplimiento forzoso de sus obligaciones”, entre las que se puede incluir la suspensión de la autonomía y la sustitución del Gobierno autonómico.

Sin embargo, esta referencia de legalidad en una cuestión de naturaleza identitaria comporta otras derivaciones importantes. Es difícil dudar que la realidad social, cultural y lingüística de Cataluña le confiere una identidad propia y que una parte importante de la sociedad catalana desea que esta identidad sea reconocida en España, en

Europa y en el resto del mundo. El rechazo desde el Gobierno central a una consulta como la planteada contribuirá a aumentar la sensación de distanciamiento y agravio de la sociedad catalana frente a España. Además, desde un plano político-técnico, las instituciones autonómicas pueden continuar con el proceso de consulta sin atender la paralización que se impulse desde el Estado.

La escalada en el nivel de confrontación puede derivar hacia situaciones con consecuencias no controlables. Algunos expertos ya anuncian un nuevo pronunciamiento como el de la proclamación unilateral del “Estat Català” realizada por Lluís Companys en 1934.

Estamos, pues, ante un momento crucial para el futuro de España. Las elecciones del 25 de noviembre darán lugar a una mayoría parlamentaria más soberanista. CiU se situará en una posición mayor de fuerza por lo que el referéndum continuará siendo elemento central del debate público. Como hemos señalado, la victoria de las opciones soberanistas el 21 de octubre en el País Vasco servirá para alimentar el debate. Como señalaba el catedrático Francisco Rubio Llorente, el entendimiento entre las partes es obligado por lo que es posible que se busque la fórmula menos traumática para celebrar el referéndum “sin violar la Constitución, pero sin negar tampoco la posibilidad de reformarla si es necesario hacerlo”.

La grave crisis económica ha situado a España bajo el atento escrutinio de los mercados y de nuestros socios europeos. Un acuerdo entre el Estado y Cataluña para pactar, como mínimo, la discrepancia se transformaría en un mensaje positivo en un contexto de incertidumbre.

Esta Nota Técnica ha sido coordinada por **José María Vidal**, profesor titular del Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Valencia, y ex director general de Cooperación Autonómica en el Ministerio de Administraciones Públicas.

Se autoriza la difusión y reproducción del material contenido en este Informe para fines comerciales o no comerciales, citando en todo caso la fuente de los materiales utilizados.

Para más información:  
**Joan Navarro - Vicepresidente de Asuntos Públicos**  
 Hermanos Bécquer 4, 28006 - Madrid  
[jnavarro@llorentecuenca.com](mailto:jnavarro@llorentecuenca.com)