

EL TC Y EL PROCESO SECESIONISTA EN CATALUÑA

The Spanish Constitutional Court and the secessionist process in Catalonia

EDUARDO VÍRGALA FORURIA

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco

No hay duda de que la reconducción de las consecuencias del golpe secesionista en Cataluña es el mayor reto que afronta la democracia española desde la transición. Otros problemas son más fundamentales a medio o largo plazo en una hipotética reforma constitucional, desde la ampliación de derechos hasta los mecanismos de la forma de gobierno, la integración en la UE, la independencia de los órganos de garantía, etc. Sin embargo, aquí y ahora es el problema territorial en Cataluña el que pesa como una losa sobre nuestro sistema constitucional.

Es por ello muy oportuno el libro *Justicia constitucional y secesión. El caso del proceso soberanista catalán*, que acaba de publicar el profesor Josu de Miguel (2019). En línea con lo que ya había anticipado en trabajos anteriores, muy singularmente en el espléndido *Kelsen versus Schmitt* (junto con Javier Tajadura: De Miguel y Tajadura, 2018), y que demuestran la madurez de este constitucionalista. El libro analiza una innumerable relación de sentencias producidas en lo que se conoce como el *procés* catalán, que De Miguel sistematiza y expone con brillantez, siendo una guía muy valiosa para quien quiera conocer cómo hemos llegado a la situación actual en España.

Lo anterior no significa, como podrá apreciarse en las siguientes páginas, que esté de acuerdo con todas las conclusiones a las que el autor llega. En algunas discrepo y así lo expondré, pero he de reconocer que, en todo caso, las páginas de este libro me han hecho reflexionar en profundidad sobre temas centrales de la disciplina, como, por ejemplo, la reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad. Por ello, serán anotaciones y reflexiones, algunas simplemente apuntadas para no desbordar el objeto principal del libro, al hilo de la argumentación de De Miguel.

En la introducción, el autor desbroza lo que denomina «teoría constitucional del *procés*». Este proceso secesionista, en un dato importante que en

ocasiones se olvida, lo fecha a partir del verano de 2012, y no tanto en la sentencia del TC 31/2010, y desemboca en el golpe de Estado, o grave atentado al Estado de derecho, como lo denomina el TC en el Auto 144/2017, llevado a cabo por los órganos autonómicos catalanes en el otoño de 2017, aunque el propio autor, reconociendo el encaje jurídico-constitucional en la conocida definición de Hans Kelsen (1982: 218), prefiere no entrar en nominalismos. Esta postura es razonable, pero en estos momentos creo que hay pocas dudas acerca de que lo que se produjo en el otoño de 2017 en Cataluña fue una mezcla de golpe de Estado institucional y de levantamiento popular para proclamar la independencia de Cataluña, rompiendo la Constitución y el propio ordenamiento jurídico catalán.

Para introducir esa teoría constitucional del *procés*, De Miguel realiza un somero repaso a la evolución del Estado autonómico a partir de 1978, partiendo de nuestra peculiaridad de que la Constitución no cierra el reparto territorial del poder. El diseño realizado por UCD y asumido por el PSOE a partir de la Constitución se tuerce en 1980 con el referéndum de iniciativa en Andalucía y a partir de los acuerdos autonómicos de 1992-1993 se hace ya irreversible la completa descentralización territorial en España. De esta forma, la nivelación territorial se va produciendo durante los años ochenta y noventa del pasado siglo, con la igualación de las comunidades autónomas de los arts. 143 y 151 de la Constitución, en un modelo relativamente similar al de los Estados federales, pero se desborda en el siglo XXI al no afrontarse la reforma constitucional necesaria en temas como la financiación autonómica, la cooperación intergubernamental, las relaciones de inordinación, etc.

Después de veinte años el Estado autonómico se había consolidado, pero presentaba importantes problemas de funcionalidad derivados de la indefinición del título VIII de la Constitución. Fue el momento de abordar una federalización definitiva, material aunque no formalmente, a través de una reforma constitucional que cerrara el Estado autonómico y abriera una época posterior de reformas estatutarias. En ese momento tendría que haberse planteado por los dos grandes partidos nacionales, PSOE y PP, una reforma constitucional que cerrara el Estado autonómico, permitiera atender alguna de las demandas nacionalistas, especialmente en materia de financiación, y diera paso a nuevos estatutos de autonomía en el marco de la Constitución reformada. Sin embargo, como apunta De Miguel, la opción que se elige es considerar a los estatutos de autonomía en un nivel de «colaboración» con la Constitución, con el riesgo, que se materializó, de que, si la operación comenzaba con la reforma de los estatutos, de alguna manera sería la Constitución la que tuviera que adaptarse a estos. Esa operación necesariamente no podía funcionar correctamente.

El problema, sobre todo, es que, desde mi punto de vista, el PSOE opta a partir de 2003 por la alianza con los nacionalistas y la reforma directa de los estatutos. La percepción de un trato injusto desde el punto de vista económico, la promesa electoral en 2003 del entonces secretario general del PSOE y al año siguiente presidente del Gobierno, J. L. Rodríguez Zapatero, de respetar sin cambios el acuerdo al que se llegara en el Parlamento de Cataluña y la victoria del tripartito catalán en las elecciones autonómicas de noviembre 2003 conducen a un nuevo Estatuto catalán que desborda la Constitución, con el problema fundamental, apuntado por De Miguel, de no haber sido consensuado con el gran partido español de centroderecha que era en aquellos momentos el PP.

Es cierto que dicho Estatuto catalán fue modificado en las Cortes Generales, pero el texto seguía conteniendo numerosos aspectos inconstitucionales, como la STC 31/2010, de 28 de junio, puso de manifiesto, declarando la inconstitucionalidad total o parcial de catorce artículos y la interpretación constitucionalmente correcta de otros veintisiete preceptos. La sentencia niega, en palabras del autor del libro, «las premisas doctrinales y políticas que habían impulsado la reconsideración del proceso autonómico en aspectos nucleares que él mismo había contribuido a moldear». En todo caso, la sentencia de 2010, aun siendo aceptable en mi opinión desde el punto de vista jurídico, fue percibida como un agravio por un importante sector de la ciudadanía catalana, generando un ambiente político propicio para el aumento del independentismo catalán.

El resultado final ha sido un proceso de mutación en el diseño del Estado autonómico que, además, rompe con el consenso que había precedido en las anteriores fases de construcción del Estado autonómico (aprobación de la Constitución, Acuerdos Autonómicos de 1981 y Acuerdos Autonómicos de 1992). Esto es lo que no se debería haber permitido y ha sido el gran error en esos años, gran error en el que han participado los dos partidos nacionales, ya que no hay que olvidar el apoyo del PP al Estatuto de Andalucía de 2007, con muchos contenidos idénticos a los impugnados en inconstitucionalidad del Estatuto catalán por el propio PP.

A partir del dato anterior, De Miguel aborda ya directamente el caso catalán y lo hace, en un brillante análisis, enlazando el *procés* con la ola de populismo que se vive en todo el mundo a partir de la crisis económica de 2008 y aventurando que sin ese momento populista la erupción independentista catalana habría tenido un efecto más limitado. En el caso catalán, el populismo se materializa en la consideración del pueblo como sujeto uniforme, a pesar de que los partidos secesionistas nunca han sobrepasado la mayoría absoluta de votos en ninguna elección, y en la apelación a ese pueblo a través de fórmulas plebiscitarias.

La Sentencia 31/2010 fue interpretada, como ya he comentado, como un agravio por un importante sector de la ciudadanía catalana, hasta el punto, como señala De Miguel, de ser percibida por los sectores independentistas como una especie de *coup d'État*, pero lo cierto es que todos los estudios serios de carácter sociológico que se han publicado y las series de encuestas muestran que el aumento del independentismo catalán está más unido a la llegada al Gobierno central del Partido Popular a finales de 2011 y al impacto de la Diada de 2012 que a una hipotética frustración popular por la sentencia de 2010.

A partir de ese momento el TC se convierte en el «único órgano garante del orden constitucional» frente a las decisiones que se van tomando en el proceso soberanista que duran hasta el momento actual y que son el objeto fundamental del libro que aquí reseño.

Antes del análisis concienzudo y preciso de la jurisprudencia constitucional que lleva a cabo Josu de Miguel, se dedica un capítulo a precisar jurídicamente lo que los secesionistas suelen utilizar para intentar legitimar su actuación, y que son el derecho de autodeterminación, el derecho de secesión y el derecho a decidir.

Como se sabe, el derecho de autodeterminación, vinculado al derecho internacional, está reservado por Naciones Unidas a las colonias sometidas a un ordenamiento jurídico diverso del de la metrópoli ya desde la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (resoluciones 1514, de 14 de diciembre de 1960, y 2625, de 24 de octubre de 1970), y así lo explica con claridad De Miguel, desmontando los clichés secesionistas catalanes que hacen exclusiva referencia nominal a dicho derecho de autodeterminación. Con posterioridad a las citadas resoluciones, la autodeterminación se ha extendido a los pueblos objeto de anexión por otros Estados y a los pueblos oprimidos por dominación colonial, extranjera o racista, y a los Estados en los que no exista un Gobierno que represente a la totalidad del pueblo. Por lo tanto, el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos debe limitarse a aquellos pueblos sometidos, aunque no haya existido pronunciamiento expreso de los ciudadanos (en general, por impedirlo la potencia colonial).

Un alegato recurrente de los secesionistas al hablar del derecho de autodeterminación de los pueblos suele ser el de Kosovo (opinión consultiva de 2010 del Tribunal Internacional de Justicia), al que De Miguel responde adecuadamente por tratarse de un caso excepcional, no indicar el Tribunal de La Haya un principio general de la autodeterminación como remedio para cualquier injusticia manifiesta, y no legalizar *per se* cualquier cambio internacional de estatus territorial. En este sentido, debe recordarse que en el caso de

Kosovo el marco legal considerado no fue la Constitución de Serbia, sino la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU 1244 (1999), que establecía un régimen interino de autogobierno. La opinión consultiva del Tribunal Internacional simplemente se limita a decir que una concreta declaración unilateral de independencia no infringe de por sí el derecho internacional, sin que necesariamente constituya el ejercicio de un derecho que este le confiere.

A continuación, De Miguel analiza el derecho de secesión, a partir de una concepción que creo que no es adecuada, como luego señalaré. Siguiendo a otros autores españoles, como M. Aragón, se mantiene en este libro el carácter perpetuo del Estado constitucional en el que resultaría contradictoria la incorporación de ese derecho de secesión. Prueba de las dificultades de reconocimiento constitucional del derecho de secesión, el autor cita los textos fundamentales de Etiopía, Uzbekistán y St. Christopher y Nevis. Menciona también los casos más complejos de las constituciones semicodificadas (Canadá) o no codificadas (Reino Unido), en las que, sin reconocimiento constitucional de un derecho de secesión, se han permitido referendos que eventualmente podrían haber terminado en la secesión de Quebec o de Escocia.

De Miguel menciona la existencia de algunas propuestas en la doctrina española (por ejemplo, Bastida y Aláez, 2019) para incluir el derecho de secesión en la Constitución. Yo mismo lo hice en su momento (Vírgala, 2013; 2015; 2017) y creo que desde un punto de vista jurídico-constitucional no hay impedimento, pero, como el propio autor del libro señala, estas propuestas, al menos la mía, son anteriores a la gravísima crisis territorial que vivimos desde 2017 en Cataluña. Tras comprobar que la mayoría parlamentaria catalana estaba dispuesta a llegar al golpe de Estado (fallido, pero ejecutado) en 2017, cambia totalmente la perspectiva y las elucubraciones intelectuales por mi parte terminan ahí. Solo si los partidos secesionistas catalanes reconocieran que violaron la Constitución, que no volverán a hacerlo, y que sus líderes cumplirán las resoluciones judiciales, incluidas las penales, que les afecten, podría, pasado un largo tiempo, hablarse de reformas, y siempre respetando el procedimiento del art. 168 de la Constitución.

Es cierto, como señala el autor, que parte de la doctrina constitucionalista española y comparada entiende que la unidad e indisolubilidad nacionales son irreformables, pero nuestro TC (Sentencia 48/2003) ha reiterado que no estamos ante una democracia militante y que la Constitución es reformable en todos sus apartados. Es más, en la Sentencia 42/2014, de 25 de marzo, el TC señala que la atribución de soberanía a Cataluña es «una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional con respeto a los principios de “legitimidad democrática”, “pluralismo” y “legalidad”, expresamente proclamados en la

Declaración [de soberanía de 2013] en estrecha relación con el “derecho a decidir”» (FJ 3). En este tema hay que partir de la diferencia entre unidad e indivisibilidad. La primera se mantiene con la secesión (unidad de lo previo y unidad de lo posterior), aunque no la segunda. En este sentido, una reforma constitucional, máxime en una revisión total como la prevista en el art. 168 CE, puede regular el procedimiento de secesión de un territorio sin que eso impugne ninguno de los principios del constitucionalismo. La soberanía sigue perteneciendo al conjunto del pueblo español, que permite que, en un momento dado, y por los procedimientos constitucionales establecidos, los ciudadanos de un determinado territorio decidan la separación, reestructurándose en ese momento la unidad del Estado a la nueva situación.

Pasa finalmente De Miguel al (mal) denominado «derecho a decidir», trazando su origen en el nacionalismo vasco reciente, concretamente en 1996, en el entonces ideólogo del PNV Juan María Ollora, con su «ámbito vasco de decisión». El término «decisión» vuelve a aparecer en el Acuerdo de Lizarra de 1998 entre el PNV y HB, brazo político de la banda terrorista ETA, y se consagra ya como «derecho a decidir» en el «Plan Ibarretxe» de 2003. Ese derecho a decidir es inexistente tanto en el derecho internacional como en el derecho constitucional. Puede utilizarse políticamente, pero jurídicamente ni existe un «derecho» colectivo a decidir, salvo que, con ello, se quiera hacer referencia al derecho de autodeterminación o al de secesión o a ambos, pero eso es ya más una cuestión de maquillaje político que jurídica. Evidentemente, el derecho a decidir en un Estado democrático lo es a decidir en el marco del Estado de derecho, es decir, dentro de la legalidad, y las comunidades autónomas españolas ni son sujeto del derecho de autodeterminación en sentido internacional ni nuestra Constitución les reconoce en la actualidad poder decidir la salida de España. En este sentido, De Miguel, con acierto, entiende que con el derecho a decidir lo que se intenta es una procedimentalización del proceso previo a la secesión, con algún tipo de consulta previa a la hipotética reforma de la Constitución.

En cuanto a las decisiones de tribunales extranjeros, el libro analiza las que ha habido históricamente en los Estados Unidos, Canadá, Italia y Alemania. En el caso de los Estados Unidos, el caso fundamental (*Texas v. White* de 1869) está vinculado a la guerra de Secesión, dejando claro el Tribunal Supremo que la Unión norteamericana es indestructible e indisoluble, lo que solo podría romperse a través de la revolución o, un tanto contradictoriamente, mediante el consentimiento de los demás estados. En el caso de Canadá y los referendos de Quebec, no se trata, como es sabido, de una sentencia, sino de una opinión consultiva de 1998, con su conocida teoría de

la claridad, que dio lugar a dos posteriores y contradictorias leyes, una de Canadá (Ley de 2000 de Claridad) y otra de Quebec (Ley de 2001 sobre el ejercicio de los derechos fundamentales y las prerrogativas del pueblo quebequense y del estado de Quebec). El TS canadiense niega que exista un derecho de secesión unilateral ni en el derecho internacional ni en el derecho constitucional canadiense, pero reconoce el derecho de Quebec a poder abrir negociaciones sobre la secesión, apoyado sobre todo en el principio democrático de que la voluntad de la población de un territorio no puede ser irrelevante, siempre que esa voluntad sea clara e indiscutible. De Miguel critica la separación que el tribunal hace entre legalidad y legitimidad democrática, además de por los riesgos de tal distinción en todo Estado democrático, por la ambigüedad para determinar esa supuesta legitimidad previa.

El libro continúa con la jurisprudencia constitucional italiana, que, reconociendo la legitimidad del referéndum regional, no lo admite sobre asuntos fundamentales de carácter referendario y mucho menos sobre la unidad e indivisibilidad de la República, por lo que en 2015 la Corte Constitucional declaró la nulidad de las leyes del Véneto de 2014 que pretendían convocar un referéndum de secesión. Finalmente, se menciona el auto de 2016 del Tribunal Constitucional Federal alemán inadmitiendo el recurso de amparo de un particular contra el Gobierno bávaro por no convocar un referéndum de secesión. El Tribunal establece con claridad que en la Constitución alemana no cabe la secesión, siendo el único sujeto de la soberanía el pueblo alemán.

Los cinco capítulos siguientes del libro son los dedicados a la jurisprudencia constitucional sobre el *procés*, con el antecedente vasco sobre el derecho a decidir y la Sentencia 103/2008 (segundo «Plan Ibarretxe»). El autor remarca la opción del TC por la democracia representativa frente a la directa, por una concepción material del referéndum en el sentido de que lo es toda consulta al cuerpo electoral a través de un procedimiento reglado, y por la atribución al Estado de la competencia exclusiva para convocar referendos (arts. 23, 81, 92.3 y 149.1.32 de la Constitución), no cabiendo inexistentes títulos implícitos en tal competencia. Esta rotundidad en la afirmación de la competencia exclusiva del Estado tendrá luego, sin embargo, algunas vacilaciones, que De Miguel, con acierto, irá señalando.

Al hilo de esa Sentencia 103/2008, De Miguel critica que el TC lleve la afirmación, realizada desde de la Sentencia 48/2003 sobre la Ley de Partidos, de que España no es una democracia militante a los problemas relativos a las cláusulas de intangibilidad y a la ausencia formal de estas en la Constitución. Esa posición del TC permitiría la apertura total de esta hasta incluir el derecho de secesión y, previamente, articular mecanismos para hacer efectivo este. Para el autor, sin embargo, una reforma constitucional no puede permitir un

derecho colectivo que pueda llegar a romper el *demos* que sostiene al Estado, desconociendo la evolución del Estado constitucional desde el final de la II Guerra Mundial.

A pesar de que De Miguel argumenta con convicción su posición, creo que es correcta la jurisprudencia del TC, ya que la Constitución española no adopta lo que Bligh ha denominado, en un excelente artículo (Bligh, 2013), el paradigma de Weimar, y que se materializa en la democracia militante, ya que eso es difícilmente compatible con el procedimiento de revisión total establecido en el art. 168. Es este un tema espinoso y en el que puede ser complicado tener una posición tajante, al menos para el que escribe estas líneas. El art. 168 permite la revisión total de la Constitución y si se defienden los límites materiales implícitos a la reforma constitucional, eso supondría, si se articulara alguna especie de recurso previo de inconstitucionalidad contra las reformas constitucionales, dejar en manos de un órgano de garantía, pero sin legitimación democrática directa, como es el TC, la determinación de cuáles son tales límites, que se impondrían a la mayoría de dos tercios de las Cortes reiterada en dos legislaturas consecutivas. Muy difícil de aceptar desde un punto de vista democrático.

Tras el caso vasco, el autor entra en el catalán sobre el derecho a decidir. El problema de algunas de las sentencias que se van dictando es que resuelven recursos contra meras resoluciones parlamentarias, de las que el TC dice, en un argumento difícil de aceptar en derecho, que lo jurídico no se agota en lo vinculante y que tales resoluciones pueden producir «llamamientos» a actuar o entenderse como reconocimiento a favor de órganos a los que encomiendan actuaciones. De Miguel, aceptando la parquedad de lo sostenido por el TC, sigue a Tajadura, sugiriendo que las resoluciones, aunque no tengan efectos jurídicos concretos, proyectan una potencia hermenéutica indirecta de consecuencias incalculables. Frente a esta posición, pienso que tales resoluciones iniciaron parlamentariamente el proceso secesionista, pero entiendo también que eso no debe olvidar los principios del derecho parlamentario. La Constitución exige que la impugnación del art. 161.2 se dirija contra «disposiciones», es decir, normas jurídicas reglamentarias, de rango inferior a la ley, o contra «resoluciones», sobre las que siempre había entendido el TC que son equivalentes a los actos que ponen fin a un procedimiento administrativo (STC 44/1986) o, en una interpretación amplia, a un procedimiento parlamentario (ATC 135/2004). Una declaración de soberanía no es una decisión definitiva que produzca efectos jurídicos externos concretos y reales ni que concluya un procedimiento convirtiéndose, por ello, en acto de carácter resolutorio. En el derecho parlamentario las mociones, resoluciones, acuerdos o proposiciones no de ley manifiestan la voluntad de un Parlamento y carecen de carácter

vinculante desde el punto de vista jurídico. Una resolución parlamentaria es ajena al mundo del derecho y no tiene carácter vinculante. Una declaración de soberanía no activa jurídicamente ningún procedimiento parlamentario o legal, aunque declare que acuerda «iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir».

El siguiente capítulo se dedica al referéndum como vía de expresión política del *procés*. En relación con Cataluña ha habido una retahíla de sentencias que, no aceptando la posibilidad de convocatoria por las comunidades autónomas, sin embargo, no ha tenido una posición absolutamente coherente en cuanto a quién corresponde toda la competencia normativa en la regulación de los referendos. Aunque inicialmente el TC mantiene la posición de 2008 respecto del «Plan Ibarretxe» de impedir cualquier entrada de las comunidades autónomas en la materia, en la STC 137/2015 abandona esa rigidez para aceptar que los órganos autonómicos puedan complementar o integrar los aspectos accesorios del referéndum, y en la 51/2017 dice que los estatutos podrían reconocer la intervención autonómica en materia de ejecución o, incluso, de complemento normativo. Coincido con esta última jurisprudencia del TC y pienso que constitucionalmente nada impide que la ley orgánica regule los aspectos básicos de todo referéndum autonómico, siempre que la autorización de la convocatoria la realice el Gobierno central, en virtud del art. 149.1.32 de la Constitución, dejando los aspectos secundarios a las comunidades autónomas que así lo establezcan en sus estatutos y siempre que en ningún caso pueda afectar a la soberanía ni versar sobre la independencia. No parece De Miguel muy partidario de esta posición del Alto Tribunal, optando más por la prevención del constituyente respecto de los mecanismos de democracia directa y, en todo caso, de su extensión a las comunidades autónomas.

El sexto capítulo versa sobre la transición nacional y el proceso constituyente en Cataluña. Decididos los órganos catalanes del poder político a deslizarse por la senda insurreccional, se crea en 2013 el Comisionado para la Transición Nacional, que es declarado inconstitucional en la Sentencia 52/2017, en lo que el autor del libro califica, en afortunada expresión, como modelo jurisprudencial precautorio iniciado ya con la antes comentada resolución del Parlament catalán de 2015. Se trataría de anticiparse a la hipotética actuación de órganos que, de concluirse, supondría la consolidación de estructuras al margen del Estado constitucional español. Analiza De Miguel a continuación la reforma de la LOTC de 2015 para el reforzamiento de las facultades del TC y para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones. Reconociendo que la mayor parte de la doctrina ha sido crítica con esta reforma, De Miguel, con el que coincido, argumenta sólidamente que tal reforzamiento no pone en cuestión la naturaleza jurisdiccional del Tribunal ni diluye

su distancia con la jurisdicción ordinaria. Puntualiza, sin embargo, que la suspensión de cargos públicos podría resultar dudosa desde la perspectiva del derecho fundamental de acceso a los cargos públicos del art. 23.2 de la Constitución.

El libro pasa a continuación a estudiar las sentencias que se han ocupado de las decisiones del Parlament tras las elecciones autonómicas de 2015. El autor se detiene especialmente en las resoluciones parlamentarias aprobadas a partir de la del 9 de noviembre «sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales». El TC utiliza ya en la Sentencia 259/2015 un lenguaje cada vez más contundente y actúa de forma preventiva tomando en cuenta el *procés* de modo global. Lo que no termina de convencer al autor es la disyuntiva que mantiene el Alto Tribunal entre legitimidad política y legitimidad jurídica y la aceptación de la reforma como auténtico poder constituyente, aunque se circunscriba el debate sobre la secesión a su canalización por una proposición de reforma constitucional. Sobre esto ya he comentado antes mi posición, más cercana a la jurisprudencia constitucional que a la tesis del autor.

En lo que sí coincido es en la crítica a la actuación del Gobierno nacional en esos años al dejar el problema territorial de Cataluña en manos de los tribunales. Esto ha llevado al TC a anular meras resoluciones que abren debates con el peligro que tiene para el principio democrático, inaugurando una especie de constitucionalismo del riesgo, teoría que han preconizado autores como Vermeule y Preuss y que el autor importa, con mucho acierto. Ese modelo jurisprudencial se materializa sobre todo en las resoluciones que son incidentes de ejecución de sentencias anteriores para interpretar restrictivamente cualquier acto que esté potencialmente relacionado con la secesión. Así, tras la investidura en 2016 del luego fugado Puigdemont, el Parlament aprueba resoluciones para crear la Comisión de Estudios del Proceso Constituyente (constitucional con resolución interpretativa en ATC 141/2016), para ratificar el informe y conclusiones de tal Comisión (declarada nula por ATC 170/2016, con advertencia a los miembros de la Mesa de evitar cualquier actuación en contrario y deduciendo testimonio de particulares para que el fiscal ejerciera acciones penales), sobre orientación política del Gobierno de Cataluña en lo referido a la realización de un referéndum de autodeterminación (inconstitucional por ATC 24/2017).

El penúltimo capítulo aborda la fase hacia la declaración unilateral de independencia. Aunque con actos previos inconstitucionales desde hace varios años, como ya se ha ido relatando, el golpe se manifiesta claramente en el Pleno del Parlament de los días 6 y 7 de septiembre. Se vulnera el reglamento parlamentario y se aprueban, con un simulacro de debate, leyes no solo inconstitucionales

sino claramente insurreccionales, que son inmediatamente suspendidas por el TC. El autor del libro, por su parte, se centra, como no podía ser de otra manera, en las leyes 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación, y 20/2017, 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República.

La primera es declarada radicalmente inconstitucional y nula por el TC en su Sentencia 114/2017. El TC manifiesta que su procedimiento de aprobación contravino el Reglamento del Parlament, de forma que De Miguel añade, con lo que coincide, que con esta ley «culminó el deslizamiento desde un modelo de democracia representativa, que prima el consenso sobre el antagonismo, hacia formas plebiscitarias e iliberales», conectando con lo que al principio del libro señalaba del secesionismo catalán como movimiento populista. En cuanto a su contenido, para el autor el Parlament se transforma en esos días en el dictador schmittiano y, apelando torticeramente al derecho de autodeterminación, convierte al pueblo de Cataluña en sujeto político soberano encarnado en la mayoría parlamentaria secesionista, anulando la democracia representativa. Para ello, la propia Ley 19/2017 dice colocarse por encima de cualquier otra norma, incluida la Constitución, y regula un referéndum vinculante para poder constituir un Estado independiente. El TC, sin duda alguna, declara la ajenidad de tal Ley 19/2017 al ordenamiento constitucional, con abandono absoluto de la presunción de constitucionalidad que hasta ese momento podía haber tenido el *procés*, y la imposibilidad de apelar al derecho de autodeterminación en forma contraria a las normas internacionales y sin que el art. 96 de la Constitución pueda amparar esa actuación.

La Ley 20/2017, por su parte, también es declarada inconstitucional y nula en su totalidad por la Sentencia del TC 124/2017. Las razones de ilicitud procedimental en su aprobación son las mismas que para la Ley 19/2017 y, en cuanto al fondo, el Tribunal afirma que se trata de una pretensión de ruptura total y absoluta del orden constitucional y reitera gran parte de los argumentos de la Sentencia 114/2017. De Miguel, sin embargo, expresa dudas sobre la afirmación del TC de que el poder constituyente es de titularidad del pueblo español, especialmente si se dice sin aclarar, *obiter dicta*, qué entiende el Tribunal por tal poder constituyente en la actualidad. Para el autor, el pueblo español *fue* titular del poder constituyente en 1978 y la referencia a este solo se entendería en la actualidad por la previsión de la revisión total en el art. 168 de la Constitución. Vuelve aquí De Miguel a expresar su posición contraria, con la que, por otra parte, disiento, por las razones antes expuestas, a tal visión de la reforma constitucional.

Se aborda a continuación el referéndum del 1 de octubre de 2017, con mención a las vicisitudes que tiene también la creación de la Sindicatura

electoral, con su suspensión inmediata, imposición de multas y renuncia final de sus miembros (autos TC 125, 126, 132, 151/2017 y Sentencia del TC 120/2017). El referéndum es convocado por un decreto que es anulado por el TC en Sentencia 122/2017, pero que se celebra el 1 de octubre de 2017 por la irresponsabilidad golpista del Govern catalán, sin ninguna garantía legal y democrática (sin censo, sin administración electoral y sin campaña institucional imparcial) y con una actuación poco profesional de los Mossos d'Esquadra incumpliendo las órdenes judiciales, y por una muy deficiente gestión del Gobierno central, que puso a la Policía y a la Guardia Civil en una situación muy complicada en el intento de última hora de cierre de colegios «electorales».

El siguiente episodio es el Pleno del Parlament de 10 de octubre de 2017 en el que el presidente de la Generalitat realiza una declaración unilateral de independencia dejada en suspenso de inmediato. El 17 de octubre el Parlament aprueba dos resoluciones en las que finalmente se declara la independencia para comenzar un proceso constituyente de la nueva República catalana, aunque no tienen ningún desarrollo normativo. Estas resoluciones, mediante incidente de ejecución de la Sentencia 114/2017, son declaradas nulas en el Auto 144/2017, en el que se las califica de «grave atentado contra el estado de derecho», aunque sin precisar si las resoluciones llegaron a tener algún efecto o si el sistema constitucional dejó de tener vigencia en algún momento.

El mismo día 27 de octubre de 2017 el Senado aprueba las medidas propuestas por el Gobierno nacional al amparo del art. 155 de la Constitución, cesando a todo el Gobierno de la Generalitat, a los altos cargos de la Administración autonómica y disolviendo el Parlament. Este acuerdo del Senado ha sido ya declarado plenamente constitucional, salvo en un punto marginal, por las SSTC 89 y 90/2019, de 2 de julio, en un entendimiento del art. 155 que algunos veníamos defendiendo desde hace años (Vírgala, 2005; 2018).

El último capítulo se dedica a la difícil, que lo sigue siendo todavía, vuelta a la normalidad institucional. Celebradas las elecciones catalanas el 21 de diciembre de 2017, por aplicación de las medidas del art. 155 de la Constitución, el resultado no proporciona solución alguna, ya que los mismos que habían atentado gravemente contra el Estado de derecho vuelven a tener la mayoría parlamentaria. En el primer Pleno del nuevo Parlament se acepta la delegación de votos para los diputados en prisión provisional, acusados de los delitos de rebelión, sedición y desobediencia por los sucesos del otoño anterior. De Miguel, en una argumentación que comparto plenamente, considera que la delegación de voto es contraria, en todo caso, al art. 79.3 de la Constitución, que exige que el voto del diputado sea personal e indelegable, lo que sería de aplicación también a los parlamentarios autonómicos, lo que el TC ya

había declarado en la Sentencia 129/2006, aunque, sorprendentemente, permite que los reglamentos parlamentarios autonómicos prevean el voto en ausencia en «circunstancias excepcionales o de fuerza mayor».

La constitución del nuevo Parlament lleva a la propuesta de investidura de Carles Puigdemont como presidente de la Generalitat, que fue inmediatamente recurrida por el Gobierno de la nación por encontrarse Puigdemont fugado de España. El TC dicta, antes de admitir a trámite, la medida cautelar de suspender la investidura (Auto 5/2018), aunque, como De Miguel señala, el TC no la justifica ni en la LOTC ni en las leyes supletorias. Finalmente, la Sentencia 19/2019 rechaza definitivamente la posibilidad de que Puigdemont pueda ser candidato, ya que para que esto fuera posible, al ser un acto personalísimo, debe estar presente en el Parlamento, lo que se derivaría del art. 152.1 de la Constitución, al establecer la forma de gobierno autonómica parlamentaria. Excluida la candidatura de Puigdemont, se intenta la del diputado preso provisional Jordi Sánchez tanto para el 12 de marzo como para el 23 de abril de 2018, que es impedida por el TS al no conceder su libertad provisional, y la de Jordi Turull, que es rechazada el 22 de marzo de 2018 en primera votación y que no puede realizarse en una segunda al entrar Turull en prisión provisional el día anterior a esta. Ante esto, el Parlament reforma la Ley de la Presidencia de la Generalitat para que quepan los debates de investidura sin presencia o intervención del candidato, lo que hoy ya sabemos por la Sentencia 19/2019 sobre Puigdemont que no es posible.

El punto final de este recorrido es la investidura el 14 de mayo de 2018 en segunda votación de Joaquim Torra como presidente de la Generalitat. De todas formas, la formación inicial de su Gobierno queda en el aire al incluir personas presas y fugadas de la justicia, lo que lleva al Gobierno central a no publicar sus nombramientos, lo que podía hacer en virtud de las medidas del art. 155. Finalmente, Torra no tiene más remedio que nombrar a otras personas y el 1 de junio de 2018 se publica su nombramiento y se levantan las medidas del art. 155.

El libro termina con un epílogo, en una reflexión final sobre todo el *procés*, resaltando el vacío producido entre la aprobación de las leyes 19 y 201/2017 y el discurso del rey de 8 de octubre de 2017. El autor resalta el ingente papel del TC, caracterizado por la sumariedad, el consenso interno y el mantenimiento general de su jurisprudencia clásica. No deja de aludir a su discrepancia sobre el papel que el TC parece asignar al art. 168 de la Constitución y a la ausencia de cláusulas implícitas de intangibilidad, aunque limitando el debate sobre el derecho a decidir a su plasmación en una propuesta de reforma constitucional. El TC ha creado, como ya se ha señalado antes, una jurisprudencia próxima al constitucionalismo del riesgo para afrontar técnicas novedosas y posmodernas

como las leyes con entrada en vigor sometidas a acontecimientos futuros, resoluciones con pretensión de estatalidad o intentos de permitir Gobiernos virtuales desde el extranjero. Todo esto tal vez pudo evitarse en 2000 con una reforma constitucional para pulir y estabilizar el Estado autonómico. Nada se hizo en ese sentido y se entró en su lugar en un proceso de indeterminación institucional a través de la reforma estatutaria, creando el caldo de cultivo para la parcialmente inconstitucional reforma estatutaria catalana y para lo que a partir de 2012 se ha denominado como *procés*.

En definitiva, un libro minucioso en el estudio jurídico, muy bien escrito y con un análisis penetrante que interesará a cualquier jurista, pero también al ciudadano preocupado en los problemas políticos que acechan a España. Se confirma que el profesor Josu de Miguel es un valor a seguir en la doctrina constitucionalista y que seguro nos proporcionará interesantes obras en el futuro.

Bibliografía

- Bastida Freijedo, F. J. y Aláez Corral, B. (2019). La acomodación constitucional de la secesión: el caso español. *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 10, 245-297. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.40.2017.20917>.
- Bligh, G. (2013). Defending Democracy: A New Understanding of the Party-Banning Phenomenon. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 46, 1321-1379.
- De Miguel Bárcena, J. y Tajadura Tejada, J. (2018). *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*. Madrid: Escolar y Mayo.
- De Miguel Bárcena, J. (2019). *Justicia constitucional y secesión. El caso del proceso soberanista catalán*. Madrid: Reus.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Vírgala Foruria, E. (2005). La coacción estatal del art. 155 de la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 73, 55-109.
- (2013). La asimetría en el Estado autonómico. En E. Álvarez Conde y C. Souto Galván (dirs.). *El Estado autonómico en la perspectiva del 2020* (pp. 121-170). Madrid: Instituto de Derecho Público; Universidad Rey Juan Carlos.
- (2015). Referéndum, secesión y reforma constitucional. *Naciones y Estados en el Siglo XXI: Democracia y Derecho a Decidir*. Cuadernos Monográficos, 11, 166-212.
- (2017). El modelo territorial español (reforma territorial ¿federal?). En E. Álvarez Conde (dir.). *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución española* (pp. 357-406). Granada: Comares.
- (2018). El art. 155 de la Constitución: teoría y práctica. En B. Pendás (dir.). *España constitucional (1978-2018): Trayectorias y Perspectivas* (pp. 4315-4336). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Boletín Oficial del Estado.