

Sobre un derecho inexistente. A propósito de «Democracia y derecho a decidir» de Josep M. Vilajosana

About a non-existent right. On «Democracy and the right to decide» by Josep M. Vilajosana

Manuel Atienza Rodríguez
Universidad de Alicante
ORCID ID 0000-0001-6569-1402
manuel.atienza@ua.es

Cita recomendada:

Atienza, M. (2020). Sobre un derecho inexistente. A propósito de “Democracia y derecho a decidir” de Josep M. Vilajosana. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 422-431.
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5721>

Recibido / received: 20/07/2020

Resumen

El autor considera que la tesis defendida en el trabajo de J. M. Vilajosana, *Democracia y derecho a decidir* es insostenible: el derecho a decidir (o sea, el derecho a la secesión) es incompatible con el Derecho español actual. Entre muchos otros defectos, la tesis de Vilajosana presupone una concepción del Derecho y de la interpretación en la que el texto de las normas (concretamente el de las normas constitucionales) resulta completamente irrelevante.

Palabras clave

Democracia, derecho a decidir, autodeterminación, Constitución española, anticonstitucionalidad).

Abstract

The author considers that the thesis defended in the work of J. M. Vilajosana, Democracy and right to decide, is untenable: the right to decide (that is, the right to secession) is incompatible with current Spanish law. Among many other defects, Vilajosana's thesis presupposes a conception of law and interpretation in which the text of the norms (specifically that of the constitutional norms) is completely irrelevant.

Keywords

Democracy, right to decide, right to self-determination, Spanish Constitution, unconstitutional.



1.

No creo que tenga que pedir perdón por ello a Josep Maria Vilajosana, pero después de haber leído su artículo no he podido evitar pensar que había asistido a un ejercicio de prestidigitación, mal ejecutado... seguramente porque era imposible ejecutarlo bien. Quiero decir, entre el día y la noche hay zonas de transición, penumbrosas –el amanecer y el atardecer–, pero si a las doce del mediodía de un caluroso día de julio en Alicante y bajo un sol de justicia que le achicharra a uno el cráneo alguien se empeñara en convencerte de que en realidad es de noche y de que lo que brilla en el cielo y proyecta ese calor sofocante no es el sol, sino la luna, pues lo más probable es que no lo logre, a no ser que uno tenga alguna razón previa –del tipo que sea– para aceptar todo aquello que su interlocutor le proponga. No estoy en esa situación, pero quiero aclarar desde el comienzo que siento aprecio por Vilajosana aunque al mismo tiempo me sienta muy distante de lo que han sido sus posiciones políticas en los últimos tiempos. Digo esto para que se entienda que lo que voy a decir aquí no constituye ningún ataque personal, sino una crítica –radical– a ideas que me parecen simplemente equivocadas. El lector –y el propio Josep Maria– juzgará si es así y, por supuesto, entenderé perfectamente que lo haga(n) con la misma –o aún mayor– radicalidad que yo empleo. El debate racional impone por supuesto ciertos límites pero entre ellos –entre los límites fundados– no está el de renunciar a la sinceridad o a expresar con claridad las propias ideas simplemente por razones de conveniencia personal. Y como nos conocemos desde hace tiempo, creo que Vilajosana también pensará que lo que aquí voy a decir está completamente en línea con su propuesta de «generar un clima en el que se pueda discutir desapasionadamente [o sea, libremente] sobre las distintas cuestiones que han emergido del llamado proceso político catalán».

La razón fundamental que me lleva a pensar que el artículo que comento es un completo error es la siguiente. Vilajosana no pretende aquí defender el carácter moral o políticamente justificado del derecho a decidir, o sea, el derecho a la secesión (su legitimidad); esa puede considerarse como una cuestión abierta, sobre la que luego diré algo. Lo que él sostiene es que ese derecho a decidir es compatible con el ordenamiento jurídico español y, en particular, con lo que establece la Constitución. De manera que lo que él plantea es un problema de interpretación; según él, el Derecho español contendría –implícitamente– un «derecho a decidir entendido como el que tiene la ciudadanía ‘de una comunidad territorialmente localizada y democráticamente organizada (en este caso, la catalana) a expresar y realizar, mediante un procedimiento democrático, la voluntad de redefinir el estatus político y el marco institucional fundamentales de dicha comunidad, incluida la posibilidad de constituir un Estado independiente’». Y ese derecho (expresado en un enunciado como el anterior, o algún otro que tuviera un significado análogo) se extraería –según él– mediante un procedimiento de ponderación en el que se sopesara, por un lado, la indisoluble unidad de la nación española (art. 2 CE) y la soberanía del pueblo español (art. 1.2 CE) y, por otro lado, el principio democrático (art. 1.1 CE) y el principio de participación política (art. 23.1 CE). Pues bien, el Derecho español no contiene semejante derecho, ni es posible extraerlo implícitamente de lo que cabría considerar como el material en bruto del Derecho, de sus enunciados explícitos. Empeñarse en lo contrario equivale, como digo, a confundir el día con la noche y supone, en mi opinión, un tipo de ceguera –de ceguera ideológica–, que no contribuye en nada a la búsqueda de una solución para un problema que evidentemente es real y es sumamente grave. Mis argumentos para pensar así –que la tesis de Vilajosana no está teóricamente fundamentada– son los siguientes.

2.

2.1.

El primero es de carácter general y se refiere a que Vilajosana parece haber abandonado algunos rasgos que, según creo, caracterizaban hasta hace poco su manera de entender la filosofía del Derecho: el uso del método analítico, la defensa del positivismo jurídico o la exigencia de tomarse el Derecho (y los derechos) en serio.

Así, un lector que no conociera los antecedentes teóricos de Vilajosana tendría la impresión, me parece, de que el artículo que comento no había sido escrito por un iusfilósofo analítico y, menos aún, por un positivista jurídico. No le reprocho exactamente ninguna de estas dos cosas, porque yo no me considero tampoco en muchos aspectos un iusanalítico y el positivismo jurídico lo considero, en cualquiera de sus versiones, una concepción equivocada del Derecho. Pero sigo pensando que los analíticos introdujeron una exigencia de rigor conceptual y, en general, de claridad, y una serie de herramientas para lograr esos objetivos, que sería equivocado dejar de lado. La crítica a la filosofía analítica no puede consistir en abandonar la tarea de clarificar conceptos y problemas y entregarse a la imprecisión –por no decir, obscuridad– conceptual y al uso de un lenguaje puramente emotivo, dirigido fundamentalmente a suscitar emociones. Como tampoco la crítica –fundada– al positivismo jurídico puede confundirse con el olvido del Derecho positivo, esto es, no puede llevar a desconocer que la práctica social en que consiste el Derecho tiene como límite ciertos materiales de carácter autoritativo: si no fuera así, simplemente no estaríamos ya situados en el tipo de actividad social en que consiste el Derecho.

2.2.

El trabajo de Vilajosana proporciona muchos ejemplos de oscuridad conceptual. Para empezar, ni siquiera queda muy claro qué hay que entender por «derecho a decidir». Antes he partido de una especie de definición que aparece en el texto (y que Vilajosana toma de otro autor), pero la misma exigiría un mínimo de desarrollo, de clarificación conceptual, para saber con alguna precisión en qué sentido se utiliza esa expresión. En lugar de eso, lo que nos dice Vilajosana es que ese derecho al parecer existiría –como derecho que forma parte del ordenamiento español– si es que la Constitución española permite que la *Generalitat* plantee una consulta a los catalanes sobre su futuro político. Pero esto, claro, no es decir mucho. Hay muchas formas de consultar a los catalanes (o a los asturianos, a los gallegos, a los españoles...) sobre su futuro político, sin que esa consulta suponga –imagino– un ejercicio del derecho a decidir en el que está pensando Vilajosana. Parecería que él se está refiriendo al «derecho a la secesión», pero evita utilizar esa expresión, seguramente para no incomodar a cierto tipo de lector. «Derecho a decidir» suena obviamente mucho mejor (¿quién no va a ser partidario de poder decidir?) y supone también una buena alternativa (en términos retóricos) al «derecho a la autodeterminación», dada la manifiesta imposibilidad de aplicar esa figura del Derecho internacional al caso catalán. Pero esas operaciones de marketing conceptual no dejan de plantear, claro está, problemas de coherencia. Si «la declaración unilateral de independencia por parte de la Generalitat» no tiene «cobertura constitucional», como afirma ahora Vilajosana, ¿por qué no lo reconoció y declaró así en su momento?, ¿por qué no afirmó entonces, en los momentos cruciales del *procés*, que aquello era justamente un golpe de Estado, aunque sin recurrir a medios violentos?

Tampoco, por cierto, hay forma de entender bien qué es lo que Vilajosana considera como permiso débil o fuerte. Aquí parte de una definición clara (la de von Wright), pero exactamente tres líneas después de enunciarla la abandona, al afirmar

(en nota a pie de página) que «por supuesto» cabe una «manera de argumentar de manera plausible» que la Constitución española permite *en sentido fuerte* realizar el tipo de consulta en que consistiría ese derecho a decidir. Ahora bien, si la existencia de un permiso en sentido fuerte supone que «en el sistema jurídico relevante (en el español) hay una norma de permisión», ¿en dónde está establecida esa norma?, ¿dónde dice la Constitución que está permitida esa conducta (recordemos la definición: «expresar y realizar [...] la voluntad de redefinir el estatus político [...] incluida la posibilidad de constituir un Estado independiente»)?

Y así podríamos seguir, en realidad, con todos los conceptos que constituyen el armazón de la tesis de Vilajosana: ponderación, neoconstitucionalismo, interpretación evolutiva, concepción densa de la democracia... sobre algunos de ellos volveré en seguida, pero tampoco es que haya mucho que decir desde el punto de vista del análisis conceptual, puesto que el uso que de ellos hace Vilajosana es más bien persuasivo: aparecen en su texto seguramente porque le parecen palabras prestigiosas que podrían llevar al lector poco avisado a la aceptación de su tesis sin necesidad de someterla a ningún análisis crítico. Está claro que a todos nos gusta poder decidir, deseamos vivir en democracias plenamente desarrolladas, no queremos que las normas se interpreten de forma rígida y retrógrada, etc... pero también es obvio, me parece a mí, que no podemos decidir sobre cualquier cosa, que no es fácil tener ideas claras sobre lo que es una democracia desarrollada (densa) y sobre cuáles son los caminos para llegar a ella, que hay unas cuantas teorías de la interpretación que pugnan entre sí desde hace tiempo en relación con qué cabe entender por interpretar (cuándo se interpreta y cuándo, en lugar de interpretar, se está abandonando el Derecho), qué métodos interpretativos cabe usar y cuándo. Cuestiones, estas últimas, que Vilajosana no se plantea, sino que las da por resueltas, pero simplemente –en mi opinión– por razones ideológicas, porque le parece que la imprecisión conceptual es lo que mejor conviene a sus fines.

2.3.

Pasemos entonces a considerar la ponderación. Se trata de un procedimiento argumentativo (si se quiere, de un tipo de interpretación) que a mí me parece legítimo usar en ocasiones: pero tienen que darse esas ocasiones, y tiene que hacerse de acuerdo con ciertos criterios.

Cuando la ponderación la lleva a cabo un juez o un intérprete (o sea, cuando no hablamos de la ponderación que efectúa el legislador), el presupuesto es que exista una laguna en el nivel de las reglas. Según Vilajosana, aquí sí que existiría una laguna, porque no hay ninguna regla constitucional que regule el caso (si la Generalitat tiene competencia para convocar ese referéndum), de manera que a lo que él se estaría refiriendo sería a una laguna normativa, no a una laguna axiológica (cuando el caso está regulado, pero de manera equivocada, contraria a los principios o valores del sistema). Ahora bien, la definición comúnmente aceptada de laguna normativa supone no solo la existencia de un caso sin solución, sino de un caso que tendría que estar regulado por el sistema (según una cierta terminología, un caso que sea relevante para el sistema). Por ejemplo (un caso típico de ponderación), en la Constitución española (y en casi todas las constituciones) hay una laguna en relación con los supuestos en los que entran en conflicto el derecho a la libertad de información y el derecho a la intimidad y al honor: para resolver esos casos, los jueces (los magistrados del Tribunal Constitucional) sólo disponen de principios y, por ello, tienen que ponderar. Pero en el Derecho español no existe ninguna laguna por el hecho de que no esté regulado a qué hora debemos desayunar, qué alimentos debemos tomar, etc. No lo está, porque esas circunstancias no son relevantes para el Derecho, en el sentido de que cada uno (al menos cada adulto en condiciones normales) puede

hacer al respecto lo que mejor le parezca, al margen del Derecho. Y, por razones semejantes, no está regulada tampoco la posibilidad de secesión y de plantear un referéndum sobre ello, pero en este caso no porque cada comunidad autónoma o cada porción del territorio estatal pueda hacer lo que quiera, sino porque es obvio que no puede (no tiene competencia para) hacerlo, de la misma manera que no podría declarar el estado de excepción o pedir el ingreso en la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Hay una infinidad de conductas no reguladas en el sistema y que obviamente no suponen ningún tipo de laguna.

Pero además, aunque aceptáramos la existencia de una laguna normativa (que no existe), la forma de ponderar que sugiere Vilajosana es obviamente inaceptable, como muy bien señala Moreso en su comentario. La indisolubilidad del art. 2 de la Constitución no es, efectivamente, una cláusula pétrea, puesto que podría cambiarse, como pueden cambiarse todos los artículos de la Constitución, pero mediante la reforma constitucional, y no mediante una ponderación de principios: «La indisolubilidad es como la definición de *tablero* en el juego del ajedrez, si lo cambiamos, cambiamos de juego». O, dicho quizás de otra manera: a Vilajosana parece habersele olvidado aquí un principio esencial en la argumentación jurídica y, por tanto, también en la ponderación: el principio de coherencia. ¿Quién puede pensar que es coherente con el texto y con los valores de la Constitución una norma que establece el derecho de uno de los territorios a la secesión?

2.4.

Bueno, quizás pueda pensar así alguien partidario de una concepción del Derecho que suele denominarse «neoconstitucionalismo» y que, en mi opinión, resulta completamente rechazable. He escrito recientemente sobre ello (Atienza, 2017, cap. V), y no voy a repetirme aquí, pero sí quiero recoger algunas de las conclusiones a las que, en mi opinión, hay que llegar a propósito de esa concepción. La primera es que el uso de ese término –«neoconstitucionalismo»– es absolutamente confuso y, por ello, convendría reservarlo únicamente para los autores que se califican a sí mismos de «neoconstitucionalistas». La segunda es que lo que parecen sostener esos autores neoconstitucionalistas puede reducirse a estas tres tesis: la no distinción entre el Derecho y la moral; la caracterización del Derecho como un conjunto de principios; el activismo judicial (que sería la consecuencia de las dos tesis anteriores). Y la tercera conclusión es que ni Ferrajoli, ni Dworkin, ni Alexy, ni Nino (autores que Vilajosana parece tener muy en cuenta en su texto) tienen nada que ver con el neoconstitucionalismo, puesto que no defienden ninguna de las tres anteriores tesis.

Pues bien, como era de esperar, el uso que Vilajosana hace de «neoconstitucionalismo» es notablemente confuso, puesto que ni siquiera parece haber reparado en la ambigüedad del término, que puede designar tanto un fenómeno jurídico (un cambio que ha tenido lugar en los tiempos recientes en nuestros Derechos) como una concepción del Derecho. Pero, por lo demás, él sí que parece aceptar esa concepción en una versión particularmente extrema y yo creo que equivocada. Por un lado, identifica sin más –en el aspecto que aquí nos interesa– el Derecho y la moral y, en consecuencia, niega la posibilidad de que pueda existir Derecho ilegítimo, Derecho injusto: «no cabe distinguir entre legalidad y legitimidad substancial de las normas cuando estas establecen derechos humanos». Y si es así, por cierto, ¿para qué partir, como hace en su trabajo, de la distinción entre legalidad y legitimidad a propósito del derecho a decidir?, ¿dónde está la utilidad de la distinción? Por otro lado, el Derecho, al menos el Derecho de los derechos humanos, se reduce en su opinión a un conjunto de principios que, además, entiende como reglas ideales en el sentido de von Wright. O sea que, según él, la regulación jurídica de los derechos humanos estaría compuesta por normas que –son las expresiones

que emplea von Wright para caracterizarlas— «tienen más relación con ser que con hacer», y se hace referencia a ellas —a las reglas ideales— «cuando decimos que un hombre tiene que ser generoso, sincero, justo, ecuánime, etc.» (von Wright, 1971, p. 33). Y, en fin, si en eso consiste el Derecho, entonces parece claro que sus límites no es que sean fluidos, sino que tienden a ser inexistentes, de manera que se da cancha abierta al activismo judicial y, en general, al activismo de los intérpretes. El Derecho, en definitiva, dice lo que cada intérprete (de acuerdo con sus opiniones morales y políticas) dice que dice. Sólo así, efectivamente, se puede llegar a las conclusiones a las que llega Vilajosana.

Y sobre esto quisiera añadir algo. Muchos independentistas catalanes afirman que a lo que ellos aspiran es a hacer de Cataluña un país como Dinamarca que, por cierto, no es una república. Pero propuestas iusteóricas como la de Vilajosana a lo que acercarían la futura República catalana es a algún país (este, sí, de forma política republicana) como Bolivia. El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia reconoce en efecto basarse en los principios del neoconstitucionalismo y su manera de entender la ponderación podría muy bien haber servido de inspiración a Vilajosana. Así, en una decisión de no hace demasiado tiempo y que seguramente el lector recordará, el Tribunal boliviano decidió que la Constitución del país permitía la reelección del entonces presidente, Evo Morales, a pesar de que había como una cincuentena de artículos constitucionales que decían lo contrario; pero lo fundamentaron apelando a un artículo de la Convención de San José que simplemente reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo y que los magistrados bolivianos consideraron «de preferente aplicación».

2.5.

Algo que resulta verdaderamente grotesco —y que me perdone Vilajosana por la expresión— es el intento de utilizar a Nino como argumento de autoridad en favor de su tesis de que la Constitución española permite la consulta a la ciudadanía catalana (no al conjunto de los españoles) sobre si desea constituir un Estado propio. Según Vilajosana, los principios en los que, de acuerdo con Nino, se fundamentan los derechos humanos —el de autonomía, el de inviolabilidad y el de dignidad— son definitorios de los «Estados liberales», de manera que, si se infringen, entonces lo que tendríamos es una perversión de la democracia (no el *principio* de la mayoría, sino el *dominio* de la mayoría). Y como, según él, esos tres principios apuntan a que el sujeto de la consulta sean los catalanes (esto es, a que haya que reconocer un derecho a la secesión), pues entonces no cabe otra que interpretar así la Constitución. Y si no se hiciera o, mejor, en la medida en que no se está haciendo, hay que concluir que la Constitución está vulnerando la autonomía, la inviolabilidad y la dignidad, pero no sólo de los catalanes, sino también —imagino— de todos aquellos ciudadanos que forman parte de «una minoría con contornos territoriales definidos y con lengua, cultura e instituciones propias», lo que quiere decir, de todos, o sea de cualquier individuo (quizás mejor, de cualquier ciudadano español) que resida en cualquiera de las Comunidades Autónomas, pues todas ellas parecen cumplir con esos requisitos.

En fin, para darse cuenta del disparate en que incurre Vilajosana, nada mejor, me parece, que acudir a los hechos. Dado que no parece haber ningún país (o ningún país supuestamente democrático) cuya Constitución permita lo que él sugiere, parece que no tendríamos otro remedio que aceptar que en el mundo no existen democracias (quizás la primera sería la española, interpretada a la manera de Vilajosana). Y para acreditar ese hecho me remito a la autoridad de un prestigioso constitucionalista catalán, Víctor Ferreres, que ha escrito recientemente que «los países democráticos que han experimentado pulsiones internas secesionistas no han dado el paso de reconocer en su ordenamiento jurídico-constitucional un derecho a decidir (en sentido

débil), ni siquiera de manera implícita» (Ferrerres, 2016, p. 469). Aclaro que Ferrerres entiende por derecho a decidir en sentido débil el derecho a ser oído sobre la secesión, mientras que el derecho en sentido fuerte supondría el derecho a decidir la secesión. Y que en el elenco de los países democráticos que han experimentado esas pulsiones internas secesionistas incluye a Gran Bretaña, a Canadá y a los Estados Unidos.

2.6.

Y vayamos ahora a la cuestión del referéndum, que vendría a ser la concreción del derecho a decidir que Vilajosana cree poder extraer de la Constitución española. Nadie discute, por cierto, que la Constitución permite la celebración de un referéndum en ciertos casos. Exactamente, la figura, como bien se sabe, está regulada así en el art. 92: «Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos. El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados». Y nadie parece albergar tampoco ninguna duda de que nuestra Constitución no contiene cláusulas pétreas, esto es, todos sus artículos pueden ser cambiados, pero de acuerdo con los procedimientos de reforma que establece la propia Constitución. Las dudas se refieren entonces a si es posible convocar un referéndum sobre una de esas decisiones políticas de especial trascendencia (como lo sería la secesión de un territorio) sin consultar a todos los ciudadanos, a todos los españoles, sino únicamente a una parte de ellos, en este caso, a los catalanes.

A mí me parece que no, que no es posible ese referéndum consultivo y que el Tribunal Constitucional español tiene razón al haberse pronunciado así en dos sentencias recientes (103/ 2008, de 11 de septiembre y 42/2014, de 25 de marzo). Y no sólo porque va patentemente en contra del tenor del antes mencionado art. 92, sino porque resultaría incoherente con la Constitución pues eso significaría, efectivamente, suplantarse el proceso de reforma constitucional. Pero aunque no fueran así las cosas, esto es, aunque se pudiera constitucionalmente convocar ese referéndum consultivo dirigido a la ciudadanía catalana, parece evidente que ese no es el tipo de consulta que requiere el derecho a decidir interpretado a la manera de Vilajosana. Como ya varias veces he dicho, el texto que comento no se caracteriza precisamente por su claridad, pero lo que él defiende –en términos de Ferrerres– sería el derecho a decidir en sentido fuerte, lo que incluye también –pero simplemente como medio, como instrumento– el sentido débil. Repito de nuevo los dos términos que él emplea en lo que puede considerarse como la definición de derecho a decidir de la que parte: derecho a «expresar y realizar» la voluntad de constituir un Estado independiente.

2.7.

El comentario que Moreso hace del texto de Vilajosana coincide yo creo que en el fondo con las críticas que acabo de efectuar, pero Moreso se esfuerza (me parece que el uso de este último verbo es oportuno) por conceder al planteamiento de Vilajosana una pizca de razón: «el principio democrático exige al gobierno de España una negociación de buena fe, que incluye la posibilidad de convocar un referéndum. Si el referéndum acordado, en los términos que fuese, diese un resultado favorable a la secesión, entonces sólo se habría recorrido la mitad del camino [...] Quedaría todavía llevar a cabo un proceso de reforma constitucional, en los términos del art. 168 de la Carta magna, para alcanzar el final del trayecto».

Yo no participo, sin embargo, de esa opinión. Reconozco en ella –si es que se trata de una propuesta– un deseo muy elogiabile de encontrar puntos de acuerdo, de esforzarse por crear una salida razonable al problema catalán, pero creo que no resolvería nada sino que, más bien, contribuiría a complicar las cosas.

Por un lado, conviene no olvidar que si el derecho a la secesión en sentido débil no está incluido en ninguna Constitución de un país democrático, seguramente sea por algo. Y, por cierto, no deja de resultar extraño que ni Vilajosana ni Moreso hagan ninguna referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania de enero de 2017 que negó el derecho del Land de Baviera a celebrar un referéndum de independencia alegando, entre otras cosas, que «no hay espacio bajo la Constitución para que los Estados individuales intenten separarse». Como se ve, un nuevo caso de Estado –me refiero al alemán– que, según Vilajosana, conculcaría los tres principios fundamentales de Nino y al que, en consecuencia, no podría considerarse como una verdadera democracia.

Por otro lado, un referéndum que (como todos los datos que tenemos nos llevan a pensar) no arrojava una mayoría clara ni en un sentido ni en otro sería, casi con total seguridad, una gran fuente de inestabilidad política y no solo para Cataluña. Los partidarios del referéndum consultivo suelen citar en apoyo de su tesis (así lo hace Moreso) un artículo de periódico de Rubio Llorente (8 octubre de 2012). Pero lo que este último dice es que, para ello, para poder convocar ese referéndum, se necesitaría una ley orgánica que regulase esa nueva modalidad de referéndum y a él le parece además obvio (y yo creo que a cualquier persona razonable) que «una decisión de esta naturaleza [la decisión de crear un nuevo Estado] requiere algo más que una mayoría simple; ha de ser una mayoría muy cualificada». Pues bien, ¿qué se imagina el lector que ocurriría si, en ese referéndum, triunfara el no a la secesión? ¿Se acabarían con ello las exigencias de los independentistas de convocar un nuevo referéndum? Imaginemos por el contrario que lo que triunfa, pero por un margen relativamente estrecho, fuera el sí, ¿aceptarían en tal caso los independentistas que la falta de una mayoría muy cualificada es suficiente para justificar la no secesión? ¿Se acabaría con ello el problema del independentismo catalán? Y, en fin, si Vilajosana y los que piensan como él tienen razón, ¿no habría que someter periódicamente a referéndum esa cuestión, puesto que parece obvio que las opiniones de la gente pueden cambiar y podrían, en consecuencia, querer cada cierto tiempo «expresar y realizar, mediante un procedimiento democrático, la voluntad de redefinir el estatus político y el marco institucional fundamentales de dicha comunidad»? ¿Por qué será entonces que, al parecer, en ninguno de los proyectos de Constitución que se han propuesto para la República catalana aparece contenido ese derecho a decidir (ni en sentido débil ni en sentido fuerte)?

Y, en fin, los esfuerzos de Moreso por aproximarse de alguna manera a las tesis de Vilajosana me parecen, como he dicho, meritorios, pero no sé si también cabría aplicar a esta situación la frase atribuida a Ortega y Gasset: «los esfuerzos inútiles conducen a la melancolía». Lo digo porque Moreso traza una distinción entre dos nociones de lo que significa tener un derecho, siguiendo el conocido esquema de Hohfeld. Habría entonces derechos-pretensión (derechos en sentido fuerte) y derechos-libertad (derechos en sentido débil) y, en su opinión, el derecho a decidir (a su vez, en las dos versiones, débil y fuerte, distinguidas por Ferreres) sólo podría considerarse como un derecho perteneciente a esta última categoría: así, la ciudadanía catalana tendría, en la situación actual, derecho a que se convocase un referéndum, pero siempre y cuando se dieran ciertas condiciones (las del art. 92 y 150.2 de la Constitución española) cuyo cumplimiento dependería de la voluntad de otras instancias. O sea, es como si yo dijera que tengo derecho a recibir todos los

bienes de los que Vilajosana es propietario, simplemente porque él podría decidir donármelos. ¿Pero puede consistir en eso tener un derecho fundamental?

3.

La conclusión de todo lo anterior es obvia y yo creo que inapelable: el Derecho español (el vigente a día de hoy) no reconoce un derecho a la secesión, en ningún sentido comprensible de la expresión «tener un derecho». Pero otra cosa es si debiera reconocerlo, esto es, si se puede justificar, desde un punto de vista político-moral, el derecho a la secesión.

Sobre esto último, mi postura es completamente coincidente con la expresada por Moreso (en su comentario al trabajo de Vilajosana, pero también en un artículo de 2018 en el que había desarrollado ese tema con mayor extensión) y también por Ferreres. Ambos parten de la existencia de tres grandes teorías para tratar de justificar el derecho a la secesión: la que apela al principio democrático, la que se basa en el principio de las nacionalidades y la llamada «doctrina reparadora», según la cual lo que legitima la secesión es la existencia de injusticias graves que sufre una determinada comunidad concentrada en un territorio, por parte de la comunidad más amplia en la que se integra. Muestran las dificultades insalvables que plantean las dos primeras teorías. Aceptan en abstracto la tercera: la secesión es legítima cuando se basa en una justa causa. Y niegan que esa situación de injusticia grave se de en el caso de Cataluña. Me limito entonces a reproducir aquí las conclusiones (coincidentes entre sí) a las que llegan esos dos autores y que hago más:

Ahora bien, en el caso concreto de Cataluña, esta tercera teoría no ofrece fundamentos para reconocer a los catalanes un derecho a la secesión. Por fundadas que puedan ser las quejas elevadas por una mayoría de ciudadanos de Cataluña con respecto al orden político vigente (en materia de nivel de autogobierno, reconocimiento de la pluralidad lingüística, sistema de financiación autonómica, política de inversiones públicas, por ejemplo), ninguna de ellas supera el umbral mínimo necesario para justificar el ejercicio, como último remedio, de un derecho a la secesión. (Ferreres, 2016, p. 465).

La conclusión principal es la siguiente: La estrategia reparadora justifica, cuando se da una de las *justas* causas, el derecho a la secesión. Pero ni siquiera en su versión extendida, sirve para el caso de Cataluña. Las dos estrategias primarias de justificación, la plebiscitaria y la nacionalista, tal vez puedan aplicarse a Cataluña, pero no son aptas para justificar un derecho unilateral a la secesión. (Moreso, 2018, p. 26).

Y si las cosas son así, entonces qué es lo que cabe contestar a la pregunta (pregunta retórica) con la que concluye el trabajo de Vilajosana. Según él, si no se acepta su tesis (o alguna otra semejante): «¿En pleno siglo XXI habrá que seguir pensando que la única posibilidad de crear nuevos Estados estriba en la utilización de medios violentos como ha sido tradicional en el pasado o, por el contrario, los sistemas democráticos pueden y deben tener una respuesta distinta que pase por articular las demandas en este sentido de una forma ordenada, pacífica y respetuosa con la voluntad de los gobernados como la que supone la celebración de un referéndum?» Bueno, hay una tercera vía que no consiste ni en entregarse a la violencia ni al desorden conceptual, sino en apelar al discurso racional como medio de persuasión y en utilizar los procedimientos de reforma pacífica –legal– establecidos en la Constitución. Lo que no significa, por cierto, que yo piense que la Constitución española es un documento impecable y que solo contiene Derecho justo. Creo que tiene unos cuantos defectos y que consagra alguna que otra injusticia, aunque entre ellas no se encuentre la de no reconocer un derecho a la secesión. Pero sí que puede considerarse como un texto que supone una considerable aproximación a la justicia y

que debe ser respetado (lo que incluye la posibilidad de introducir reformas en él), simplemente porque no hay ninguna garantía (sino todo lo contrario) de que su vulneración pudiera llevarnos a una sociedad más justa en la que se garantizara una mayor satisfacción de los derechos de los individuos. Esta, por cierto, es una de las tesis más conocidas de las que defendió Carlos Nino (su modelo de racionalidad constitucional [Nino, 1992]) que se sitúa aproximadamente en las antípodas de lo sostenido por Vilajosana en su trabajo.

Bibliografía

- Atienza, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid, España: Trotta.
- Ferreres, V. (2016). Cataluña y el derecho a decidir. *UNED. Teoría y realidad constitucional*, 37, pp. 461-475.
- Moreso, J. J. (2020). Los *Shibolets* del *Procés*: Vilajosana sobre el derecho a decidir. *Eunomía*, 19, pp. 495-505.
- Moreso, J. J. (2018). *De secesione*. Los escondites de la vía catalana (inédito). Recuperado de <https://upf.academia.edu/Jos%C3%A9JuanMoreso>
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de Derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Rubio Llorente, F. (8 de octubre de 2012). Un referéndum para Cataluña. *El País*.
- Vilajosana, J. M. (2020). Democracia y derecho a decidir. *Eunomía*, 18, pp. 375-391.
- Von Wright, G. H. (1971). *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid, España: Tecnos.