

El *demos* como *Grundnorm*. Autodeterminación, derecho a decidir y constitución democrática* *Demos* as *Grundnorm*. Self-determination, Right to Decide and Democratic Constitution

Joxerramon Bengoetxea
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea
ORCID ID 0000-0002-4511-4023
joxerramon.bengoetxea@ehu.eus

Cita recomendada:

Bengoetxea, J. (2020). El *demos* como *Grundnorm*. Autodeterminación, derecho a decidir y constitución democrática. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 459-471.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5723>

Recibido / received: 09/06/2020

Resumen

Esta contribución glosa el texto de Josep Maria Vilajosana, *Democracia y derecho a decidir*, entablando un diálogo crítico con el mismo y proponiendo reflexiones en torno al derecho a decidir y la autodeterminación en los conflictos territoriales de soberanía –como los existentes en Cataluña y en Euskadi respecto de España– hacia una concepción pluralista de *demos*. Propone recuperar el derecho a la autodeterminación, la afirmación propia de una comunidad política a quien le viene sistemáticamente negada la libertad de definir su status por vérsela negada y vetada, *ab initio* y *ad eternum*, su condición de pueblo (*demos*). La justificación profunda de la autodeterminación reside precisamente en la democracia –derecho a decidir– y en la relación entre soberanía popular, derecho y democracia.

Palabras clave

Autodeterminación, derecho a decidir, *demos*, constitución democrática, cultura constitucional en España, conflictos territoriales de soberanía, Unión Europea.

* Grupo de Investigación (UPV/EHU) IT 1190-19 sobre derechos fundamentales y la UE, y proyecto de investigación DER 2015- 64599-P MINECO/FEDER UE *Factores postdelictivos y peligrosidad postdelictual*.

Abstract

This contribution engages a conversation with Josep Maria Vilajosana's reference text on democracy and the right to decide, and makes some theoretical proposals favoring the right to self-determination in the peaceful solution of territorial sovereignty conflicts, such as can be found in Spain regarding Catalonia and the Basque Country. It advocates a constitutional pluralist concept of democracy and recovers the centrality of self-determination of peoples as the self-assertion of a political community that has been systematically denied the freedom to decide on its own status and its self-definition as a people, a demos. The deep justification of self-determination lies in democracy and the right to decide and in the close links between popular sovereignty, democracy and law (justice).

Keywords

Self-determination, right to decide, demos, democratic constitution, constitutional culture in Spain, territorial conflicts over sovereignty, European Union.

SUMARIO. 1. El núcleo del argumento de Vilajosana. 2. Contrapuntos, apostillas y fugas sobre el derecho constitucional a decidir. 2.1. Las disciplinas. 2.2. Sobre el permiso débil. 2.3. Derecho a decidir y derecho a la autodeterminación. 2.4. ¿El *demos* como *Grundnorm*? 2.5. El *demos* en la Constitución Española, ¿de qué es mayoría la mayoría? 2.6. ¿Por qué no el derecho a la autodeterminación? 3. Buscando alternativas: *demoicracia europea*.

Agradeciendo la iniciativa de Txema Sauca de abordar el espinoso tema del *procès* en la revista *Eunomia*, y agradeciendo también su invitación a formar parte del número especial de conversación con el interesante texto de Josep Maria Vilajosana, me complace formar parte de este intento de abordar por vía dialógica un tema que ha marcado profundamente la manera de entender el constitucionalismo español de la segunda década del S XXI. En este texto pretendo glosar el texto de Josep Maria, o los mensajes del mismo que más me han interpelado (I) para entrar, acto seguido, en una reacción crítica al mismo (II) y concluir con mis propias reflexiones en torno al derecho a decidir y la autodeterminación en los conflictos territoriales de soberanía, como los existentes en Cataluña y en Euskadi respecto de España (III). Para empezar quiero mostrar mi aprecio y admiración por el texto que estamos comentando, cuya calidad y credenciales ius-filosóficas me parecen incuestionables.

1. El núcleo del argumento de Vilajosana

Vilajosana discurre por los territorios de la filosofía del derecho, moral y política y se adentra en el derecho constitucional. Su texto se estructura en torno a un interrogante planteado en la apertura y en la clausura, que glosamos aquí a modo de pregunta y respuesta:

[P –] ¿qué respuesta debe dar un Estado democrático de Derecho en el siglo XXI ante una petición continuada y pacífica de una parte muy relevante de la población de una comunidad interna que reivindica el derecho a decidir sobre su futuro político, incluyendo la posibilidad de independizarse? [interrogante de apertura].

[R – Debe permitir la celebración de un referéndum:] en pleno siglo XXI [...] los sistemas democráticos pueden y deben tener una respuesta [...] que pasa 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 [interrogante de clausura].

Los presupuestos fácticos de la propuesta conciernen a la comunidad demandante e incluyen (1) una parte muy relevante de la población (2) de una comunidad interna (3) una reivindicación continuada, ordenada, pacífica y respetuosa (4) el derecho a decidir sobre su futuro político, (5) celebrando un referéndum (5) entre cuyas opciones se incluye la independencia.

La propuesta normativa, que concierne a la comunidad demandada, es que los sistemas democráticos (1) pueden articular la voluntad de los gobernados, (2) deben hacerlo y (3) permitir celebrar un referéndum. Como admite Vilajosana la aceptación de la propuesta depende del sentido y alcance que se dé al «derecho a decidir», que conviene distinguir del derecho a la autodeterminación. Estaríamos no ante un derecho de los pueblos sino ante un derecho individual de la ciudadanía de una comunidad territorialmente localizada y democráticamente organizada, que se ejerce colectivamente y cuya legalidad deriva del derecho estatal, y no del derecho internacional. Se trata del derecho a expresar, mediante un procedimiento democrático, la voluntad de redefinir el estatus político y el marco institucional de dicha comunidad, incluso su independencia.

La defensa principal de la propuesta –celebración de un referéndum– reside en la confluencia entre legalidad y legitimidad que caracteriza al constitucionalismo hermenéutico. Mientras que la legalidad se extendería hasta la legitimidad formal, la legitimidad substantiva se basaría en una moralidad crítica, en un reconocimiento de los derechos humanos. Legalidad y legitimidad coinciden en un sistema normativo, en la Constitución, entendida desde la relevancia de los principios que expresan derechos fundamentales. Estos principios son susceptibles de ponderación y para concretarlos es preciso entrar en una discusión político-moral, en un discurso de legitimidad.

La confluencia entre legalidad y legitimidad constitucional del derecho a decidir –la posibilidad de realizar una consulta a la ciudadanía catalana sobre su futuro político– la sitúa Vilajosana en una interpretación evolutiva o dinámica de la Constitución Española como documento vivo (*living instrument*). Esta sería su mejor concepción político-moral posible, pues maximizaría el principio democrático y evitaría que una mayoría de una comunidad territorial más grande, la demandada, asfixiase a la mayoría de una comunidad territorial menor, la demandante, incluida en la primera. Esta interpretación es además consonante con la cláusula de apertura al derecho internacional de los derechos humanos contenida en el artículo 10(2) de la Constitución, y que exigiría adentrarse en el debate de la legitimidad material o sustantiva.

La *legalidad* del derecho a decidir se apoyaría en la ausencia (laguna) de una prohibición explícita del mismo, de la que se seguiría una permisiva débil en sentido deontológico. Para llegar a esta norma permisiva Vilajosana parte del vacío jurídico constitucional constatable desde un enfoque literal del texto constitucional, en el plano de sus disposiciones. La auto-integración del sistema se propone por vía *principal*, mediante la necesaria y deseable ponderación de principios, que exige entrar en el debate de la legitimidad material: la mejor interpretación posible desde la moralidad política. En la ponderación –*weighing and balancing*– no se admiten postulados absolutos, dogmas o premisas superiores que permitan la exclusión de otros

principios a ponderar. Según Vilajosana, en un platillo de la balanza están los principios de soberanía y de unidad (indisoluble e indivisible) de la nación (patria) española y en el otro platillo están el principio democrático y el principio de participación política. El principio democrático pivota sobre una concepción densa de democracia donde la mayoría decide, sin por ello dominar sobre la minoría. El principio de participación se fundamenta en la autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona. Estos principios deberían prevalecer sobre la soberanía y la unidad de la nación, pero sin llegar a negarlos. Consciente de haber arrinconado otras cuestiones interesantes del texto de Vilajosana, hasta aquí mi glosa.

2. Contrapuntos, apostillas y fugas sobre el derecho constitucional a decidir

2.1. Las disciplinas

Para empezar quisiera indicar que el interrogante que nos plantea Vilajosana –el análisis de la respuesta que puede y debe dar un Estado democrático de Derecho ante la reivindicación del derecho a decidir sobre su futuro por una parte muy relevante de la población de una comunidad interna– nos sitúa ante una cuestión primordialmente política que, sin embargo, en el contexto español, se pretende zanjar, y dar por zanjada, jurídicamente, encomendándola a un árbitro sospechoso, un Tribunal Constitucional, que no todas las partes implicadas consideran imparcial. Si la cuestión es política, el foro del debate debería ser político, no judicial, y las disciplinas llamadas a ilustrar dicho debate deberían comenzar por las ciencias políticas, la teoría y la filosofía políticas, pasando luego a la ética y a la filosofía del derecho, con la asistencia ancilar del derecho constitucional y derecho comparado. No podría prescindirse de los avanzados conocimientos del derecho internacional público o de la sociología jurídica, concretamente el enfoque de la cultura jurídica. Entre las teorías del derecho al uso, Vilajosana parece inclinarse por un postpositivismo dworkiniano. Nada que objetar, salvo para proponer una recuperación de las teorías realistas e institucionales del derecho, más cercanas a la sociología, complemento necesario de la filosofía práctica o crítica.

2.2. Sobre el permiso débil

De la ausencia de una prohibición expresa extrae Vilajosana un permiso débil, en la línea de la lógica deóntica desarrollada por von Wright. Un permiso fuerte debería ser explícito, pero no es el caso del derecho a decidir, que no aparece en la Constitución. Para contraste, conviene señalar que la Constitución sí contiene alguna permisión fuerte relativa al estatus político territorial, en relación con las modalidades de acceso a la autonomía, siendo la disposición transicional 4ª el ejemplo más llamativo de «permiso explícito fuerte» de cambio de status mediante un referéndum para el caso de una hipotética incorporación de Navarra al sistema autonómico vasco. Pero en ningún caso se hace mención del derecho a decidir en el texto constitucional ni para permitirlo, ni para prohibirlo, menos aún para imponerlo. Admitiendo que no cabría excluir una norma permisiva general en las constituciones liberales democráticas, un *favor libertatis*, este razonamiento nos llevaría a postular la existencia de una norma implícita permisiva general que podría perfectamente alcanzar también al derecho a la autodeterminación. En efecto, aunque no aparezca explícitamente autorizado, ningún precepto de la Constitución lo prohíbe, ni directa ni indirectamente. ¿Podríamos concluir que hay una permisión débil de la autodeterminación?

En el caso del derecho a decidir podría aducirse que en 1978 no se (re)conocía, o al menos no se había acuñado este hipotético derecho, por lo que su omisión sería comprensible, pues nadie sería consciente de que existiese omisión de algo que, a lo sumo, podría considerarse un *nasciturus* interpretativo. Por el contrario,

el derecho de autodeterminación era parte de las reivindicaciones políticas del momento de algunos partidos vascos y catalanes, de todo tipo de confesión y ámbito, incluido el estatal. El consenso mayoritario ubicaba a este principio en el derecho internacional y en el proceso de descolonización, lo que pudiera explicar la omisión consciente en el texto constitucional, al entender que podría estar recogido a través del artículo 10(2) pero no alcanzaría ninguno de los derechos fundamentales del Título I.

2. 3. Derecho a decidir y derecho a la autodeterminación

Las dificultades prácticas y objeciones, que no impedimentos absolutos, para extender el derecho de autodeterminación a contextos ajenos a los procesos de colonización y descolonización, mediante una interpretación expansiva y evolutiva, han llevado a postular un «derecho a decidir» en los sistemas constitucionales modernos o liberales de estados compuestos y plurinacionales. La problemática que se aborda cuando se discute sobre el derecho a decidir coincide con la referida al derecho de autodeterminación de los pueblos: (1) la identificación de un sujeto activo, un pueblo, nación o ciudadanía titular del derecho, (2) la identificación de un sujeto pasivo sobre el que recae una expectativa de tolerancia, un Estado soberano interpelado o demandado, (3) la organización de un evento o proceso donde se manifieste una decisión o una voluntad, con verificación formal, para lo cual es necesario tener en cuenta el censo, la campaña, la pregunta, etcétera, y (4) las consecuencias de la voluntad así expresada y verificada.

Pero Vilajosana, que discurre por el derecho constitucional interno evitando adentrarse en el derecho internacional, pretende distinguir derecho a decidir y derecho a la autodeterminación, subrayando el carácter individual del primero. El derecho de los pueblos a la autodeterminación se contemplaría en el derecho de gentes mientras que el derecho a decidir sería un derecho fundamental constitucional de la persona. Este carácter individual quizá facilite su entroncamiento con los derechos fundamentales constitucionales, pero dificulta su tránsito hacia un referéndum colectivo sobre el status de una comunidad. ¿Cómo transitar del individuo al *demos*?

Partiendo de un análisis de los instrumentos relevantes del derecho internacional público constatamos que, a primera vista, no existe un instituto jurídico «derecho a decidir». El derecho internacional no lo regula, ni lo prevé, ni en su dimensión convencional ni en su dimensión consuetudinaria. Cabría la duda de si este hipotético «instituto» pudiera tener una existencia, y por ende una validez jurídica, como «principio general reconocido por las naciones civilizadas», en el sentido del artículo 38(1) del Estatuto de la Corte de Justicia Internacional, la «regla de reconocimiento» comúnmente compartida. Pensemos en principios como *pacta sunt servanda*, o «nación más favorecida», o *rebus sic stantibus*, o *status quo ante*. Todos ellos orbitan en la galaxia de los conflictos territoriales de soberanía, característicos del derecho internacional público. Sin embargo, la búsqueda del «derecho a decidir» nos atrae, por su gravedad, al astro del derecho de autodeterminación, instituto jurídico del derecho internacional, elevado a la categoría de principio general. Este sí que es un *instituto o una institución* jurídica reconocida, con sus reglas *constitutivas* –es decir, las condiciones que deben cumplirse para considerar que este derecho existe o es válido, por ejemplo titular, objeto, consenso previo, reconocimiento internacional, formalismos– con sus reglas *consecutivas* –es decir las condiciones en que puede ejercitarse, las modalidades de ejercicio y las consecuencias que se siguen de dicho ejercicio, la claridad de la pregunta, los resultados necesarios, independencia o secesión, sucesión de estados, creación de un nuevo estado– y con sus reglas *terminativas* –aquellas que precisan en qué condiciones deja de tener

validez el derecho o qué ocurre una vez ejercitado— extinción, validez indefinida, posibilidad de nuevo planteamiento, evitar regresiones *ad infinitum*, el *neverendum quebequois*, o el caso de las ratificaciones de los Tratados. Este enfoque formalista (legalista formal) ha omitido la fundamentación normativa del derecho a la autodeterminación de los pueblos, las teorías de la justicia que lo fundamentan desde la filosofía práctica. No alcanzo a suponer que la fundamentación del derecho de los pueblos a la autodeterminación pueda prescindir de la idea de democracia. La democracia, la libertad y la participación política están en la base del derecho a decidir, la cual nos permite establecer una proximidad política y legitimadora entre ambos derechos, no solo un paralelismo práctico.

¿Estaremos entonces hablando de lo mismo, de un mismo derecho que se expresa de modo colectivo en el derecho internacional y de modo individual en el derecho doméstico? Si ello fuera así, el desarrollo del derecho a la libre determinación de los pueblos en contextos coloniales sería un aspecto histórico contingente y se podría realizar la interpretación evolutiva, partiendo del principio democrático, adaptándolo a otros contextos de conflictos territoriales de soberanía. Indistintamente recurriríamos al derecho a decidir o al derecho a la autodeterminación, en una especie de bilingüismo normativo, según el contexto de uso en que nos moviéramos. Considero que es esta una elucubración con visos de plausibilidad.

Otra forma de relacionarlos sería fundamentar el derecho de autodeterminación en el derecho a decidir. El derecho a decidir, desde la filosofía práctica o el derecho natural, formaría entonces parte de la justificación del derecho de autodeterminación, derecho positivo. Es posible incluso que el derecho a decidir evolucione hacia una especie de principio general que inspire además a los sistemas constitucionales estatales, como parece sugerir Vilajosana. Tampoco veo objeciones serias a este planteamiento. Quizás esto haya ocurrido en buena medida en casos como la reunificación alemana, la desmembración de Checoslovaquia, la secesión de las repúblicas bálticas de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), la desmembración de Yugoslavia, los acuerdos de Viernes Santo en Irlanda del Norte, la creación de Moldavia, la secesión de Kosovo, el plan de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para Chipre, el acuerdo de Edinburgo para posibilitar el referéndum escocés de 18 de Septiembre de 2014 sin recurrir al término «derecho a decidir» ni al concepto de «referéndum de autodeterminación», y hasta la anexión de Crimea a la Federación Rusa, episodio éste que no resulta amparado por las normas que regulan el derecho de autodeterminación, pero que, desde las teorías realistas de las relaciones internacionales y del derecho, cuenta con la fuerza implacable de los hechos consumados, *faits accomplis*, en detrimento de Ucrania. Quizás influyera en esta evolución la llamada a la claridad realizada por la Corte Suprema de Canadá (en *Re Secession of Quebec*, 1998)¹.

Podría incluso entenderse que la Sentencia del Tribunal Constitucional español 42/2014² sobre la declaración del Parlament, se hiciera eco de esta evolución otorgando una tibia carta de naturaleza constitucional al derecho a decidir; esto es, a

¹ El derecho internacional reconoce a las minorías nacionales un derecho a la autodeterminación que puede extenderse, en ciertas circunstancias hasta un derecho a la secesión pero la Corte Suprema Canadiense descartó que esto pudiera aplicarse a Quebec, al disfrutar de un alto grado de autonomía interna y de representación política. Para la aplicación de esta doctrina a Escocia, *vid.* MacCorkindale y McHargh (2020).

² Pero las STC 31/2020 y 31/2015 cierran herméticamente la vía referendaria –consultas a la ciudadanía o cuerpo electoral de un ámbito territorial determinado a través del procedimiento electoral– a cualquier iniciativa que no venga aprobada por el Gobierno del Estado. Al Estado se reserva no solo la autorización sino la entera disciplina referendaria. Las consultas sectoriales no serían auténticos referendos sino sondeos, encuestas o mecanismos ingeniosos de participación ciudadana; en este sentido *vid.* López Rubio, D. (2019 y 2020).

decidir conforme lo prevea la Constitución, dentro de la tesis del único *demos*: «no como una atribución de soberanía [...] sino como una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional» llegando a afirmar que el deber de lealtad constitucional obligaría al Parlamento del Estado a considerar con el debido respeto una posible propuesta de reforma constitucional planteada por el Parlament de Catalunya para reconocer un derecho a decidir en un sentido más soberanista.

2. 4. ¿El *demos* como *Grundnorm*?

Llegamos así al *quid* del interrogante que se plantea Vilajosana: esa «parte muy relevante de la población de una comunidad interna» que reivindica el derecho a decidir sobre su futuro político.

La comunidad o *demos* no es susceptible de una constatación empírica de las ciencias sociales ni de una convención semántica sobre sentido y referencia del concepto, de tal modo que, cumplida una serie de condiciones, pudiéramos concluir si un grupo humano forma un *demos* o no. Más bien, determinar el *demos* es una estipulación normativa. Eso es precisamente lo que hacen muchas constituciones: pre-determinan y definen el *demos*, lo estipulan en actos de habla performativos. Al mismo tiempo es el *demos* quien se auto-determina mediante la constitución. Hay un círculo vicioso entre *demos* y constitución. Un grupo humano puede auto-proclamarse como nación o como *demos* y acto seguido extraer propuestas normativas de dicha proclamación, pero nada garantiza que otras comunidades compartan su caracterización ni, menos aún, las consecuencias prácticas que extraen de la misma. Es una cuestión de autoridad y de consenso o reconocimiento, una convención en suma, que una comunidad sea o se constituya en *demos* y por lo tanto pueda decidir sobre su status y las consecuencias normativas subsiguientes. ¿Puede alguien decidir quién decide, un *Humpty Dumpty* para el *demos*?

Si la delimitación del *demos* está ya pre-definida, no es factible discutirla, al tratarse de un dato previo y trascendente sobre el que reposa toda la cadena de validez. El *demos* conforma el marco constitucional, por lo que no cabría su puesta en cuestión ni su ponderación con otros principios. Una vez dentro del marco entonces sí cabría ponderar democracia o libertad individual con soberanía, pero no para cuestionar la delimitación del *demos*. No es la soberanía ni la indisoluble unidad, sino que es el propio *demos* lo que escapa de la discusión, es el marco donde se pondera pero no es objeto de ponderación, no cabe la discusión sobre el *demos* único, es la *Grundnorm*³. El Tribunal Constitucional español y la cultura constitucional española rezuman esta teología constitucional iliberal del poder constituyente trascendente cuya auto-representación es su propio objeto de culto, dogma de fe (Barshack, 2006, pp. 185-222 y 192).

Para proponer la existencia de otro *demos* sería necesario un proceso constituyente mediante el cual el nuevo *demos* se dotaría de una Constitución y ésta lo «consagraría» como *demos*. La constitución sería el marco normativo dentro del cual se ponderarían los principios que proclamase, pero entre dichos principios no podría estar su propia configuración como *demos*, cuestión prístina de la que depende todo el sistema. Un *demos*, que se considerase como tal, podría lanzarse por la senda constituyente y autodeterminarse adoptando una constitución propia. Podría auto-proclamarse como *demos* también mediante una declaración unilateral, vía secesión,

³ La presuposición kelseniana de la norma básica necesaria para interpretar la primera constitución como válida jurídicamente. Pero en vez de rezar «la Constitución es válida» diría algo como *ego sum Imperator, gratia Dei, noli me tangere*.

o mediante procesos negociados que abriesen un proceso constituyente pactado. La opción óptima en dichos conflictos de soberanías territoriales, entre *demos*, sería que fuese evolucionando la forma de entender el *demos* en las comunidades afectadas pasando a una concepción pluralista o plurinacional donde la *Grundnorm* y la teología constitucional mutasen hacia los *demos*. Esto sería una evolución de la *Grundnorm*, hacia el pluralismo, algo insólito, pero no imposible. De hecho, es posible que esto esté ocurriendo en la Unión Europea.

2. 5. El *demos* en la Constitución Española, ¿de qué es mayoría la mayoría?

Abordemos ahora la cuestión si esto sería posible en la Constitución. En mi opinión sería una evolución deseable, ¿pero sería posible? Vilajosana, sobre la base de la ponderación de principios constitucionales, donde ninguno es absoluto, considera que es una evolución posible. En mi opinión la cultura jurídica y constitucional dominantes en España consideran el *demos* único como algo no negociable, no ponderable: ni siquiera sería la Constitución la que «constituyera» a la nación española sino que sería la nación española quien se constituyese con la Constitución, eliminando así toda discusión sobre su ser, erigiéndose en dato previo, en dogma o norma sobre cuya validez reposa toda la Constitución. La Constitución es el producto de la transición y de la historia política previa, al menos desde el origen del constitucionalismo español y la cultura constitucional española no es plurinacional, es un nacionalismo español, transcendente, de único *demos*. Incluso el federalismo español postula el *demos* único, solo que no unitario. Las visiones de los nacionalismos periféricos en poco se distinguen en este sentido; comparten categorías, pero carecen del monopolio de la fuerza y del monopolio interpretativo del estado. ¿Podrían evolucionar los nacionalismos en España –el nacionalismo español y los periféricos– hacia una concepción pluralista de *demos*? Personalmente soy muy escéptico ante esta hipótesis.

Hay elementos en la Constitución de 1978 que, si se afianzasen en la cultura política española, podrían evolucionar interpretativamente hacia un *demos* múltiple: el reconocimiento de las nacionalidades, la co-oficialidad lingüística, la disposición adicional primera, la disposición transicional cuarta, la relativa descentralización de dos poderes del estado. Si la cultura jurídica y constitucional española evolucionase hacia este pluralismo interno y asumiese postulados de pluralismo constitucional hacia dentro y hacia Europa, ello podría generar una mayor confianza sistémica en los nacionalismos periféricos que podrían mutar hacia posiciones pluralistas y federalistas. Pero hay muchos elementos que hacen bascular la cultura constitucional española hacia el *demos* único y lamentablemente, con las composiciones y bloqueos en la renovación del Consejo General del Poder Judicial, encargado de los nombramientos a las más altas instancias judiciales, y del Tribunal Constitucional, la visión del *demos* que predomina es no sólo única, sino también uniforme o unitaria. Más allá del enfoque *ius*-positivista, es necesario tener en cuenta cómo piensan y actúan los custodios del sistema jurídico. La ponderación de los principios constitucionales que propone Vilajosana sólo la veo posible, hoy por hoy, dentro de la hipótesis de partida de *demos* único: se ponderan democracia, autogobierno, autonomía, nacionalidades, representación o participación políticas, pero también soberanía, unidad de mercado, leyes de bases, intervención de la autonomía (artículo 155), estados de alarma, excepción y sitio (116), leyes de armonización (150,3), solidaridad (158,2).

Para defender su tesis, creo que le hubiera sido más provechoso recurrir a una interpretación sistemática, apegada a la legalidad, más que evolutivo-principial, evocadora de la legitimidad. Vilajosana la esboza al final de su texto al tratar de las vías de articulación constitucional del derecho a decidir: el artículo 92 permite que las

decisiones políticas de especial transcendencia sean sometidas a referéndum, convocado por el rey, mediante propuesta del gobierno y con autorización del Congreso de los diputados y el artículo 150.2 autorizaría al Estado a «transferir o delegar la facultad de convocar un referéndum a la comunidad autónoma. Ambas vías [...] comportan la intervención decisiva de los representantes del conjunto de los ciudadanos del Estado, a través de los cuales los términos del referéndum podrían ser objeto de negociación». Por el momento, con la cultura constitucional de *demos* único que predomina en España estas opciones parecen ficticias, máxime cuando la hipotética ley de delegación puntual de convocatoria de referéndum fuese recurrida ante el Tribunal Constitucional, que previsiblemente la consideraría inconstitucional por vulnerar el dogma de único *demos*. En resumen, la vía doméstica española puede ser quimérica y no sería descabellado acudir al derecho internacional y europeo para reivindicar el derecho de autodeterminación/derecho a decidir.

2.6. ¿Por qué no el derecho a la autodeterminación?

A pesar de sus rasgos más rigurosos, por las condiciones para su reconocimiento, desde las situaciones semi-coloniales a la ausencia de democracia interna, considero preferible recuperar el derecho a la autodeterminación a través de la afirmación propia de una comunidad política a quien le viene sistemáticamente negada la libertad de definir su status por vérselo negada y vetada, *ab initio* y *ad eternum*, su condición de pueblo (*demos*). La justificación profunda reside precisamente en la democracia – derecho a decidir– y en la relación entre soberanía popular, derecho y democracia. Para comenzar a debatir en esta sede, debemos estar en presencia de una claridad indiscutible: una mayoría clara favorable a una reivindicación clara, con medios claros de contrastar ambos aspectos.

El escenario múltiple para formular una reivindicación justificable unilateral de post-soberanía, que implique autodeterminación, autogobierno y derecho a decidir es (i) claridad en la auto-definición de una comunidad como *demos* y en su voluntad mayoritaria de definir su status político; (ii) negación constante y sistemática de esa condición de pueblo, de *demos*, por parte de un Estado que predica el *demos* único; (iii) haber intentado utilizar por activa y por pasiva todos los cauces legales existentes; (iv) verse sometido a una situación de injusticia, incluso de coerción y en todo caso de negación sistemática de la posibilidad de formular las reivindicaciones por cauces legales; (v) negación contra la que se resiste civilmente, desde la no violencia; (vi) desde el respeto a los derechos fundamentales y la dignidad de los demás, con especial atención a las minorías internas que comparten la auto-definición como pueblo a quienes se reconocen cotas de autogobierno y co-decisión; y (vii) persistir en la voluntad de negociar hasta el último momento sin perder el respeto mutuo necesario para abordar todos los conflictos políticos. No entraré a debatir si todas estas condiciones se han dado o no en el *procès*, pues mi examen discurre por la vía teórico-analítica. Paso más bien a esbozar mi visión del interrogante que plantea Vilajosana.

3. Buscando alternativas: *demoicracia* europea

El derecho que asiste a aquellos pueblos o naciones que forman parte de Estados más amplios que pueden reconocer, o no, su estatus (nacional o subnacional) dentro del Estado (plurinacional), puede verse reconocido en algunos ordenamientos jurídicos, o ser negado por el derecho positivo y la práctica constitucional de un Estado concreto. Sin embargo, este dato, el hecho de que un ordenamiento jurídico de un Estado niegue, o sea interpretado como denegador del derecho que asiste a las naciones o pueblos que lo integran a la autodeterminación, no resolvería de modo definitivo la cuestión de si realmente les asiste dicho «derecho», solo sería un indicio

de una reafirmación de la mayoría auto-definitoria del *demos*, de posibles dificultades a la hora de obtener reconocimiento externo y de la negación del carácter de *demos* a una minoría que en su propio ámbito territorial puede ser mayoritaria.

Si aceptamos un concepto post-positivista y post-soberanista de derecho, podríamos adoptar una aproximación hermenéutica o interpretativa al derecho, concediendo prioridad conceptual al hecho de que las personas se guían por las normas en contextos institucionales generando un orden como resultado, recurriendo a métodos de resolución de conflictos consensuados cuando quiebra dicho orden, y no tanto al hecho de que un soberano legisle determinadas normas o se auto-constituya como único *demos*, un dato que tampoco se debe menospreciar, ya que esas normas constituyen importantes razones de autoridad. Pero al colocar el acento en la perspectiva de los usuarios de las normas, de la ciudadanía, podemos contemplar y admitir que existan normas de derecho natural que se consideren tan fundamentales que vengán interpretadas y reconocidas como parte necesaria de todo derecho que tenga pretensiones de validez y legitimidad y puedan mitigar o re-interpretar las razones de autoridad del legislador, dotado de representatividad política. En esta naturaleza dual, *alexiana*, del derecho entrarían en juego los derechos fundamentales, que pueden extenderse hasta comprender el derecho de las naciones y los pueblos a decidir su destino o, al menos, su status.

El derecho de autodeterminación o autogobierno forma parte de esa visión más amplia y coherente del derecho que informa al propio concepto interpretativo de derecho, como orden normativo institucional, donde la centralidad conceptual y normativa reside no en el legislador, sino en los usuarios de las normas; en la ciudadanía que se auto-gobierna, más que en los soberanos que la gobiernan, por muy representativos que sean. En un escenario de post-soberanía, esta visión encaja con una interpretación de la integración europea y de la comunidad de derecho que representa la UE donde los protagonistas del proyecto ya no son solo los Estados-miembro y sus gobiernos sino los pueblos y la ciudadanía. Formalmente, el hecho de ser los firmantes o contrayentes de los Tratados puede convertirlos en «señores de los tratados», pero tanto el proyecto que han puesto en marcha como la inspiración del mismo buscan una unión cada vez más estrecha entre los pueblos (*demoi*) de Europa y crean un nuevo ordenamiento jurídico que redundará en beneficio de las personas, pasando a formar parte de su patrimonio normativo (*van Gend en Loos*).

Dando prioridad conceptual a los seres humanos podríamos entonces considerar que la *Grundnorm* del derecho internacional, en el fondo, tendría más que ver con el principio de la voluntad (personalidad) de los usuarios o actores internacionales, que a su vez son los representantes de las comunidades políticas (estatales) que agrupan a los pueblos y a la ciudadanía, en quienes reside la soberanía. Estos actores serían quienes se auto-gobernarían por el principio de respetar sus acuerdos, *pacta sunt servanda*. Aquí reside también la esencia del pacto o *foedus* del federalismo. La norma fundamental que aportaría coherencia en ese nuevo contexto pluralista internacional sería la dignidad de la persona humana, que se expresará e interpretará de distintas formas según las particularidades culturales. Partiendo de esa dignidad se articula el principio democrático que inspira al autogobierno y al derecho a decidir. Pero esta afirmación del derecho debe ser fruto de un consenso racional y discursivo y no una imposición unilateral, pues resulta necesario respetar la dignidad y la igualdad de todas las personas implicadas en una decisión.

Las versiones liberales, republicanas y federalistas de democracia son pluralistas y conciben las identidades nacionales como procesos democráticos de

participación y deliberación⁴. Los individuos no agotan el universo de sujetos del discurso político y moral, no son átomos aislados y siempre son individuos contextuales o sociales: están dotados de una identidad cultural que los convierte en únicos pero cuya unicidad comprende un mix singular de ingredientes colectivos y compartidos como las lenguas que utilizan, la socialización, el género, la enseñanza, las culturas en que se insertan, los procesos de relaciones familiares, afectivas y amistades, las creencias y experiencias religiosas, estéticas, sexuales y deportivas, las formas artísticas, literarias, musicales, plásticas, los contextos de relaciones laborales y profesionales, las asociaciones a las que pertenecen, incluyendo las políticas, los medios de comunicación que consumen, el ocio, las costumbres, los modos de vestir y de alimentarse, las relaciones con el entorno natural y el patrimonio cultural...

Muchos de estos elementos los comparten con personas que habitan el mismo territorio y con las que se relacionan habitualmente. Otros elementos los comparten con personas que pueden encontrarse geográficamente alejadas pero que, con las nuevas tecnologías de comunicación e información, pueden también crear conjuntamente comunidades virtuales, en las redes sociales de Internet, por ejemplo. La identidad colectiva se entiende desde una perspectiva pluralista, discursiva, deliberativa y crítica, y fruto de este proceso interactivo se va conformando un *demos* plural. Ni la identidad colectiva ni el *demos* están pre-determinados conforme a una esencia nacional o étnica reificada, como tampoco lo están las identidades o *demos* de territorios colindantes y colectividades vecinas en cuya contraposición o contraste se construyen.

La subsidiaridad supone la máxima proximidad al pueblo o a la ciudadanía a la hora de adoptar eficazmente las decisiones que les conciernen y les afectan. Implica, además, que las personas, las comunidades o los pueblos adoptan las decisiones y las normas por las que se guían en los ámbitos que les afectan y que dependen de ellos y sobre los que pueden decidir con eficacia y realismo, en consonancia con la idea del derecho entendido como orden normativo institucional (MacCormick, 2007) donde las normas parten de lo local, de los usuarios, de las personas (ciudadanas) y de sus haces de relaciones locales, con los vínculos de proximidad de la ciudadanía y la cohesión social que exige la gestión de los bienes comunes, para ir ascendiendo a los niveles superiores según se vayan trasladando los ámbitos de actuación eficaz acorde con la escala territorial (enfoque de abajo arriba, *bottom-up*).

Esta concepción de las normas basada en los usuarios (*norm-users*) relega la figura del legislador soberano (emisor de normas, *norm-giver*) a un nivel conceptual posterior. Su soberanía no es original sino derivada, otorgada por la ciudadanía que representa. Muta así la idea de soberanía para partir de lo local e ir ascendiendo en niveles o escalas de decisión donde se agrupa cooperativamente con otras representaciones de soberanía local, en cada una de las cuales podemos encontrar plasmaciones de esa soberanía, según el reparto de competencias y los principios de cooperación y lealtad federal multi-nivel vertical y horizontal (mutuo respeto). La soberanía nunca deja de manar de la escala local. La subsidiaridad supone también el respeto por esta idea de proximidad a la ciudadanía, por el carácter distintivo de las

⁴ Cabría incluso, paradójicamente, defender un nacionalismo liberal, en la línea de Yael Tamir (1993), Neil MacCormick (1999), Will Kymlicka, (2001), Alain Gagnon (2001) y Wayne Norman (2006). Este podría relacionarse con el federalismo asimétrico, con el multi-culturalismo, con las políticas de reconocimiento y las políticas identitarias de la diferencia. Algo parecido ocurre con la subsidiaridad, que se suele ver como un mecanismo técnico cuando en realidad encierra toda una filosofía política.

instituciones colectivas cívicas, por las tradiciones jurídicas o normativas y las costumbres y culturas locales.

Operando de esta forma, trabajando desde abajo hacia arriba, es como se pueden ir gestando modelos cosmopolitas que, sin negar los intereses de las comunidades locales, regionales y nacionales conforme a la subsidiariedad, vayan trabajando en los intereses comunes y compartidos y creando espacios de solidaridad, cooperación y paz, en definitiva, de orden. Cada una de las comunidades, entendidas desde su pluralidad y compuestas de ciudadanas y ciudadanos autónomos, pueden constituir *demos*, sin que esto excluya la posibilidad de que emerjan otros *demos* complementarios en escalas geográficamente superiores como Estados plurinacionales (el Reino Unido, el Reino de España), y supranacionales (la Unión Europea) o incluso en las internacionales (Naciones Unidas), transnacionales.

Tampoco excluiría la posibilidad de que surjan nuevas comunidades normativas o culturales virtuales, no-territoriales, como las comunidades de fe o religiosas o redes sociales en el ciberespacio, con un gran impacto sobre las identidades colectivas. El riesgo de negar la subsidiariedad y de limitar el *demos* únicamente al plano nacional territorial o del Estado-nación y de negarlo en las escalas subestatales –locales, regionales, nacionales– implica que se impone por la fuerza la pertenencia al *demos* a comunidades que se conciben como soberanas, como *demos* propio y distinto y se puede perder su cooperación y su contribución voluntaria a proyectos de soberanía compartida. El riesgo de limitar el *demos* únicamente al plano nacional territorial o del Estado-nación y de negarlo en las escalas supra-estatales e internacionales supone que las decisiones importantes que se adoptan en esas escalas o niveles superiores –instituciones financieras, económicas, incluso militares– se libren del control político de la ciudadanía (*e/ demos*) residenciado únicamente en las instancias democráticas domésticas, mientras que las instancias que se encuentran por encima del Estado-nación se manejan como foros tecnocráticos, diplomáticos y burocráticos intergubernamentales, o en manos de agentes transnacionales informales que no representan a, ni responden ante los *demos*.

Bibliografía

- Barshack, L. (2006). Constituent Power as Body: Outline of a Constitutional Theology. *University of Toronto Law Journal*, 56, pp. 185-222.
- Gagnon, A. (2001). The Moral Foundations of Asymmetrical Federalism: A normative exploration of the case of Quebec and Canada. En A. Gagnon y J. Tully. (Eds.), *Multinational Democracies* (pp. 319-337). Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Kymlicka, W. (2001). Territorial Boundaries: A Liberal Egalitarian Perspective. En D. Miller y S. Hashmi. (Eds.), *Boundaries and Justice* (pp. 249-275). Princeton, US: Princeton University Press.
- López Rubio, D. (2020). Reflexiones constitucionales sobre la consulta popular pactada entre PSOE y ERC en el marco de la investidura de Pedro Sánchez. *Cuadernos Manuel Jimenez Abad*, 19, pp. 51-67.
- López Rubio, D. (2019). La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de referendos autonómicos. *RVAP*, 114, pp. 161-199.
- MacCorkindale, C. y McHargh, E. (10th February 2020) .The Scottish Referendum Argument. *Centre on Constitutional Change. University of Edinburgh*. Recuperado de <https://www.centreonconstitutionalchange.ac.uk/news-and-opinion/scottish-referendum-argument>.

- MacCormick, N. (1999). *Questioning Sovereignty*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- MacCormick, N. (2007). *Institutions of Law*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Norman, W. (2006). *Negotiating Nationalism*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Tamir, Y. (1993). *Liberal Nationalism*. Princeton, US: Princeton University Press.
- Vilajosana, J. M. (2020). Democracia y derecho a decidir. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 375-391.