

Estrategias participativas para la resolución extrajudicial de conflictos territoriales en los Estados compuestos:

Estudio comparado (Canadá,
Estados Unidos y España)

M^a Esther Seijas Villadangos



Innap Investiga

Investigación en las Administraciones Públicas

**ESTRATEGIAS PARTICIPATIVAS PARA LA
RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS
TERRITORIALES EN LOS ESTADOS COMPUESTOS.
ESTUDIO COMPARADO
(CANADÁ, ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA)**



M.^a Esther Seijas Villadangos

FICHA CATALOGRÁFICA DEL CENTRO DE PUBLICACIONES DEL INAP

SEIJAS VILLADANGOS, M^a Esther

Estrategias participativas para la resolución extrajudicial de conflictos territoriales en los Estados compuestos : estudio comparado (Canadá, Estados Unidos y España) / M^a Esther Seijas Villadangos. – 1^a ed. – Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2018. – 267 p. ; 24 cm. – (Colección INNAP INVESTIGA. Serie ESTUDIOS TERRITORIALES)

Bibliografía: p. 259-267

ISBN 978-84-7351-627-3 (formato papel). – ISBN 978-84-7351-628-0 (formato electrónico). – NIPO 174-18-009-1 (formato papel). – NIPO 174-18-010-4 (formato electrónico)

1. Conflictos de jurisdicción y competencia-Canadá. 2. Conflictos de jurisdicción y competencia-Estados Unidos. 3. Conflictos de jurisdicción y competencia-España. 4. Resolución de problemas-Canadá. 5. Resolución de problemas-Estados Unidos. 6. Resolución de problemas-España. I. Instituto Nacional de Administración Pública (España). II. Título. III. Serie

35(71).071.5:316.485.6

35(73).071.5:316.485.6

35(460).071.5:316.485.6

Primera edición: Mayo 2018

Catálogo general de publicaciones oficiales:
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

La actividad editorial del Instituto Nacional de Administración Pública está reconocida por Scholarly Publishers Indicators in Humanities and Social Sciences (SPI) en las disciplinas de Ciencias Políticas y Derecho. El listado SPI es aceptado como listado de referencia por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora CNEAI y por la ANEP (Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva).

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal).

Edita:

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

www.inap.es

ISBN: 978-84-7351-627-3 (formato papel); ISBN: 978-84-7351-628-0 (formato electrónico)

NIPO: 174-18-009-1 (formato papel); NIPO: 174-18-010-4 (formato electrónico)

Depósito Legal: M-2878-2018

Preimpresión: Contenidos y Proyectos ISLIZ

Impresión: Safekat

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.

*A mi familia, mi madre, Esther, mi esposo, Rafa, y
mis hijos, Rodrigo y Sofia, comprensivos sufridores y
alentadores de todas mis estrategias.*

Democracy will never perish till after Hope has expired
James BRYCE, *Modern Democracies*, 1921.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN Y AGRADECIMIENTOS.....	11
1. LOS CONFLICTOS TERRITORIALES	15
I.1. Naturaleza de los conflictos territoriales.....	15
I.1.1. Un contexto constitucional global.....	16
I.1.2. Conflictos: sus denominadores comunes.....	18
I.2. Derecho Comparado y conflictos territoriales, de la asimilación a la diferencia	19
I.3. Canadá: el conflicto como elemento singularizante y cualificador de la federación	24
I.3.1. El conflicto canadiense en sede constitucional	25
I.3.2. Tratamiento político del conflicto en Canadá	35
I.3.3. La conflictividad canadiense en sede judicial y parlamentaria	42
I.4. Estados Unidos, un federalismo conflictivo	50
I.4.1. Las bases constitucionales de la federación	50
I.4.2. La diferencia como referente en el federalismo americano.....	53
I.4.3. Los conflictos fronterizos interestatales	56
I.4.4. El agua, un objeto especialmente litigioso en Estados Unidos.....	64
I.4.5. Los retos secesionistas en el federalismo americano del siglo XXI, anécdota o amenaza	66
I.5. Unitarismo, autonomismo, federalismo, confederación y separatismo: el conflicto en la organización territorial del Estado en España.....	69
1.5.1. Los prerequisites del conflicto, las diferencias entre Comunidades Autónomas .	70
1.5.2. Las manifestaciones del conflicto:	74
1.5.2.1. El retorno a formas unitarias: la propuesta de devolver competencias al Estado central	74

I.5.2.2. El afianzamiento regional: la consignación constitucional de las Comunidades Autónomas	76
I.5.2.3. La reforma federal, hacia qué modelo	79
I.5.2.4. La Confederación hispánica	83
I.6. La desconexión, el momento más álgido del conflicto territorial en España.....	86
2. ESTRATEGIAS DE NEGOCIACIÓN EXTRAJUDICIALES PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS TERRITORIALES.....	93
II.1. Principios de «solución pacífica de los conflictos» y de «libre elección de medios».....	94
II.2. Sistemas y estrategias de resolución de conflictos como referente global	95
II.2.1. Negociación	96
II.2.2. Investigación	100
II.2.3. Mediación	101
II.2.4. Conciliación	104
II.2.5. Arbitraje.....	106
II.3. Los pactos interestatales como culmen del proceso negociador entre Estados. A propósito de la Compact Clause de la Constitución de los Estados Unidos	112
II.4. La negociación prelitigiosa en España: la cláusula 33.2 LOTC	120
II.5. La reversión de las élites. Su necesidad para las negociaciones en los Estados descentralizados.....	127
II.6. Referéndum y negociación: referéndum arbitral y referéndum pactado	130
3. LA ESTRATEGIA INTERGUBERNAMENTAL PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: FEDERALISMOS POLIÉDRICOS Y POLIFÁSICOS	133
III.1. Canadá: un federalismo flexible.....	133
III.1.1. La superación del federalismo dual: la impronta jurisprudencial en el federalismo canadiense.....	134
III.1.2. Federalismo cooperativo: del federalismo ejecutivo al federalismo legislativo, pasando por el federalismo fiscal, en las relaciones intergubernamentales	138
III.1.2.1. Federalismo ejecutivo	141
III.1.2.2. Federalismo legislativo.....	143
III.1.3. Estrategias ante el separatismo: la posición de los Tribunales	146

III.2. Las relaciones intergubernamentales en Estados Unidos: del pragmatismo del federalismo cooperativo a la desconfianza del federalismo preeminente.....	152
III.2.1. <i>Príus</i> conceptual, la distribución competencial y el marco jurídico de las relaciones intergubernamentales: el estado de la cuestión	153
III.2.2. La implementación del federalismo a través de las relaciones intergubernamentales	155
III.2.2.1. Federalismo legislativo.....	156
III.2.2.2. Federalismo ejecutivo	158
III.2.3. Federalismo coactivo, la presión de la Federación a través de la <i>preemption</i> y los mandatos.....	159
III.2.3.1. La <i>preemption</i>	159
III.2.3.2. Mandatos	161
III.2.4. Principios para las relaciones estatales-federal para la Asociación Nacional de Gobernadores	163
III.3. Del federalismo virtual al federalismo coercitivo: España en la encrucijada.....	167
III.3.1 Principios rectores de las relaciones entre territorios descentralizados y el Estado central que pueden contribuir a relajar y prevenir los conflictos: la cultura federal	167
III.3.2. Planteamiento tradicional: la virtualidad federal del Estado español, antesala de un federalismo resiliente.....	171
III.3.3. La respuesta constitucional a los retos separatistas: el federalismo coercitivo.....	174
III.3.3.1. Aspectos procesales de la aplicación del federalismo coactivo en España: el Iter del del art. 155.....	175
III.3.3.1.1. Requerimiento de apertura del procedimiento coercitivo del 155: acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2017.....	175
III.3.3.1.2. Carta de 16 de octubre de 2017 del presidente de la Generalitat al Presidente del Gobierno.....	177
III.3.3.1.3. Carta de 16 de octubre del presidente del Gobierno al Presidente de la Generalitat.....	178
III.3.3.1.4. Carta del Presidente de la Generalitat al presidente del Gobierno, 19 de octubre de 2017	178
III.3.3.1.5. Comunicado del Gobierno de España con respecto a la continuación con los trámites previstos en el artículo 155 de la Constitución para restaurar la legalidad en el autogobierno de Cataluña (19 de octubre de 2017)	179
III.3.3.1.6. Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017	179
III.3.3.1.7. Tramitación en el Senado: Resolución de 27 de octubre de 2017, de la Presidencia del Senado, por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Senado, por el que se	

	aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución.....	185
III.3.3.2.	Análisis material de la aplicación de la cláusula coercitiva del 155	189
III.3.3.3.	Concreción y desarrollo del 155.....	194
III.3.3.4.	Control de la aplicación y evolución del 155	196
III.3.3.5.	Recursos contra la aplicación del 155, la litigación generada.....	197
III.3.3.6.	El 155 tras las elecciones de 21 de diciembre: la ratificación de la fragmentación y un futuro incierto.....	210
4.	ESTRATEGIAS PARTICIPATIVAS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS TERRITORIALES: LAS ASAMBLEAS DE CIUDADANOS Y LAS CONVENCIONES CONSTITUCIONALES	213
IV.1.	La participación directa de los ciudadanos en la resolución de conflictos territoriales: las Convenciones Constitucionales y las Asambleas de Ciudadanos. El espacio a la democracia deliberativa	213
IV.2.	Otras experiencias de democracia deliberativa	217
IV.3.	Las Asambleas de Ciudadanos en Canadá.....	220
IV.3.1.	La Asamblea de Ciudadanos de British Columbia (2004).....	220
IV.3.2.	La Asamblea de Ciudadanos de Ontario (2006)	227
IV.4.	Irlanda, un ejemplo contemporáneo de democracia deliberativa.....	231
IV.4.1.	La Convención Constitucional irlandesa (2012-2014).....	232
IV.4.2.	La Asamblea de Ciudadanos de Irlanda (2016)	245
IV.5.	Propuesta de Convención Estatutaria y Constitucional para España. Los conflictos territoriales en la agenda de las Asambleas de Ciudadanos, hacia unas <i>Convenciones Ciudadanas Territoriales</i>	248
	CONTRIBUCIONES METAJURÍDICAS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS CUATRO DICHOS Y UNA REFLEXIÓN FINAL.....	257
	BIBLIOGRAFÍA	261

INTRODUCCIÓN Y AGRADECIMIENTOS



La ambiciosa, y un tanto arrogante, actitud que podría entreverse a partir del título de este libro, *Estrategias participativas para la resolución extrajudicial de conflictos territoriales en los Estados compuestos (Canadá, Estados Unidos y España)*, no es más que una consecuencia sobrevenida a una profunda modestia que inicialmente impulsó la solicitud de un proyecto de investigación al Instituto Nacional de Administración Pública, en el año 2015. Su concesión al año siguiente (Proyecto 146), prolongaría su ejecución hasta 2017. Dicho lo cual, lo primero es plasmar la sincera gratitud a esta Institución por abrir una puerta a un equipo de investigadores modesto, mayoritariamente investigadoras, de una Universidad pequeña, al que se aupó a un espacio habilitado tradicionalmente para grandes grupos, consolidados y con renombre. Sin esa posibilidad, todo sería más complicado e, incluso, inviable, desde una escala micro en la que trabajamos, pero que nos obliga a afrontar retos macro desde los que somos evaluados. Es preciso materializar ese agradecimiento a las personas que reifican la Institución INAP, por el trato que nos han dispensado en este *iter*. En particular, a D.^a M.^a Concepción Martínez Tejedor, consejera técnica del Departamento de Publicaciones, Estudios y Documentación, principal y paciente interlocutora en el desarrollo del proyecto; a D.^a Guadalupe Herranz Escudero, en ese momento directora del Departamento de Publicaciones, Estudios y Documentación; D. Ignacio Melero Candelas, gestor de dicho Departamento, y a D. Enrique Silvestre Catalán, gerente del INAP. A todos ellos, gracias por su quehacer en el que fusionan de modo ejemplar profesionalidad y humanidad.

En estas líneas introductorias quiero trasladar al lector los tres momentos clave de este viaje. Las razones, inquietudes y ambiciones de su preparación que llevaron a incubar el proyecto; los principales hitos de su trayectoria y los retos que desde el mismo se proyectan, en forma de mensajes al lector, posos para una lectura amable del mismo.

La preocupación que subyace en este trabajo se sintetiza en la obligación de todo ciudadano, pero especialmente de los académicos que trabajan en el Derecho Público, particularmente en Derecho Constitucional y que se han formado en el campo de la

Ciencia Política, de no mostrarse como meros convidados de piedra respecto a los procesos de deterioro y desmoronamiento institucional que acompañan un conflicto, particularmente, un conflicto territorial. Tenemos una obligación de pensar con las manos, de argumentar y aportar propuestas que puedan contribuir a remediar el conflicto, frenar la metástasis y evitar sus recidivas. Del mismo modo, no podemos abandonarnos a comportarnos como Epimeteo, figura mítica ensalzada por pensar bien, pero pensar tarde.

Desde estos considerandos, dos lecturas y dos acontecimientos dispares germinaron la reflexión en la que se incardina esta obra. Las dos lecturas fueron el trabajo de Timothy Conlan y Paul Posner, *Intergovernmental Management for the 21st Century*, Washington DC, Brookings Institution Press, 2008 y John Nugent, *Safeguarding federalism. How States protect their interests in National Policy Making*, Norman, University of Oklahoma Press, 2009. En el primero de ellos se abordan los nuevos retos demográficos, tecnológicos, sociales y económicos que afrontan los Estados en los albores del siglo XXI. La consecuencia más directa se concreta en la erosión de la capacidad institucional (p, 4) para atender esas nuevas necesidades y para integrar a todos los actores, por lo que se reclama la habilitación de nuevas vías para acomodar las partes de un Estado descentralizado y resolver los potenciales conflictos. Su apuesta, el reforzamiento de las relaciones intergubernamentales. Por su parte, el trabajo de Nugent es especialmente sugerente, ya que desmitifica la conceptualización del federalismo, bien como un objeto de estudio inescrutable, bien como algo obvio y sencillo de entender, por la mera persistencia del modelo. En particular, trata de poner en solfa la máxima asociada a federaciones consolidadas, como la americana, de que la relación entre la federación y los Estados federados es en la práctica un juego de suma cero extremo, en el que la federación resulta ganadora, exactamente en la misma proporción en la que los Estados han perdido su protagonismo. La alternativa es la integración de dichas unidades territoriales en la tarea de salvaguarda del federalismo. Eso se articularía en una fase ascendente, de configuración de las políticas, a partir preferentemente de un lobby intergubernamental que focaliza en la asociación de los ejecutivos estatales, y en la implementación de las políticas federales, en un plano descendente, abogando por una discrecionalidad de los Estados federados en la aplicación de éstas.

A esas dos lecturas, he de agregar dos hechos de gran impacto en la percepción de los conflictos, uno histórico y otro contemporáneo. Desde un plano ampliamente retrospectivo, pero recuperado para el presente en 2013, la UNESCO declararía como patrimonio inmaterial de la humanidad los Decreta de 1188, y con ellos a León como «cuna del Parlamentarismo». La esencia de ese hecho histórico es que por vez primera aparece de modo documentado la presencia de ciudadanos en una Curia. El contexto se vincula a la necesidad por parte de un monarca, Alfonso IX, de afrontar un conflicto que pudiera haber hecho tambalear su recién estrenado reinado y que albergó de modo protagonista la incorporación de los ciudadanos al máximo órgano asesor y decisor de la Corona, institución que andando el tiempo se denominaría Parlamento. Mucho después, ya en el siglo XXI,

y en otro espacio, Irlanda, en un contexto también crítico, el de un país ahogado por la recesión económica, se activa una fórmula que se denomina Convención Constitucional o Asamblea de Ciudadanos, desde la que se habilitaría la participación de los mismos en el estudio, deliberación y proposición de alternativas o recomendaciones para mejorar la situación del país y para afrontar los grandes retos del comienzo de siglo. En ese período, desarrollé una estancia en el University College de Dublín, dentro del programa Salvador de Madariaga, y pude aproximarme a esa práctica que se reactivó en 2016 y que sigue viva en la actualidad. Desde esta convención de ciudadanos, una reflexión que domina toda esta obra: ¿sería posible articular un instrumento participativo dentro de ese patrón de democracia deliberativa para resolver los conflictos territoriales, en particular, en España?

Sobre esos pilares, asentados en una base federal, formación en la que se enmarca esta investigación, fundamentalmente por ser el modelo organizativo más generalizado entre los Estados descentralizados y por su carácter poliédrico que ofrece una pluralidad de perspectivas desde las que afrontar los conflictos territoriales, se erige la estructura de este trabajo.

Los principales hitos de la misma se han articulado en torno a cuatro capítulos conexos que aspiran a ampliar las perspectivas desde las que entender los conflictos territoriales en un contexto global.

En el primer capítulo se aborda el *prius* del trabajo, los conflictos territoriales. Para ello se parte de alertar la necesidad de su configuración en un constitucionalismo global desde el que con las herramientas que provee el federalismo comparado se puede proceder a aprehender sus matices e interconexiones. Así, se expondrá el caso canadiense, donde el conflicto territorial se erige como elemento identitario de la Federación. Por su parte, la presentación del federalismo norteamericano buscará alejarlo de una imagen ficticia de federalismo modélico, incidiendo en las brechas abiertas en él por parte de los conflictos entre los Estados y desde ellos con la Federación, por cuestiones fronterizas, o recursos naturales como el agua. Incluso, las grietas que amenazan potencialmente su integridad de la mano de propuestas secesionistas. Desde España se hará una presentación de los prerequisites que coadyuvan a la creación de conflictos, la canalización de los mismos desde las distintas formas de organización territorial (unitaria, regional, federal y confederal), para analizar la punta del iceberg del conflicto territorial en España con el análisis de la desconexión democrática desde la que se ha planteado la secesión de Cataluña. El acotar el ámbito comparado a estos tres supuestos se explica por la necesidad de ilustrar con una reflexión comparada, pero ajustada y calibrada por el interés compartido, Canadá desde su ejemplificación del tratamiento del conflicto territorial, Estados Unidos desde su consideración como referente inexcusable del federalismo y España, desde la inmediatez y premura de aportar reflexiones y argumentaciones.

El capítulo segundo se centra en la premisa de utilizar las diferentes estrategias de negociación, incubadas en otros ámbitos extraños a la resolución de conflictos territoriales,

como herramientas útiles que pueden coadyuvar a su resolución. Para ello, se estudiará desde un genérico tratamiento de la negociación, las características específicas de diferentes procesos autocompositivos, conciliación y mediación, y heterocompositivos, arbitraje. Su estudio se ilustrará con referentes a su uso en conflictos territoriales, en particular en Estados Unidos. Desde ese marco, se analizará de modo singular la denominada cláusula pacticia de la Constitución federal estadounidense. El espacio negociador habilitado desde la ley reguladora del Tribunal Constitucional, arts. 33.2 y 63, será igualmente objeto de análisis. Desde la máxima de alertar sobre los costes que puede acarrear el no llegar a un entendimiento para resolver un conflicto territorial, este capítulo se cierra con una referencia a la necesidad de una reversión de las élites y a un análisis de la confusión de estas estrategias con otros instrumentos participativos como el referéndum, analizando así el referéndum arbitral y el referéndum pactado.

El capítulo tercero se dedica a un estudio pormenorizado de los entresijos de las estrategias intergubernamentales en Canadá y Estados Unidos. La singularidad de este enfoque llevará a discernir entre federalismo legislativo y federalismo ejecutivo. La atención a institutos singulares como la *preemption* será uno de sus específicos contenidos. En el caso de España, el protagonismo se entregará a un análisis pormenorizado de la aplicación del federalismo coactivo.

El capítulo cuarto cierra este trabajo aportando un dato que aspira a recabar interés y que se apoya en una vocación innovadora respecto a la doctrina española, la institución de las Asambleas de Ciudadanos o convenciones deliberativas como estrategia participativa idónea para la resolución de los conflictos territoriales. Tras una conceptualización de las mismas, se formulará un repaso de distintas experiencias (Australia, Unión Europea y Holanda), para analizar en detalle su práctica en Canadá, concretamente en New Brunswick y Ontario, y en Irlanda. Se detallarán las fases desde las que han trabajado, sus luces y sombras y se concluirá con un esbozo de *Convención ciudadana territorial* para España.

Los retos que se trasladan al lector, entendidos como los posos que en ellos se pudiesen quedar tras su lectura, son descubrir algún nuevo dato, una curiosidad más allá del velo de categorías consolidadas en el marco de las organizaciones territoriales y que estos sirvan como herramientas para estimular su reflexión y su compromiso con la necesidad de habilitar cauces, estrategias para la resolución de conflictos territoriales.

Como colofón a esta presentación, quisiera hacer una referencia a los otros motores de este trabajo, mis compañeros de equipo de este proyecto, en particular a Nieves Alonso y Tamara Álvarez, la nueva savia que ha de insuflar energía a la vida universitaria en un momento conflictivo, y a mi familia, abnegados apoyos de quien «mucho abarca y poco aprieta», en particular mis hijos, Rodrigo y Sofía, expertos en conflictos y en estrategias. Conciliar docencia, investigación y gestión universitaria, con sus vidas incipientes es la única estrategia vital que me sustenta.

CAPÍTULO I

LOS CONFLICTOS TERRITORIALES



I.1. Naturaleza de los conflictos territoriales

La habituación a los conflictos territoriales y a los mecanismos judiciales con los que se aborda su resolución es la reflexión inicial de la que parte esta obra. La resignación frente a una endémica «hiperconflictividad» ante el Tribunal Constitucional y el éxito relativo de procedimientos como el diseñado por el art. 33.2 LOTC insta a la incorporación de otros cauces que se conciben necesariamente como ancillares de los ya mencionados (STC 13/1992, FJ 7, ECLI:ES:TC:1992:13).

La contextualización en un marco global de muchos conflictos territoriales, tanto interestatales, como intraestatales, va a ser el punto de partida de una propuesta formulada desde una estructura a modo de silogismo. La primera proposición de este argumento hace referencia a los nexos que unen conflictos de origen y/o manifestación territorial y que se han prodigado a lo largo de la historia y la geografía. El segundo argumento se centrará en mecanismos de resolución de conflictos de carácter prejudicial, en particular la conciliación, la mediación, el arbitraje o las técnicas de promoción de la participación ciudadana directa en procesos decisorios de naturaleza constitucional. La conclusión abogará por la enfatización de estas estrategias prejudiciales, metajudiciales o parajudiciales como instrumento clave para que los ciudadanos se involucren en el conocimiento, análisis y resolución de los conflictos territoriales y para lograr un consenso que los representantes no parecen poder alcanzar.

A la esencia del Estado compuesto le es inmanente el conflicto, y al mismo tiempo, coligado a él, la instauración de vías o de mecanismos para la solución de esas controversias territoriales, tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales. Por consiguiente, y sin aspirar a formular conclusiones irrefutables derivadas de las anteriores premisas y sin tratar de abrazar ningún sofisma que lleve a pensar que lo aquí postulado va a suplir radicalmente la resolución judicial de los conflictos territoriales, se diseñará una guía elemental de aquellos recursos y aquellas pautas que pudieran ser de utilidad para mitigar el número

de conflictos territoriales, así como la virulencia de los mismos, especialmente los que se generan en países democráticos y constitucionales, en particular los acaecidos en España recientemente.

Este ensayo, en particular, se centrará en estrategias integradas en manifestaciones federales insertas en las relaciones intergubernamentales, en los cauces habilitados por una fuente normativa de crucial importancia —las Constituciones de los Estados federados o los estatutos de autonomía— y en fórmulas con gran atractivo mediático, pero de eficacia pendiente de probar como son las convenciones constitucionales o asambleas de ciudadanos, mecanismo de apertura de la reforma constitucional o legal a la participación directa de los ciudadanos. Se aplicará un estudio comparado, con la vista puesta en Estados Unidos y en Canadá, que se completará con una remisión a Irlanda en el último capítulo referido a las Asambleas de Ciudadanos. Empero, desde estos referentes nuestro objeto fundamental será contribuir a afrontar los conflictos territoriales desarrollados en España.

1.1.1. Un contexto constitucional global

La necesidad de incorporar un prisma global a cualquiera de las soluciones que se ideen a los problemas territoriales es un *prius* del que hemos de partir inexorablemente.

El rápido crecimiento de complejas interconexiones, interdependencias, e interrelaciones entre Estados y sociedades, sobre todo a partir de la caída del muro de Berlín en 1989 y la posterior desaparición de la URSS, ha supuesto el surgimiento de nuevos y/o diferentes poderes y esferas de poder. De este modo la globalización, el proceso de globalización, «denota la expansión y profundización de las relaciones sociales e institucionales a través del espacio y el tiempo, de forma tal que, por un lado, las actividades cotidianas resultan cada vez más influidas por los hechos y acontecimientos que tienen lugar del otro lado del globo, y por el otro, las prácticas y decisiones de los grupos y comunidades locales pueden tener importantes repercusiones globales»¹.

La transformación que sufre el Estado, entendido como el marco de referencia normativa, la máxima expresión de la soberanía, tiene su reflejo en su Constitución, dado que se viene produciendo una pérdida paulatina en la «capacidad efectiva para imponer límites materiales al ejercicio de un poder que ya no es solo estatal»². Ese detrimento del poder estatal es favorable a las esferas supraestatales, internacionales y, en consecuencia, forma un derecho internacional global, soberanía jurídica internacional/global.

1 Held, D. (1997): *La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Barcelona, Paidós, 42.

2 Stolleis, M., Paulus, A., et al. (2013): *El derecho constitucional de la globalización*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 17.

Podemos decir que la globalización «reconstruye, reformula y transforma el poder y la autoridad de los gobiernos nacionales, generando un nuevo régimen de soberanía estatal»³, de ese modo articula un conjunto de normas complejo y que además «exige demasiado a las Constituciones nacionales; los espacios jurídicos y políticos de decisión se estrechan cada vez más»⁴. En ese marco nacen nuevos organismos técnicos y especializados, nuevas formas de resolución del conflicto, que habrán de ser tenidos en cuenta por los Estados, a los efectos de su inclusión en las estrategias que postulen para la resolución de conflictos territoriales intraestatales.

La Constitución tiene su origen en dos líneas de pensamiento, en dos ideas⁵, que se entrelazan o relacionan: la idea del pacto o contrato que permite configurar el concepto de autonomía o regulación, de una organización y que se vertebra en torno a un compromiso jurídico-político y la idea relativa a la limitación del poder, si bien esas dos ideas se han visto afectadas por el imparable e irreversible proceso globalizador. Así la Constitución se ve afectada en cuatro categorías de referencia: poder constituyente, separación de poderes y control de constitucionalidad, derechos fundamentales y supremacía de la Constitución⁶. La primera en cuanto a poder constituyente, debido a la inclusión de nuevos actores, nuevas formas de pensamiento, nuevas o renovadas maneras de entender los conceptos tradicionales que configuran el Estado. Una segunda categoría sería la relativa a la separación de poderes, la tecnocracia, la proliferación de tratados, la cesión de soberanía, circunstancias que coadyuvan a presuponer un déficit democrático. El control de constitucionalidad y de derechos fundamentales: en este sentido los propios Tribunales Constitucionales se adecúan a los nuevos derechos, a las decisiones de otros Tribunales con los cuales dialogan. Por último, la superioridad de la Constitución, la soberanía jurídica del Estado se encuentra menoscabada por diversas regulaciones que se imponen de forma imperceptible. El llamado *soft law*, la *lex mercatoria*, las imposiciones de los organismos financieros internacionales e incluso los mecanismos de «justicia paralelos al Estado» son manifestaciones de este nuevo derecho *extra constitutione*.

Unida a esta idea de transformación constitucional, consecuencia de la globalización, se encuentra la idea de la constitucionalización de la comunidad internacional, de este modo, al hablar de Constitución, daríamos cabida no solo al ámbito estatal, conocido tradicionalmente, sino también a las esferas supraestatales, transnacionales. «El orden político territorial y el ordenamiento jurídico formaban una unidad en la fórmula orientadora Estado de Derecho. Tal unidad, ya no puede ser mantenida a la vista de la autonomía

3 Tewbner, G., Sassen, S., et al. (2010): *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá, Siglo del Hombre, 29.

4 Stolleis, M., Paulus, et al. (2013): *El derecho constitucional de la globalización*. Madrid, Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 110.

5 Vega, P. (1985): *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid, Tecnos, 15-16.

6 Ramírez Cleves, G. «Transformaciones del constitucionalismo en el contexto de la globalización». En: *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 58, out 2008. Disponible en: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3176>. Acceso mar. 2018.

del Derecho europeo y de la creciente autonormación del Derecho internacional, con lo que los Estados ya no resultan los señores de los tratados, sino también sus siervos, y concurren con otros actores en la fijación de normas que, a veces suponen ya un “Derecho global sin Estado”⁷.

Podemos advertir por lo tanto que la globalización sitúa al Estado, a los organismos infraestatales y a los supraestatales, en una posición de interdependencia e interrelación que hace imprescindible su cooperación, más aún cuando lo que se nos plantea es un conflicto. Así mismo, somos conscientes de cómo ese multinivel trata de copiar aquellas instituciones, pautas de funcionamiento, que han mostrado su validez. Es por ello que, a la hora de aproximarnos al estudio de mecanismos o estrategias de resolución de conflictos a nivel global, internacional, estas pueden ser observadas desde los niveles infraestatales y viceversa.

1.1.2. Conflictos: sus denominadores comunes

Existe conflicto o controversia⁸ con implicaciones territoriales cuando se producen desacuerdos entre dos o más sujetos de Derecho sobre cuestiones jurídicas y/o políticas enfrentando de este modo los distintos intereses o pretensiones de las partes implicadas, generalmente los Estados o territorios dentro de un mismo Estado.

Podemos observar una doble tipología de controversias, jurídicas y políticas, sin embargo, lo común es que ambas esferas se encuentren relacionadas y debemos hablar del carácter mixto de los conflictos:

Las controversias jurídicas son aquellas que pueden ser resueltas mediante la aplicación del Derecho vigente: la interpretación de un tratado, de una Constitución o estatuto. Se refiere a hechos que constituyen la violación de un Derecho nacional o Internacional, reparaciones por el quebrantamiento de una obligación jurídica.

Las controversias políticas son aquellas cuya solución no requiere necesariamente una modificación del Derecho en vigor, pudiendo solventarse con la interpretación aplicada al mismo. Un ejemplo de este tipo de controversias puede ser aquella que deriva de disputas motivadas por la seguridad, el régimen o sistema de gobierno o Estado, las implicaciones internacionales de ambos, etc.

7 Gutierrez Gutierrez, I. «De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional» en Peters, A., Aznar Gómez, M.J. y Gutiérrez Gutiérrez, I., *La constitucionalización de la comunidad internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010, p. 31.

8 Tribunal Permanente de Justicia Internacional asunto Mavrommatis (CPJI Serie A, nº2, 1924) en Palestina (Grecia c. Reino Unido), sentencia del 30 de agosto de 1924. Disponible en: <<https://www.sqdi.org/es/sentencia-de-corte-permanente-de-justicia-internacional-asunto-de-concesion-mavrommatis-palestina/>>. Acceso mar. 2018.

Varios factores, internos y externos, afectan al desarrollo del conflicto: los sujetos enfrentados, sus relaciones, la naturaleza del problema o las circunstancias ambientales. Ello, a su vez, condicionará la estrategia que se ha de seguir a la hora de resolver el mismo: evitación, colaboración o enfrentamiento; y los medios o sistemas de resolución de conflicto que van a ser utilizados, su carácter político o jurídico: negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje o arreglo judicial. En todo caso, dos son los principios que han de operar ante la existencia de conflicto: la solución pacífica de los conflictos⁹ y la libertad de elección de medios para llegar al arreglo. Una revisión de carácter comparado, enmarcada en los parámetros federales prototipo de la descentralización territorial más propicia a la generación de conflictos de ese orden, puede ilustrar este planteamiento.

1.2. Derecho Comparado y conflictos territoriales, de la asimilación a la diferencia

Sobre el significado y el fin de la metodología comparada se ha escrito mucho. De su virtualidad para el Derecho Constitucional y para la Ciencia Política podemos rescatar las siguientes aportaciones. Unas pautas generales para afrontar con rigor un ejercicio comparado, siguiendo a Cascajo y a García Álvarez¹⁰, pueden seguir diversas trayectorias. El método puede ser fundamentalmente «informativo o descriptivo», cuando se limita a la yuxtaposición del análisis de los diferentes Estados o sistemas objeto de la comparación. Puede adoptar una perspectiva «estructural o institucional» cuando se centra en un órgano o procedimiento de cada Estado. También puede partirse del nivel de un problema o de una situación concreta, buscándose las diferentes soluciones aplicadas en varios países a los efectos de hacer frente a aquel, para, en un momento posterior, abordar la investigación de su tratamiento. Estaríamos ante la utilización de un método denominado «funcional».

En el ámbito de los conflictos territoriales en el marco de los Estados descentralizados y, particularmente, federales, el método comparado ha sido un recurso constante y buena prueba de ellos es la secuenciación de trabajos comparados y la articulación de una subrama dentro de la disciplina dedicada a los estudios comparados. Una glosa cronológica de los, a nuestro juicio, trabajos más sugerentes en el terreno del federalismo comparado, guía metodológica de este ensayo, nos lleva a recuperar las siguientes obras. El pionero en estas tareas fue Sir Kenneth Wheare, con su obra *Federal Government*, publicada inicialmente en 1946. Un dato curioso para la comprensión de la obra de Wheare, es que la redacción de la primera edición de *Federal Government* se produjo íntegramente

9 Carta de Naciones Unidas, VI, arts. 33 y ss. Disponible en: <<http://www.un.org>>.

10 Cascajo Castro, J. L. y García Álvarez, J. L. (1994): *Constituciones Extranjeras Contemporáneas*. Madrid, Tecnos, 25-26.

en un Londres sacudido por el conflicto de la 2ª Guerra Mundial. Eso se tradujo en las dificultades para documentarse y redactar profusas notas bibliográficas. Esta carencia de base pretendió ser salvada, como afirma Wheare en el prólogo, con razonadas reflexiones acerca del gobierno federal. El resultado es, probablemente, uno de los mejores estudios contemporáneos sobre el Estado federal¹¹ en el plano comparado.

La década de los cincuenta aportó una serie de trabajos sobre el federalismo de carácter comparado que es preciso mencionar. Desde una perspectiva de comparación global o de carácter general hay que citar a Bowie, R. y Friedrich, C., (eds.), *Studies in Federalism*, Boston, Little Brown & Company, 1954, obra que resulta tremendamente útil por la cantidad de datos constitucionales que se incluyen en ella y que facilitan el desarrollo de una comparación estructural o institucional, por ejemplo la tipología de segundas cámaras¹², foro ideal para la resolución de conflictos intraestatales. Un trabajo ciertamente interesante es el coordinado por Macmahon, A., (ed.), *Federalism: mature and emergent*, New York, Doubleday & Company, 1955. En particular, Macmahon repara en la dificultad de ensamblar el federalismo con un complejo estructural y en la necesidad de identificar, como punto de partida en la comparación, las características más relevantes del federalismo, a partir de ahí no deja de reconocer que «una clasificación exacta nos llevaría casi a incluir tantos tipos como supuestos concretos manejamos»¹³. Desde una perspectiva particular, los estudios comparados que se centran en aspectos específicos de la teoría federal, es preciso destacar el trabajo de William Livingston, *Federalism and Constitutional Change*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1956, un icono para cualquier aproximación constitucional al federalismo. La búsqueda de referentes metanormativos para afrontar el análisis y la comparación federal es su principal apuesta. «La naturaleza esencial del federalismo tiene que ser buscada, no a la sombra de la terminología legal y constitucional, sino en las fuerzas —económicas, sociales, políticas y culturales— que han hecho necesarias a las diferentes formas de federalismo»¹⁴. El federalismo tiene que ver con muchos problemas, no solo con los de naturaleza legal¹⁵. De esta línea, podemos sentirnos tributarios en este ensayo, ya que un aspecto central del mismo se desarrolla extramuros de las constituciones, las estrategias para la resolución de conflictos.

11 Wheare, K. C. (1963): *Federal Government*. London, Oxford University Press.

12 Bowie y Friedrich nos hablan de los dos tipos de Cámara Alta factibles en los Estados federales: tipo Consejo y tipo Senado. A través del Consejo, los gobiernos de los Estados miembros actúan directamente sobre los asuntos de la federación, mediante el seguimiento de sus instrucciones por parte de los delegados que componen la Cámara Alta. El Senado incorporaría una serie de diferencias básicas respecto al Consejo: métodos de elección y estatuto de independencia de sus miembros. *Sic*. Bowie, R. y Friedrich, C. J. (1960): *Études sur le fédéralisme*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 20-23.

13 Macmahon, A. (1955): *Federalism, mature and emergent*. New York, Doubleday & Company, 4.

14 Livingston, W. (1956): *Federalism and constitutional change*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1.

15 Livingston, W. (1952): «A note on the nature of federalism», en *Political Science Quarterly*, LXVII, 83.

La década de los sesenta consolida definitivamente el método comparado en el ámbito de los estudios federales. No en vano, en este período se publica la primera y relevante obra de Ronald L. Watts, *New Federations: Experiments in the Commonwealth*, Oxford, Clarendon Press, 1966, fruto de su investigación doctoral. Otros trabajos de este período son los de Edward McWhinney, *Comparative Federalism*, Toronto, University of Toronto Press, 1962 y William H. Riker, *Federalism. Origin, Operation, Significance*, Boston, Little, Brown & Company, 1964. Solapado a otras aportaciones de este trabajo, la importancia del «pacto federal» (*federal bargain*) o el uso que hace de la metodología de la «elección racional» (*rational choice*), desde el contexto en el que ahora lo analizamos, Riker también rompe con los precedentes acuñando un método que describe como «semicomparado»¹⁶, con el que pretende superar el carácter meramente descriptivo de otros trabajos de federalismo comparado, para tratar aspectos concretos de naturaleza existencial de un Estado federal como las razones para la adopción y para la continuidad de dicha fórmula territorial y todo ello desde la realización de un estudio del federalismo tal y como aparece en una sociedad, la norteamericana, con el objetivo de generar hipótesis que se puedan contrastar con la experiencia de otras sociedades (las antiguas colonias británicas, Europa y Latinoamérica).

La década de los setenta puede ilustrarse plenamente con la obra de Ivo D. Duchacek, *Comparative Federalism*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1970. El mensaje central de esta obra radica en consolidar la dimensión territorial de las actuaciones e intereses colectivos que sustentan el federalismo. De sus interesantes aportaciones recuperaremos las siguientes: la importancia de conectar federalismo y democracia; la catalogación de diez descriptores que habrían de servir para verificar o refutar el carácter «verdaderamente» federal de los Estados; el concepto de «cultura política» al que se vincula el de «cultura federal», como condición previa e ingrediente esencial de las federaciones y la divulgación de categorías como «asimetría federal» o de expresiones que se integrarían en dogmática federal como el «bizcocho jaspeado» (*marble cake*) con el que se plasma gráficamente la necesidad de cooperación entre las distintas instancias de poder como consecuencia de las exigencias trazadas por la modernidad. Este poso conceptual estará muy presente en nuestra reflexión sobre los conflictos territoriales y las estrategias para afrontar su resolución y la prevención de los mismos.

La década de los ochenta pivota alrededor de Daniel J. Elazar y su obra *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, The University of Alabama Press, 1987. La curiosidad y un ánimo comparativo son, desde la magistral sencillez del profesor Elazar, los impulsores de este trabajo. El objetivo de esta exploración radicaba en «discernir si la norma norteamericana era especial, única y diferente, como “todo el mundo” me decía, o si, por

16 Riker, W., *Federalism. Origin, Operation, Significance*, *op. cit.*, p. xii. Las referencias conceptuales que se relatan se encuentran en las páginas siguientes: Federalismo y democracia (9); Criterios federales (188-273); asimetría (276) y *marble cake* (310).

el contrario, tenía puntos de semejanza con otros sistemas federales»¹⁷. Elazar, autor del que cabría destacar dos trabajos, *American Federalism. A View from the States and Constitutionalizing Globalization*, indaga en este trabajo en las raíces del federalismo, viaja diacrónicamente a través de su desarrollo histórico y procede a describir las diversas formas en que se ha materializado. Desde la perspectiva comparada hay que enfatizar que nada queda fuera de la exploración de Elazar, de modo que la *vis atractiva* que el federalismo despliega llega hasta los Estados del Tercer Mundo, ausentes de la mayoría de las investigaciones comparadas.

La década de los noventa del siglo XX se caracteriza por la publicación masiva de ensayos sobre las formas descentralizadas del poder, particularmente sobre federalismo. Entre tal inmensa cantidad de obras, en distintas lenguas y abarcando la totalidad de enfoques y perspectivas que pudiéramos imaginar, se va a glosar únicamente tres ensayos sobre federalismo comparado. El porqué presenta una razón objetiva y otra subjetiva. Objetivamente, porque abarcan toda la década, de principio a fin, y porque cumplen diversas y complementarias perspectivas de concebir y ejecutar un método de naturaleza comparativa en materia de federalismo (interdisciplinar, informativo o descriptivo e institucional). Subjetivamente, los tres autores de estos ensayos, protagonistas entre otros de la modernización de la teoría federal, han contribuido a mi formación de un modo directo, habiendo recibido su asesoramiento y sus observaciones en el período en el que realicé mi investigación doctoral. El profesor Burgess, en la Universidad de Hull, el profesor Elazar, desde la Universidad de Temple, y el profesor Watts, en la Universidad de Queen's. Revisar y glosar someramente estas tres obras es revivir los momentos más entrañables y los viajes más enriquecedores de mi vida académica e investigadora.

El año 1991 es la fecha de publicación de la primera edición de *Federal systems of the world. A handbook of federal, confederal and autonomy arrangements*, de Daniel J. Elazar, Harlow, Longman Group Limited, 1991. Su metodología se adecua a las exigencias de un manual, buscando transmitir la mayor cantidad de información posible y la calidad de la misma, en virtud de la utilización de similares parámetros en la descripción yuxtapuesta de más de cincuenta Estados descentralizados (descripción histórica, estructura territorial y población, estructura del gobierno, principios constitucionales, cultura política, problemas más recientes). Elazar vuelve a recordar su teoría, que asumirán otros autores como Watts, de que «España es una federación en todo, salvo en lo concerniente a su denominación»¹⁸. Desde ese *prius*, ¿serán los conflictos territoriales desatados en España una réplica de los acaecidos en otras federaciones?

17 Elazar, D. J. (1990): *Exploración del federalismo*. Barcelona, Editorial Hacer, 11 y 298.

18 Elazar, D. (1994): *Federal systems of the world. A handbook of federal, confederal and autonomy arrangements*. Harlow, Longman Group Limited, 223.

En 1993 se publica *Comparative Federalism and Federation*, una obra colectiva coordinada por Michael Burgess y Alain G. Gagnon, Hertfordshire, Simon & Schuster Internacional Group, 1993. A partir del binomio conceptual de federalismo y federación se habilita un marco de análisis a la realidad comparada que se circunscribe al ámbito europeo y anglófono del federalismo. El epicentro de esta compilación de ensayos es que «el federalismo comparado y la federación debe erigirse sobre tradiciones y transiciones que están abiertas a una infinita variedad de interacciones intelectuales, históricas y empíricas»¹⁹. En dichas transiciones, la transacción y la negociación serán la clave para la supervivencia de la organización.

La tercera obra es *Comparing Federal Systems*, del profesor Ronald Watts, cuya primera edición de 1997 aparecería con el título *Comparing Federal Systems in the 1990s*, Montreal & Kingston, School of Policy, siendo la segunda edición de 1999, la traducida al castellano (Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 1999)²⁰. La calidad metodológica de esta obra se concentra en la capacidad de su autor para proceder, ordenada y lógicamente, a comparar de forma descriptiva, institucional y funcional, las diferentes federaciones. Para ello, analiza sus institutos, sus estructuras y sus principales procesos de funcionamiento y procede a analizar la problemática de Canadá, desde todo ese poso de reflexiones vertidas previamente.

No podemos concluir este epígrafe sin repasar alguno de los episodios que con respecto al federalismo comparado ha deparado el siglo XXI en el que nos encontramos. Vamos a recuperar tres títulos en lengua inglesa, tres sugerencias al lector interesado en federalismo comparado y la imprescindible contextualización de los conflictos territoriales: Bliedenbacher, R. (coord.) y Aberderhalden, U., *Federalism in a Changing World: Learning from Each Other*, Berna, Internacional Federalism Conference, 2002 (contiene las ponencias de la segunda conferencia sobre federalismo, celebrada en St. Gallen, en agosto de 2002, agrupadas en tres bloques temáticos: federalismo y relaciones internacionales; federalismo, descentralización y resolución de conflictos en sociedades multiculturales y reparto competencial y federalismo fiscal); Griffiths, A. (ed.) y Nerenberg, K. (coord.), *Handbook of Federal Countries 2002*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2002, que trata de ser en cierta medida la prolongación de la obra de Elazar *Federal Systems of the World*, ya comentada; finalmente, Burgess, M., *Comparative Federalism in theory and practice*, London, Routledge, 2006, publicación de referencia de este afamado y consolidado profesor, de la Universidad de Kent, experto en federalismo comparado. Es de destacar el liderazgo en esta trayectoria del IACFS, *International Association of Centers for Federal Studies*.

19 Burgess, M. y Gagnon, A. (1993): *Comparative Federalism and Federation*. Hertfordshire, Simon & Schuster Internacional Group, 19.

20 Watts, R. (2006): *Sistemas federales comparados*. Madrid, Marcial Pons.

Es en esta centuria donde ha despuntado la publicación de trabajos comparados en un ámbito particular que será epicentro de nuestro ensayo, las relaciones intergubernamentales. En esa línea hemos de destacar dos autores, Timothy Conlan y John Kincaid. Sus trabajos son el sustento de muchos de los argumentos que aquí se traerán a colación y si deseásemos destacar alguno de sus ensayos, estos serían los siguientes: Timothy Conlan y Paul Posner (Editors), *Intergovernmental Management for the 21st Century*, Washington, Brookings Institution Press, 2008 y Poirier, J., Saunders, Ch, y Kincaid, J., *Intergovernmental Relations in Federal Systems*, Ontario, Oxford University Press, 2015.

Desde estos cimientos comparativos hemos tratado de precisar el objetivo, reduciéndolo acorde a nuestro principal reto, la búsqueda de alternativas a la judicialización de la resolución de conflictos territoriales, centrándonos en dos modelos federales como son el de Estados Unidos y el canadiense, ambos analizados desde los ojos de la problemática española. A ellos, y por eso merece una justificación, se ha agregado en el capítulo IV el caso de Irlanda, porque uno de los métodos estratégicos que postularemos, bajo el genérico título de «Convención Constitucional», hará referencia al experimento más cercano y eficaz que esta práctica de estrategia participada de solución de conflictos y de implicación ciudadana en los asuntos públicos se ha desarrollado y que se ha desplegado y se está desplegando precisamente en dicho Estado. Por ello esa amplitud y asintonía frente a los tradicionales referentes comparados. El resultado se aproxima a una implementación del método comparado de carácter funcional al que se hacía referencia en el primero de los párrafos de este epígrafe. Es conveniente ser prudente y asumir, como sostiene Pegoraro, que «el experto en Derecho Comparado no puede tener la ambición de conocer *todos* los derechos nacionales»²¹. Para ello el punto de partida es un esbozo particularizado del campo de batalla sobre el que se van a proyectar y se han proyectado estas estrategias, los conflictos territoriales en Canadá, en Estados Unidos y en España.

1.3. Canadá: el conflicto como elemento singularizante y cualificador de la federación

«La génesis del sistema federal en Canadá fue un compromiso político entre defensores de la unidad (quienes habrían preferido una unión legislativa) y defensores de la diversidad (aquellos que no deseaban renunciar a las identidades diferenciadas de sus provincias)»²². En el caso del federalismo canadiense los referentes de origen fueron básicamente dos: la Constitución norteamericana y el sistema parlamentario de la metrópoli británica; a partir de esas dos cotas se ha erigido un federalismo que podríamos

21 Pegoraro, L. (2017): *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho Constitucional Comparado*. Argentina, Ediciones Olejnik, 27.

22 Hogg, P. (2008): *Constitutional Law of Canada*. Toronto, Thomson-Carswell, 124.

caracterizar como flexible, «ambivalente»²³, poliédrico, en la medida que ha amalgamado intereses y componentes muy distintos²⁴ —germen de los conflictos que en él se han sucedido— e, igualmente, en cuanto que su evolución se ha gestado desde el patrón constitucional hacia un sistema de organización territorial en el que distintos factores han ido imprimiendo su huella: el protagonismo de los primeros ministros, las élites como estimuladoras de conflictos o bien como amortiguadores de los mismos; la jurisprudencia del Tribunal Supremo; las distintas composiciones del Parlamento federal y de las Asambleas legislativas provinciales y, finalmente, un rico y complejo entramado negociador que ha contrarrestado las principales tensiones. Así, no sorprende que el federalismo canadiense se haya descrito a partir de la metáfora de un árbol viviente²⁵, fruto de una interpretación evolutiva, adaptada a las cambiantes necesidades de la sociedad canadiense. Estas se han reificado en distintas fórmulas federales, a veces, incluso opuestas (federalismo cooperativo *versus* federalismo competitivo; federalismo ejecutivo *versus* federalismo legislativo; federalismo simétrico *versus* federalismo asimétrico) que serán nuestra guía, diversas percepciones que convergen en una: la federación canadiense erigida a partir de la solución a un conflicto territorial.

1.3.1. El conflicto canadiense en sede constitucional

La afirmación de que la Constitución canadiense «quizá no sea una Constitución federal ideal»²⁶ lejos de desalentar su utilización como recurso para comprender el federalismo nos insta a recurrir a su complejidad como espejo en el que mirar algunas estrategias de resolución y prevención de conflictos. No obstante, lo que primero capta nuestra atención es que el propio constituyente canadiense se vea obligado a definir en el art. 52.2 de la Ley Constitucional de 1982, reminiscencia del constitucionalismo no escrito británico, qué es la Constitución de Canadá²⁷. Ésta incluye tres categorías de instrumentos normativos: la primera es la propia Ley Constitucional de 1982; la segunda está constituida por una

23 Bakvis, H., Baier, G. *et al.* (2009): *Contested federalism. Certainty and ambiguity in the Canadian federation*. Ontario, Oxford University Press, 246.

24 Watts, R. *Sistemas federales comparados, op. cit.*, p. 121.

25 Brouillet, E., y Gagnon, A. (2017): «La constitution canadienne et la métaphore de l'arbre vivant: quelques réflexions politologiques et juridiques», *Constitutionnalisme, droits et diversité: Mélanges en l'honneur de José Woehrling*. Montreal, Editions Thémis, 83-84.

26 Bakvis, H., Baier, G. *et al.* (2009): *Contested federalism. Certainty and ambiguity in the Canadian federation*. Ontario, Oxford University Press, 70.

27 «La Constitución de Canadá comprende:

a) La Ley de 1982 sobre Canadá, incluida la presente ley.

b) Los textos legislativos y los decretos incorporados en el Anexo.

c) Las modificaciones de los textos legislativos y de los decretos mencionados en los apartados a) y b)».

lista de 30 leyes y disposiciones normativas, incluidas en forma de anexo a esta ley, entre las que se referencia la Ley Constitucional de 1867, Acta de América del Norte Británica, y sus reformas, así como las leyes de admisión y creación de nuevas provincias, e incluso el Estatuto de Westminster de 1931; en tercer lugar, forman parte de la Constitución canadiense todas aquellas reformas que desde 1982 hayan podido hacerse a las normas referidas y las que se harán en el futuro²⁸. Sin embargo, esta definición de Constitución no es gratuita, ni un mero apoyo pedagógico, sino que se convierte en una pieza clave para definir, por un lado, la supremacía de la Constitución canadiense (art. 52.1) y, por otro, su rigidez (52.3), ambos pilares decisivos en el diseño del federalismo, un federalismo que desde la Constitución se nos presenta con los siguientes atributos: dual, colonial, asimétrico, renovado y conflictivo.

El federalismo dual ha protagonizado una de las dialécticas más relevantes en la explicación del federalismo, «federalismo dual» *versus* «federalismo cooperativo». En cierto modo, podríamos pensar que a partir de ese binomio la creatividad de los autores y la evolución de los acontecimientos en cada Estado federal han abonado el terreno para las restantes nuevas construcciones dogmáticas en la materia. El federalismo dual es el resultado de la concepción de la Constitución como un convenio o un acuerdo entre Estados, en virtud del cual estos mantienen una soberanía inviolable sobre muchos ámbitos de actuación²⁹. El gobierno central se convierte así en una instancia cuyos poderes son tasados, derivando hacia una tensa relación entre niveles de gobierno. El símil con el que se ha descrito es el de la tarta de estratos o capas (*layer cake*), en la cual los diferentes ingredientes y sabores se han ordenado horizontalmente y se hallan perfectamente

28 Las reformas habidas hasta el momento son las diez siguientes: (1983) Proclamación de Reforma de la Constitución que reformó el art. 25. b y agregó los artículos 35(3), 35(4), 35.1, 37.1 y 54.1 de la ley Constitucional de 1982. Esta reforma se aprobaría por el Parlamento y por nueve Asambleas Legislativas, todas a excepción de Quebec; (1985) ley Constitucional, en materia de representación afectaría al art. 51 de la ley Constitucional de 1867; (1987) ley de Terranova que hace referencia a los derechos de las escuelas confesionales; (1993) ley de Nuevo Brunswick, agregando el art. 16.1 a la Carta de Derechos, con referencia a la igualdad de status y de derechos de las comunidades lingüísticas francesa e inglesa de Nuevo Brunswick; (1993) Isla del Príncipe Eduardo, en el sentido de permitir que un puente fijo supla el servicio de ferry en su conexión con el continente; (1997) ley de Terranova, relativa a la educación religiosa; (1997) Quebec, reformando el art. 93 de la ley Constitucional de 1867 en el sentido de que las disposiciones relativas a la especial protección de las escuelas confesionales no se apliquen a Quebec; (1998) Terranova, relativa a la educación religiosa; (1999) Nuvavut, estableciendo la representación del nuevo Territorio de Nuvavut en el Senado y en la Cámara de Representantes y (2001) Terranova y Labrador, cambiando la denominación de la provincia y (2011) mediante la *Fair Representation Act*, 2011, que modifica el art. 51.1 de la Constitución canadiense, señalando un reajuste del número de miembros de la Cámara de los Comunes, conforme a la fórmula «Se asignará a cada una de las provincias un número de miembros igual al número obtenido dividiendo la población de la provincia por el cociente electoral y redondeando cualquier resto fraccionario a uno». <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/2011_26.pdf>.

29 Madison, J. (1957): «Paper 39», *El Federalista*. FCE, Méjico, 158. (Ed. orig. 1788).

separados³⁰. Es frecuente atribuir a Corwin la paternidad de este calificativo de dual al federalismo³¹, al que describe, en un tributo a la Escuela formalista en la que junto a Wheare se incluiría³², como con el que en 1787 se identificaba la gran masa del pueblo americano, cuyos intereses eran fundamentalmente locales, donde el gobierno nacional y los estatales se consideraban como rivales, siendo el principal deber del Tribunal Supremo mantener esa diferencia entre los dos centros de poder³³. Un presupuesto que parece haber permanecido intacto en la España del siglo XXI.

La inspiración estadounidense que impregnó la redacción de la renombrada Ley Constitucional de 1867 deja su huella principal en la inspiración del diseño dual con el que se ejecuta el reparto competencial en la misma. La apuesta por un doble listado de poderes exclusivos federales y provinciales, regulados respectivamente en los artículos 91 y 92, lo constata. La gran diferencia con el precedente americano es el carácter explícito y exhaustivo del doble listado, frente a la opción de 1787 que luego emularían los australianos en 1901 —rechazando el modelo canadiense más próximo en el tiempo— de incluir la relación de competencias de un nivel de gobierno para asignar al otro los poderes que residualmente se desarrollen.

El artículo 91 de la Ley Constitucional efectúa la relación de un total de veintiocho competencias (deuda y propiedades públicas; reglamentación del tráfico y del comercio; tributos; deuda pública; servicio postal, censo y estadística; servicio militar y defensa; función pública; navegación; cuarentena, establecimiento y mantenimiento de los hospitales de guerra; pesca marítima, fluvial y lacustre; política monetaria y acuñación de

30 La metáfora de la tarta de estratos se atribuye a Morton Grodzins. La crítica al mismo deriva de sus connotaciones estáticas, el modelo de autoridad separada es obsoleto e irrelevante, dado que en la realidad no existen las condiciones políticas y sociales que presume el modelo. El *alter* lo encontramos en el federalismo cooperativo, el que asociamos con una tarta jaspeada (*marble cake*) o con una tarta arco iris (*rainbow cake*). Las vetas de aspecto mármol, verticales y diagonales, los remolinos se corresponden a lo que también se ha denominado «modelo de autoridad superpuesta» (Wright) o «federalismo de nuevo estilo» (Reagan y Sanzone). El principio fundamental es que los poderes y las funciones de las entidades de gobierno central, regional y local son compartidas. Cfr. López Aranguren, E. (1987): *El federalismo americano: las relaciones entre poderes en los Estados Unidos*. Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 37-49.

31 Bassani, L. M., Stewart, W. *et al.* (1995): *I concetti del federalismo*. Milano, Giuffrè Editore, 177.

32 El carácter legal y formal de las primeras aproximaciones doctrinales al federalismo puede ilustrarse con la obra de Corwin. El principal argumento de Corwin consiste en describir el federalismo —en particular el federalismo americano— exclusivamente a partir de la interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado del «federal article», el artículo IV de la Constitución de los Estados Unidos de América. Cfr. Corwin, E. S. (1948): *The Constitution and what it means today*. Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 135 y ss. Existe una edición en español traducida por Aníbal Leal. Corwin, E. S. (1987): *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*. Editorial Fraternal, Buenos Aires. Las consecuencias que extrae son básicamente dos: el predominio del gobierno nacional en el sistema de relaciones que se articula dentro de los Estados federales y la necesaria igualdad entre los Estados miembros de la federación. *Ibidem, idem*: «This union is a union of equal States», ss. la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *V. gr.* Coyle vs. Oklahoma (1911) y Stearns vs. Minnesota (1900). Corwin, E. S. (1961): *The higher law background of american Constitutional Law*. New York, Great Seal Books, 5.

33 Bassani, L. M., Stewart, W. *et al.* (1995): *I concetti del federalismo*. Milano, Giuffrè Editore, 177.

moneda; sistema bancario; cajas de ahorro; pesos y medidas; letras de cambio y pagarés; interés monetario; licitaciones públicas; bancarrota y quiebra; patentes de invención; derechos de autor; indígenas y sus tierras; extranjería; matrimonio y divorcio; derecho penal y penitenciario) sobre las que el parlamento federal ejerce una autoridad legislativa de modo exclusivo. El parlamento tiene una competencia general, que encabeza la exhaustiva relación citada, para la aprobación de leyes para la «paz, el orden y el buen gobierno de Canadá», conocida como la cláusula POGG, merced a la cual el gobierno federal puede ampliar sus potestades más allá de las materias citadas, siempre y cuando no se trate de competencias atribuidas en exclusiva a las provincias. En ese espacio, el sentido residual de este aserto (reforzado con lo regulado en el apartado 29 del mismo artículo 91 donde se atribuye al Parlamento federal toda materia que no sea de competencia de los legislativos provinciales) permitirá legislar desde el nivel federal más allá de las veintiocho competencias referidas.

Por su parte el artículo 92 regula las competencias exclusivas de los legislativos provinciales (tributos provinciales; función pública provincial; deuda provincial; tierras públicas; prisiones; sanidad y sistema de hospitales; instituciones municipales; derechos sobre locales de ocio; determinados trabajos y empresas de carácter local; celebración del matrimonio en la provincia; propiedad y derechos civiles en la provincia; administración de justicia a nivel provincial; ejecución de penas con el objeto de hacer cumplir la legislación provincial y todas aquellas de naturaleza exclusivamente local o privada en la provincia, como la educación).

Este sistema dual presenta aspectos positivos y negativos. Entre los primeros es reseñable la meridiana claridad en sede constitucional con la que se concibe el reparto de poder, de la que presuntamente derivaría una merma en la posterior conflictividad. Entre los segundos es previsible que las circunstancias y los ámbitos materiales sobre los que los legislativos han de ejercer sus funciones cambien, de modo que un listado cerrado tenga dificultades para adelantarse y prever esos cambios por lo que el riesgo de obsolescencia y conflictividad es muy elevado. La realidad ha desvelado que en la práctica los gobiernos se ven obligados a cooperar, por lo que esa drástica dualidad o taxativos blindajes son utópicos e irreales, aunque las discrepancias son importantes³⁴.

El atributo de colonial con el que se describe el federalismo ideado por los padres de la federación es un neologismo que acuñamos en estas líneas, conceptualmente próximo

34 La redacción original de la British North America Act especificaba dos ámbitos de legislación concurrente, inmigración y agricultura, en los que en caso de conflicto primaría la legislación estatal. Igualmente, el derecho penal se concebía como un terreno competencial compartido, donde se asignaba legislación al poder federal y ejecución al provincial. La percepción discrepante de este modo de reparto competencial la hallamos en el reciente trabajo de Bakvis, Baier y Brown quienes sostienen que el «resultado del mismo ha sido un sistema que continúa poniendo mucho más énfasis en la autonomía de las unidades constituyentes de lo que lo hacen otras federaciones, donde la legislación concurrente o federal actúa como una constante restricción a las actuaciones de las provincias o Estados». Bakvis, H., Baier, G. *et al.* (2009) *Contested federalism. Certainty and ambiguity in the Canadian federation*. Ontario, Oxford University Press, 250.

a un federalismo hegemónico³⁵, pero con matices derivados de la génesis del federalismo canadiense³⁶ y de sus antecedentes³⁷.

Dos son las manifestaciones principales que explicitan este carácter colonial que se advierte en la redacción original de la Ley de América del Norte Británica de 1867: la configuración de un gobierno central fuerte y la subordinación de las provincias al centro.

Los principales indicadores de la fortaleza con la que se concibió el gobierno central los podemos sintetizar en los siguientes: a) asignación del poder residual al parlamento federal. Esta desviación respecto al precedente americano, donde el poder residual se había otorgado a los Estados, se justifica fundamentalmente por el temor a evitar la secesión —recordemos que en el período constituyente canadiense los americanos tenían muy reciente la guerra civil— causa principal del desmoronamiento de una federación; b) la atribución como competencias federales de algunas materias que habían sido atribuidas a los Estados en la Constitución americana. Por ejemplo, art. 91.2, la regulación del tráfico y del comercio³⁸; sistema bancario, art. 91.15; régimen legal del matrimonio y de su disolución, art. 91.26; derecho penal, art. 91.27 y régimen penitenciario, art. 91.28 y c) el gobierno federal fue configurado como fiscalmente dominante, otorgándose al parlamento federal la competencia para la exacción de impuestos tanto directos como indirectos (art. 91.3, fijación de tributos por cualquier modo o manera de imposición), mientras que a las provincias se les limitó sus facultades fiscales a la exacción de impuestos directos (art. 92.2).

La subordinación de las provincias al centro se evidencia a través de las siguientes constataciones: a) la potestad del parlamento federal de extender su legislación al ámbito provincial con la consiguiente reforma y anulación de su legislación (art. 90); b) la potestad del ejecutivo federal de nombrar un lugarteniente-gobernador en cada provincia (art.

35 Bassani, L.M., Stewart, W. *et al.* (1995): *I concetti del federalismo*, Milano, Giuffrè Editore, 186.

36 En palabras de Hogg, «en el momento en el que se produjo la unión de las colonias británicas del norte de América proliferó una inclinación favorable a la unión legislativa. John. A. Macdonald deseaba una unión legislativa, como otros muchos en el Alto Canadá (que se convertiría en Ontario). Pero tuvieron que aceptar una federación porque el Bajo Canadá (que se transformaría en Quebec) y las provincias marítimas de Nuevo Brunswick, Nueva Escocia y la Isla del Príncipe Eduardo no habrían accedido a una unión legislativa. El Bajo Canadá temía el que si se unía bajo la forma de una unión legislativa, su lengua francesa, su cultura y sus instituciones y su religión católica se verían amenazadas por la mayoría protestante anglo-parlante». Es preciso aclarar que la «unión legislativa» hace referencia a una unión de Estados o provincias que daría lugar a un nuevo Estado que incorporaría las unidades preexistentes y las sometería a la autoridad de un legislativo central único. El ejemplo más relevante es el Reino Unido, que se presenta como la unión legislativa de Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte. Cfr. Hogg, P. (2008): *Constitutional Law of Canada*. Toronto, Thomson-Carswell, 116.

37 La pertenencia de Canadá al Imperio Británico pesa de modo decisivo en esta descripción de federalismo colonial al reproducir en su interior pautas competenciales del Imperio.

38 El artículo I, Sección VIII, 3 de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 establece como competencia del Congreso la reglamentación del comercio con las naciones extranjeras, entre los diferentes Estados y con las tribus indias. Sin embargo, la ley Constitucional canadiense no establece ninguna acotación en su atribución federal de las competencias en materia de comercio.

58), vetándose la capacidad de las provincias para reformar esa parte de sus Constituciones (art. 92.1)³⁹; c) el art. 96 atribuye al gobierno federal la potestad para nombrar a los jueces de los tribunales superiores, de distrito y de los condados de cada provincia; d) en el art. 93 se asigna al gobierno federal la facultad para dilucidar los recursos de apelación que afecten a los derechos educativos de las minorías y al parlamento federal se le asignó la facultad de fortalecer una decisión impugnada en esa materia mediante la aprobación de *remedial laws* (leyes compensatorias); e) por los artículos 91.29 y 92.10 se asignó al parlamento federal la competencia unilateral de incluir la actividad local dentro del marco legislativo federal simplemente por la mera declaración de que estos son «de interés general para Canadá»⁴⁰.

Esta disparidad en la posición competencial de la federación y las provincias se concebía como el mejor modo de asegurar la viabilidad de la federación. Empero, esas competencias menores, como sanidad o educación, conferidas a las provincias han evidenciado ser de vital importancia y con ello la quiebra de las previsiones de los padres de la federación, así como el declinar de ese federalismo colonial. En el mismo sentido, la propia evolución de la federación ha considerado que materias de gran importancia como agricultura, inmigración, pensiones a la tercera edad y comercio interprovincial de recursos naturales devengan en ámbitos de concurrencia competencial.

Este dualismo federal aupó la generación de numerosos conflictos en la federación, arbitrándose hasta 1949 el Comité Judicial del Privy Council en Londres como última instancia para dirimir los conflictos entre Ottawa y las provincias. Los principios de «exclusividad» y «exhaustividad» fueron la piedra angular de un modelo competencial concebido como auténticos departamentos estanco⁴¹.

Adentrarnos en el estudio del diseño constitucional del federalismo canadiense de la mano del federalismo asimétrico es una tarea más compleja de lo que a priori pudiera parecer. Es cierto que la tensión entre mayoría y minoría⁴², entre unidad y diversidad, entre simetría y asimetría⁴³, ha presidido toda la trayectoria constitucional canadiense.

39 Este precepto sería anulado por la ley Constitucional de 1982, que por su parte permite en su artículo 45 a la competencia exclusiva de la asamblea legislativa provincial para reformar la Constitución de su provincia, aunque el artículo 41 mantenga la reserva federal en lo concerniente al lugarteniente-gobernador.

40 Ninguna de estas competencias es de carácter federal en la Constitución norteamericana. Cfr. Hogg, P. (2008): *Constitutional Law of Canada*. Toronto, Thomson-Carswell, 127.

41 *Labour Convention Reference* (1937), A.C. 326.

42 Woehrling, J. (1992): «Evolució de les relacions entre el Quebec i el Canadà anglès de 1867 als nostres dies», *Seminari sobre el federalisme canadenc*. Barcelona, Institut d'Estudis Autònomic, 252.

43 Pese a renunciar a insertar una introducción conceptual sobre la naturaleza y la tipología de asimetrías, sin embargo su referencia es un *mínimum* exigible para la comprensión del epígrafe. La asimetría para el Derecho Constitucional supone una modalidad de estructuración estatal que presentan determinados Estados en los que los entes territoriales dotados de autonomía política que lo componen disfrutan de un trato constitucional diferenciado, legitimado en el reconocimiento positivo de disponer de singularidades de diversa índole (lingüísticas, culturales, jurídicas o financieras) con relación a los restantes componentes

Empero, únicamente desde una singular conexión de preceptos constitucionales puede «especularse»⁴⁴ sobre las facetas asimétricas del federalismo en Canadá y de la conflictividad asociada a esa formulación federal, aparentemente.

El primer paso radica en evidenciar la existencia de pre-requisitos asimétricos sobre los que se erige la Constitución de 1867⁴⁵. Desde los primeros contactos de tipo colonial con un territorio que se describió, interpretando las referencias de los aborígenes que lo habitaban, con una palabra que a duras penas entendieron y que se transcribió como *Caignedaze*⁴⁶, el dualismo anglofrancés ha marcado toda la trayectoria política y jurídica de Canadá. Desde Francia se legaría a Canadá la lengua francesa, la religión católica y su derecho civil escrito. La herencia británica se podría sucintamente condensar en una religión, la anglicana, en una lengua, el inglés, y en un sistema jurídico, el *common law*.

La composición de Canadá es fruto de un proceso antagónico de «integración y devolución»⁴⁷. La integración de las primeras colonias de New Brunswick, Nova Scotia y el «Canadá Unido», que luego se subdividiría en Quebec y Ontario a través de la ley británica, *British North America Act* (1867). A estas provincias se agregarían entre 1870 y 1949, seis nuevas: Manitoba (1870), British Columbia (1871), Isla del Príncipe Eduardo (1873), Alberta (1905), Saskatchewan (1905) y Terranova y Labrador en 1949. A ello se agregan tres territorios, los territorios noroccidentales, Yukon y Nuwuvut, mayoritariamente poblado por Inuits. Estos territorios carecen de autonomía fiscal y, a diferencia de las provincias, su consentimiento no se requiere para la reforma de la Constitución. No obstante, como resultado de un proceso de «devolución» ostentan competencias en la gestión del agua, la tierra y los recursos naturales, lo que de facto les aproxima al nivel de descentralización provincial. Desde esta planta orgánica, se atisba un importante elemento diferenciador o pre-requisito asimétrico, la población aborígen. El status de los Indios canadienses fue definido por la *Indian Act*, 1867, todavía en vigor. Mientras el gobierno federal es el constitucionalmente responsable de los pueblos aborígenes, las provincias proporcionan la mayoría de los servicios que necesitan, espe-

del Estado. En otros términos, se trataría de la interpretación de las consecuencias que derivan del reconocimiento constitucional de ciertas particularidades específicas o propias de determinados territorios. Sic. Trujillo, G. (1997): «Integración constitucional de los hechos diferenciales y preservación de la cohesión básica del Estado autonómico», *Asimetría y cohesión en el Estado autonómico*. Madrid, INAP, 18; Seijas Villadangos, E. (2000): «Un nuevo estadio en el discurso federal: el federalismo asimétrico», *Pensamiento Constitucional*. Perú, Universidad Católica de Lima, 343-386; Seijas Villadangos, E. (2001): *Configuración asimétrica del sistema de Comunidades Autónomas*. León, Universidad de León.

44 Turlton, Ch. D. (1965): «Symmetry and asymmetry as elements of federalism: a theoretical speculation», *The Journal of Politics*, 27, 4, 861-864.

45 Lower, A.R.M. (1964): *Colony to Nation: A History of Canada*. Toronto, Longmans, 47-63.

46 Stokesbury, J. (1985): «La época de expansión y exploración», *Cuadernos de Historia*, 16, 270: *Así nació Canadá*, 7.

47 Adam, M. A., Bergeron, J. et al. (2015): «Intergovernmental relations in Canada: competing visions and diverse dynamics», *Intergovernmental Relations in Federal Systems. Comparative Structures and Dynamics*. Ontario, Oxford University Press, 136.

cialmente a aquellos que viven fuera de las reservas. Los aborígenes son un 3,8% de la población canadiense, viven en comunidades o en centros urbanos. Demográficamente es una población joven, con una tasa de crecimiento seis veces superior a los no nativos. En esta pluralidad social, hay que referenciar que el 20% de la población canadiense son inmigrantes.

Un elemento de disparidad entre los componentes de la Federación canadiense es el tamaño de cada provincia y territorio. Quebec es la más grande, ocupando un 15,5% de la totalidad del suelo canadiense, mientras que la Isla del Príncipe Eduardo es la más pequeña con apenas un 1% del mismo (5.660 km²). Coligado a ello, y a la vinculación de la economía canadiense a la explotación de los recursos naturales, se atisba una gran diferencia entre la riqueza de las provincias, siendo Alberta la que presenta un PIB más elevado.

La Ley Constitucional de 1867 introduce una novedad decisiva: la incorporación a su contenido (jurídico) de algunas de las diferencias existentes entre las provincias que inicialmente componían Canadá⁴⁸. Esta vertiente diferenciadora de la Ley Constitucional de 1867 puede desglosarse en los siguientes ámbitos materiales: ordenamiento jurídico privado, representación en el Senado y tratamiento de las minorías lingüísticas y religiosas.

a) Ordenamiento jurídico privado.

La constatación de la existencia de una asimetría de titularidad quebequesa en el sistema jurídico-privado diseñado por la Constitución de 1867 implica efectuar, inicialmente, un ejercicio de superposición de dos artículos clave: el art. 94 y el art. 129 LC. Mientras el art. 94 dispone la posibilidad de que el Parlamento federal proceda a uniformizar total o parcialmente las Leyes de las provincias de Ontario, Nueva Escocia y Nuevo Brunswick, en materia de propiedad, derechos civiles y procedimiento judicial. El silencio constitucional con respecto a Quebec⁴⁹ generaría una situación asimétrica, traducible en la imposibilidad de proceder a la uniformización de su sistema jurídico privado con las restantes provincias.

48 La ambigüedad con que se produce ese *reconocimiento constitucional de ciertas particularidades específicas o propias de una u otra provincia y de las potenciales consecuencias de tal reconocimiento* dificulta una catalogación monolítica de Constitución asimétrica. Cfr. Saiz Arnaiz, quien afirma que no estamos ante una Constitución asimétrica, puesto que «la Constitución de Canadá no otorga a Quebec un plus de poderes o “estatuto particular” que diferencie a dicha provincia de las demás integradas en la Federación. No hay, por tanto, asimetría de Derecho». Saiz Arnaiz, A. (1997), «Asimetría y Estado federal en Canadá», *R.V.A.P.*, 47, II, 231.

49 Esta opción es un hipotético futurible que aún no se ha implementado, frente a un Quebec que sí ha procedido a codificar su sistema de derecho civil: *Code Civil* (1866), *Code de procédure civile* (1867) y el Proyecto de Ley 125, *Code civil de Québec* (1991), que entró en vigor el 1 de junio de 1994. Vid. Arroyo i Amayuelas, E. (2001): “El Derecho Civil en Quebec: Codificación y Recodificación”, *Canadá. Introducción al sistema político y jurídico*. Barcelona, Publicacions de la Universitat de Barcelona, 283-328.

A mayor abundamiento, el art. 129⁵⁰ prevé la continuidad del sistema legal existente, pero no solo en las tres provincias citadas, sino «expresamente» también en Quebec.

En esta línea argumental ha de incardinarse el art. 92.13 LC 1867, referente a los poderes exclusivos de los legislativos provinciales, que incorpora el título clave de la «propiedad y derechos civiles en la provincia»⁵¹. El compendio de estos tres artículos hace posible la vigencia del sistema de derecho civil quebequés, de inspiración francesa, diferenciado del *common law* de las restantes provincias anglófonas. Circunstancia ésta de la que se puede derivar la defensa de la existencia de una asimetría *de iure* —sistema de Derecho Civil codificado—, si bien implícitamente regulada en la Constitución, fruto del silencio del art. 94 y de la correlativa inclusión de Quebec en el art. 129.

La proyección institucional de esta asimetría se materializa en los arts. 97 y 98 LC 1867 donde se diferencian dos ámbitos de procedencia de los jueces, el de las provincias de *common law*, subdividido entre sí por provincias (Ontario, Nueva Escocia y Nuevo Brunswick) hasta que no se proceda a unificar su legislación en lo referido a propiedad y derecho civil, y el del *derecho civil quebequés*, que perpetua su singularidad asimétrica, al margen de las vicisitudes uniformizadoras del Canadá anglófono (art. 98).

b) Representación en el Senado.

La representación en el Senado de las diferentes provincias y territorios que componen Canadá se regula en los arts. 22 y 23 LC 1867. El sistema de representación adoptado es complejo, algo coherente a tenor de la realidad a representar. Su diseño ha sido objeto de numerosas propuestas de reforma⁵², algo que evidencia la insatisfacción general que suscita⁵³. La Constitución diseña cuatro «provincias senatoriales» (art. 22) a las que se asigna de forma igualitaria un total de veinticuatro senadores: Quebec, Ontario, Las provincias marítimas y Las provincias del oeste. Esa paridad formal quiebra cuando se constata que

50 Artículo 129: «Dejando a salvo las excepciones establecidas en la presente Ley, todas las Leyes en vigor en Canadá, Nueva Escocia o Nuevo Brunswick, en la Unión, en todos los Tribunales de la Jurisdicción Civil y Penal, y todas las Comisiones legales, Poderes y Autoridades, y en todo el sistema funcionarial Judicial, Administrativo o Ministerial *continuarán* en Ontario, *Quebec*, Nueva Escocia y Nuevo Brunswick, respectivamente (...)».

51 Es necesario matizar que la amplitud de este título se ve recortada por el contenido del artículo 91 LC 1867, que señala los poderes del Parlamento federal canadiense incluyendo aspectos tan importantes como: comercio (apartado 2), sistema bancario (apartados 15 y 16), quiebra e insolvencia (apartado 21), patentes (apartado 22) o matrimonio y divorcio (apartado 26).

52 Woehrling, J. (1993): «Cuestiones sobre la reforma del Senado en Canadá» *R.V.A.P.*, 35, II, 125-136; Albertí, E. (1996): «El Senado canadiense», *Ante el futuro del Senado*. Barcelona, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms, 226-227.

53 El Senado canadiense se configura como una Cámara de bajo perfil, por diversas razones: su composición, el modo de designación de los senadores, la duración de su mandato casi vitalicio —hasta que cumplan 75 años— que lo aleja del modelo americano e, incluso, de un modelo de Cámara de segunda lectura. Tras el frustrado intento de su reforma (*Reference re Senate Reform*, 2014), no es infrecuente escuchar peticiones que abogan por su abolición.

solo Quebec y Ontario son efectivamente provincias, siendo las dos restantes artificios legales —regiones, en un Estado federal— de difícil encaje cuantitativo, a partir de las variables tradicionales de espacio y población. En este sentido, la única asimetría defendible es una asimetría *de facto* que prima a las dos grandes provincias.

Desde una perspectiva *de iure* el interrogante que se plantea es el de si las dos previsiones que *in fine* efectúan ambos artículos en relación a Quebec son susceptibles de calificarse como asimetrías. El art. 22 establece que los veinticuatro senadores correspondientes a Quebec sean designados⁵⁴ por cada una de las veinticuatro divisiones electorales del Bajo Canadá y el art. 23 (6), relativo a los requisitos de los senadores, obliga correlativamente con esa subdivisión a que los senadores «en el caso de Quebec» se vinculen mediante su residencia o título de propiedad a la subdivisión por la que son designados. Así, si incardinamos su existencia en un contexto más amplio, el de la diferencialidad de Quebec, asistiríamos a una auténtica asimetría constitucional.

c) Disposiciones relativas a los derechos de las minorías.

Continuidad de esos prerequisites asimétricos a los que se aludía, la Constitución de 1867 protege dos facetas decisivas para la identificación de las minorías, la lingüística y la religiosa, que se funden en el terreno educativo.

La disposición tuitiva en materia lingüística dispensada por la LC 1867 se concreta en el contenido de su art. 133. En este se dispone que tanto la lengua inglesa como la francesa podrán ser usadas («*may be used*», «*l'usage sera facultatif*») por cualquier persona en los debates a celebrar en ambas Cámaras del Parlamento de Canadá y en el Legislativo de Quebec. De igual forma, la publicación de las leyes emanadas en el Parlamento de Canadá y en el Legislativo quebequés será bilingüe —no en ningún otro legislativo provincial⁵⁵, solo en el quebequés, asimetría *de iure*—. El sistema judicial también será objeto de aplicación de esa convivencia y posibilidad de uso alternativo del francés y del inglés. Es importante delimitar el ámbito de esta aplicación: los poderes legislativo y judicial federales y los respectivos poderes existentes en Quebec. A partir de ahí se podrán entender las críticas a la parquedad de tal regulación: por un lado, no extender su aplicación a otras provincias donde conviven minorías lingüísticas semejantes; por otro, no ampliar al poder ejecutivo tales disposiciones; finalmente, no consolidar la cooficialidad lingüística. Empero, nuestra opinión es favorable a considerar dicha redacción como una asimetría *de iure*, limitada o de mínimos, pero al fin y al cabo asimetría. Su justificación redonda

54 La designación formal es realizada por el gobernador general en nombre de la Reina (artículo 24 LC). En consecuencia, la designación a la que aluden los preceptos constitucionales citados alude exclusivamente a la procedencia de los senadores, a respetar por la decisión del gobernador.

55 Esta tajante afirmación se predica en exclusiva de la inicial redacción de la ley Constitucional de 1867, puesto que un artículo similar fue aprobado para Manitoba en el artículo 23 de su Constitución, *Manitoba Act, 1870*, confirmado por la *Constitution Act* de 1781 y reforzado en su rango constitucional por el artículo 52 LC 1982.

en que cumple con la exigencia de trasladar a la norma la excepcionalidad, en este caso lingüística, de un territorio y de sus habitantes⁵⁶, con el consiguiente potencial de conflictividad que de ello se deriva.

La segunda faceta en la que reparábamos, la religiosa, tiene una enorme importancia en el momento de la redacción constitucional. El art. 93.2 no solo trata de proteger la impronta religiosa de un sistema educativo. En el contexto de la Constitución de 1867 hablar de Quebec es hablar de religión católica y hablar del resto de Canadá es hablar de religión protestante. La titularidad en materia de educación corresponde a los Legislativos provinciales (art. 93 LC 1867) y por lo tanto reflejar esta asimetría, en el específico caso de Quebec, contribuye a subrayar su singularidad. En su apoyo, el mismo art. 93 en su epígrafe cuarto señala que el incumplimiento de lo en él dispuesto será objeto, mediante *remedial Laws*, de la intervención del Legislativo central, reforzando su contenido. Es, por tanto, otra asimetría *de iure*⁵⁷.

En resumidas cuentas, desde la literalidad de la Constitución se preludian las tensiones entre simetría y asimetría que marcarán con más intensidad los conflictos de las etapas futuras. La Constitución de 1867 apuesta por una forma asimétrica, sobre la que se construye y que implícitamente reconoce. Su descripción pasa irremediamente por hablar de Quebec.

1.3.2. Tratamiento político del conflicto en Canadá

Tras un período de gran inestabilidad provocado por los elementos separatistas francófonos, que llegaría incluso a culminar en la creación de un grupo terrorista, *el Front de Liberation du Québec* (FLQ), el triunfo del *Parti Québécois* (PQ, fundado en 1968) en las elecciones de la provincia de Quebec de 1976 marcó un nuevo hito, referenciable a partir de su *slogan* «soberanía-asociación». La inmediata consecuencia fue la de imprimir el sello de «urgente» a la búsqueda de una solución al problema de las relaciones de Quebec con el resto de Canadá⁵⁸.

56 Cfr. Milne, D. (1991): «Equality or Asymmetry: Why Choose», *Options for a New Canada*. Toronto, University of Toronto Press, 289.

57 En el año 1997 el artículo 93 fue objeto de una enmienda —*vid infra*. nota 6—, en virtud de la cual se procedió a añadir un nuevo artículo 93A, que dispone: —«Los parágrafos 1 a 4 del artículo 93 no se aplicarán a Quebec».

58 Uno de los primeros ítems será un proyecto de ley sobre la reforma Constitucional, que iniciaría su tramitación en el Parlamento Federal en el mes de junio de 1978. Desde su preámbulo se afrontaba el reconocimiento de la dualidad anglófona-francófona que ha marcado la historia canadiense. *Le Projet de Loi sur la réforme constitutionnelle*. Ottawa, Gouvernement du Canada, 1978.

Formalmente, el resultado será la elaboración de un documento conocido como informe Pepin-Robarts, (*Task Force on Canadian Unity*)⁵⁹, elaborado en 1979. El contexto en el que se introduce es el de la reincidente aporía de «igualdad *vs.* *status* diferenciado». Si en un primer lugar se establece que «la definitiva característica de cualquier sistema federal es la igualdad de *status* bajo la constitución de los dos órdenes de gobierno, central y provincial», de inmediato se procederá a reconocer que «la posición única de Quebec donde lo que es una minoría lingüística dentro del conjunto del país constituye la mayoría, ha llevado a planteamientos según los cuales a esa provincia debería garantizársele una serie de poderes sobre concretas materias denegados a otras provincias»⁶⁰.

La solución propuesta es doble. Por un lado, simbólica, procediendo a la sustitución de la expresión «*status* especial» por la de «*status* diferenciado», que obvia la connotación peyorativa para el resto de Canadá de la primera y avalaría una mitigación de su potencial conflictual. Por otro, práctica, la búsqueda de una solución que proteja y desarrolle ese carácter diferenciado sin generar la ruptura de Canadá.

En este contexto y con estos precedentes dogmáticamente aperturistas y conciliadores⁶¹ se celebró el 20 de mayo de 1980 el referéndum en Quebec, en el que el *Parti Québécois* conminó a los quebequeses a pronunciarse sobre su proyecto de «soberanía-asociación». Empero, el resultado negativo de ese referéndum —el 60% de los electores votó negativamente— no fue del todo vano. El Primer Ministro Trudeau prometió la búsqueda de una tercera vía entre el *status-quo* y la propuesta de «soberanía-asociación», bajo la fórmula de un *federalismo renovado* (*renewed federalism*)⁶².

Unos apuntes sobre los aspectos formales de ese referéndum resultan sumamente oportunos en este contexto de planteamiento de conflictos territoriales⁶³. Dentro de un marco federal, como el canadiense la habilitación de la potestad para celebrar referéndums

59 Task Force on Canadian Unity (1979): *A future together: Observations and Recommendations*. Ottawa, Minister of Supply and Services Canada. Por mandato del gobierno federal se creó en 1977 un grupo de asesores que integraron el «Task Force on Canadian Unity». Su función era la de recoger las percepciones de los canadienses relativas a la situación del país. Conscientes de que «el principal, pero no el único, reto viene de Quebec» (p. 3), recorrieron buena parte de la vasta superficie canadiense para realizar este informe. El punto de partida de esta urgente reflexión era el triunfo del Partido Quebequés en el Gobierno de Quebec el 15 de noviembre de 1976 y la necesidad, por tanto, de afrontar una de sus propuestas, la potencial secesión de Quebec.

60 *Ibidem, idem*.

61 Junto al informe Pepin-Robarts hay que añadir el conocido como «Beige Paper», elaborado por el Partido Liberal de Quebec en 1980, en el que se adoptaba una postura similar favorable al incremento de los poderes de Quebec sin quebrar la unidad canadiense. The Constitutional Committee of the quebec liberal party (1980): *A New Canadian Federation*. Montreal, The Quebec Liberal Party, Montreal, 12-13.

62 Fournier, P. (1991): *A Meech Lake post-Mortem. Is Quebec sovereignty inevitable?* Toronto, McGill-Queen's University Press, 7.

63 López Basaguren, A. (2013): «Los referendos de secesión de Quebec y la doctrina de la Corte Suprema de Canadá», *La participación política directa. Referéndum y consultas populares*. Zaragoza, Comuniter Editorial, 56 (55-91).

por una provincia se enmarca en la Constitución del Estado federado. La Constitución de Quebec reconoce que «Quebec es soberano en las áreas que están bajo su jurisdicción por mandato legal y convencional» (art. 9).

La primera regulación del referéndum se había producido en Quebec en 1969 para cuestiones políticas y constitucionales, sin que llegase dicho proyecto a su debate parlamentario. El triunfo electoral del PQ en 1976 se tradujo de modo inmediato en la aprobación de un proyecto de referéndum (*Referendum Bill*) en diciembre de 1977, que en junio del año siguiente se convertiría en la *Referendum Act, 1978*.

En ella se regula un referéndum consultivo, no vinculante para el gobierno quebequés y alejado de cualquier invasión de las competencias de la federación. La ley establece un órgano regulador del referéndum, el *Referendum Council*, integrado por tres jueces provinciales. Este órgano tenía competencias para decidir sobre las cuestiones técnicas y legales del referéndum. Por ejemplo, se veta la celebración de dos referéndums dentro del mismo mandato sobre cuestiones «sustancialmente» iguales. El ejecutivo ostenta la potestad de convocar un referéndum sobre una ley o cualquier otra cuestión aprobada por la Asamblea Nacional a partir de una moción planteada por el Primer Ministro. El debate sobre la celebración de un referéndum es privilegiado, teniendo preferencia sobre otros debates salvo el «mensaje inaugural», la versión quebequesa del discurso de la Reina. Una vez que la Asamblea autorice la celebración de un referéndum, el ejecutivo deberá promulgar un decreto de convocatoria transcurridos 20 días desde aquella. La duración de la campaña se fijaría entre 28 y 60 días. La votación se produciría, como máximo 60 días después del Decreto. De dicha campaña cabe destacar el peso, del lado del «No», del premier federal, Pierre Trudeau, desbancando en ese rol al líder del partido federal quebequés, Claude Ryan.

La pregunta ha pasado a los anales de la historia de los referéndums como la «antipregunta». El modelo por excelencia de cómo no debería ser una pregunta en un referéndum:

El gobierno de Quebec ha hecho público su propuesta de negociar un nuevo acuerdo con el resto de Canadá, basado en la igualdad de naciones; este acuerdo habilitaría a Quebec a tomar el poder exclusivo para aprobar sus leyes, recaudar sus impuestos y establecer relaciones con el extranjero —en otras palabras, soberanía— y al mismo tiempo mantener con Canadá una asociación económica incluyendo una moneda común; ningún cambio en el status político resultante de estas negociaciones será efectivo sin la aprobación del pueblo a través de otro referéndum; en estos términos, ¿otorga al gobierno de Quebec el mandato para negociar el acuerdo propuesto entre Quebec y Canadá?

Los resultados, como hemos anticipado, fueron un 40,50 % a favor del sí y un 59,50% a favor del no, sobre una participación del 84%. Las postrimerías de este referéndum se acompañaron de un incremento en la devolución de potestades a Quebec, como diría Trudeau, «conformar las presentes necesidades de la familia canadiense». El PQ sufrió esa derrota y pese a ser reelegido en las elecciones provinciales, su propósito de orillar la cuestión independentista, le hundió definitivamente, facilitando el retorno de los liberales

al poder. En los 80's de la mano de Jacques Parizeau, procedente del ala separatista más radical del partido, el PQ reviviría.

Tras un intenso período de negociaciones el resultado se plasmó en la aprobación de la *Constitution Act* de 1982. Sus dos pilares esenciales fueron el establecimiento de un procedimiento para la reforma constitucional y la adopción de una Carta de Derechos y Libertades.

La nueva fórmula de reforma constitucional trataba por igual a todas las provincias. El procedimiento ordinario de reforma de la Constitución implicaba su aprobación por las dos Cámaras del Parlamento y por siete provincias, siempre y cuando representasen el 50% de la población federal (art. 38.1.a y b LC 1982). Este último requisito, no obstante, reitera la exigencia de que ora Quebec, ora Ontario apoyen el procedimiento de reforma. Por su parte, la Carta de Derechos y Libertades, principal proyecto de Trudeau, subrayaba la igualdad de derechos de todos los ciudadanos canadienses (art. 15 LC 1982) e incidía en la promoción de iguales oportunidades para todos ellos (art. 36 LC 1982)⁶⁴, dando lugar a los mecanismos financieros homogeneizadores de «perecuación»⁶⁵.

Las consecuencias de la aplicación de la Carta Canadiense sobre el federalismo han sido marcadamente centralizadoras. Empero, como señala Woehrling, el efecto boomerang de todas estas opciones nunca puede ser ignorado en un contexto federal⁶⁶.

64 Pelletier, B. (1996): *La Modification constitutionnelle au Canada*. Toronto, Carswell, 215-243; Trembley, A. (1995): *La réforme de la Constitution au Canada*. Montreal, Les Éditions Thémis, Montreal, 46-75. Ambos tratados glosan los sucesivos proyectos de fórmulas de repatriación: la fórmula Fulton de 1961, Fulton-Favreau de 1964, la Charte de Victoria de 1971 y las proposiciones no gubernamentales y las gubernamentales, que cuajarían en la definitiva reforma de 1982.

65 La perecuación o equalización (*equalization*) es un mecanismo redistributivo cuyo origen, en el contexto canadiense, puede datarse en 1957. Su finalidad radica en tratar de conseguir, mediante la redistribución de recursos, unos estándares de vida comunes en el conjunto de la federación. Una descripción simplificada de su funcionamiento, sobre el que precisamente la crítica principal es la de ser extremada y confusamente complejo, radica en los siguientes puntos. En primer lugar, se procede a baremar la capacidad fiscal de una provincia con respecto a un referente nacional, fruto de promediar la capacidad financiera de un número determinado de provincias. En segundo término, las provincias que han sido utilizadas como referentes han variado: en 1957, Ontario y la Columbia Británica, que eran en ese momento las dos provincias más ricas; en los sesenta se procedió a incluir a las diez provincias; en los setenta, la inclusión de Alberta, rica en petróleo, condujo a elevar tanto ese referente que incluso Ontario habría tenido que recibir fondos de equalización; en 1982, se eliminó a Alberta y a las provincias más pobres del bloque provincial que debería ser tomado como referente para el cálculo; en la actualidad ese estándar nacional está basado en un cálculo sobre la capacidad fiscal de cinco provincias de renta media que son Columbia Británica, Ontario, Saskatchewan, Maníota y Québec. En tercer lugar, los referentes utilizados han variado, desde tres originariamente (Impuesto de Sociedades, Impuesto sobre la Renta personal, Impuesto de Sucesiones), hasta treinta y tres en la actualidad. Finalmente, las críticas al sistema vienen de quienes se consideran como «pagadores netos» del mismo, Alberta, de quienes estiman que genera dependencia y de quienes reclaman su incremento.

66 «Hay un acuerdo general para sostener que, efectivamente, la Carta canadiense ha creado en los canadienses anglófonos una nueva conciencia cívica fundada en la reivindicación de derechos y la expresión de identidades que se articulan a nivel nacional más que a nivel regional o provincial. Contrariamente, la Carta canadiense ha agravado las divisiones y el antagonismo entre Quebec y el resto de Canadá». Woehrling,

Así, el rechazo de Quebec a la reforma constitucional de 1982 significaba que los problemas fundamentales seguían sobre el tapete negociador. La llegada al poder en 1984 del Partido Progresista-Conservador, liderado por Brian Mulroney, acompañado, en 1985, por el retorno del Partido Liberal de Quebec al gobierno de esta provincia contribuyeron decisivamente a la creación de un nuevo clima proclive a la adopción de acuerdos en sede política. El primero de los resultados de las negociaciones entabladas fue el Acuerdo del Lago Meech, consensuado por el Primer Ministro Federal y por los diez premiers provinciales⁶⁷.

El contenido de este acuerdo lo podemos circunscribir a dos aspectos fundamentales. El primero de ellos incorpora una enorme carga simbólica y de marketing político: el explícito reconocimiento de la posición asimétrica de Quebec dentro de Canadá se materializó en la inclusión de la descripción de Quebec como sociedad diferenciada (*distinct society/société distincte*). El segundo elemento, revelador del contenido del acuerdo, fue la incorporación «simétrica» de específicos elementos concernientes a Quebec, esto es de elementos teóricamente asimétricos. La finalidad de esta paradójica técnica, que se reitera en las diferentes etapas de la evolución del sistema federal canadiense, es sencillamente lograr su aceptación por parte del resto de Canadá. En esta línea, se incluía la extensión del veto provincial a las propuestas de reforma constitucional.

Las enormes expectativas depositadas en este acuerdo⁶⁸ chocaron frontalmente con su tortuoso proceso de ratificación. De conformidad con el art. 39.2 LC 1982 se disponía de tres años para afrontar tal ratificación, pues su contenido pretendía la reforma de la Constitución (1987-1990). En ese *impasse* temporal, tres de las diez provincias inicialmente signatarias cambiaron de equipo gubernamental. Estos cambios se tradujeron en demandas *ad hoc* para la ratificación del acuerdo, que tenían como denominador común el rechazo de la consideración de Quebec como una «sociedad diferenciada». Puesto que en el contenido del acuerdo se incluía una propuesta de revisión al procedimiento de reforma de la Constitución, era exigible que esta propuesta fuese apoyada por unanimidad (art. 41 LC 1982). Cuando el 23 de junio de 1990 el límite de los tres años expiró, dos provincias,

J. (2005): «Las Consecuencias de la aplicación de la Carta de Derechos y Libertades en la vida política y democrática y en el federalismo en Canadá», *Derechos y libertades en Canadá*. Barcelona, Atelier, 112.

67 Sobre este acuerdo *vid.* Bullain, I. (1990): «Quebec y el Acuerdo Constitucional de Lac Meech», *R.E.P.*, 69, 217-238; Watts, R. L., y Brown, D. M. (Eds.). (1990): *Canada: The State and the Federation 1990*. Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, Kingston, 271-289 y Watts, R. L. (1991): «Canadian federalism in the 1990's: Once more in Question», *Publius*, 21, 3, 169-190.

68 Inmediatamente después de la firma del acuerdo del lago Meech se celebró un acuerdo institucional entre el presidente del gobierno federal y los diez *premiers* provinciales, Accord Meech-Langerin —por su celebración en el edificio Langerin—, el 3 de junio de 1987, en el que se perseguía la consolidación constitucional del contenido del acuerdo del lago Meech. En él se establecía una regla interpretativa que modificaba el contenido del artículo 2 LC 1867, en el sentido de reconocer a Quebec como una sociedad diferenciada (artículo 2.1.b) y de asignar al legislativo y al gobierno de Quebec el «rôle» de promover dicho carácter diferenciado (artículo 2.3). Cfr. Morin, J. Y. y Woehrling, J. (1992): *Les constitutions du Canada et du Québec du Régime Français à nous jours*. Montreal, Éditions Thémis, 897-910.

Terranova y Manitoba, no habían ratificado aún el acuerdo. La raíz de su fracaso estuvo, nuevamente, en el rechazo frontal a un tratamiento diferenciado de Quebec, independientemente de la fórmula para ello adoptada.

La resaca del fracaso de los Acuerdos del Lago Meech incentivó una nueva tentativa de solución de la dualidad canadiense que se plasmaría en una serie de propuestas del Gobierno Federal formuladas por un Comité sobre la Constitución y las negociaciones constitucionales. Entre sus veintiocho propuestas destaca la necesidad de ampliar el bilateralismo, con el que hasta el momento se enfocaba el problema de «Quebec & ROC», optando por una mesa redonda en la que se incluyeran las posturas de todas las provincias desde un primer momento y no solo en el ítem final de los acuerdos.

La estela de estas propuestas se concentró en una incentivación del debate público sobre la situación de «cuasi-cohabitación» entre Quebec y el resto de Canadá. Esta discusión, desarrollada en diferentes foros, la podríamos periodificar en torno a tres momentos⁶⁹: el primero, que abarcaría desde octubre de 1991 a finales de febrero de 1992 y que se concretó en el debate sostenido en el *Comité Parlamentario Conjunto Beaudoin-Dobbie*. Un segundo período, el más informal, pero probablemente el más fructífero consistió en la traslación a los medios de comunicación de estos grandes problemas constitucionales, mediante una serie de seis debates y conferencias televisados que se desarrollaron entre enero y marzo de 1992. Un tercer momento, desde marzo a agosto de 1992, se entregaría a desarrollar una serie de complejas negociaciones interministeriales, dando cabida en estos foros informales a representantes del Gobierno federal, de las provincias, de los territorios y de las cuatro principales asociaciones de grupos aborígenes. El resultado de esas negociaciones fue una serie de compromisos que se consignaron en un acuerdo consensuado que se firmaría el 28 de agosto de 1992 en Charlottetown.

Charlottetown representa una apuesta definitiva por la ampliación del espectro de los problemas a debatir. El planteamiento era básicamente *simétrico*⁷⁰, pero permitiendo elementos de asimetría en su aplicación y en su configuración⁷¹. Sin minorar, al igual que sus precedentes, la atención prestada a Quebec se incluyeron en la agenda otras cuestiones cuya finalidad era básicamente salvar la aprobación del acuerdo⁷², algo que nuevamente no se conseguiría al ser rechazado en Quebec y en las provincias del oeste.

69 *Vid.* el prefacio al texto definitivo del acuerdo de Charlottetown. *Consensus Report on the Constitution, Charlottetown*. Ottawa, Minister of Supply and Services Canada, i-ii.

70 Reforma del Senado (artículo 8) y realización de pagos y transferencias igualitarias a las provincias (artículos 4 y 5).

71 La propuesta de reforma del artículo 1 LC 1867 interpretando «la Constitución de Canadá, incluyendo la Carta canadiense de Derechos y Libertades, de forma consistente» con una serie de ocho propuestas entre las que cabría destacar: «c. Quebec constituye dentro de Canadá una sociedad diferenciada, que incluye una mayoría de franco-parlantes, una única cultura y una tradición de derecho civil».

72 La expresa consignación de la «igualdad de todas las provincias» (artículo 1.2.1.d.). Sobre el rechazo del Acuerdo *vid.* Brun, H. y Tremblay, G. (1997): *Droit Constitutionnel*, 3.^a ed., Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 126; Whitaker, R. (1993): «The dog that never barked: who killed asymmetrical federalism?».

Tres años después la singularidad quebequesa volvía a copar protagonismo en el sistema democrático canadiense al celebrarse un referéndum el 30 de octubre de 1995, sustentado por los líderes independentistas del Partido Quebequés (Jacques Parizeau), del Bloque Quebequés (Loucien Bouchard) y Acción Democrática (Mario Dumont). La propuesta «confederal» que se debatía, al reivindicarse la soberanía de Quebec, implicaba su secesión del Estado federal canadiense con el que, no obstante, se firmaría un pacto de asociación política y fundamentalmente económica.

En las elecciones de 1994, el PQ obtendría la mayoría en las elecciones a la Asamblea de Quebec, de la mano de Jacques Parizeau. Un compromiso de campaña era la celebración de un referéndum en el primer año de mandato⁷³. El referéndum de 1995 fue amparado por un acuerdo entre los tres partidos quebequeses proindependencia. El texto del acuerdo se convertiría en el Proyecto de ley 1, una Ley respecto al futuro de Quebec, que concluiría proclamando el carácter soberano de Quebec.

La norma reguladora, *Referendum Act*, había sido modificada desde su aprobación en 1978. Los líderes de la campaña fueron Jaques Parizeau y Daniel Johnston, del partido liberal de Quebec. La propuesta «confederal» que se debatía, al reivindicarse la soberanía de Quebec, implicaba su secesión del Estado federal canadiense con el que, no obstante, se firmaría un pacto de asociación política y fundamentalmente económica. La pregunta:

¿Está de acuerdo en que Quebec debería convertirse en soberano, después de haber hecho una oferta formal a Canadá para un nuevo acuerdo económico y político dentro del marco del Proyecto de Ley respecto al futuro de Quebec y al acuerdo firmado el 12 de junio de 1995?

Nuevamente, la arriesgada propuesta no triunfó⁷⁴. Por un estrecho margen de algo más de un punto —50,6% contra 49,4%—, unos 53.000 votos aproximadamente, Canadá continuó siendo un Estado federal y Quebec uno de sus componentes federados.

El eco de este referéndum se proyectó en la voluntad de conciliación, y se materializó en la propuesta del Ministro federal de Asuntos Intergubernamentales, Stephan Dion, formulada el 3 de diciembre de 1997 en Montreal, en virtud de la cual se procedería al «reconocimiento del carácter único de la sociedad quebequesa, compatible con la igualdad de status de las provincias, según el principio por el cual la igualdad no es sinónimo de uniformidad»⁷⁵. Esta propuesta se calificaría de formalmente impecable, pero materialmente compleja y de difícil implementación.

The Charlottetown Accord, the referendum and the future of Canada. Toronto, University of Toronto Press, 108.

73 Jean-François Lisée (2015): *Tous les espoirs, tous les chagrins*, Montréal, Québec Amérique.

74 La pregunta formulada a los quebequeses fue: «¿Acepta usted que Quebec sea soberano, después de haber realizado una oferta formal a Canadá de una nueva asociación económica y política, dentro del marco de la Ley relativa al futuro de Quebec y del acuerdo firmado el 12 de junio de 1995?».

75 Croisat, M. (1999): «Le fédéralisme asymétrique: L'expérience canadienne», *Revue française de Droit constitutionnel*, 37, 42.

1.3.3. La conflictividad canadiense en sede judicial y parlamentaria

El papel desempeñado por el Tribunal Supremo y por su antecesor, el Comité Judicial del Consejo Privado, en el diseño del federalismo canadiense es el de potenciar un federalismo descentralizado, por contraposición al identificado en la Constitución. En la relación competencial que aparece en la Ley constitucional de 1867, tres son los ámbitos materiales que han sido sustancialmente influenciados por la interpretación judicial: primero, el preámbulo al artículo 91, la mencionada «cláusula POGG —*peace, order and good government*—, que garantiza al parlamento federal la potestad para aprobar leyes para el bienestar general del país; segundo, la competencia general de las provincias sobre propiedad y derechos civiles (art. 92.13) y, finalmente, la competencia federal sobre reglamentación del tráfico y el comercio (art. 91.2).

La expresión «federalismo separatista» —expresión de la base conflictual subyacente en Canadá— haría referencia a una modalidad extrema de «federalismo dual» caracterizada por la existencia de un máximo distanciamiento entre uno o varios Estados miembros y la federación⁷⁶. El máximo distanciamiento entre Quebec y Ottawa, sobre la base de los dos referendos analizados, ha tenido en sede judicial y parlamentaria tres iconos esenciales: el dictamen del Tribunal Supremo de Canadá sobre la secesión de Quebec, de 20 de agosto de 1998; la Ley federal de la Claridad y la Ley quebequesa sobre el ejercicio de los Derechos Fundamentales y Prerrogativas del Pueblo Quebequés y del Estado de Quebec

En lo que concierne al dictamen, de carácter consultivo, sobre la secesión de Quebec resuelto por el Tribunal Supremo Canadiense el 20 de agosto de 1998⁷⁷ proponemos concentrar su análisis en los siguientes aspectos:

Primero, el esfuerzo del Tribunal Supremo por depurar el proceso jurídico y el político en el debate de la secesión de Quebec. Desde la constatación de que la «secesión de una provincia debe ser considerada, en términos legales, a partir de una necesaria reforma de

76 Bassani, L.M., Stewart, W. *et al.* (1995): *I concetti del federalismo*. Milano, Giuffrè Editore, 395.

77 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, in the matter of Section 53 of the Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. 5-26. And in the matter of a Reference by the Governor in Council concerning certain questions relating to the secession of Quebec from Canada, as set out in Order in Council, dated the 30th of september 1996. (Canada Supreme Courts Reports, part. 2, 1998, vol. 2 [1998] 2 S.C.R. 217-441, file 25.506). Accesible a través de Internet <<http://droit.umontreal.ca/doc/csc-sec/en/rec/html/renvoi.en.html>>. La traducción al castellano de las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Supremo puede consultarse en *Boletín de Documentación*, 4, enero-abril 1999. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3-23. Entre los diferentes comentarios que la doctrina dedicó al análisis de tal sentencia se ha de destacar *ab initio*, por la incuestionable especialización de su autor en esta materia, el realizado por Woehrling, J. (1999) «La Cour suprême du Canada et la sécession du Québec», *Revue française de Droit Constitutionnel*, 37, 3-27. En la doctrina española podemos referenciar los siguientes: Cfr. Ruiz Robledo, A. y Chacón Piqueras, C. (1998): «El Dictamen del Tribunal Supremo del Canadá sobre el derecho a la secesión de Quebec», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrigue Furió Ceriol*, 24, 129-180; López Aguilar, J. F. (1998): «Reflexiones a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Supremo (TS) de Canadá acerca de la secesión de la provincia de Quebec», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 1998*, IV, Pamplona, Editorial Aranzadi, 519-525.

la Constitución» se está marcando el margen positivo regulador que sanciona un previo debate político, no tasado por el Tribunal, ni sobre el que puede convertirse en «supervisor legal», en el que han de postularse distintas soluciones.

En un segundo lugar, hay que ponderar que el reconocimiento de un silencio constitucional desde la LC 1867 sobre la secesión de una de sus provincias no es óbice para rechazar su potencial materialización, siempre que se afronte desde un marco legal, esto es, se proceda a reformar la Constitución, de forma coherente con los principios básicos de federalismo, democracia, constitucionalidad, Estado de Derecho y respeto a las minorías.

En tercer lugar, el Tribunal no puede soslayar los efectos secundarios de fragmentación o atomización que se «cuelan» en la mayoría de los planteamientos separatistas. Una expresión radical de las diferencias conducentes a reclamar la secesión de un territorio se presenta, simultáneamente, como despertador de opiniones disidentes en su propio seno, esto es, se azuzarían posiciones igualitarias. *V. gr.* la posición de los pueblos autóctonos personados en el proceso que sostuvieron que, en caso de secesión, los pueblos aborígenes situados en la parte septentrional de Quebec podrían exigir que su territorio continuase formando parte de Canadá.

Una cuarta observación nos lleva a dirigir la mirada hacia el Derecho Internacional y su papel en los procesos internos relativos a la forma de un Estado. El Tribunal Supremo consolidó la postura según la cual el Derecho Internacional no es un *corpus jurídico* omnicompreensivo bajo cuyo paraguas puedan albergarse todo tipo de pretensiones, incluidas las de secesión. Bien distinto es el papel a jugar por la «Comunidad Internacional». Su participación como juez se reclama en dos supuestos complejos. El primero, ante la hipótesis de «una mayoría política de cada parte que no actuase de acuerdo con los principios constitucionales subrayados» poniendo en riesgo la legitimidad del ejercicio de estos derechos. En román paladino, la ausencia de buena fe por cualquiera de las partes conminaría a la Comunidad Internacional a no aceptar el resultado, pro o antisecesionista. Una segunda hipótesis lleva al Tribunal a reparar en la posibilidad de una secesión *de facto*, cuyo éxito se vincula al de «su reconocimiento por la Comunidad Internacional»⁷⁸. Sobre estas bases, solo restaría identificar a esa Comunidad Internacional, lo que nos llevaría a la institución por excelencia que la representa, a la Organización de las Naciones Unidas, y a su Asamblea General.

Finalmente, es esa secesión *de facto* la que copa el interés del Tribunal Supremo, y por qué no reconocerlo, la que ha granjeado las simpatías soberanistas quebequesas. El Tribunal anticipa con meridiana claridad la opción confederal para Canadá, de acuerdo con el principio de efectividad, cuyo límite será la «no retroactividad» de su pronunciamiento.

78 [1998] 2 S.C.R. 223.

El estado de la cuestión se materializa en el testigo que el Tribunal Supremo entrega a los «actores políticos» y que se concreta en el supuesto en que «una clara mayoría de quebequeses votase sobre una pregunta clara a favor de la secesión».

La recepción del salomónico ejercicio de ponderación de intereses afrontado por el Tribunal Supremo no se demoraría. Su exposición se reifica en sendas leyes aprobadas, respectivamente, por el Legislativo federal y por la Asamblea Nacional de Quebec, *la Ley de la Claridad* y *la Ley sobre el Ejercicio de los Derechos Fundamentales y Prerrogativas del Pueblo quebequés y del Estado de Quebec*.

El 13 de diciembre de 1999 el Ministro de Relaciones Intergubernamentales (*Intergovernmental Affairs*), Stéphane Dion, presentó ante la Cámara de los Comunes el Proyecto de Ley (*Bill*) de la *Clarity Act*, *An Act to give effect to the requirement for clarity as set out in the opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference*⁷⁹. Esta norma ilustra lo que la doctrina canadiense ha designado como «legislación contingente» (*contingency legislation*), término bajo el cual se alude al bloque normativo a establecer por el Legislativo federal encaminado a regular la secesión de cualquier provincia, particularmente de Quebec⁸⁰.

Sobre la base del presupuesto de la exigencia judicial de «una mayoría clara sobre un planteamiento claro» como detonante de las negociaciones encaminadas a la secesión de Quebec y a la ulterior reforma constitucional, la estructura de la *Ley de la Claridad* destaca por su enorme sencillez: tres artículos, precedidos de un preámbulo donde se asientan las bases de la legislación clarificadora sobre los cauces a seguir en un proceso de separación de una provincia del Estado canadiense.

Los seis apartados del artículo primero de la citada ley se entregan a ofrecer las pautas fundamentales indicativas de la *claridad de la pregunta formulada*. Una vez acotado el período en el que se procederá a realizar tal evaluación (los 30 días posteriores a que el gobierno de una provincia presente en su Asamblea legislativa la propuesta secesionista; excepcionalmente cabría la ampliación del mismo con 40 días más en el supuesto que ese período inicial de 30 días coincida en todo o en parte con las elecciones a la Cámara de los Comunes) se afronta la tarea procesal de cómo baremar esa claridad en la pregunta. El apartado cuarto de este primer artículo señala el halo negativo de la misma, esto es, se procede a la identificación de aquellos supuestos que no se consideran indicativos de tal meridiana voluntad secesionista. Son los casos en los que la pregunta del referéndum se proyecte meramente sobre un mandato de negociación sin solicitar una directa expresión

79 Bill C-20, 2nd Session, 36th Parliament, 48 Elizabeth II, 1999. <http://www.parl.gc.ca/36/2/parlbus/cham-buus/house/bills/government/.../C-20_cover-E.htm>.

80 Monahan, P. J. (2000): «Doing the Rules. An Assessment of the Federal Clarity Act in Light of the Quebec Secession Reference», *C. D. Howe Institute. Commentary*, 135, 3. La expresión «*contingency legislation*» fue usada por primera vez por el miembro del *Privy Council* Gordon Robertson a principios de 1996, con el significado que aquí se ha expuesto.

de la voluntad de la población de esa provincia sobre su independización del Estado canadiense. Igualmente el legislador estima que una pregunta de un referéndum que incluya en su redacción otras posibilidades añadidas a la separación de Canadá, tales como la celebración de acuerdos políticos o económicos con Canadá, que empañen una directa expresión de la voluntad de la población de esa provincia sobre su intención de dejar de formar parte de Canadá tampoco constituirán un válido instrumento para verificar esa voluntad y, consecuentemente, para impulsar las ulteriores necesarias negociaciones. A este respecto cabe pensar que una hipotética aplicación retroactiva de esta Ley al referéndum de 1995 celebrado en Quebec, conduciría a rechazar su potencial fuerza impulsora de las negociaciones pro-separatistas, en el caso de un triunfo abrumador del sí, tanto más cuanto que la pregunta que se formulaba incorporaba a su literalidad la conversión de Quebec en un socio político y económico de Canadá, como complemento a la asignación a Quebec del título de soberano, es decir independiente y separado formalmente de Canadá.

El artículo segundo de la Ley se dedica en su integridad a delimitar los parámetros válidos para proceder a identificar la existencia de *una clara voluntad separatista por parte de la población de una provincia*. Solo una vez que se haya verificado la claridad y consiguiente validez de la pregunta epicentro del referéndum secesionista, la Cámara de los Comunes procederá a ponderar la existencia de una clara voluntad separatista en dicha provincia. Para ello, la Cámara de los Comunes deberá emitir una resolución en la que determine si en las circunstancias en que se ha celebrado el referéndum cabe evidenciar la existencia de una «clara» voluntad por parte de una «clara» mayoría de la población de esa provincia favorable a dejar de formar parte de Canadá. Los datos objetivos que el legislativo utilizará para formular tal resolución son el número de votos válidos que han configurado la mayoría que virtualmente apoye la separación y el porcentaje de votantes que han participado en la votación con respecto al total de la población con derecho al voto. El punto final de este segundo apartado del artículo segundo completa esos indicadores con un recurso a la ambigüedad difícilmente conciliable con el título de la Ley: el tercer criterio o factor a tomar en cuenta por la Cámara de los Comunes se identifica con aquellos «otros aspectos o circunstancias que la Cámara considere relevantes». Los dos párrafos finales de este segundo artículo trasladan la literalidad de las exigencias que la Cámara marcaba en el momento de verificar la claridad de la cuestión formulada, a la verificación del apoyo mayoritario de la población a la opción separatista (sondeo de opiniones entre expertos y políticos y negativa a entrar en negociaciones sin una previa constatación de ese apoyo democrático a la secesión).

El punto y final de la ley viene dado por un tercer artículo cuyos dos apartados se dedican, respectivamente, a señalar el carácter preceptivo de la reforma constitucional para que cualquier provincia pueda separarse de Canadá y a especificar los límites a respetar en cualquier potencial negociación impulsada desde el ejecutivo federal. Así, se prohíbe a cualquiera de los ministros de la Corona la proposición de una reforma de la Constitución para afrontar la separación de una provincia de Canadá, «a menos que el gobierno de Ca-

nadá haya fijado, en las negociaciones previas, los aspectos más relevantes a considerar en ese proceso de segregación, en particular la delimitación entre los ingresos y los gastos que corresponderán a los nuevos sujetos, cualquier cambio en las fronteras de una provincia, los derechos, intereses y peticiones territoriales de los pueblos aborígenes y la protección de los derechos de las minorías».

La aprobación definitiva del texto de esta ley se produjo el 15 de marzo del año 2000, siendo sancionada en nombre de su majestad la Reina Isabel II, el 29 de junio de ese mismo año.

La respuesta inmediata del Gobierno de Quebec a la *Clarity Act* se produjo tan solo dos días después de la introducción de su proyecto de ley en la Cámara de los Comunes. El 15 de diciembre de 1999, se presentó por parte del Ministro quebequés de Asuntos intergubernamentales canadienses, Joseph Facal, ante el Legislativo quebequés un proyecto de ley que se formalizaría en la *Ley relativa al ejercicio de los derechos fundamentales y prerrogativas del pueblo de Quebec y del Estado de Quebec*⁸¹. Su principal afirmación redunda en sostener el derecho del pueblo quebequés «por sí solo» a determinar el régimen político y el *status* legal de Quebec.

El *preámbulo* de la *Ley relativa al ejercicio de los derechos fundamentales y prerrogativas del pueblo de Quebec y del Estado de Quebec* se articula a través de un total de quince considerandos, cuyo denominador común es el estilo, una retórica ampulosa, con el que se enfatizan las singularidades históricas y culturales de Quebec. La fijación de un ambicioso objetivo, «la necesaria reafirmación de los logros colectivos del pueblo de Quebec, las responsabilidades del Estado de Quebec y los derechos y prerrogativas de la Asamblea Nacional con respecto a todos los asuntos que afectan al futuro del pueblo de Quebec», abre la puerta a su materialización a través del articulado de la Ley, cuya estructura es la siguiente: «Primer capítulo: el pueblo de Quebec. Segundo capítulo: el Estado de Quebec. Tercer capítulo: el territorio de Quebec. Cuarto capítulo: las naciones aborígenes de Quebec. Quinto capítulo: disposiciones finales».

En una línea argumental *anti-clarity Act*, el artículo quinto defiende que «cuando el pueblo de Quebec sea consultado por medio de un referéndum regulado por la Ley del Referéndum, la opción vencedora es la opción que obtiene la mayoría de votos válidos, equivalente al cincuenta por ciento de los votos válidos más uno». Esta postura contestaría a la disposición del preámbulo de la *Ley de la Claridad* en la que expresamente se sostenía, siguiendo lo señalado por el Tribunal Supremo en su Resolución, que la democracia significa *más que una simple mayoría*, por lo que «una clara mayoría a favor de la secesión requeriría crear la obligación de negociar la separación y una *cualitativa* evaluación se exige para determinar si una clara mayoría está a favor de la separación». Estamos ante la dialéctica de lo cuantitativo frente a lo cualitativo, de lo objetivo frente a lo subjetivo.

81 Section 2, Bill 99, 36th Legislature, First Session. <<http://www.assnat.qc.ca/eng/publications/Projets-loi/publics/99-a099.htm>>.

El capítulo segundo se dedica a perfilar los rasgos específicos del *Estado de Quebec*: legítimo (art. 5.º), soberano (art. 6.º), con una proyección internacional (art. 7.º) y francófono (art. 8.º). Al afirmar que el «Estado de Quebec deriva su legitimidad de la voluntad del pueblo que habita su territorio» se están defendiendo dos presupuestos. En primer lugar, la ley reitera la convicción en las posibilidades unilaterales de afrontar un proceso de autodeterminación, al margen de lo dispuesto por el Tribunal Supremo, por la Cámara de los Comunes, por el gobierno federal y por las demás provincias que integran el Estado canadiense. En un segundo aspecto, se enfatiza la nota específica de la formación de la Federación canadiense, calificable como un federalismo por concentración o un federalismo integrativo, gestado de abajo a arriba por la existencia previa de dos culturas y dos pueblos fundadores.

El punto final a este auténtico manifiesto identitario se contiene en la disposición final, señalándose que «ningún otro parlamento o gobierno puede reducir los poderes, autoridad, soberanía o legitimidad de la Asamblea Nacional, o imponer obligaciones a la voluntad democrática del pueblo de Quebec para determinar su propio futuro».

El 30 de mayo de 2000, un mes después de la aprobación de la *Clarity Act* por la Cámara de los Comunes, la Asamblea Nacional de Quebec aprobaba este texto cuya sanción se fecha el 13 de diciembre de ese mismo año.

Los años siguientes hasta el momento presente han sido testigos de una resaca separatista con un interesante cambio en la composición política del Parlamento canadiense y de la Asamblea Nacional de Quebec⁸². El liderazgo minoritario conservador, tras las elecciones celebradas el 23 de enero de 2006 en Canadá, puso punto final a doce años de gobierno liberal, otorgando el poder al presidente canadiense Stephen Harper. La autoinmolación de los liberales fue la clave de esta victoria anticipada por todos los sectores. Para sorpresa de todos y, fundamentalmente, con el ánimo de superar esa comentada posición

82 Un dato importante es revisar las composiciones legislativas de Quebec y Canadá en ese período. En lo que respecta a Quebec el Partido Quebequés sería relevado del poder en el año 2003, tras las presidencias de Lucien Bouchard (1996-2001) y Bernard Landry (2001-2003). A partir de ese momento el Partido Liberal de Quebec ocupará el gobierno, siendo su presidente desde el 29 de abril de 2003 Jean Charest. En las elecciones de 8 de diciembre de 2008, los partidos que obtuvieron representación parlamentaria fueron el Partido Liberal de Quebec, de Jean Charest, con 66 diputados, el Partido Quebequés, dirigido por Pauline Marois, con 51 diputados, Acción democrática de Quebec, de Mario Dumont, con 7 diputados, y Quebec Solidario, que tiene solo un diputado. Cfr. <<http://www.assnat.qc.ca/fra/Membres/index.html>>. En lo que concierne a la Cámara de los Comunes de Ottawa, las elecciones de 2000 y 2004 dieron continuidad a la mayoría liberal, liderada por Jean Chrétien hasta el año 2003 y, posteriormente, por Paul Edgar Philip Martin, hasta febrero de 2006, precisamente en ese año las urnas catapultaron a la presidencia al partido conservador. Harper revalidaría su mandato en 2008 y 2011, pero su desgaste, aupado por una crisis global abriría la vuelta de los liberales con un apellido que nos remonta a los 80, Trudeau, de la mano del hijo del presidente que vislumbró el primer referéndum secesionista de Quebec. El nuevo y popular presidente es Justin Trudeau, elegido el 4 de noviembre de 2015, como el 42º Presidente de Canadá.

de gobierno en minoría, los canadienses fueron citados nuevamente a las urnas el 14 de octubre de 2008. Se conseguiría la reelección, pero no la mayoría anhelada⁸³.

La impronta presidencial al federalismo se manifestó desde la misma campaña electoral de 2006, colándose entre de los principales elementos de cariz político con que se aspiraba al gobierno —promulgación de una ley sobre responsabilidad del gobierno federal; combatir la criminalidad; reducir los impuestos; apoyo a las familias y mejora del sistema sanitario—. El modelo federal que promovía el gobierno Harper se identificaba con un *sistema federal flexible*, con un *federalismo de apertura*, «que facilitará la implicación provincial en ámbitos de actuación federal donde estos se hallen afectados y cuyos principios se concretarán en una Carta de Federalismo abierto»⁸⁴. El análisis de los discursos del Trono, leídos por la Gobernadora General de Canadá Michaëlle Jean, el 4 de abril de 2006 con motivo de la apertura de la 39ª Legislatura y el 19 de noviembre de 2008, en la apertura de 40ª Legislatura, así como la segunda sesión de la misma el 26 de enero de 2009, ofrecen el mejor referente para comprender qué significaba la expresión «federalismo flexible»⁸⁵.

El objetivo era alcanzar un «Quebec más fuerte en un Canadá mejor». Para su implementación la percepción conservadora del federalismo como un sistema flexible significaba: 1) Extraer todos los beneficios de la experiencia y de los expertos que las provincias y los territorios puedan aportar al diálogo nacional; 2) Respeto a los ámbitos competenciales provinciales; 3) Limitar el recurso al poder federal de gasto; 4) Establecer un mecanismo formal que canalice las posturas provinciales en la formalización de una posición canadiense en las organizaciones y en las negociaciones internacionales, cuando el contenido de dichos acuerdos repercuta en las provincias; 5) Liberar a Quebec de la trampa de la polarización; 6) Invitar a Quebec a formar parte de la UNESCO; 7) Acorde con un concepto de «federación que camine paralela a las necesidades cambiantes de la sociedad canadiense» se propugnaba una revisión del sistema electoral y de las instituciones democráticas, particularmente del Senado, aspirando a que este «refleje mejor tanto los valores democráticos de los canadienses como las necesidades de las regiones de Canadá», algo que, como hemos señalado, topó con la respuesta del Tribunal Supremo. La llegada de los liberales de la mano de Justin Trudeau ha aparentado orillar el problema quebequés, de la mano de una apuesta por considerar la diferencia como el elemento que otorga fortaleza a

83 Los conservadores obtuvieron 143 escaños, lejos de la mayoría que se cifra en 155. El Partido liberal confirmó su desplome, descendiendo a los 77 diputados —perdió 26 escaños—, el Bloque Qubequés se mantuvo, aunque reduciría dos escaños quedando su presencia en 49 diputados, de modo que los mejores resultados correspondieron al NDP (*New Democratic Party*), socialdemócratas, con 36 escaños, y a los verdes, que a pesar de obtener un 7% de votos se quedaron a las puertas de conseguir un escaño. Cfr. <<http://www.parl.gc.ca>>.

84 Simeon, R. y Nugent, A., «Parliamentary Canada and Intergovernmental Canada: Exploring the tensions», en Bakvis, H., y Skogstad, G., *Canadian federalism. Performance, effectiveness and legitimacy*, Ontario, Oxford University Press, 2002, p. 107.

85 Cfr. <<http://www.sft-ddt.gc.ca>>.

Canadá⁸⁶. En esta diversidad se prioriza la reconciliación con los aborígenes y el papel de la inmigración, *diversity is Canada's strength*.

«En estos tiempos inciertos»⁸⁷, el futuro del Estado federal canadiense es, como cualquier otro, impredecible⁸⁸. Solo nos atrevemos a anticipar las dos grandes cuestiones que presumiblemente protagonizarán los debates políticos y jurídico-constitucionales de Canadá en su inmediato futuro: la reiterada tensión entre Quebec y el Gobierno Federal y el no menos importante tema de la identificación y *status* diferenciado de las naciones aborígenes, cada vez más concienciadas de su singularidad, y alentadas en sus demandas por los logros quebequeses.

En lo que se refiere a la integración/desintegración de Quebec en Canadá, cabría anticipar cinco escenarios posibles a través de los cuales se podría canalizar la solución a la tensa situación que tradicionalmente ha marcado las relaciones de Quebec con el resto de Canadá⁸⁹:

- Un referéndum que cumpla con los requisitos señalados por la *Clarity Act*.
- Una declaración unilateral de independencia, que vendría a ignorar por completo la posición del legislativo federal y del Tribunal Supremo.
- Una estrategia ambivalente, similar a la desarrollada en 1995. La conjunción de la opción de la soberanía/independencia culminada con un tratado de asociación política y, sobre todo económica, con Canadá.
- Un proceso con diferentes etapas donde a través, básicamente, de sucesivos referéndums, la posición política de Quebec alcance algún grado de sanción jurídica, por parte de la federación y, fundamentalmente, que se refleje en la Constitución federal. Así, una reforma constitucional que ahonde las asimetrías quebequesas, podría articularse partir del procedimiento regulado por el art. 43 LC 1982, referido a la reforma de la Constitución de Canadá en relación a cualquier disposición que se aplique a una o más provincias, pero no a todas.
- Una indefinida dilación de la solución del conflicto, a través de un incierto proceso consultivo por parte de la población quebequesa y, sobre todo, el juego de alternancias políticas entre Quebec y Ottawa.

En el caso de Quebec, la secuencia de un primer referéndum de 20 de mayo de 1980 y de un segundo referéndum, 30 de octubre de 1995, podría tener su continuidad en un

86 *Speech from the Throne 2017*. <<http://speech.gc.ca/en/content/making-real-change-happen>>.

87 *Speech from the Throne*. To open de second session of the fortieth Parliament of Canada, 26 de enero de 2009, *op. cit*, p. 1.

88 MALLORY, J. R., “The five faces of federalism”, en CREPEAU, P.-A. & MACPHERSON, C.B., *The future of Canadian Federalism*, University of Toronto Press, Toronto, 1965, p. 11.

89 RYAN, C., “Consequences of the Quebec Secession Reference. The Clarity Bill and Beyond”, en *C.D. Howe Institute Commentary*, n.º 139, abril, 2000, pp. 1-32.

tercer referéndum, que en el mejor de los casos se celebraría a partir de 2022, de acuerdo con la propuesta del líder del partido quebequés (PQ), Jean-François Lisée⁹⁰. Este recorrido, susceptible de ser descrito como una *never ending story*, indica que tras dos votaciones fallidas la cuestión ni se ha calmado, ni menos abandonado, en una especie de conversión del referéndum en *neverendum*, como periodísticamente se le ha descrito⁹¹.

1.4. Estados Unidos, un federalismo conflictivo

Un federalismo de carácter simétrico, como es el americano, no está predispuesto teóricamente a la promoción de fuentes de conflictos. No obstante, la pluralidad conlleva como algo inmanente la producción de disputas y tensiones. La propia habilitación de un Tribunal Supremo, como institución propia de los modelos federales y la atribución a su jurisdicción de los conflictos interestatales es la prueba más empírica de su existencia. Así, el art. III, secc. 2 de la Constitución de los Estados Unidos señala que el Tribunal Supremo es competente «en las controversias entre dos o más Estados, entre un Estado y los ciudadanos de otro, entre ciudadanos de Estados diferentes». A partir de ahí, la presentación de la conflictividad interestatal en Estados Unidos nos llevará a reparar, primero en los protagonistas subjetivos de dichos conflictos —por un lado, Estados *versus* federación y, por otro y más frecuente, Estados *versus* Estados—. En segundo término, repararemos en el objeto litigioso. Los recursos naturales como el agua o el petróleo han subyacido en la mayoría de los conflictos, así como mayoritariamente las tensiones derivadas de las discrepancias sobre la fijación de las fronteras. Finalmente, reflexionaremos sobre los métodos de solución de dichos conflictos y disputas, esencialmente jurisprudenciales, pero habilitando un interesante recurso a la solución pactada a partir de la cláusula, *compact clause*, establecida en la Constitución (art. I, secc. 10), que se desarrollará en el capítulo dos.

1.4.1. Las bases constitucionales de la federación

El sistema federal adoptado en Norteamérica, después de un experimento de confederación, se convirtió en modelo para los posteriores Estados federales de los cinco continentes. La importancia del modelo federal americano ha llevado a que autores como Wheare,

90 Previamente, asesor de los primeros ministros quebequeses Jacques Parizeau y Loucien Bouchard, ha sido elegido el 7 de octubre de 2016 como líder del PQ (Parti Québécois). Ha descartado la convocatoria de un referéndum para un mandato que se iniciaría en 2018, en el supuesto de resultar vencedor, movido por los bajos apoyos que esta propuesta ahora concita, pero no ha renunciado a él, de acuerdo con su ideal de independencia que considera más vivo que nunca. «Le projet indépendantiste est irréductible», sostuvo en el discurso de su nombramiento. <<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/481878/le-gagneur>>.

91 Bryan, N. (2014): «Neverendum referéndum: voting on Independence Quebec style», en *BBC*. [En línea]. Quebec, disponible en: <<http://www.bbc.com/news/magazine-29077213>>.

repudien todos aquellos trabajos que, en materia de federalismo, no se detengan en revisar el modelo norteamericano⁹². Por ello y porque objetivamente el Estado federal americano es un caso paradigmático en esta formación, nos centraremos en el análisis de aquellos datos que convierten al federalismo americano en un referente ineludible.

La debacle de la Confederación, creada tras la emancipación de las trece colonias del dominio británico, impulsó la elaboración de una Constitución federal, que descansaba fundamentalmente sobre dos pilares: el republicanismo y el federalismo. La estrecha conexión entre estos dos «ismos» corrobora la teoría de la necesidad de concebir conjuntamente formas de gobierno y formas de Estado, a pesar de que conceptualmente podamos establecer su vivisección.

La forma republicana (art. IV, secc. IV) condicionaría los más diversos aspectos de la vida política —incluso la política exterior— de los Estados Unidos, como se comprobaría en la ardiente defensa que del republicanismo se hizo, casi cien años después de aprobarse la Constitución, en lo que se conoce como la Doctrina Monroe⁹³. La extrema importancia otorgada a la forma republicana de gobierno llevó a Madison a presentarla como la única forma «conciliable con el genio americano, con los principios fundamentales de la Revolución o con esa honrosa determinación que anima a todos los partidarios de la libertad a asentar todos nuestros experimentos políticos sobre la base de la capacidad del género humano para gobernarse»⁹⁴.

Respecto al Estado federal que se diseñaba en la Constitución americana de septiembre de 1787⁹⁵, cabe señalar las siguientes observaciones. Lo que primero sorprende es que lo que la historia nos ha presentado como la realización pionera del federalismo, el primer Estado federal⁹⁶, no incorpore en el texto de su Constitución referencia expresa alguna al federalismo. Tampoco ayuda demasiado, a este propósito concreto, acudir al comentario

92 Wheare, K. C. (1963): *Federal Government*. London, Oxford University Press, 1: «Any definition of federal government which failed to include the United States would be there by condemned as unreal».

93 En el mensaje que dirigiría al Congreso el 2 de diciembre de 1823, Monroe apuntó los pilares de la política exterior americana. Este mensaje decía: a) que los continentes americanos no deberían en el futuro ser considerados como territorios de colonización por parte de las potencias europeas; b) que los Estados Unidos no tomarían parte en ninguna guerra que hicieran las potencias europeas entre sí; c) que, por contrapartida, no podían sentirse indiferentes a cuanto sucediera en tierras americanas y que *cualquier tentativa de las potencias monárquicas para establecer su sistema político en este continente sería considerada una amenaza*; d) que los Estados Unidos no intervendrían para desposeer a las potencias europeas de las colonias que ya hubiesen adquirido; e) que toda intervención contra la independencia de las repúblicas sudamericanas no merecería la aprobación de los Estados Unidos. Cfr. Maurois, A. (1969): *Historia de los Estados Unidos*. Barcelona, Blume, 22 y ss.

94 Hamilton, Madison y Jay, *El federalista*, op. cit., paper n.º XXXIX, p. 158.

95 Pese a que la Constitución norteamericana fue adoptada el 17 de septiembre de 1787, el artículo VII de la misma prescribe que su entrada en vigor se producirá una vez que sea ratificada por las convenciones de nueve Estados, de los trece existentes en ese momento y lógicamente en lo que respecta a los Estados que la ratifiquen.

96 V. gr. ALBERTINI, M. (et. al.), *Il federalismo*, Bologna, Il Mulino, 1979, p. 7.

por excelencia de la Constitución, al *Federalista*⁹⁷. Madison al definir la forma de Estado que instaura la nueva Constitución afirma que «la Constitución propuesta no es estrictamente una Constitución nacional ni federal, sino una combinación, un acomodamiento de ambas. Desde el punto de vista de su fundamento, es federal, no nacional; por el origen de donde proceden los poderes ordinarios del gobierno, es en parte federal y en parte nacional; por la extensión de ellos es, otra vez, federal y no nacional, y, finalmente, por el modo que autoriza para introducir enmiendas, no es totalmente federal ni totalmente nacional»⁹⁸. Probablemente con este juego de palabras Madison buscarse más la confusión que aportar una definición exacta del modelo a aplicar, opción ésta que dificultaría considerablemente el, ya de por sí, complicado proceso de su aprobación por los legislativos de los distintos Estados, particularmente Nueva York al que se destinaba esta misiva. Lo que parece estar claro es la ambigüedad de la expresión federal, que en el texto reproducido se presenta como equivalente a confederal, y bajo la que se aludiría al resultado de una combinación entre las formas extremas, unitaria y confederal. Con esta técnica ecléctica de caracterización, que más de un siglo después utilizaría Ambrosini para definir al Estado regional, se resalta la dificultad y relatividad con que se afronta la definición de las formas de Estado, incluso la que *a priori* parece más sólida e identificable, la federal.

Lo que el preámbulo de la Constitución de 1787 sí deja claro es la voluntad de los constituyentes, como representantes del pueblo de los Estados Unidos, de construir «una unión más perfecta». Los rasgos de dicha unión, que se denominará federal para obtener su diferenciación respecto a su precedente confederal, serían, siguiendo a André Hauriou, los siguientes⁹⁹: estamos ante un federalismo limitado, de superposición, contractual y paritario. Es limitado en la medida en que los poderes del Estado se enumeran de una forma taxativa, correspondiendo el resto a los Estados (art. I, secc. VIII). Es de superposición, en cuanto que la organización estatal creada *ex novo* se adhiere a unas estructuras estatales que permanecen inmutables (art. II, secc. II). Es contractual, al menos originariamente,

97 *El Federalista*, es el conjunto de más de ochenta artículos publicados por Madison, Hamilton y Jay, bajo el seudónimo de *Publius*, en tres periódicos de la ciudad de Nueva York: *El Diario Independiente*, *El Correo de Nueva York* y *el Anunciador Cotidiano*, entre octubre de 1787 y mayo de 1788. El motivo fue la defensa de la Constitución en un Estado como el de Nueva York reticente a su ratificación. El valor que se otorga a esta obra supera el elogio y la admiración que se profesa ante cualquier obra maestra, -*vid.* TOCQUEVILLE, A., *La democracia en América*, vol I, Madrid, Alianza Editorial, 1985, p. 398: “*El Federalista* es un valioso libro que, aunque se refiere especialmente a Norteamérica, debería ser familiar a los hombres de Estado de todos los países.”-, para integrarse en el ámbito complejo y difuso del valor atribuido a sus referencias en las primeras sentencias del Tribunal Supremo, *v. gr.* *McCulloch vs. Maryland -Cases on Constitutional Law*, 4 Wheat. 316, 4 L. Ed. 579 (1819), pp. 8-21. Cfr. VELASCO, G. *Prólogo a la versión española del Federalista*, en HAMILTON, MADISON y JAY, *El Federalista*, *op. cit.*, p. x; STOURZH, G., “El “Federalist”. Teoría política e retórica della persuasione”, en NEGRI, G. (*et. al.*), *Il federalista: 200 anni dopo*, Bologna, Società Editrice Il Mulino, 1988, p. 272.

98 Cfr. Hamilton, Madison y Jay, *El federalista*, (Prólogo y traducción de VELASCO, G.), *op. cit.*, *paper* n.º XXXIX, p. 163.

99 Hauriou, A., Gicquel, J. et al (1980): *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, 2ª ed. Barcelona, Ariel, 495 y ss.

puesto que tanto el nacimiento del Estado federal como la admisión de nuevos Estados exige el previo consentimiento de los Estados parte, de los Estados miembros (art. III, secc. III). Y es paritario, al defender la igualdad entre los distintos Estados reflejada en su cuota de participación en el Senado (art. I, secc. III).

A partir de aquí la evolución del Estado federal americano ha ido experimentando distintos estadios, en función de las diferentes coyunturas políticas y sobre todo de las diferentes exigencias presupuestarias, sin que todo ello haya significado una alteración en el papel del federalismo como la categoría que mejor define la estructura constitucional de los Estados Unidos¹⁰⁰.

1.4.2. La diferencia como referente en el federalismo americano

Frente a ese diseño simétrico del federalismo en Estados Unidos, los presupuestos fácticos sobre los que se asienta tienen, como contrapunto, un marcado sesgo de carácter diferenciado que podemos ilustrar con los siguientes comentarios.

El punto de origen es la ratificación escalonada por las diversas colonias de la Constitución de Estados Unidos. Una vez concluida la Guerra de la Independencia (1776-83), y tras un breve período confederal, las trece colonias británicas del este de Norteamérica ratificaron individualmente, mediante convenciones populares creadas para tal fin, la vigente Constitución. Sobre esa base legal la secuencia de ratificaciones fue la siguiente: el primer Estado cuya convención procedió a su ratificación fue Delaware, el 7 de diciembre de 1787, luego vendrían Pennsylvania (12-XII-1787), New Jersey (18-XII-1787), Georgia (2-I-1788), Connecticut (26-VII-1788), Massachusetts (6-II-1788), Maryland (28-IV-1788), South Carolina (23-V-1788) y el noveno Estado sería New Hampshire (21-VI-1788). Tras el cumplimiento de esos requisitos, la Constitución entraría en vigor el 4 de marzo de 1789, produciéndose con posterioridad a su entrada en vigor la ratificación de los dos últimos Estados North Carolina (21-IX-1789) y Rhode Island (29-V-1790). En esa dilación ya se generaron diferencias entre los Estados, alguna de las cuales, como veremos en Vermont, va a ser apelada como elemento de singularización de ese Estado.

En la actualidad, los Estados Unidos incluye cincuenta Estados, 89.004 gobiernos locales, seis posesiones deshabitadas, 566 tribus indias y los pueblos nativos de Alaska. La extensión de tierra es de más de nueve millones de kilómetros cuadrados en los que reside

100 Básicamente nos estamos refiriendo a la evolución desde un federalismo dual a un federalismo cooperativo. Cfr. López Aranguren, E. (1987): *El federalismo americano: las relaciones entre poderes en los Estados Unidos*. Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 37-49; Katz, E. (1988): «Perspectivas contemporáneas del federalismo americano», *R.C.E.C.*, 1, 13-31; Steward, R. (1988): «Principios estructurales de Derecho constitucional y los valores del federalismo: la experiencia de los Estados Unidos», *R.C.E.C.*, 1, 55-75; Gautier, M. (1996): «L'évolution du système fédéral américain», *Les Fédéralismes*. Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 213-224.

una población cercana a los trescientos millones de habitantes¹⁰¹. En ese componente poblacional, también hay diversidad. Al 66% de la población blanca se ha de agregar un 15% de latinos e hispanos, un 12% de afroamericanos, un 4% de asiáticos a los que cabría agregar algo menos del 1% de dicha población total que procede de Alaska o de las tribus indias.

Desde el punto de vista jurídico, el sistema de *common law* de tradición anglosajona se exceptúa solo en Lousiana, donde se compatibiliza en materia civil y administrativa con un Código civil de 1808, reformado en 1870, reminiscencia de la tradición franco-española¹⁰² en esa zona. Se conoce como Código O'Reilly, en honor al primer gobernador español en Louisiana tras la cesión francesa del territorio en 1762¹⁰³. O'Reilly era un irlandés que había ganado honores en la armada española y como tributo a los mismos se le otorgó el cargo de gobernador. Este Código civil sería utilizado como modelo en Quebec¹⁰⁴. Su ámbito de regulación se circunscribe al derecho privado, en particular, matrimonio, familia, propiedad, servidumbres, obligaciones, derecho de la persona o corporaciones¹⁰⁵.

Otro dato característico de las federaciones plurales es la diversidad lingüística. En Estados Unidos, el inglés es la lengua oficial en la mayoría de Estados y territorios, siendo el español lengua oficial en Puerto Rico, pese a que se habla a lo largo de casi la totalidad de la geografía norteamericana, pero especialmente en el sur. Hawaii incorpora el hawaiano, además del inglés, como lengua oficial.

El tamaño de los Estados es otra cuestión a considerar. Las dimensiones de los mismos varían de modo significativo, desde el extremo de California, cuya población es el 12% de la población total y su producto interior bruto le ubicaría dentro de los diez Estados más ricos del mundo, si fuese un Estado individual, hasta el otro extremo desde el punto de vista de la densidad de habitantes que es Alaska, con solo 700.000 personas. En ese extremo de Estados minúsculos podemos citar a Delaware o Rhode Island.

Estas pre-condiciones asimétricas también se verifican en la singularidad de la capital, Washington, Distrito de Columbia, que pese a carecer de representantes en el legislativo tiene asignado el mínimo de 3 votos electorales en las elecciones presidenciales. Otra singularidad reseñable es la existencia de territorios. En la actualidad son dieciséis, siendo los más importantes y habitados —habitados permanentemente— Puerto Rico, Guam,

101 326.351.422 <<https://www.census.gov/popclock/>>.

102 Rabalai, R. J (1982): «The Influence of Spanish Laws and Treatises on the Jurisprudence of Louisiana 1762-1828», *Louisiana Law Review*, 42, 5, 1485-1508.

103 Yiannopoulos, A.Y. (2008): *The Civil Codes of Louisiana*, 1 CIV. L. COMMENT. 1, 1, 2-3 <<http://www.civil-law.org/v01i01-Yiannopoulos.pdf>>.

104 Fabre-Surveyer, E. (1939): «The Civil Law in Quebec and Louisiana», *Louisiana Law Review*, 1, 4, 649-664.

105 <<http://lcco.law.lsu.edu/>>.

Islas Marianas del Norte, Islas Vírgenes y Samoa Americana. El resto son pequeñas islas, arrecifes y atolones, dispersos por el Caribe y el Pacífico (ej. Atolón Palmira, Isla Baker; Isla Howland o Jarvis). Los territorios habitados tienen un ejecutivo, Gobernador, y una Asamblea Legislativa, a la vez que eligen un representante, designado «Comisionado Residente» para la Cámara de Representantes que, no obstante, carece de derecho al voto. Respecto a las tribus indias, podemos sostener una «asimetría *de iure*» reconocida en la Constitución, dentro de la denominada «cláusula de comercio» (art. I, Secc II y III), en virtud de la cual están exentos del pago de tributos. Desde el punto de vista negativo, su ausencia en la asignación de electores para la elección de Presidente, Vicepresidente y representantes del Congreso (Enmienda XIV), también introduce un elemento diferencial respecto a ellas. El gobierno federal ostenta la autoridad exclusiva para regular las relaciones con las tribus indias. En el año 2000 un Decreto Presidencial (Clinton) confirmaría el *status* soberano de las Tribus indias con las que se trazaría una relación bilateral «*government to government*»¹⁰⁶, que pese haber sido impulsado a comienzos de los 80 por Ronald Reagan sería objeto de una percepción regresiva por parte del Tribunal Supremo, especialmente en el período Rehnquist¹⁰⁷.

La estructura territorial interna de los Estados es igualmente dispar. Por un lado, su estructuración en gobiernos locales, que fluctúan desde los casi 7000 del Estado de Illinois a los 19 de Hawaii. Esta autonomía municipal halla su garantía institucional en las constituciones estatales, ante el silencio de la Constitución federal. Por otro, la presencia del Estado federal, como propietario, es heterogénea en los distintos Estados. Así, el Estado federal posee menos del 5% en los Estados del este y del medio oeste, pero en la región de las Montañas Rocosas es titular del 37% (Colorado) y del 85% (Nevada). Esto es especialmente importante en la diferencia que se genera en la aplicación, por ejemplo, de políticas medioambientales. Desde la organización del legislativo, el bicameralismo se ha asentado en la totalidad de Estados a imagen y semejanza del modelo federal, desmarcándose Nebraska con su apuesta unicameral¹⁰⁸.

Es, precisamente, en ese ámbito de la representación donde también se detecta la existencia de diferencias reseñables. En primer lugar, desde los Estados con respecto al legislativo federal. Por ejemplo, California tiene 53 representantes en la Cámara Baja y siete Estados (Alaska, Delaware, Montana, North Dakota, South Dakota, Vermont y

106 Executive Order 13175, *Consultation and Coordination with Indian tribes* <<https://www.effectivegov.org/sites/default/files/regs/library/eo13175.pdf>>.

107 1931 p. 15.

108 Cuando Nebraska ingresó en la Unión en 1867, disponía de un Parlamento bicameral, como los restantes Estados. En 1934, se aprobaría una iniciativa para su conversión en unicameral, sobre la base de que una proliferación de comisiones en parlamentos bicamerales era el caldo perfecto para la incubación de una mayor corrupción. Eran los años de la recesión económica y ese argumento, al que se uniría una percepción economicista de las instituciones, prevaleció y optó por el cambio. En su singularidad, hemos de agregar que es un Parlamento no partidista, no existiendo grupos parlamentarios de organización partidista en la Cámara, sino de organización regional a partir de los diferentes distritos.

Wyoming) tienen un solo representante respectivamente. La situación del Senado también es peculiar. Pese a su simetría formal, cada Estado elige a dos senadores, lo cierto es que el 54% de la población elige solo al 18% de los senadores. No hay límites al mandato personal de los legisladores, que pueden ser reelegidos durante años, si bien los 435 congresistas tienen que renovar su mandato cada dos años, mientras los senadores cada seis.

Por su parte, las Cámaras legislativas de los Estados varían enormemente. La horquilla fluctúa desde los veinte miembros del Senado en Alaska, hasta los 400 miembros de la Cámara de Representantes de New Hampshire, con lo que casi se asemeja a la federal de la que la separan solo 35 miembros. Tampoco existe un correlato con su respectiva población, puesto que California, con unos 37 millones de habitantes tienen un legislativo de 120 miembros, mientras que el citado Estado del noreste de Estados Unidos, el quinto más pequeño de la Unión cuadruplica prácticamente esa cantidad de representantes con poco más de un millón de habitantes. En el Senado de cada Estado, destaca Minnesota con 67 senadores.

La relación causa efecto entre estas diferencias y la conflictividad no resulta evidente, salvo en el caso de California, focalizándose los conflictos interestatales en otras cuestiones, como ahora vamos a referenciar.

1.4.3. Los conflictos fronterizos interestatales

Si tomamos como punto de partida los conflictos territoriales podemos sostener que en Estados Unidos hay una larga historia de disputas territoriales, que incluso se remonta a los antecedentes de la misma federación. Uno de los más famosos se refiere a la denominada *Mason-Dixon line*, histórica franja que separa popularmente el norte del sur. Su establecimiento en 1767, precedió el diseño constitucional de la federación¹⁰⁹. «Probablemente no haya una cuestión menor a lo largo de toda la historia de Estados Unidos a la que el público en general le atribuya más importancia que a la línea Mason Dixon»¹¹⁰. La frontera que traza es ideológica marcando la distancia entre la Pensilvania libre y la esclavista Maryland. A ellas se unirían Virginia Occidental y Delaware. Su levantamiento se llevó a cabo cuando estos territorios eran todavía colonias británicas. Fue trazada entre 1763 y 1767 para resolver la disputa entre Maryland y Pensilvania como consecuencia de la reclamación del territorio existente entre los paralelos 39 y 40. El estallido de una guerra entre los colonos por esa causa, en torno a 1730, invocando la intervención de la Corona

109 Las fronteras fueron establecidas por el artículo 2 del Tratado de París, de 3 de septiembre de 1783, en virtud del cual Estados Unidos logró su independencia del Reino de Gran Bretaña. A partir de 1789, el Congreso de los Estados Unidos fue aprobando progresivamente la organización territorial y la delimitación de fronteras. En ese proceso es donde han surgido los principales enfrentamientos territoriales.

110 Robinson, M. P. (1902): *The evolution of the Mason and Dixon Line*. Richmond, Oracle Publishing Company, 3.

en 1760, ordenando a Frederick Calvet, barón de Baltimore, que se aceptase un acuerdo fechado en 1732, fue una clara manifestación de la gravedad del enfrentamiento. Uno de sus contenidos era la delimitación fronteriza de esos territorios, que se encomendaría a un equipo topográfico y astronómico liderado por Charles Mason y Jeremiah Dixon¹¹¹. A esa precisión matemática se solaparon numerosas diferencias, cuyo detonante fue la misma guerra civil (1861-1865). En el este, los conflictos fronterizos han derivado de la ausencia de claridad con la que se redactaron muchos de los documentos de asentamiento. En el oeste, el Congreso ratificaría acuerdos entre los Estados a los efectos de definir y fijar las fronteras, pero eso no eximiría de la ulterior generación de conflictos.

Los conflictos interestatales en Estados Unidos tienen una interesante variante a la que deseamos referirnos en primer término, más allá del enfrentamiento entre Estados federados, y es la que afecta a los conflictos de soberanía fronteriza desplegados entre diferentes Estados y la Federación de los Estados Unidos. Así, territorios ricos en petróleo de las costas de California, Louisiana y Tejas han sido objeto de reivindicación por el Estado federal. Ejemplos jurisprudenciales que ilustran este supuesto son *United States vs. California*, 332 US 19 (1947); *United States vs. Louisiana* 339 US 699 (1950) y *United States vs. Texas* 339 US 707 (1950). El Tribunal Supremo decidió que en los conflictos territoriales entre el Gobierno federal y los Estados, el primero tenía un derecho preferente, *paramount rights*, frente a estos¹¹².

Empero, las disputas más habituales, con causa en razones territoriales, tienen como protagonistas subjetivos a los Estados (Estado *versus* Estado), directamente implicados o teniendo como fundamento las pretensiones de ciudadanos particulares que claman por sus derechos privados a un Estado diferente al suyo o al que ha avalado dichos derechos. La preocupación pública y notoriedad de estos conflictos ha sido pareja a su importancia de los conflictos fronterizos motivando el salto desde los capítulos jurisprudenciales y académicos a la popularidad de los medios, existiendo una serie de programas televisivos muy populares que narran las vicisitudes de estos conflictos, *How the States got their shapes?*¹¹³. En esta esfera de disputas, las cuestiones más reseñables que se han convertido en objeto litigioso se refieren al agua o a la delimitación meridana de las fronteras interestatales. Las dos vías fundamentales de solución que se han desarrollado son la pacticia y la judicial.

111 Thaler, D. S. (2008): «Mason and Dixon & the defining of America», *MdHS News*, Fall 16-19.

112 *United States vs. Texas* 339 US 707 (1950), p 339: «En esta demanda, presentada ante esta Corte por los Estados Unidos contra Texas bajo el art. III, § 2, Cl. 2 de la Constitución, se sostiene: los Estados Unidos tienen derecho a regular la adjudicación y asignación de los *derechos preferentes* frente a Texas en el área reclamada por ésta, que se encuentra bajo el Golfo de México más allá de la bajamar en la costa de Texas y fuera de las aguas continentales, ordenando a Texas y a todas las personas que aleguen que no continúen invadiendo el área dado que se considerará violación de los derechos de los Estados Unidos, a la vez que exigir que Texas rinda cuentas a los Estados Unidos por todo el dinero derivado del área después del 23 de junio de 1947».

113 <<http://www.history.com/shows/how-the-states-got-their-shapes>>.

Excepcionalmente, ambas pueden confluír, cuando lo acordado por convenio entre Estados se objeta *a posteriori* judicialmente.

La vía paccionada, que en el presente contexto recaba más interés, tiene como referente normativo la limitación constitucional señalada en el art. I, Sección 10 de la Constitución de los Estados Unidos (*the compact clause*)¹¹⁴, que analizaremos en el capítulo II y que dispone: «Ningún Estado, sin el consentimiento del Congreso, celebrará un acuerdo o pacto con otros Estados». El principal elemento singularizante de estos acuerdos interestatales es la necesidad de una *autorización del legislativo*. Se entiende que el consentimiento del Congreso solo es necesario cuando el contenido del acuerdo afecta a derechos o competencias federales [Wharton vs. Wise 153 US 155, (1894)], al igual que el consentimiento no tiene que ser necesariamente formal, sino que puede inferirse de una legislación federal subsiguiente que sea coherente con el acuerdo [Virginia vs. West Virginia 78 U.S. 11 Wall 39 (1870)]. Una interpretación en contrario alude a la posibilidad de disentir de tales pactos por parte del Congreso, lo cual derivaría en su nulidad.

Respecto al ámbito material, aunque la Constitución no lo estipule expresamente, nadie puede imaginar la exclusión de los acuerdos fronterizos para la delimitación de fronteras como uno de los temas clave del contenido de un pacto interestatal. Es más, el Tribunal Supremo ha dictaminado que la complejidad de los conflictos fronterizos interestatales hace que la solución pactada sea la preferible allí donde sea factible [Rhode Island vs. Massachusetts 37 US (12 Pet) 464, 513 (1838)]. Su *eficacia* es similar, tras la aprobación por el Congreso, a la de un tratado que se celebra entre Estados soberanos¹¹⁵.

Sobre la utilidad y procedencia de los pactos para resolver las disputas fronterizas entre Estados hemos de remontarnos a Poole vs. Fleege, 36 US (11 Pet) 145 (1837). Fue el primer caso que ilustró la utilidad de los pactos como medio para resolver los conflictos fronterizos interestatales. Allí, el demandante, reclamando la propiedad al amparo de la regulación de Virginia y Kentucky, solicitaba expulsar de las tierras al demandado que esgrimía el mismo título, pero bajo los ordenamientos de Carolina del Norte y Tennessee. Con anterioridad a 1820 Kentucky había reclamado el territorio expandiéndose hacia el sur, en lo que denominaba *Mathew line*, y Tennessee había ampliado sus fronteras en este punto hacia el norte en lo que llamaba *Walker line*. Por lo que el espacio de la disputa se fijaba entre estas dos líneas. En un convenio entre ambos Estados se había señalado la *Walker line* como la frontera común. Uno de los contenidos del acuerdo fue que los títulos sobre la tierra avalados por el ordenamiento jurídico de Kentucky permaneciesen intactos, lo que dio lugar al litigio, circunstancia que fue apoyada por los tribunales y que el Tribunal Supremo ratificaría. La generación de nuevos Estados, a partir de la desagregación territorial, tiene una gran repercusión en estos conflictos fronterizos, en especial cuando

114 Frankfurter, F. y Landis, J. M. (1925): «The Compact Clause of the Constitution. A study in interstate adjustment», *Yale Law Journal*, 34, 7, 685-758.

115 Rhode Island vs. Massachusetts 37 US 1838, p. 37 US 725.

se trata de dirimir títulos de propiedad de ciudadanos. Kentucky fue creada a partir de lo que originalmente fue Virginia y Tennessee se gestaría, de modo idéntico, a partir de su segregación de Carolina del Norte. El Tribunal primero reconoció que las fronteras fijadas por un acuerdo entre Estados eran conclusivas y con efectos para todos los ciudadanos y «que así deberían ser consideradas para todos los fines y propósitos como las fronteras reales y verdaderas» (36 US 162).

Un planteamiento diferente dimana del fracaso de un acuerdo para delimitar la frontera entre Estados¹¹⁶. A esta cuestión responde el Tribunal Supremo en la sentencia *Coffee vs. Groover*. El demandante que alegaba un título bajo el ordenamiento de Georgia buscaba expulsar al demandado avalado por un título emitido por Florida, Estado en el que en virtud del acuerdo recaía la jurisdicción sobre este título y al que el acuerdo entre Estados asignaba la pertenencia de esa tierra. En este supuesto, cuando se fija una frontera de modo válido, las concesiones anteriores hechas por el Estado sin jurisdicción son nulas [*Hinderlider v. La Plata Co.*, 304 U.S. 92 (1938)]¹¹⁷. Esto es, el título de propiedad no se conservará para aquellos ciudadanos que lo ostentan a partir de la garantía de un Estado carente de jurisdicción sobre ese territorio.

En resumen, parece que los Estados tienen un gran margen de discreción en resolver conflictos fronterizos por el método del convenio, y no apareciendo en el acuerdo el reconocimiento de una línea fronteriza anterior que se presente como línea verdadera, o constatando que el convenio fracasa en el logro de los estándares para su determinación, la frontera acordada por los Estados será considerada como verdadera. Una vez que la cuestión fronteriza se resuelva, el Estado cuya concesión fue válida no puede constitucionalmente anular los legítimos derechos de los concesionarios.

En estos conflictos, los recursos disponibles para los propietarios desposeídos están fijados constitucionalmente (Art. I, Secc, X), la denominada «cláusula contractual»: «Ningún Estado aprobará ninguna ley que menoscabe las obligaciones que derivan de los contratos». En 1810 se estipuló que una concesión de un Estado implica obligaciones contractuales que el Estado no puede extender más allá de lo acordado entre particulares (*Fletcher vs. Peck* 1810).

Revisada la casuística de la vía pacticia o convencional para la resolución de conflictos fronterizos, hemos de asumir que la vía más habitual en el federalismo norteamericano para resolver estas disputas fronterizas ha sido acudir al Tribunal Supremo. De acuerdo con el art III, Sección 2 de la Constitución, el Tribunal Supremo puede recibir demandas

116 «Boundary Disputes between States: The Impact on Private Rights». *Columbia Law Review*, 69, 1 (1969), 131. DOI: 10.2307/1120876 <<http://www.jstor.org/stable/1120876>>.

117 Este caso se refería a un convenio entre Colorado y Nuevo Méjico que privaba al demandante de Colorado de ciertos derechos en el Río de la Plata que le habían sido previamente confirmados en 1898 por un Decreto judicial estatal. Un convenio no viola la cláusula contractual si enajena a un ciudadano un título nulo debido a la carencia de soberanía del Estado garante en el momento de la concesión.

planteadas por los Estados a los efectos de dirimir la adjudicación de fronteras. Es uno de los pocos supuestos en los que el proceso se inicia en el Alto Tribunal, que actúa como primera y única instancia, y de su dinámica destaca una especie de instrucción, designada como *Special Master*, en la que se produce la audiencia de las partes y se analizan las distintas pruebas esgrimidas en el proceso. Dicho *Special Master* realiza una recomendación de veredicto que traslada a los jueces, quienes pueden ratificarlo o modificarlo total o parcialmente. Entre la jurisprudencia más relevante en materia de conflictos fronterizos interestatales podemos citar, sin agotar la importante casuística: *New Jersey vs. New York*, 30 US (5 Pet) 182 (1831); *Rhode Island vs. Massachusetts* 45 US 591(1846)¹¹⁸; *Virginia vs. West Virginia* 78 US (11 Wall) 39 (1870); *Missouri vs. Nebraska* 196 US 23 (1904); *Georgia vs. South Carolina* 257 US 516 (1922)¹¹⁹; *New Mexico vs. Texas* 275 US 279 485 CT 437 (1927); *Vermont vs. New Hampshire* 289 US 593 (1933)¹²⁰ o *New Jersey vs. Delaware* 291 US 361(1934)¹²¹ cuyo colofón es más reciente, 2008 y, por ello va a ser merecedor de una atención más detallada, desde la que tratará de ilustrarse buena parte de los argumentos que se han esgrimido en procesos similares.

Durante una buena parte de la historia de Estados Unidos, New Jersey y Delaware han batallado por la propiedad y control del río Delaware¹²². Ya en 1905, los Estados alcanzaron un acuerdo por el que resolvían distintas cuestiones conflictivas relativas al uso del río Delaware. Ese acuerdo sería ratificado por el Congreso en virtud de una Ley de 24 de enero de 1907. En 1934 el Tribunal Supremo trataría de cerrar el conflicto mediante la delimitación de la línea fronteriza entre ambos Estados. No obstante, ya en el siglo XXI la confrontación entre estos Estados ha resurgido teniendo como causa el cuestionamiento de la autoridad de Delaware para intervenir en las actuaciones que se desarrollan desde la otra orilla (New Jersey). La sentencia, *New Jersey vs. Delaware* 128

118 Tiene como punto de partida las concesiones territoriales emitidas en 1620 a Massachusetts, en 1662 a Connecticut y en 1663 a Rhode Island, en torno al Río Charles, pero sin precisar si se fijaba desde el curso del río o de sus nacientes. Un acuerdo de 1711 (Woodward y Saffrey) fue aceptado por Rhode Island, que no obstante se retractaría y clamaría por unos terrenos ocupados por Massachusetts durante dos siglos. Esa petición sería desestimada por el Tribunal que mantendría los límites originarios. <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/45/591/case.html>>.

119 A partir de la Convención de Beaufort de 28 de abril de 1787 se toma como elemento fronterizo entre South Carolina y Georgia el río Savannah, asignando las islas existentes a Georgia. <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/257/516/>>.

120 El límite entre los Estados de Vermont y New Hampshire es la baja mar en el lado occidental del río Connecticut, y no el margen superior como defendía New Hampshire, para ello no se tomará en consideración tal referente en las épocas de sequía. En su determinación el tribunal repara en el proceso histórico de creación de estos dos Estados, así como en el dato objetivo de que ambos participaron conjuntamente en la fijación de la frontera que luego judicialmente cuestionaron. <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/289/593/>>.

121 <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/291/361/case.html>>.

122 Ed. (2008). «Controversy between States-Border disputes», *Harvard law Review*. 505, 1-10.

S. Ct 1410 (2008), conocida como *New Jersey III*¹²³, dictamina la potestad de Delaware para impedir la construcción de un gran muelle en el río desde la orilla de New Jersey. El Tribunal incorpora la calificación de «extraordinaria» como novedad doctrinal a cuya verificación se vincula tal potestad impeditiva con la que se quebraría el presupuesto general de legitimar la actuación de cada Estado en su respectiva orilla cuando es el río el límite fronterizo entre ambos.

La historia del conflicto en torno al río Delaware presenta los tintes coloristas que han imprimido la propia formación de los Estados Unidos y se remonta a 1682, fecha en la que el Duque de York, heredero al trono británico otorgó una escritura a William Penn, confiriéndole la propiedad de una porción de tierra a lo largo del río Delaware. Un círculo de tierra de doce millas, con epicentro en Newcastle, además del río, sus islas y el subsuelo correspondiente. Dado que el Rey Carlos II había contraído una deuda con el padre de Penn, para resarcirla le entregó unos terrenos en Norteamérica como la opción más factible. En el momento de la fundación de los Estados Unidos, el terreno en cuestión se integraba en Delaware. En 1877, New Jersey demandó a Delaware ante el Tribunal Supremo, teniendo como principal objeto del litigio la delimitación de los derechos a la pesca en el río Delaware. La resolución se demoró hasta 1905 en el que los Estados firmaron un pacto, como hemos señalado. Sin embargo, aunque el pacto definió la regulación de la pujante industria de ostras de la zona y clarificó los derechos pesqueros, así como la regulación de las prestaciones de carácter civil y penal que se podrían cumplir a bordo de los barcos navegando en esa zona, no abordó de modo explícito la delimitación fronteriza, con lo que fracasaría en lo que se refiere a una de sus principales motivaciones que es la de prevenir ulteriores conflictos. Empero, el artículo VIII de dicho Pacto asigna a cada Estado «la jurisdicción ribereña de todo tipo y naturaleza en cada lado del río». A nadie extrañó, por consiguiente, que en 1934 el conflicto se activase y rejudicializase. Desde New Jersey se cuestionó la parte histórica de este conflicto relativa a la validez del título del Duque de York. Desde el Tribunal, el Juez Cardozo no apreció tal laguna en la titularidad y el Tribunal se reafirmó en la inclusión de la propiedad del río en dicho título histórico, cuya utilización y aprovechamiento debería regirse por lo pactado en el Convenio entre Estados de 1905.

El año 2004 recuperó protagonismo este enfrentamiento, al hilo de la petición de una compañía petrolera (*British Petroleum*) de permiso para construir un muelle industrial desde la orilla de Nueva Jersey para desarrollar una explotación de gas natural. El Departamento de Recursos Naturales y Medioambientales de Delaware rechazó tal petición, lo que desataría una oleada de despropósitos. New Jersey amenazó con contraatacar ordenando la retirada de los fondos de pensiones estatales de los bancos de Delaware. Delaware, por su parte, valoró enviar a la Guardia Nacional para proteger sus fronteras y así evitar

123 <<https://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/134Orig.pdf>>.

la construcción de dicho muelle. La posibilidad de plantear un enfrentamiento armado entre los dos Estados afloró sin miramientos.

Por iniciativa de New Jersey, el conflicto volvió nuevamente a la sede del Tribunal Supremo, donde tanto en el informe preliminar del *Special Master*, como en el dictamen definitivo cuya ponente fue la Juez Ginsburg, se sostuvo la autoridad solapada *overlapping* de Delaware para regular la construcción y el uso de las estructuras que se extienden desde New Jersey hasta Delaware. Empero, limitó el ejercicio de esa autoridad ante circunstancias de «carácter extraordinario», sosteniendo que si bien Delaware no podía impedir el ejercicio de una actividad ordinaria por parte de los propietarios ribereños de la orilla de New Jersey, si podría actuar ante hechos «extraordinarios» impidiendo su ejecución por los titulares de la otra orilla del río. En ese contexto, la propuesta de *British Petroleum* de construir una explotación industrial para la obtención y tratamiento de gas natural licuado (LNG) se posicionaba claramente fuera de esos márgenes de usos cotidianos de las orillas de un río fronterizo legitimadas para cada uno de los Estados ribereños.

Esa posición tuvo algunos argumentos de disenso por parte de otros jueces. Así, el Juez Stevens sostuvo una radical interdicción de cualquier estructura y actuación ribereña que se extendiera en el territorio de Delaware desde la orilla de New Jersey, alejándose de esa limitación por la extraordinariedad de las actuaciones y optando por una prohibición absoluta. Diametralmente opuesta, fue la postura del juez Scalia, a la que se uniría del Juez Alito,¹²⁴ que analizó minuciosamente el Acuerdo de 1905, derivando de la atribución en exclusiva del ejercicio de los derechos ribereños a cada Estado, la imposibilidad del ejercicio de veto de los mismos desde la otra orilla. El juez Scalia trató de argumentar que la verdadera fundamentación subyacente en este caso era una relativamente nueva sensibilidad medioambiental desplegada por el Tribunal, llegando a sostener que si la petición se hubiera cursado para una explotación de «brotes de judías y tofu»¹²⁵ se hubiera permitido.

Volviendo a los argumentos del Tribunal y a la novedosa fundamentación articulada en este caso, se ha de reparar en cuatro fundamentos sustanciales del mismo:

Primero, el término jurisdicción ribereña utilizado en el Pacto de 1905 tiene un alcance más limitado y flexible que la expresión «jurisdicción exclusiva», ausente de la literalidad de dicho convenio.

Segundo, el contenido del Pacto se compara con otros similares con signatarios coincidentes parcialmente para contextualizar su interpretación de modo análogo. Así, se refiere un Pacto de 1834 entre New Jersey y Nueva York que expresamente garantiza a New Jersey un «exclusivo derecho de propiedad» sobre el subsuelo de su ribera y la «jurisdicción exclusiva» sobre sus muelles a pesar de que la propiedad íntegra del río se hubiera

124 Ambos jueces habían nacido en New Jersey. Scalia falleció en 2016, Alito continúa en el Tribunal Supremo.

125 <<https://www.leagle.com/decision/inbvsc0170722006206>>. Cfr. 1439.

conferido a Nueva York¹²⁶, por lo que si en este pacto, cronológicamente posterior y de conocimiento de sus signatarios, se hubiera querido conferir la exclusividad se hubiese hecho merced a la introducción literal de tal locución, algo que no se produjo.

Tercero, la existencia de límites a la jurisdicción exclusiva de un Estado. En otro caso similar, que enfrentaba a Virginia y al Estado de Maryland 540 US 56 (2003), no se amparó la petición de jurisdicción exclusiva de New Jersey.

Cuarto, se probó que con, anterioridad a esta disputa, New Jersey había reconocido sin cuestionamiento la autoridad de Delaware para regular las estructuras ribereñas en ambas orillas del río.

Desde el punto de vista doctrinal, la principal aportación de este caso, profusamente analizado, muy en concordancia con la propia metodología casuística norteamericana, es la introducción del concepto jurídico indeterminado de «actuación extraordinaria» como supuesto legitimador de la intervención y supervisión de un Estado sobre las actuaciones de otro. Esto es, ante circunstancias extraordinarias apreciadas por el Tribunal Supremo, la jurisdicción exclusiva de un Estado se quiebra al facultar la intervención de otro Estado en su territorio y en las decisiones tomadas sobre el uso del mismo.

Una de las cuestiones más relevantes derivada de esta rica y prolífica casuística jurisprudencial es el alcance de la eficacia de las resoluciones. Dos hipótesis se erigen como principales: la primera se referiría a vincular la determinación judicial de una frontera interestatal únicamente a la cuestión de la soberanía, dejando intacta la problemática sobrevenida de la titularidad de las propiedades que este pronunciamiento pudiera acarrear. La segunda opción, que es la que se ha consolidado, se refiere a la solución paralela de los problemas de propiedad en el momento de resolver el conflicto fronterizo. Así, la adjudicación de fronteras entre Estados por el Tribunal Supremo es vinculante para las partes litigantes por encima de sus títulos de propiedad. Esto es, no solo se dirime la jurisdicción, sino los títulos de propiedad que van aparejados.

Una síntesis de las consecuencias jurisprudenciales en los casos de conflictos fronterizos se condensa en los siguientes asertos:

- a) El Tribunal Supremo de Estados Unidos tiene jurisdicción original sobre las disputas relacionadas entre Estados, por lo tanto, los conflictos territoriales recaen dentro de esta jurisdicción.
- b) Si dos o más partes reclaman la misma tierra bajo garantías de diferentes Estados, la verdadera frontera en el momento de emisión de dicha concesión determinará el Estado que ostentó el derecho legítimo para garantizar dicho título.

126 Ley de 28 de junio de 1834, *Ley que confiere el consentimiento del Congreso para un Acuerdo o Pacto del Estado de Nueva York y del Estado de New Jersey respecto a los límites territoriales y jurisdicción de dichos Estados*. Artículo 3.1 y 2 «El Estado de New Jersey tendrá el derecho exclusivo de propiedad sobre el subsuelo de la mitad del lado oeste de la bahía de New York...». <<https://www.loc.gov/law/help/statutes-y-at-large/23rd-congress/Session%201/c23s1ch126.pdf>>.

- c) Ante la ausencia de reclamantes en contra, un título de propiedad será válido pese a la circunstancia de que el Estado que avaló el mismo no tuviese la garantía para su emisión.
- d) Los Estados pueden celebrar un convenio entre ellos a los efectos de fijar la verdadera frontera que les separa, esta estipulación de buena fe será vinculante para los ciudadanos de los dos Estados.
- e) Como límite a esa solución pacticia, los Estados no pueden a través de un convenio confirmar el título de un demandante cuya titularidad ha sido emitida por un Estado carente de jurisdicción.
- f) Un Estado, a lo largo de un proceso encaminado a dirimir la verdadera demarcación fronteriza, puede extinguir el título que el mismo emitió y garantizó, si para ello provee de una justa compensación a sus titulares.
- g) La determinación de una frontera en un proceso judicial entre partes privadas merece todo el crédito y buena fe de las garantías jurisdiccionales, pero no es vinculante para determinar la soberanía de los Estados.
- h) Como norma general, «donde exista un río, ya sea navegable o no, este será la frontera entre los dos Estados, sin tener en consideración los canales no navegables y, salvo convención o argumentos en contrario, la mitad de la corriente será el referente de división de la parte a asignar a cada Estado» [Georgia vs. South Carolina 257 US 516 (1922)].
- j) Cuando un río separa dos Estados, cada uno de ellos puede gestionar los recursos de su respectiva ribera. No obstante, en jurisprudencia reciente, *New Jersey vs. Delaware* 128 S. Ct 1410 (2008), se ha sostenido la potestad de una competencia solapada *overlapping* de uno de los Estados respecto a las actuaciones del otro, aplicable en aquellos casos de «circunstancias de carácter extraordinario» de dichos actos.

1.4.4. El agua, un objeto especialmente litigioso en Estados Unidos

El agua es uno de los elementos que más conflictos han generado en Estados Unidos. Más allá de su conexión a problemas fronterizos entre Estados¹²⁷, algo inevitable cuando cuarenta y cuatro de las cuarenta y ocho fronteras entre Estados contiguos son ríos, el agua es *per se* un objeto conflictual. El agua se ha convertido en un bien escaso, sobre cuyo uso y abuso se han abierto exacerbados conflictos territoriales en Estados Unidos. Lo que se identifica como el *peak water*, la conflictividad exacerbada a propósito del agua, tiene en el momento presente cuatro referentes ineludibles: el enfrentamiento entre Georgia y

127 Dellapenna, J. W. (2005). «Transboundary Water Allocation in the Twenty-First Century: Colloquium Article: Interstate Struggles Over Rivers: The Southeastern States and the Struggle Over 'Hooch», *New York University Environmental Law Journal*, 12, 867.

Tennessee; el que afecta a Georgia y Florida; el que confronta a Texas y New México y el protagonizado por Kansas, Nebraska y Colorado.

El enfrentamiento entre Georgia y Tennessee, a las puertas del Tribunal Supremo, tiene como ítem reciente una resolución de la Asamblea Legislativa de Georgia en febrero de 2013, pero se remonta a una reclamación por un error en el diseño topográfico de la frontera entre ambos Estados hace doscientos años. La propuesta es asignar a Georgia un terreno despoblado como compensación por admitir ese error histórico, Condado de Dade, desde el que se podría acceder a unas fuentes de agua del Lago Nickajak a partir de las cuales construir un acueducto hacia Atlanta, ciudad superpoblada y con severos problemas de abastecimiento.

Georgia, igualmente, sostiene otro ácido enfrentamiento con Florida, Estado que acusa a Georgia de realizar una extracción abusiva de las aguas de las cuencas del río Apalachicola-Chattahoochee-Flint, poniendo el peligro el ecosistema de esa zona y su pujante industria de ostras al aumentar la salinidad de la bahía. Lo que se persigue en este caso sub iúdice sería limitar esa obtención de agua, especialmente en los períodos de sequía. En atención al informe del *Special Master* (febrero de 2017), las peticiones de Florida no serían atendidas¹²⁸. Realmente aquí, estaríamos ante una guerra del agua triestatal pues también afecta a Alabama.

El enfrentamiento entre Texas y New México, que igualmente se extiende a Colorado (sub iúdice), tiene como trasfondo otra disputa fronteriza, igualmente recurrente que se remonta a una decisión del Tribunal Supremo de 1927, *New Mexico vs. Texas* 275 vs. 279 485 CT 437 (1927), de perpetuar la frontera entre estos dos Estados en el mismo lugar donde discurría el 9 de septiembre de 1850, en el Canal de Río Grande, sin tener en cuenta las fluctuaciones naturales que la cuenca del río ha tenido. «A través de los ojos del Tribunal, Río Grande estará eternamente donde estaba en 1850»¹²⁹. En la alegación de Texas, planteada al Tribunal Supremo en 2013, está la reclamación del uso abusivo e indebido de los agricultores de New México de aguas subterráneas que corresponden a Texas. Por el momento, el informe del *Special Master* (9 de febrero de 2017)¹³⁰ recomienda desestimar las alegaciones de New Mexico, por lo que resta evidenciar el incumplimiento del Pacto de 1938 firmado entre ambos Estados. Es reseñable que en este proceso, la Administración federal —en ese período procesal liderada por Obama— se personó en el proceso apoyando la tesis tejana de impedir el desvío de las aguas hacia Nuevo México.

El último capítulo de un enfrentamiento entre Kansas, Nebraska y Colorado, durante décadas, ha sido cerrado por el Tribunal Supremo en 2015 (*Kansas vs. Nebraska et al.*)¹³¹

128 <<https://www.supremecourt.gov/qp/142%20origqp.pdf>>.

129 Bowden, J. J. (1959). «The Texas-New Mexico Boundary dispute along the Rio Grande», *South Western Historical Quarterly*, 63, 2, 237.

130 <<https://www.tceq.texas.gov/assets/public/agency/statements/2-9-17-special-master-report.pdf>>.

131 <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/126orig_olq2.pdf>.

pero, sobre todo, por el pacto que se formalizó entre los gobernadores de los tres Estados en agosto de 2016. Este pacto incorpora un compromiso de respeto y unas previsiones a largo plazo, circunstancias ausentes del pacto previo de 1943 que fue reiteradamente vulnerado y se probó infructuoso para resolver el conflicto. En la sentencia del Tribunal Supremo el *Special Master* admitió que los granjeros de Nebraska violaron el pacto de utilización del agua, si bien rechazó la elevada petición de multa solicitada por Kansas (80 millones de dólares) rebajándola a 5 millones en concepto de uso abusivo del agua y de compensación por su restitución parcial, negando la posibilidad de vetar el acceso al cauce del río Republican.

1.4.5. Los retos secesionistas en el federalismo americano del siglo XXI, anécdota o amenaza

El punto final a esta recapitulación de los conflictos territoriales en Estados Unidos es una nota discordante y se refiere a la existencia de demandas secesionistas y separatistas en Estados Unidos en el siglo XXI.

Se trata de un punto y aparte en *E pluribus unum*, a propósito de los episodios de independentismo y secesión en la actual Federación norteamericana. En particular, el caso de Vermont.

En los Estados Unidos del siglo XXI el independentismo también se ha hecho un hueco, amparado por razones dispares, desde los deseos de una organización más sostenible ecológicamente, hasta la búsqueda de la salida de un macro-Estado que se vincula más a los intereses de los grandes grupos de presión que a las inquietudes de los ciudadanos.

En ese río revuelto, Vermont, un pequeño Estado liberal al noreste de Estados Unidos, cuya economía es fundamentalmente agrícola, con una población que ronda los 600.000 habitantes, ha sido el elegido para incubar a comienzos del siglo XXI un movimiento que promueve la independencia bajo las siglas «Segunda República de Vermont» (2VR).

La apoyatura histórica, que siempre acompaña este tipo de reivindicaciones, se remonta a la temprana independencia de Vermont del Imperio británico en 1777, fecha desde la que se dotó de su propia Constitución durante un período de 14 años, hasta su integración en 1791 en Estados Unidos. Ese texto destaca por ser un avanzado referente del contenido liberal de las normas supremas al incluir un sistema de escuelas públicas, el voto universal masculino y la prohibición de la esclavitud.

Desde ese contexto y recurriendo a los mismos argumentos que avalaron la independencia americana de la metrópoli, consignada en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos: «Siempre que cualquier forma de Gobierno se vuelva destructiva, es derecho del pueblo reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno». Este movimiento hace gala de implementar un descontento con las políticas públicas y el entramado institucional en Washington. Aunque luego volvamos, con un mayor grado de detalle a este

interesante supuesto, no queremos soslayar otros ejemplos que, de manera más o menos simbólica, quiebran la percepción unitaria y compacta del federalismo americano.

Así, en la costa oeste, desde los años 70 también podemos situar un movimiento independentista en Alaska, liderado por el *Alaskan Independence Party (AKIP)* que con una afiliación de unos 15.000 ciudadanos tiene como principal argumento un rechazo al burocratismo de la capital federal como monopolizador de la gestión de los asuntos públicos de la federación.

En Hawaii, Estado número 50 de la Unión desde 1959, se han promovido diferentes movimientos independentistas con argumentos heterogéneos: desde aquellos que buscan retornar a su estatus anterior, hasta quienes demandan un trato asimétrico parangonable al que disfrutaban los nativos americanos. Estos, precisamente, son los protagonistas de otro episodio potencial de alteración del mapa federal al pugnar por la creación de un Estado ex-novo, República de Lakotah, que integraría porciones de los Estados de Dakota del Norte, Nebraska, Wyoming y Montana. Este recorrido panorámico por las propuestas singulares de modificación del mapa actual estadounidense nos lleva a New Hampshire, donde el denominado *Free State Project* (2001) propugna una nueva demarcación territorial de bases ultraliberales o anarcoliberales y a *Cascadia*, un proyecto de biorregión que se extendería por los Estados de Washington, Oregón, parte de Idaho, sur de Alaska y norte de California y cuyo principal eje pivotaría en torno a una gestión transparente y responsable en los ámbitos de la economía y el medioambiente.

Las vicisitudes políticas tras las últimas elecciones presidenciales han sido el acicate para iniciativas de este tenor secesionista, entre las cuales destaca el «Calexit», el resultado de parafrasear el Brexit británico con un nuevo protagonista que sería California. Bajo ese signifiante se alude a la reivindicación californiana de celebrar un referéndum para decidir su futuro dentro o fuera de los Estados Unidos. El movimiento *Yes California Independence*¹³² propone la reforma del art. III, Secc. 1 de la Constitución de California a los efectos de hacer desaparecer de su redacción que «el Estado de California es una parte inseparable de los Estados Unidos de América y la Constitución de los Estados Unidos es la norma suprema». El potencial referéndum a celebrar en 2019, tras haber recibido la autorización inicial para recabar las 585.000 firmas requeridas para su impulso, partía de formular una clara pregunta: «¿Debería ser California un Estado libre, soberano e independiente? Sí o no».

Los requisitos formales pasarían por conseguir la participación de, al menos, el 50% de los ciudadanos registrados y de ellos, el voto favorable de un mínimo del 55%. Pese a que en la segunda mitad de 2017 esta campaña parece haberse desactivado por desavenencias entre sus promotores, la constatación de su existencia es un dato interesante desde la perspectiva de constatar el convulso panorama político estadounidense, cuya evidencia

132 <<https://yescalifornia.org/>>.

fue la celebración en 2006 en Burlington de la primera Convención Norteamericana de Secesionistas del siglo XXI.

Tras esta visión atomizada y amplia sobre los retos independentistas en el federalismo norteamericano, estimamos oportuno prestar una atención más detallada al que señalábamos en primer término como la propuesta contemporánea más organizada que promueve la secesión dentro de la federación de los Estados Unidos, la de Vermont. En el contexto de los ataques del 11 de septiembre, se generaría un movimiento identitario en Vermont liderado por Thomas Naylor. En términos de réditos electorales, han obtenido mínimos apoyos en las elecciones a gobernador, donde su candidato Daniel Steele obtuvo un 8% de los votos. Es importante señalar que tanto él como el candidato a subgobernador y a la Asamblea Legislativa de Vermont concurren bajo la etiqueta de independentes.

Una serie de publicaciones y documentos fundacionales son la base de este movimiento. El primero de ellos es el *Vermont Manifesto*, (2003) firmado por Thomas Naylor en el que se propugna el movimiento de la *Second Vermont Republic*, cuya antesala fue una crítica exacerbada a la hipertrofia burocrática de la capital federal, *Downsizing the USA* y cuyo epílogo ha sido *Secession: how Vermont and all other States can safe from the Empire* (2008) y *Most likely to secede: what the Vermont Independent movement can teach us about reclaiming community and creating a human scale vision for the 21st century* (2013)¹³³.

Dentro de sus pretensiones más concretas destaca la solicitud de celebrar una convención constitucional¹³⁴ a los efectos de anular su vinculación a los Estados Unidos (sobre el papel de las convenciones constitucionales en este contexto *vid infra*. Cap. IV). Una mayoría de 2/3 de la Asamblea de Vermont debería ratificar dicha propuesta y a partir de ahí se proyecta su mera comunicación a las autoridades de la federación, tanto del ejecutivo como del legislativo para conseguir la efectividad de la misma. Llama la atención que, entre los destinatarios de tal mensaje también se relacionan gobiernos extranjeros, como los de Canadá, México, Gran Bretaña, Francia y dos sujetos especiales, por un lado, la Organización de las Naciones Unidas y, por otro, Quebec. Esta circunstancia de buscar la internacionalización de una propuesta secesionista y auspiciar un hermanamiento de territorios independentistas es un rasgo que comparten los territorios que persiguen una segregación de su Estado.

Como punto final, nos parece interesante traer a colación los pasos diseñados para convertir a Vermont en una República independiente: en primer lugar, crear esa necesidad, articular el deseo, no desde el enfrentamiento a los Estados Unidos, sino desde el fortalecimiento de la soberanía de Vermont; en segundo término, articular el entramado financiero que soporte el proceso independentista y, en tercer término, aprobar una reforma educativa desde la que formar a los niños al margen de un sistema de carácter federal¹³⁵.

133 Williams, R. (2013). *Most likely to secede: what the Vermont Independent movement can teach us about reclaiming community and creating a human scale vision for the 21st century*. Vermont, Chelsea Green Publishing.

134 *Plan V. Toward a second Vermont Republic*, 27.

135 *Ibidem*, 25.

Desde esas estrategias, nada baladíes, se aspira a alcanzar un *tipping point*, un punto de inflexión en la posición de Vermont en la Unión.

Atribuyendo a estas propuestas el valor que les corresponde en su justa medida, las conclusiones de su referencia son dos. El cualquier sistema compuesto, por más que aparezca compacto y consolidado nos encontramos propuestas que abogan por su ruptura. Estas propuestas presentan patrones comunes en su diseño y desde las mismas puede adelantarse unas «estrategias» y «contraestrategias» con notables similitudes.

Estas referencias a la presencia de movimientos separatistas internos en Estados Unidos pueden complementarse con una consideración final dedicada a la receptividad que en el sistema político complejo de este Estado se despliega frente a movimientos separatistas foráneos. En este sentido, el papel de los *lobbies*, resulta fundamental. En el afán de reglar y ordenar su ingente labor, en particular la ejercida por los representantes de intereses políticos extranjeros se aprobó en 1938 el *Foreign agents Registration Act*, conocida por su acrónimo FARA que aboga por la divulgación de las actuaciones y financiación de aquellos agentes extranjeros con capacidad «política o *quasi* política» en Estados Unidos¹³⁶. En este Registro público aparece *la Catalonia Delegation USA, Inc*, desde el año 2014, siendo su cometido el desempeño de las funciones diplomáticas de la Delegación de Cataluña ante los Estados Unidos y la Organización de las Naciones Unidas¹³⁷. Un eslabón perfecto para enlazar con los conflictos territoriales en España, y el protagonismo de los mismos en torno a Cataluña.

1.5. Unitarismo, autonomismo, federalismo, confederación y separatismo: el conflicto en la organización territorial del Estado en España

La forma que el constituyente de 1978 imprimió a la organización territorial del Estado se basó en el cumplimiento de una doble exigencia, no necesariamente antagónica, pero sí de difícil armonización que se plasmaría en la críptica redacción del art. 2.º y del título VIII: la preservación de la unidad de la Nación española y el simultáneo reconocimiento y garantía a que las nacionalidades y Regiones que la integran ejerzan un derecho a la autonomía (STC 76/1983, 5 de agosto, F.J. 13).

El primer paso, como suele ser habitual, consiste en dar un nombre con el que identificar al objeto de referencia, la organización territorial española. Y, paralelamente, lo prime-

136 <<https://www.fara.gov/>>.

137 <<https://www.fara.gov/docs/5860-Supplemental-Statement-20140530-12.pdf>>. En él se puede ver que está integrada por tres personas y los gastos en que han incurrido, que supondrían unos dos millones de dólares desde su registro en 2014. Cfr. <http://www.abc.es/espana/abci-lobby-americano-separatismo-catalan-201712010215_noticia.html#ns_campaign=mod-sugeridos&ns_mchannel=relacionados&ns_source=el-lobby-americano-del-separatismo&ns_linkname=noticia.foto.espana&ns_fee=pos-3>.

ro que nos sorprende, son las diferentes posibilidades barajadas, síntoma de lo turbulento que discurren las aguas en España cuando se habla de esta cuestión. Entre las propuestas más relevantes hemos recuperado las siguientes:

El término más difundido es el de «Estado de las Autonomías». Sin embargo, el amplio abanico de denominaciones se amplía, seguros de no agotar todas las posibilidades, a los siguientes términos: «Estado Autonómico» (Sánchez Agesta), «Estado de las Comunidades Autónomas» (González Casanova), «Estado Autonomista» (López Guerra), «Estado Regional» (Fernández Rodríguez), «Estado Federo-regional» (Trujillo), «Estado Unitario Regionalizable» (Leguina Villa), «Estado Plural» (Tierno Galván), «Estado Regional Federalizado o Federalizable» (Rubiales Torrejón), «Estado Regionalizable» (Guaita) o la ya más compleja expresión identificadora-caracterizadora de «Estado Unitario altamente descentralizado que puede facilitar un juego político cuasifederal» (Solozábal Echavarría). Sin embargo, tras estos ribetes eutrapélicos, hemos de rendirnos a la cotidianeidad y como comúnmente se designa al Estado español en atención a su forma territorial es como «Estado autonómico o Estado de las Autonomías» (SSTC 99/1987, 11 de junio F. J. 1.º; 165/1994, de 26 de mayo, F.J. 3.º).

1.5.1. Los prerequisites del conflicto, las diferencias entre Comunidades Autónomas

En relación a los diferentes factores que contribuyeron a la proyección sociopolítica de las variadas tensiones regionales¹³⁸, se han de formular las siguientes precisiones:

La descentralización territorial, cimentada sobre una base sociocultural, a la que cabría agregar una importante dosis de agravio, económico e idiosincrásico, entre los distintos territorios como consecuencia de los desequilibrados procesos de desarrollo regional experimentados, implica la explicación de un iter secuencial, de cuya materialización pende la traslación asimétrica y potenciadora de conflictos de la prolongación de dichos prerequisites.

Estas singularidades culturales, el desequilibrio económico, los desajustes poblacionales, las diferentes concentraciones de poder son datos empíricos que *per se* no generan consecuencia conflictual alguna. Para trascender tal dimensión empírica es necesario que sean *aprehendidos* como diferencias, en unos casos naturales, en otros inducidas, por los respectivos ciudadanos. Una vez consolidado ese primer estadio, sobrevendrían las *explicaciones* de dichas diferencias, la identificación de sus causas e incluso su formulación en clave política. Es decir, de la asepsia de su existencia se trasladarían al significado de su conversión en mensaje político plagado de intencionalidad, en conflicto. El reto de forjar diferencias, de alimentar el agravio. El tercer y definitivo ítem estará constituido por la

138 López-Aranguren, E. (1983): *La conciencia regional en el proceso autonómico español*. Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 17-43.

exteriorización de todos esos sentimientos y conciencias diferenciadas a través de la formulación de diferentes *demandas y aspiraciones* de cambios estructurales, institucionales y funcionales que satisficieran a las mismas¹³⁹.

Una recuperación del conjunto de *prerrequisitos* que subyacen en las demandas y aspiraciones de talante asimétrico y conflictual que existen en España puede glosarse del modo siguiente.

Territorialidad. Macías Picavea afirmaba que «nada como el estado del suelo revela el estado de cultura de un país»¹⁴⁰. España es un cuadrilátero de lados quebrados y cuasi paralelos a las líneas cuadrículares de su propia carta. La organización orográfica de la península Ibérica se distribuye entre los siguientes miembros: una línea base, los Pirineos; un eje secundario, la arista Ibérica; un relieve central, las sierras Carpeto-Oretanas, y los relieves marítimos de las vertientes mediterránea y atlántica. La meseta central se halla rodeada por dos alzamientos orográficos. El Ibérico o del Ebro, que se enlaza con los Pirineos y el Bético o del Guadalquivir, identificado con el macizo de Sierra Nevada. a estas singularidades peninsulares ha de agregarse la continuidad del territorio que conforma el Estado español con dos archipiélagos, el de Canarias y Baleares y con dos ciudades, ubicadas en el norte de África, Ceuta y Melilla.

Estructura económica. Hablar de la existencia de unos prerrequisitos asimétricos de índole económica en nuestro país supone partir de la refutación parcial de las posiciones de los economistas de la «teoría de la modernización», Parsons, Apter y Rostow, para quienes la eliminación del dualismo socioeconómico y de los desequilibrios existentes entre áreas, por lo general vinculadas al sector primario, y otras zonas más modernas, industrializadas y desarrolladas se lograría simplemente fortaleciendo los canales de comunicación e interrelación entre ambos polos económicos. La España de los setenta se caracterizaba por la fragmentación económica, en la que unos territorios destacaban por su elevado índice de industrialización y urbanización, mientras que otros se resignaban a una actitud pasiva, imposibilitadas para impulsar su propio desarrollo, de contribuir como reserva laboral, fuente de financiación y proveedores de materias primas y energía a las regiones más industrializadas¹⁴¹. Jorge de Esteban y Luis López Guerra hablaban de los planes de desarrollo ejecutados en el régimen franquista como acicates de la doctrina de los «polos de desarrollo», en atención a los desniveles regionales existentes¹⁴². En este sentido, cabría hablar de un «regionalismo rico», protagonizado por Cataluña, Baleares, País Vasco y Navarra, de un «regionalismo intermedio» que se aplicaría a Valencia y a Canarias y de un

139 Cfr. López-Aranguren, E. (1981): «Regionalismo e integración nacional: aproximación teórica» *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 15, 69-76.

140 Macías Picavea, R. (1992): *El problema nacional*. Madrid, Fundación Banco Exterior, 35.

141 A este respecto véase Villaverde Castro, J. (1988): «Tipología regional española: una aproximación», *Revista de estudios e investigación de las Comunidades Europeas*, 6, 417-432.

142 De Esteban, J. y López Guerra, L. (1977): *La crisis del Estado franquista*. Barcelona, Labor, 130.

«regionalismo pobre» predicable de Galicia y Andalucía. Las regiones con menor demanda regionalista han sido tradicionalmente menores focos de conflicto.

Factores culturales, estructura social y factores demográficos. Desde estos prerequisites, mínimamente esbozados, se comprende la disposición aptitudinal proasimétrica de los españoles. Estos trabajos sociológicos cuyo referente es el *Informe sociológico sobre la situación social de España*, dirigido por Amando de Miguel y realizado por la Fundación Foessa¹⁴³. Los distintos barómetros de opinión que realiza el CIS y a los que haremos referencia exponen esa predisposición al conflicto. A modo de ejemplo, el realizado el 2 de octubre de 2017, eleva la preocupación de los españoles sobre la independencia de Cataluña a más de un 15%, solo superado por el paro¹⁴⁴.

Sobre esas bases se produjo un desarrollo diferenciado, procesal y temporal, sobre cuyas consecuencias no se ha alcanzado un consenso. Se está haciendo alusión a la habilitación de diferentes vías de acceso a la autonomía, a los distintos procedimientos para elaborar y aprobar los Estatutos y a las diferencias institucionales entre las autonomías. Teóricamente, todas ellas no promoverían conflictos, dado que como la liebre de la fábula de Samaniego, se trataría de una diferencia transitoria que desaparecería al final del trayecto¹⁴⁵. Aquiles y la tortuga¹⁴⁶ no han pacificado esa conclusión, que pese a todo queda minorada por las diferencias no de origen, sino que se han ido gestando en el proceso. Muchas de ellas están en la base de los conflictos que analizaremos.

No obstante, los elementos diferenciadores más relevantes han sido los descritos como «hechos diferenciales». Un «hecho diferencial» es entendido como una «circunstancia o un conjunto de rasgos diferenciadores de una Comunidad Autónoma respecto a otra u otras, constante en su historia, aglutinador y referente simbólico de la voluntad de sus ciudadanos y que ha sido reconocido constitucionalmente, constituyendo un límite a la uniformidad»¹⁴⁷. La relación taxativa de hechos diferenciales se circunscribe a los siguientes:

A) El «hecho diferencial lingüístico-cultural». Contemplado en el art. 3.2 CE. Las Comunidades Autónomas que son titulares de este «hecho diferencial» serían Cataluña, País Vasco, Navarra, Galicia, Valencia e Illes Balears. La recepción en otros Estatutos de Autonomía (*v. gr.* Aragón, Asturias, Castilla y León) de cuestiones e incidencias conectadas al

143 Foessa (1971): *Informe sociológico sobre la situación social de España*. Madrid, Euroamérica, 1261-1268.

144 <http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3180_3199/3191/es3191mar.pdf>.

145 Pradera, J. (1993): «La liebre y la tortuga. Política y Administración en el Estado de las Autonomías», *Claves de Razón Práctica*, 38, 24-33.

146 Corquera Atienza, J. (1994): «Autonomismo cooperativo y autonomismo competitivo: Aquiles y la tortuga», *Sistema*, 118-199, 87-102.

147 Seijas Villadangos, E. (2001): *Configuración asimétrica del sistema de Comunidades Autónomas*. León., Universidad de León, 545.

fenómeno lingüístico no puede equipararse a su consideración como «hecho diferencial», en base a la ausencia de cooficialidad lingüística de tales declaraciones.

B) El «hecho diferencial jurídico-foral». Contemplado en la DA 1.^a CE y desarrollado, en su faceta civilística, en el art. 149.1.8 CE, es la consecuencia de la consolidación, vía Constitución, de la historia y de los derechos históricos. Las Comunidades Autónomas que consideramos titulares de tales derechos históricos son País Vasco y Navarra. El hecho de que Cataluña, Baleares, Aragón, Extremadura y Galicia pese a disponer de peculiaridades normativas, intituladas en ocasiones como forales¹⁴⁸, se marginen de esta clasificación se debe a que participamos de una consideración estricta, acorde con la naturaleza predicada del «hecho diferencial», del contenido de la D.A.1.^a que afirma literalmente que «la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales»¹⁴⁹. Pese a la cuestionable posibilidad de que existan derechos históricos tácitos, tal y como defiende Herrero de Miñón¹⁵⁰, la condición de territorio foral solo es predicable, en atención a los antecedentes históricos y legislativos de la propia DA 1.^a, de Navarra, Álava, Guipúzcoa y Vizcaya¹⁵¹.

C) El «hecho diferencial económico-fiscal». Recogido en las DA 1.^a y 3.^a CE, corresponde su titularidad a las Comunidades Autónomas del País Vasco —Concierto Económico—, Navarra —Convenio— y Canarias —Régimen Económico y Fiscal—. Es uno de los «hechos diferenciales» más polémicos y conflictivos, debido, indudablemente, a que la traslación a magnitudes contables y crematísticas de singularidades jurídicas e históricas le convierte en el referente más gráfico para constatar las diferencias efectivas que conlleva la existencia de «hechos diferenciales» en nuestro ordenamiento jurídico territorial.

Vinculadas a los hechos diferenciales surgen las asimetrías. La *asimetría para el Derecho Constitucional* supone una *modalidad de estructuración estatal que presentan determinados Estados en los que los entes territoriales dotados de autonomía política que lo componen disfrutan de un trato constitucional diferenciado, legitimado por el reconocimiento positivo de disponer de singularidades de diversa índole (lingüísticas, culturales, jurídicas o financieras) con relación a los restantes componentes del Estado. Sensu contrario*, la ausencia de ese referente diferencial objetivo y real nos hará toparnos con falsas asimetrías, *disimetrías*, cuyo origen hemos de ubicar tanto en la inexistencia de ese referente legitimador constitucionalmente consensuado, como en la manipulación e hipertrofia de lo que se presenta

148 Recuérdese el Fuero de Baylío, en Extremadura.

149 Ello no obstará que en el capítulo VI dediquemos un epígrafe, en el estudio de la asimetría foral a descubrir las implicaciones asimétricas más relevantes de esa singularidad en el ámbito del derecho privado —*vid infra*—.

150 Herrero de Miñón, M. (1998): *Derechos históricos y Constitución*, Madrid, Taurus, 152.

151 *Sic.* Fernández, T. R. *Los Derechos Históricos de los Territorios Forales*. Madrid, Civitas, CEC, 100-118 y, de forma concluyente, 226.

como manifestaciones y consecuencias de los «hechos diferenciales» realmente existentes. La asimetría haría referencia a una plasmación constitucional relevante de las distintas formas de concretar un estatuto de autogobierno a la medida de unas voluntades y/o identidades, marcadas por los «hechos diferenciales»¹⁵². Mientras que la disimetría nos servirá para identificar aquellas situaciones derivadas del tratamiento político de los «hechos diferenciales» y de las asimetrías, o más directamente, de los intentos de conversión de aquellos en «cuotas de poder»¹⁵³. Por ejemplo, la posesión de competencias estratégicas diferenciadas; en segundo lugar, la referencia a técnicas organizativas, *v. gr.* la composición no proporcional, sino por colectividades, de los órganos centrales, la intervención de las entidades federadas en el nombramiento de los titulares de los órganos centrales o federales o la creación de entes de alcance territorial superior a los territorios federados primitivamente y, en tercer lugar, a procedimientos, entre los que destaca el establecimiento de mayorías reforzadas, de mayorías por colectividades diferenciadas o del derecho de veto en los procedimientos federales de las entidades federadas o de los representantes de determinadas colectividades.

1.5.2. Las manifestaciones del conflicto

Partiendo de diferenciar las tradicionales cuatro formaciones territoriales de Estado (Estado unitario, regional, federal y confederación de Estados) atisbamos que el germen conflictual que subyace en España ha apelado a reivindicar dichos modelos teóricos, o «lechos de Procusto» (Jellinek)¹⁵⁴. En estas tendencias, se advierte una voluntad vindicativa en la postulación de cada una de ellas. Un rechazo a lo existente, que aboga por su conversión en otra fórmula territorial.

1.5.2.1. El retorno a formas unitarias: la propuesta de devolver competencias al Estado central

El Estado unitario es el tipo hacia el que se tendió en la fase de formación de los Estados, sin duda, porque lo que en esos momentos predominaba era precisamente la lucha de los monarcas por lograr una centralización máxima que permitiera consolidar su poder. El Estado unitario es el antecedente del modelo constitucional de organización territorial. En esta formación un solo centro de poder, designado como poder central está facultado para la creación de normas jurídicas cuyo ámbito de validez se extiende a la totalidad del territorio. Su estructura se compone de un único conjunto de instituciones cuyo poder

152 López Aguilar, J. F., «Constitución, autonomía y hecho diferencial. El Estado autonómico y el “hecho diferencial constitucionalmente relevante”», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2, 1997, 51.

153 Moreno, L. (1997): *La federalización de España. Poder político y territorio*. Madrid, Siglo XXI de España Editores, 108.

154 Jellinek, G. (1978): *Fragments de Estado*. Madrid, Civitas, 57.

y cuyas competencias abarcan el Estado en su integridad. En conexión con lo anterior, un solo ordenamiento jurídico rige en la totalidad del territorio. Como parte esencial de él, una única Constitución se aplica por igual a todos los ciudadanos del Estado, lo que supone que todos tendrán los mismos derechos y las mismas obligaciones.

El retorno hacia una forma de Estado unitaria, lo estimamos inviable en el contexto de democracia actual, considerando impensable una revolución constitucional de ese cariz. Sin embargo, tras esbozar sus principales características, es preciso recordar que en los últimos años, especialmente en los momentos en que la crisis económica ha apretado con más virulencia las arcas autonómicas, varios líderes autonómicos han pedido la devolución de alguna de sus competencias al Estado.

Así en 2009, Canarias clamó por la devolución al Estado de su competencia para la gestión de menores indocumentados; en el verano de 2011, comunidades como Murcia, Valencia o Madrid, plantearon la posibilidad de devolución de competencias como sanidad, educación o administración de la administración de justicia¹⁵⁵; en 2015 trascendió a los medios de comunicación que dentro de los debates del Consejo Interterritorial de Salud celebrado en julio de ese año varias Comunidades Autónomas uniprovinciales pidieron al gobierno central que recuperara alguna de sus competencias en sanidad por la dificultad de asumir los costes que ello supone¹⁵⁶. Más allá de tildar a dichas propuestas como «irresponsables», reparar en las mismas es un dato a considerar acorde a lo establecido por el barómetro del CIS de diciembre de 2015¹⁵⁷, donde se contemplaba el apoyo del 28% de los encuestados a la posibilidad de, o bien el retorno a una forma territorial centralizada o bien una aproximación a la misma de la mano de la devolución de competencias de las comunidades al Estado. Este porcentaje ha bajado relativamente, hasta cifrarse en el Barómetro de octubre de 2017 en el 17%. Por su parte, el Barómetro del Real Instituto Elcano, de noviembre-diciembre de 2017, 39ª oleada, indica una tendencia similar proclive al aumento de las posiciones centralistas¹⁵⁸.

155 Seijas Villadangos, E. (2013): «Asymmetry as an element of federalism: a Theoretical speculation fifty years later. Readdress the Spanish Case», *The ways of federalism in Western Countries and the horizons of Territorial Autonomy in Spain*. Heidelberg, Springer, 683.

156 <<http://www.abc.es/espana/20150818/abci-comunidades-devolucion-competencias-201508181318.html>>.

157 La pregunta 19 de dicho cuestionario aborda el planteamiento de fórmulas alternativas de organización territorial. La estrictamente unitaria, «Un Estado con un único gobierno central sin autonomías», recabó un 17% de apoyo entre los encuestados, mientras que una opción diluida de ese retorno unitario de la mano de «un Estado en el que las Comunidades Autónomas tengan menor autonomía que en la actualidad» obtuvo el apoyo de un 10,9 %. <http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3120_3139/3121/Es3121mar.pdf>.

158 «Los resultados de la encuesta muestran una disminución del apoyo al Estado de las autonomías y un aumento de las posiciones centralistas favorables a un mayor poder del Estado frente a las Comunidades Autónomas. Comparando los datos de esta encuesta con los de un BRIE anterior, del 2015, y dos Barómetros del CIS del 2016 y del 2017, este último anterior al día 1 de octubre en Cataluña, se aprecia una disminución significativa del apoyo a la opción continuista (el Estado de las Autonomías tal y como funciona

La interdicción de la disponibilidad coyuntural del marco competencial ha sido validada rotundamente por el Tribunal Constitucional. Así, «la autonomía y las propias competencias son indisponibles tanto para el Estado como para las Comunidades Autónomas (...) esta concurrencia competencial del Estado y las Comunidades Autónomas, la acción administrativa subvencional o de fomento, con clara incidencia en la actividad financiera, debe articularse, como reiteradamente ha puesto de relieve este Tribunal desde las SSTC 18/1982, fundamento jurídico 14; 32/1983, fundamento jurídico 2º y 76/1983, fundamentos jurídicos 11 y 14, mediante técnicas de cooperación y colaboración consustanciales a la estructura compuesta del Estado de las Autonomías como pueden ser, entre otras, los convenios de colaboración ajustados al orden constitucional de competencias: técnicas consustanciales a nuestro modelo de Estado autonómico que deberían ser acordadas en este y otros sectores entre los órganos centrales del Estado y las Comunidades Autónomas, buscando entre todos, dentro del respectivo *e indisponible marco competencial*, métodos flexibles y adecuados de convergencia que disminuyan la conflictividad entre aquellos poderes, todos los cuales deben guiarse siempre por una común lealtad constitucional» (STC 13/1992, de 6 de febrero. FJ 7).

Ni tampoco es admisible, como se dijo en la STC 95/1986, fundamento jurídico 5º, que merced a determinados Convenios, una Comunidad Autónoma «haya podido renunciar a unas competencias que son indisponibles por imperativo constitucional y estatutario» (FJ. 10).

Estas puntualizaciones requieren un complemento en virtud del cual se recuerde que la defensa de la unidad como principio constitucional de la Nación española no puede asimilarse a apuesta por un Estado unitario, dado el carácter central de la unidad en los modelos regionales y federales. La unidad como sustento estatal es irrenunciable, como destino organizativo es una opción que requeriría cambios formales de la Constitución, que legítimamente carecen de apoyos suficientes en los momentos actuales.

1.5.2.2. El afianzamiento regional: la consignación constitucional de las Comunidades Autónomas

El Estado regional está condicionado por los límites fronterizos entre los que inicialmente puede gestarse. Podemos afirmar que más que por presentar unas características propias, exclusivas y excluyentes, la doctrina ha preferido definir al Estado regional a partir de su relación con otras categorías, como algo más que un Estado unitario y algo menos que uno federal. Ese relativismo en su caracterización va a ser su talón de Aquiles y su espada de Damocles.

hoy) y un aumento aún más claro de la opción centralista: los que desearían un Estado sin CCAA han pasado del 9 al 21%, más de la quinta parte de la población». <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/54215e44-1abd-4983-a45d-258da6b77161/39BRIE_Prensa_Enero2017.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=54215e44-1abd-4983-a45d-258da6b77161>, 23.

El Estado regional ha sido considerado como el paso más significativo en el camino para comprender peculiaridades, diferenciaciones y aspiraciones de las comunidades pre-existentes dentro de la comunidad estatal que las abarca. Es precisamente en ese reconocimiento donde radica el fundamento del Estado regional. El origen está esencialmente en la respuesta que se da dentro de los Estados unitarios a las peculiaridades históricas, geográficas, culturales o de otra índole de determinados territorios. En España serán fundamentalmente las cuestiones vasca y catalana. En Italia, los problemas planteados por las regiones con estatuto especial. En Portugal ocurre lo mismo con Madeira y las Azores. Constitucionalmente, la forma del Estado regional es el fruto de un difícil equilibrio entre los siguientes cuatro principios: unidad, indivisibilidad, autonomía y descentralización.

La opción del constituyente de acomodar un patrón regional a la situación española se ha topado con la necesidad, cuatro décadas después, de una renovación de ese voto regional, vinculándose dicho afianzamiento regional de la organización territorial a los siguientes ítems:

En primer lugar, la consolidación del regionalismo mediante la constitucionalización de los nombres de las CC. AA.. Tomaremos como referente la consulta del Gobierno al Consejo de Estado que daría lugar al informe de modificaciones de la Constitución, en particular la tercera pregunta formulada acerca de si «la falta de referencia a un concreto mapa autonómico permitía mantener la dosis necesaria de abstracción que la búsqueda del consenso exigía»¹⁵⁹ y «que la Constitución de 1978 ha “desconstitucionalizado” la forma de Estado, defiriendo a los poderes constituidos una tarea, la de consolidar normativamente la Constitución territorial». La clave de este planteamiento es doble. Por un lado, formalmente, exige precisar qué artículo o artículos de la Constitución son los más idóneos para llevar a cabo esa mención expresa e individualizada de las Comunidades Autónomas y las dos ciudades autónomas. Empero, sustancialmente, es preciso dirimir qué criterio o criterios se consideran más adecuados para ordenar su enumeración y, sobre todo, qué consecuencias jurídicas produce la constitucionalización de la existencia de las Comunidades Autónomas en la Constitución¹⁶⁰.

Introducir en el texto constitucional una relación de las 17 CC. AA. y las 2 ciudades autónomas para fijar el mapa autonómico de manera definitiva, tarea no tan sencilla si nos atenemos a las reflexiones del Consejo de Estado (criterios de prelación, inserción con la denominación en lengua cooficial o en castellano...), implicaría la afectación de preceptos constitucionales, gestados con vocación de dar alternativas a la implementación del modelo, así, la supresión de la DT 4.º de incorporación de Navarra al País Vasco, o la derogación de los preceptos constitucionales que tienen una naturaleza transitoria, 143, 144, 146, 148, 151 y 152 CE.

159 <<http://www.consejo-Estado.es/transparencia/files/CONSTITUCION.pdf>>, 129.

160 *Ibidem*, 136.

Sobre el fundamento de este cierre, se erige la duda de si su carácter definitivo cerraría la puerta a la creación de nuevas CC. AA. o a una eventual fusión de las existentes. La respuesta es que esas ulteriores modificaciones del mapa territorial no podrían ser consecuencia del principio dispositivo, como en el prototipo inicial, pero sí como consecuencia de los procedimientos de reforma estatutaria que deberían de prolongarse en una ulterior reforma constitucional. Así, reza el informe del Consejo de Estado que «una vez terminada la división del territorio, el principio dispositivo no puede jugar ya en favor de las provincias para hacer posible la creación de nuevos entes dotados de autonomía política. Pese a ello, no desaparece por entero, pues en cierto modo es también este principio, ya transformado, el que explica que estos nuevos entes hayan recibido la facultad de redefinir de manera indefinida el ámbito de su autonomía; una facultad plasmada en aquellos preceptos (147.3 y 152.2) que regulan la reforma de los Estatutos» (p. 138).

El afianzamiento del modelo regional está presente en los proyectos de diferentes fuerzas políticas. Cuatro pilares son los ejes de ese eventual escenario: el simbólico, el competencial, el institucional y el financiero.

Desde un plano de búsqueda de una mayor legitimación, la clarificación y consenso del uso de la bandera y de los símbolos exteriorizaría ese nuevo clímax.

Competencialmente, precisar el modelo de distribución de competencias supondría realizar una redefinición del listado de las competencias exclusivas del Estado reguladas en el art. 149 CE. De forma inmediata, la traslación constitucional de un listado de competencias en las que la legislación le corresponda al Estado y a la Comunidad Autónoma. Habría que matizar que estas competencias serían concurrentes y que el alcance de la prevalencia y la supletoriedad —principios operativos en su conexión— ha sido muy matizado por el Tribunal Constitucional de la mano de SSTC 118/1996 y 61/1997. Este principio —supletoriedad— no puede utilizarse como título competencial del Estado, ni como instrumento para regular materias que los estatutos de autonomía asumen como propias, incluso en el caso de competencias compartidas. No constituye, por tanto, un título competencial autónomo y cada vez tiene una menor virtualidad, STC 147/1991, (FJ 7). El Estado no puede dictar normas en aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas y que además estén asumidas por las Comunidades Autónomas con el mismo grado de homogeneidad. Va a ser en la Sentencia 118/1996, donde se procede a extender esta información de la incompetencia del Estado a las competencias compartidas, además de a las exclusivas. Si se establece que al Estado le compete la legislación y a la Comunidad Autónoma la ejecución, competencias compartidas, el Estado desarrollará una tarea de alta inspección. En ese debate competencial habría que hacer una reflexión sobre el uso del art. 150.2 CE. Ese instrumento de flexibilización del sistema se ha desvirtuado merced al ulterior blindaje estatutario de su objeto. Apelando a la jurisprudencia constitucional y a la interpretación de la doctrina científica, podría incluirse una expresa interdicción de la incorporación al texto estatutario de estas facultades estatales transferidas, circunstancia que recuperaría

la esencia original de este precepto y potenciaría la flexibilidad al sistema que con él se buscaba. Finalmente, cabría incluir una cláusula residual que atribuya el resto de materias a las CC. AA., aunque estaríamos ante un giro profederal, como veremos en el siguiente epígrafe.

Institucionalmente, las reformas de afianzamiento regional implicarían una recuperación del constante debate sobre la reforma del Senado (composición y funciones), una apuesta por la revitalización de la Conferencia de Presidentes de las Comunidades Autónomas y una revisión de la Administración local en la que se considerase la fusión de municipios y la redefinición de las diputaciones provinciales. A este respecto y a modo de ejemplo, debemos recordar que en Castilla y León hay un total de 2248 municipios para 2,5 millones de personas. Esto supone una ratio de un municipio cada 1000 personas, aproximadamente.

Financieramente, la consolidación regional debe basarse necesariamente en una mayor transparencia de la disponibilidad de recursos, articulada esencialmente sobre una igualdad en las prestaciones que cubran los servicios públicos fundamentales. Lo deseable de la regionalización financiera sería que no contemplase excepciones, al menos que no ampliase las existentes, y la concienciación de que a partir de ese mínimo común para todas las autonomías, la opción de subir los techos de los servicios prestados debe implicar una mayor corresponsabilidad de sus ciudadanos, con el consiguiente *feedback* político.

El reto en este afianzamiento regional que coincidiría con el 40 aniversario de la Constitución radicaría en una mejora de nuestro marco autonómico para reformar la cohesión territorial, la unidad en torno a la pluralidad y la solidaridad entre españoles.

1.5.2.3. La reforma federal, hacia qué modelo

A la hora de definir el Estado federal nos encontramos con cientos de conceptos, más o menos próximos, que pretenden identificar su esencia. Una descripción del Estado federal se refiere a *aquella formación estatal que a través del reparto de poder entre las instituciones centrales y las de los Estados miembros, con base en sus respectivas Constituciones, promueve la integración de las diferentes entidades territoriales, respetando su diversidad y observando la imprescindible unidad estatal*¹⁶¹.

El Estado federal es la materialización, en lo que respecta a formas de Estado, de una ideología, el «federalismo». La esencia de este movimiento se puede comprender a partir de su propio étimo, la expresión latina *foedus*. *Foedus* significa tratado o pacto, y se conecta con el término *fidere* que significa confiar, fidelidad, sinceridad o verdad. Sobre ese sustrato la esencia del Estado federal radica en la combinación equilibrada de unidad y autonomía, de participación y autogobierno.

161 Seijas Villadangos, E. (2003): *Configuración asimétrica del sistema de Comunidades Autónomas*, León, Universidad de León, 120.

Este escenario federal aparece como el claramente postulado como alternativa al modelo existente por determinadas fuerzas políticas, así es el claramente favorito para el Partido Socialista, como ha evidenciado su programa político para las elecciones de 2015. «Dados los rasgos del Estado autonómico, su evolución debe adoptar las normas de organización y funcionamiento de Estados con estructura federal» (p. 270). Los puntos de referencia son la Declaración de Granada (6 de julio de 2013) sobre «Un nuevo pacto territorial: la España de todos» y la Resolución «Hacia una estructura federal del Estado». En un sentido parecido, de reforma constitucional, se ha vertebrado un informe, con fecha 20 de noviembre de 2017, suscrito por diversos profesores de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional, liderados por Santiago Muñoz Machado¹⁶². El matiz está en su punto 13, donde se sostiene que «debemos abordar la reforma del modelo territorial basándonos en las técnicas del federalismo pero sin darle excesiva importancia al término con el que se califique al Estado». La reflexión de base radica en que la necesidad de una profunda revisión del Estado de las autonomías en el sentido de una actualización urgente, para ello el siglo XXI podría aportar una estructura territorial de carácter federal capaz de proporcionar respeto a las identidades diferenciadas dentro de España compatible con un compromiso colectivo con el proyecto común, solidaridad para reducir las desigualdades territoriales, cooperación efectiva entre las Administraciones, igualdad de derechos básicos de todos los ciudadanos y eficacia en la gestión de los recursos públicos.

Los aspectos que implementarían esa deriva federal serían, esencialmente, los siguientes:

Incluir en la Constitución a las Comunidades Autónomas por su nombre. Incorporar la referencia a la autonomía de las ciudades de Ceuta y Melilla. En ese sentido, serían Estados federados, pudiendo conservar su identificación como Comunidades Autónomas, al modo de las provincias canadienses.

Mejorar el régimen de cooficialidad de las lenguas de España con el objetivo de establecer su reconocimiento como lenguas del Estado y la garantía de la libertad de uso, sin discriminación, de cualquiera de las lenguas oficiales en los territorios de las respectivas comunidades. Paralelamente, este valor de riqueza lingüística se tendría que promover en todo el territorio del Estado. Estaríamos ante un *federalismo lingüístico*, cuya importancia fue destacada como problema esencial a afrontar en un Estado federal (Jennings)¹⁶³.

Reformar el Senado para convertirlo en una auténtica Cámara territorial. Para ello sería imprescindible redefinir sus funciones para vincularlas a las que derivan de la dimensión territorial (legislación básica del Estado, leyes de financiación, asuntos de la UE que afecten a las comunidades). Revisar su estructura y composición optando

162 <<https://ep00.epimg.net/descargables/2017/11/21/075728595873163e7bcc364dea24c569.pdf>>.

163 Cfr. Kumarasingham, H. (2015): *Constitution-maker. Selected writings of Sir Ivor Jennings*. London, University of Cambridge.

entre un modelo intergubernamental o un modelo representativo de las comunidades. La singularidad de las segundas Cámaras federales es una cuestión de grado, de peso político y jurídico. Una segunda Cámara depuradamente federal sería aquella que, independientemente de la forma que adopte —tipo Consejo o tipo Senado—¹⁶⁴, legislase con exclusividad o con predominio respecto a la Cámara Baja, aquellas cuestiones que afecten al estatuto de los Estados miembros o a las relaciones entre estos y el Estado central. Esto podría materializarse mediante la disposición de un veto, ya sea absoluto o suspensivo, sobre aquellos proyectos de ley que afecten a las cuestiones genéricamente mencionadas, de un modo similar a como lo regula la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (arts. 77 y 81). En este sentido, no es menos importante para el reforzamiento del peso de la segunda Cámara la atribución de un poder «simbólico» que lo conecte a otras instancias de la estructura federal. Así, por ejemplo, el artículo I, sección III, 4 de la Constitución norteamericana que establece que el Vicepresidente de los Estados Unidos será presidente del Senado, o el art. 53 de la Constitución alemana que regula el derecho y el deber de asistir a las reuniones del *Bundesrat* por parte de los miembros del Gobierno federal. La opción federal a dilucidar estriba, por consiguiente, entre un *federalismo tecnocrático*, tal y como acuñaría Samuel Beer, que empoderaría la profesionalización de la representación territorial, y un *federalismo político*, centrado en afrontar los problemas de poder y los intereses de los distintos territorios canalizados políticamente¹⁶⁵.

Incluir el principio de lealtad federal entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Una consecuencia organizativa del mismo radica en impulsar los instrumentos de colaboración y cooperación entre administraciones, como implementación del mismo. Estaríamos ante un *federalismo de naturaleza cooperativa*, el único modelo federal viable que entraría claramente en contradicción con propuestas normativas de blindaje competencial radical.

Racionalizar, clarificar y completar el sistema de distribución competencial, incluyendo la delimitación, al máximo posible, de los ámbitos respectivos en las competencias compartidas y enunciando de manera precisa los títulos competenciales de carácter horizontal del Estado. Esta precisión no va a eliminar la conflictividad inherente a un Estado compuesto, pero sí clarificará el marco jurídico desde el que ésta se va a abordar. En ese contexto, cabría precisar la responsabilidad respectiva del Estado y de las CC. AA. en relación con el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados de la Unión Europea. Aquí,

164 Bowie y Friedrich nos hablan de los dos tipos de Cámara Alta factibles en los Estados federales: tipo Consejo y tipo Senado. A través del Consejo, los gobiernos de los Estados miembros actúan directamente sobre los asuntos de la federación, mediante el seguimiento de sus instrucciones por parte de los delegados que componen la Cámara Alta. El Senado incorporaría una serie de diferencias básicas respecto al Consejo: métodos de elección y estatuto de independencia de sus miembros. *Sic*. BOWIE, R., y FRIEDRICH, C. J. (1960): *Études sur le fédéralisme*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 20-23.

165 Bassani, L. M., Stewart W. *et al.* (1995): *I concetti del federalismo*. Milano, Guffrè Editore, 350 y 421.

más que un modelo federal positivo, estaríamos pensando en un *federalismo antidisfuncional*, en un símil a la crítica vertida respecto al federalismo norteamericano de los años 80, considerado poco funcional debido a la inexistencia de un sistema de relaciones intergubernamentales que dificultaba el funcionamiento del modelo¹⁶⁶.

Reconocer las singularidades de distintas nacionalidades y regiones y sus consecuencias concretas: lengua propia; cultura; foralidad; derechos históricos; insularidad; ultraperifericidad; organización territorial o peculiaridades históricas de derecho civil. Desde este sentido, se apuesta por un *federalismo asimétrico*, si bien en las propuestas formuladas no se depura cómo se va a reflejar constitucionalmente y cuáles son los límites de su concepción¹⁶⁷.

Un acertado diseño federal no debe ignorar los mecanismos de financiación. Para ello es preciso establecer los elementos fundamentales del sistema conforme a los principios de certeza, estabilidad, y equilibrio en el reparto de los recursos públicos y los de autonomía financiera, suficiencia, corresponsabilidad, coordinación, solidaridad y equidad interterritorial, definiendo la forma de operar de los mecanismos de nivelación financiera con el objetivo de dar la máxima transparencia a la garantía del principio de solidaridad a través del reconocimiento de niveles similares de servicios públicos; el alcance del concepto de esfuerzo fiscal similar en todos los territorios entendido como la existencia de una referencia normativa de tipos impositivos efectivos iguales tiene que adaptarse al componente de autonomía inherente a un modelo federal, en el que las aspiraciones a nivel de servicios públicos de cada territorio, más allá de los estándares compartidos por todos han de ir parejos a un correlativo incremento del esfuerzo fiscal del territorio. Por otro lado, la solidaridad que es imprescindible y está indisolublemente unida a la supervivencia de la federación también tiene límites, y en ellos opera el referente de la ordinalidad. La asunción de que federación no es equiparable a uniformización. Aquí, la clave es huir de un federalismo autárquico (*fend for yourself federalism*), en el que cada unidad territorial ha de sobrevivir con sus propios medios¹⁶⁸ y supondría la entrega a una fórmula garantizadora del fracaso federal.

Reformar el mecanismo de reforma constitucional en un sentido federal implicaría integrar a los distintos territorios en su reforma, fijando un porcentaje de los mismos que han de ratificarla al que se habría de unir un referente poblacional. En esa reforma se debería incluir cláusulas de intangibilidad como la unidad del Estado y la propia estructura federal.

Esta transición federal ha de afrontar tres estadios básicos:

Primero, *crear una cultura federal*, una pedagogía, con los rasgos con los que la hemos descrito anteriormente. El principal objetivo es preparar a la sociedad para asumir los

166 *Ibidem*, p. 79.

167 Tarlton, CH.D. (1965): «Symmetry and asymmetry as elements of federalism: a theoretical speculation», *The Journal of Politics*, 27, 4, 861-864.

168 Watts, R. (2006): *Sistemas federales comparados*. Madrid, Marcial Pons.

valores del federalismo conectados a estabilidad y unidad. Las fuerzas políticas deben comunicar estas ideas a los ciudadanos en aras de construir una cultura líder vinculada a las ideas federales. Segundo, *especificar las principales características y los principales escenarios de la evolución federal en España*. Si hubiésemos de avanzar un eventual mapa de la España federal se procedería a erigirlo sobre la unión de apariencia asimétrica, resultado de la cohabitación entre un federalismo funcional y un federalismo nacionalista, en una redefinición del actual sistema autonómico donde las diferencias se reduzcan y se mantengan fundamentalmente los hechos diferenciales. Con la recuperación del eslogan «*Rolling back the States*», trataríamos de subrayar las ventajas de las características comunes de las Comunidades Autónomas del centro y compatibilizarlas con las singularidades de las nacionalistas. Estamos en un período en el que debe prevalecer el bienestar de los ciudadanos. Esta propuesta ha de lidiar con los fuertes deseos de autodeterminación de comunidades como Cataluña o País Vasco y con la desconfianza que suscita el término federal en las Comunidades Autónomas no periféricas. El principal reto es hacer la asimetría funcional, operativa y justa, algo que requiere establecer claramente unos límites infranqueables a cualquier implementación asimétrica.

Tercero, *traducir esa propuesta en una «hoja de ruta» normativa que culmine en la reforma de la Constitución*. El último estadio de esta senda federal por la que podría transitar España implica su consolidación a nivel constitucional, algo que desde el punto de vista de su legitimidad, ha de disfrutar del mismo grado de apoyo que la Constitución de 1978. Federalizar España no significa debilitarla, ni abrir la puerta a la desintegración y a la secesión. Federalismo significa fortalecer la unión de una manera no centralizada. El recurso de la asimetría es un instrumento para alcanzar la armonización, para gestionar el conflicto, la asimetría no es el fin en sí misma, por ello no se puede renunciar a su combinación con elementos de simetría, por ejemplo en lo concerniente a la igualdad entre ciudadanos.

En síntesis, configurar un Estado federal implicaría reformar expresamente la Constitución en ese sentido, consecuentemente reformar los estatutos de autonomía y desvincularlos de una ulterior aprobación por el legislativo central, fortaleciendo la autonomía de los territorios y la unidad del conjunto de la mano de principios como la subsidiariedad y suficiencia financiera, la solidaridad interterritorial y la ordinalidad que no coloque en peor condición relativa a quien contribuye más, pero impulsando asimismo la convergencia de renta y riqueza entre los territorios que permita garantizar el principio de igualdad. De ello penderá la unidad estatal, pilar imprescindible sobre el que se cimienta el Estado, esencialmente, el federal.

1.5.2.4. La Confederación hispánica

La alternativa confederal es la fórmula más extrema, si dejamos de lado opciones rupturistas y separatistas, que se podría aplicar tras una reforma constitucional. La opción de construir una confederación hispánica puede modularse con una segunda formación en

la que elementos confederales cohabiten con otro modelo, ora regional, ora federal. Una reflexión previa a ambos escenarios radica en la naturaleza transitoria de este sistema confederal, cuya conexión a fórmulas separatistas puede ser *ex ante* o *ex post*. Plantear la confederación como un puente hacia una separación definitiva o como un frágil nexo supérstite reminiscencia del pasado.

Considerando la confederación como la forma de Estado en la que el nivel de descentralización es mayor respecto al resto de las formas estatales hasta el momento examinadas. *La confederación se vincula a una forma de unión entre Estados soberanos*. La comprensión de una forma de Estado implica delimitar su posición respecto a las restantes formaciones estatales. Al menos, así lo debió de entender Posada cuando caracterizó la confederación de Estados como «más *unidad política* que la alianza, menos *unidad política* que el Estado federal»¹⁶⁹.

La gestación de una confederación puede producirse como resultado de un doble proceso de transformación de la estructura estatal previa. Hablaremos, en cada uno de estos casos, de confederación por *agregación* y confederación por *desagregación*.

El primero es el caso de la Confederación Norteamericana. El segundo supuesto sería el caso según el cual el Imperio Británico llegó a ser una simple unión de Estados en virtud del llamado Estatuto de Westminster de 1931.

La confederación de Estados se constituye en base a un tratado internacional que actúa como texto básico de la confederación.

La confederación no presenta un carácter supraestatal, sino interestatal, como consecuencia de la posición paritaria de la que disfrutaban los distintos Estados confederados signatarios del tratado fundacional.

Por lo general, la creación de una confederación de Estados está presidida por una serie de fines, más o menos puntuales, que se reducen a la provisión de una mejor defensa frente al exterior, asegurar la libertad de trato e intercambio entre los Estados miembros y al mantenimiento de un cierto régimen político-social en el interior de cada uno. Como consecuencia de esta característica podríamos afirmar que la confederación se cimienta sobre vínculos en los que la esencia política prima sobre los aspectos jurídicos. Es una necesidad política efímera la que se trata de satisfacer a través de la creación y puesta en funcionamiento de una confederación, de la misma forma que la desaparición de esta necesidad pone punto final a la existencia de la confederación.

La estructura orgánica que se construye como consecuencia de la creación de una confederación, se caracteriza por ser siempre muy reducida numéricamente y por estar dotada de limitadas atribuciones. Se circunscribe esencialmente a una Asamblea, que aglutina las funciones legislativas y las funciones ejecutivas, constituida por los representantes (o delegados) de los diferentes Estados. Sus atribuciones, en particular las legislativas, se desarrollan con los límites y en las materias indicadas en el tratado constitutivo. El mecanismo

169 Posada, A. (1935): *Tratado de Derecho político*. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 207.

de toma de decisiones por parte del órgano central exige, por lo general, la unanimidad para la adopción de la mayoría de las decisiones, unanimidad siempre requerida cuando se trate de la modificación de cualquiera de los artículos del tratado fundacional.

El carácter mediato de la vigencia de las decisiones adoptadas por los órganos centrales sobre los súbditos de los Estados confederados es otro de los rasgos identificativos de la confederación. Es necesario que los parlamentos de cada uno de esos Estados acuerden la introducción de esas decisiones en su propio ordenamiento para que estas puedan entrar en vigor en su territorio.

Aunque son muchos los que piensan que esta forma de unión de Estados aparece hoy ya superada y por ello los ejemplos más relatados son la confederación de Norteamérica (1778-1787); la Confederación Helvética, que se puede datar desde el siglo XIV hasta mediados del XIX (1848), en que Suiza se convierte en un Estado federal, conservando, no obstante, la denominación tradicional de Confederación Helvética o la sucesión de confederaciones precedieron a la Constitución del Estado federal en Alemania a partir de 1871 —II Reich—: La Confederación del Rin, la Confederación Germánica 1815-1866 y la Confederación de Alemania del Norte 1866-1871, el siglo XXI parece estar abierto a esta forma territorial.

La contemporaneidad de la idea confederal nos remite a la aproximación de la estructura de la Unión Europea a estos parámetros y al supuesto más cercano de la recepción de sus postulados en España, especialmente tras el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco en diciembre de 2004, cuyo artículo primero aludía a «una Comunidad vasca libremente asociada al Estado español», como sujeto político de ese proceso. La inviabilidad de este planteamiento, desde el punto de partida actual, remite a la necesidad de que los sujetos vinculados tengan una entidad estatal, una paridad de status, algo que hoy no se presume de ninguno de nuestros territorios. El interrogante que ya vaticinábamos al comienzo de estas líneas es si cabría la posibilidad de introducir en nuestro sistema territorial elementos confederales que no destruyan su viabilidad. El fundamento jurídico sería la no existencia de un núcleo inaccesible a los procesos de reforma constitucional (SSTC 31/2009, FJ. 13 y 42/2014, FJ. 4.c)

Un repaso a la realidad territorial nos hace intuir la presencia de algún vestigio confederal en nuestro sistema territorial. Así, el proceso de reforma foral de Navarra, previsto en el artículo 71 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra. La reforma de esta ha de ser acordada, según dicho precepto, mediante la negociación directa entre el Gobierno de la Nación y la Diputación Foral, que separadamente someten después el texto único al voto de ratificación de las Cortes Generales y del Parlamento Foral. Si la propuesta de reforma fuese rechazada —dice el apartado tercero de este artículo—, continuará en vigor el régimen jurídico vigente con anterioridad a su formulación. Como ninguno de los dos Parlamentos participa en la elaboración del texto, ni puede modificarlo, ambos se encuentran exactamente en el mismo plano y disponen de idéntico poder para vetar el texto que se les propone.

Finalmente, sería conveniente aprovechar esta digresión sobre cómo afrontar formalmente una reforma de nuestro sistema de organización territorial para zanjar definitivamente la polémica en torno a la utilización de los estatutos de autonomía como instrumentos para formalizar esas reformas territoriales del conjunto del sistema. Convenimos en una expresa interdicción de la vis expansiva del contenido de un Estatuto para definir, liderar o condicionar un marco de convivencia territorial para todo el Estado.

Políticamente, este debate confederal nos lleva a un terreno de arenas movedizas, donde el derecho a decidir se entremezcla con un derecho de autodeterminación, siendo factible el primero, desde su ejercicio sobre las bases de un titular soberano, y extemporáneo el segundo, porque nuestro Estado no integra elementos coloniales (Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 20 de agosto de 1998, en STC 42/2014, FJ 3).

1.6. La desconexión, el momento más álgido del conflicto territorial en España

El punto álgido de la conflictividad territorial en España se puede datar en el otoño de 2017, donde tras un intento esperpéntico de celebrar un referéndum secesionista, se activó de modo pleno la aplicación del federalismo coercitivo del art. 155 CE, en cuyo comentario nos detendremos en el capítulo III.

El epicentro de todo este proceso y del profundo conflicto que expresa se identificó con el término «desconexión del Estado español» que se formalizó en la Resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015, adoptada por el Parlamento catalán, el 9 de noviembre de 2015. Un análisis del *iter* de este proceso de desconexión, eufemismo con el que se plantea la secesión de Cataluña del resto de España, pasaría por recuperar los siguientes referentes¹⁷⁰:

El punto de inicio, sin necesidad de antedatar el conflicto a momentos preconstitucionales nos lleva a la fecha de la sentencia del Estatut, 31/2010, de 28 de junio. En la campaña electoral a las elecciones al parlamento catalán de noviembre de 2003, el secretario General del Partido Socialista prometió apoyar la reforma del Estatuto que aprobase el Parlamento Catalán. Mas ganaría las elecciones en Cataluña, pero el auge de ERC (Esquerra Republicana de Catalunya), con un carismático líder como era Carod Rovira, entregaría el gobierno al PSC, Partido de los Socialistas de Cataluña. El Pacto del Tinell, sostendría a un gobierno tripartito liderado por Pascual Maragall. En marzo de 2004, el PSOE ganaría las elecciones generales. Los atentados del 11-M, marcarían ese proceso electoral. El 30 de septiembre de 2005, el Parlamento Catalán aprueba un nuevo Estatuto

170 Un repaso cronológico al conflicto catalán puede consultarse en Boix Palop, A. (2017): «El conflicto catalán y la crisis constitucional española: una cronología», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 71 y 72, 172-181.

to¹⁷¹. En marzo de 2006, el Congreso aprueba la tramitación como Ley Orgánica¹⁷² y en el referéndum de ratificación Cataluña votaría a favor del sí un 73,9%, pero con una escasa participación que no alcanzaría el 50%. El texto del Estatuto se llevaría ante el Tribunal Constitucional, entre otros reclamantes por el Grupo parlamentario del Partido Popular quien impugnaría el Preámbulo, 114 de los 223 artículos de la ley y 12 disposiciones adicionales y finales¹⁷³. En ese período, entre 2010 y 2012, el número de catalanes que manifiestan su preferencia por la secesión llega prácticamente a duplicarse desde un 17% a casi un 40%¹⁷⁴. En julio de 2010, una importante manifestación de protesta en contra de la sentencia del Tribunal Constitucional —28 de junio—, con el eslogan «Somos una nación, nosotros decidimos» sería auspiciada por todas las fuerzas políticas de Cataluña con la salvedad del Partido Popular y Ciudadanos. El propio presidente Montilla y otros expresidentes como Pujol o Maragall participaron en la misma. A partir de ahí, se puede hablar de un punto de inflexión hacia el independentismo.

En 2012, el referente de este conflicto es la propuesta de pacto fiscal formulada por el presidente Artur Mas y que sería rechazada por el gobierno central de Mariano Rajoy. La esencia de este pacto fiscal radica en trasladar a Cataluña un modelo de financiación similar al Concierto y Convenio vasco, una propuesta de «federalismo autárquico», que aboga por la gestión plena de lo recaudado fiscalmente en Cataluña por el gobierno catalán, de cuya cantidad se detraería una aportación o cupo al gobierno central. En ese clima político de enfrentamiento, se adelantan las elecciones en Cataluña y el Parlamento catalán aprueba una Resolución el 27 de septiembre, en la que afronta de manera directa la celebración de una consulta o referéndum sobre el «derecho a decidir». Se trata de la Resolución 742/IX, del Parlamento de Cataluña sobre la orientación política general del Gobierno de la Generalitat¹⁷⁵. En los postres de esa Resolución, Francisco Rubio LLoren-te publica, el 8 de octubre de 2012, un artículo en el periódico *El País*, «Un referéndum para Cataluña» en el que se posiciona a favor de un referéndum consultivo en el que se busque verificar la solidez de la postura independentista en Cataluña¹⁷⁶. Para ello se

171 La reforma del Estatuto de Sau de 1979, se distinguió por apostar por una forma singular de ampliación competencial, singularizable por la especificación de los perfiles competenciales, que delimitaban al máximo los atributos de cada título competencial con el singular objetivo de su blindaje. Un total de 120 diputados del Parlamento catalán votaron a favor del Estatuto.

172 Una votación de 189 a favor y 154 en contra. Destaca el voto en contra de ERC, agrupación que en el Senado se abstendría.

173 Se acumularían los recursos presentados por el Defensor del Pueblo y los gobiernos de las Comunidades Autónomas de Murcia, la Rioja, Illes Balears y la Comunitat Valenciana.

174 Ya con anterioridad, el 13 de septiembre de 2009, se produce la primera consulta municipal realizada sobre la independencia de Cataluña en Arenys de Munt. A partir de ahí, a lo largo de los años 2009, 2010 y 2011 se realizan consultas en diferentes municipios, incluida la ciudad de Barcelona.

175 La moción fue apoyada por CiU, ERC, SI, ICV y un diputado del PSC, en total 87 parlamentarios de los 135. El resto del PSC se abstuvo. El voto en contra procedió de PP y C's.

176 «Si una minoría territorializada, es decir, no dispersa por todo el territorio del Estado, como sucede en algunos países del este de Europa, sino concentrada en una parte definida, delimitada administrativamente y con

proponía «una proposición de ley orgánica de autorización de este referéndum», como desarrollo legislativo del art. 92.3 CE.

El reto secesionista continúa su fortalecimiento y en enero de 2013, el gobierno resultante de las elecciones de noviembre del año anterior, liderado por Artur Mas, acuerda «declarar la soberanía democrática del pueblo de Cataluña como sujeto político y jurídico». Significantes incuestionables como soberanía, legitimidad democrática, transparencia, dialogo, defensa de los principios fundacionales de la Unión Europea y legalidad, en cuanto se formuló la apelación al recurso de todos los marcos legales existentes para hacer efectivo el fortalecimiento democrático y el ejercicio del derecho a decidir introducen esa contradicción performativa, que sería evidenciada por el Tribunal Constitucional en la anulación de dicha declaración, que se ha convertido en toda una constante de este proceso. Se trata de utilizar un formato constitucional, para alcanzar objetivos inconstitucionales. El Estado constitucional no se cimienta en principios aislados e inconexos, sino que se vertebra precisamente, a partir de la fusión de los mismos. Un principio democrático, al margen de la legalidad, es una herramienta subversiva, ilegal e intimidatoria para todos los ciudadanos que tienen garantizados sus derechos en ese marco constitucional. Orgánicamente, esta propuesta se sustenta mediante la creación del Consejo para la Transición Nacional.

Una somera revisión del mismo nos lleva a su creación, el 12 de febrero de 2013, designado como *Consell Assessor per la Transició Nacional*, formado por trece juristas y otras personas que apoyan el derecho a decidir, que publicaría un análisis relativo a la consulta sobre el futuro político de Cataluña, en cuyos postulados reconocen su legitimidad histórica para constituirse como Nación. Defienden que «las referencias históricas personalizan el caso de Cataluña como una de las colectividades nacionales diferenciadas más antiguas de Europa»¹⁷⁷. Asimismo, el Consell sostiene que la tradición política de Cataluña ha sido muy predominantemente de carácter dialogante y pactista, fruto del equilibrio histórico en que se fundamentan sus instituciones desde su inicio. La convicción de un marco legal para dicha consulta es su principal argumento.

Junto a esa posición que sostiene el *Consell*, podemos referirnos a la sostenida desde un sector doctrinal, que defiende la existencia de un «déficit de acomodación»¹⁷⁸ de Cataluña dentro del Estado español, basado, por un lado, en la demanda de mayor reconocimiento de esa comunidad como sujeto político, con voluntad propia, en el seno del Estado,

las dimensiones y recursos necesarios para constituirse en Estado, desea la independencia, el principio democrático impide oponer a esta voluntad obstáculos formales que pueden ser eliminados. Si la Constitución lo impide habrá que reformarla, pero antes de llegar a ese extremo, hay que averiguar la existencia, y solidez de esa supuesta voluntad».

177 Informe n.º 1, de 25 de julio de 2013. <<https://www.ara.cat/2014/04/14/1120167974.pdf?hash=ff1ea-b79940e6cd098c107d0111286cd19efebbe>>.

178 Barceló i Serramalera, M.; Corretja, M. et al. (2015): *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Barcelona, Atelier, 20.

superando de este modo un posible fallo de reconocimiento, y por otro en la demanda de mayor autonomía y capacidad política en la toma de decisiones como sujeto político autónomo y, de manera compartida, en el conjunto del Estado.

El Tribunal Constitucional respondería declarando la inconstitucionalidad de tal Declaración, (STC 42/2014, de 25 de marzo), pero de un modo conciliador, pudiendo calificarse como una sentencia facilitadora y propiciadora de una solución al conflicto. En ese período salen a la luz irregularidades financieras del ex presidente de Cataluña Jordi Pujol y de su familia. Pese a todo, el presidente del gobierno de la Generalitat convoca la consulta catalana, el 9 de noviembre de 2014, al amparo de la ley catalana de consultas, que fue anulada por el Tribunal Constitucional¹⁷⁹. Una consulta sin garantías, en la que las urnas estuvieron abiertas durante varios días y de la que se sostuvo por parte de la Generalitat que el 80% de los votantes habían votado si a las preguntas propuestas:

«¿Quiere que Cataluña sea un Estado», y en caso afirmativo: «¿Quiere que este Estado sea independiente?»¹⁸⁰.

La STC 259/2015, de 2 de diciembre, declara la inconstitucionalidad de la Resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña, adoptada el 9 de noviembre de 2015, mismo día de su celebración, que informaba sobre el inicio del «proceso» político en Cataluña de desconexión democrática como consecuencia de los resultados electorales de 27 de septiembre de 2015.

En enero de 2016 se produce el relevo en la Presidencia de la Generalitat, sucediendo Carles Puigdemont a Artur Mas, tras las elecciones de 27 de septiembre de 2015 y dos votaciones de investidura fallidas. Estas elecciones se calificaron como plebiscitarias al plantearse por los partidos independentistas como un nuevo referéndum encubierto en el que se buscaba el apoyo a la secesión de un modo mediato a través del apoyo a las fuerzas

179 STC 31/2015, de 25 de febrero (ECLI: ES: TC: 2015: 31). «La ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre, regula —bajo la denominación de “consultas generales”— una verdadera consulta referendaria, articulada como llamamiento al cuerpo electoral a través del voto. Con ello, el legislador autonómico ha ignorado las consecuencias que se derivan de los artículos. 23.1 y 149.1.1 CE en relación con el art. 81.1 CE (regulación por ley orgánica del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos), del 92.3 CE (regulación por ley orgánica de las condiciones y procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución) y del 149.1.32 CE, que atribuye al Estado una competencia exclusiva que, como ya hemos repetido, no se limita a la autorización estatal para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, sino que “se extiende a la entera disciplina de esa institución, esto es, a su establecimiento y regulación (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 69)». (FJ 9).

180 STC 138/2015, de 11 de junio (ECLI:ES:TC:2015:138). «Deban declararse inconstitucionales por infracción del artículo 122 EAC las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado “proceso de participación ciudadana”, es decir, aquellas contenidas en la página web <http://www.participa2014.cat/es/index.html> y los actos y actuaciones de preparación, realizadas o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta». (FJ 5).

políticas que lo impulsaban. En 2016 se produce un énfasis en la captación de apoyo popular para la causa secesionista, de la mano de una Diada especialmente concurrida.

En el año 2017¹⁸¹, los referentes del conflicto, pasan por sede judicial desde la inhabilitación de Artur Mas, hasta la sede parlamentaria, mediante la aprobación de las leyes del referéndum de autodeterminación (Ley 19/2017, de 6 de septiembre) y la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República. Como colofón a los mismos el referéndum del 1 de octubre, referente preciso del conflicto y plasmación de lo esperpéntico que puede ser una consulta y de la manipulación a que ello puede conducir. La pregunta:

«¿Quiere que Cataluña sea un Estado independiente en forma de república?». Los datos de participación aquí carecen de un fundamento fiable, por la no adscripción a un colegio electoral concreto de los votantes y la singularidad de los procesos de cómputo de votos.

La STC 124/2017, de 8 de noviembre, declara la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2017, de 8 de septiembre, sobre fundamentos ya adelantados en sentencias previas y que se condensan en «la resuelta posición de ajenidad al ordenamiento constitucional» que se ha manifestado como una constante en todo este proceso (FJ 3.A a). Por su parte, la STC 114/2017, de 17 de octubre, sobre la Ley del referéndum, en cuyo fundamento jurídico 8 se enfatiza «declarar que subsiste el deber de esas autoridades y cargos públicos, expresado en la providencia de 7 de septiembre de 2017 (antecedente segundo de esta Sentencia), referido ahora a impedir o paralizar cualquier iniciativa que pudiera suponer ignorar o eludir el fallo de esta Sentencia (en sentido similar, STC 90/2017, FJ 13)». Es decir, se reitera la obligación de acatar el cumplimiento de la misma por parte de todas las autoridades, incluidas las catalanas.

Unos días antes de la sentencia, con fecha 10 de octubre de 2017, el presidente de la Generalitat de Cataluña compareció ante el Parlamento de la misma comunidad, en virtud de lo recogido en el artículo 45.1 de la Ley de Presidencia de la Generalitat y del Gobierno, por instrucción de lo establecido en el artículo 4.4 de la Ley 19/2017 del Referéndum de Autodeterminación del 6 de septiembre de 2017, en relación con el referéndum celebrado el día 1 de octubre¹⁸². En su comparecencia manifestó:

181 El 14 de febrero de 2017 el Tribunal Constitucional anula la Resolución del Parlamento Catalán 306/XI, de 6 de octubre de 2016, sobre la orientación política general del Gobierno. «La resolución 306/XI, en los apartados impugnados, plasma la voluntad del Parlamento de Cataluña de eludir los procedimientos de reforma constitucional para llevar adelante su proyecto político de desconexión del Estado español y creación de un Estado catalán independiente en forma de república, lo que supone “intentar una inaceptable vía de hecho (incompatible con el Estado social y democrático de Derecho que se proclama en el art. 1.1 CE) para reformar la Constitución al margen de ella o conseguir su ineficacia práctica” (SSTC 103/2008, FJ 4 y 259/2015, FJ 7)».(FJ 9).

182 El 6 de octubre de 2017 el Gobierno catalán, dada la renuncia de los miembros de la Junta electoral, aporta unos datos sobre la participación en el referéndum. Habrían votado unos 2 286 217 ciudadanos, aproxi-

«Llegados a este momento histórico, y como presidente de la Generalitat, asumo en presentarles los resultados del referéndum ante el Parlamento y de nuestros ciudadanos, el mandato que *Catalunya aconezca un Estado independiente en forma de república*.

Esto es lo que hoy corresponde hacer. Por responsabilidad y por respeto.

Y con la misma solemnidad, el Gobierno y yo mismo proponemos que el Parlamento suspenda los efectos de la declaración de independencia para que en las próximas semanas emprendamos un diálogo sin el cual no es posible llegar a una solución acordada. Creemos firmemente que el momento pide no solo la desescalada en la tensión sino sobre todo voluntad clara y comprometida para avanzar en las demandas del pueblo de Cataluña a partir de los resultados del 1 de octubre. Resultados que tenemos que tener en cuenta, de manera imprescindible, en la etapa de diálogo que estamos dispuestos a abrir».

Esta declaración impulsó la activación del art. 155, un acto complejo en el que intervienen distintos sujetos y que está regulado en la Constitución y en el artículo 189 del Reglamento del Senado, complementado por los artículos 58 (Comisiones Conjuntas) y 67 (obtención de información y documentación por parte de las Comisiones) del mismo Reglamento, que analizaremos en el Capítulo III. Este *iter* se complicó aún más por el proceso esperpéntico de huida a Bélgica del presidente Puigdemont, dos días después de su aprobación. En esa escapada le acompañaron varios Consejeros de su gobierno. Los que quedan en España fueron enviados a prisión. Igualmente, se condena a los líderes de los movimientos sociales que auspiciaron las protestas y los tumultos, en particular sobre los Guardias Civiles que acudían a registrar diversas Consejerías.

En el marco de la aplicación del 155 se celebraron elecciones al Parlamento de Cataluña, el 21 de diciembre de 2017. Destaca la amplia participación de los ciudadanos en esa convocatoria (79,09 %). Los resultados dieron como ganador a Ciudadanos, con 36 escaños, seguido de JuntsxCat, 34 y ERC 32. El Parlamento se constituyó el 17 de enero de 2018, siendo elegido presidente del mismo Roger Torrent. La incertidumbre, fiel a la deriva desde la eutrapelia al esperpento con que todo se ha ido sucediendo, se focaliza en investir telepáticamente a un candidato huido de la justicia. En ese clima, surge otra iniciativa, *Tabarnia*, una plataforma que aboga por la secesión de Cataluña de Barcelona y Tarragona, que constituirían una nueva Comunidad Autónoma de ese nombre resultado de un acrónimo de fusionar la denominación de dichas provincias y que se conecta a los resultados de las elecciones del 21 de diciembre¹⁸³.

Muchos factores han influido en este conflicto, y por primera vez, no podemos decir que es demasiado pronto para extraer consecuencias. Respecto a Cataluña y al conflicto desde allí planteado, a partir del 9 de octubre de 2017, siempre es tarde. Es tarde, porque

madamente unos 43% del censo electoral, de los que el 90% lo habrían hecho en favor de la independencia de Cataluña.

183 <https://elpais.com/ccaa/2017/12/26/catalunya/1514294087_683186.html>.

como reconoce Muñoz Machado, «las decisiones de los Tribunales tienen que cumplirse y si, como está ocurriendo con las del Tribunal Constitucional, no se atienden e incluso son motivo de burla y escarnio por parte de los más atrevidos, el gobierno tiene que poner la fuerza al servicio de la constitucionalidad y la legalidad», pero lo que aquí nos ocupa, que es la apertura a un espacio para el diálogo y la negociación, también se está cuestionando, porque «los demás territorios del Estado parecen estar menos dispuestos»¹⁸⁴. Por eso, quizá no podamos esperar a que escampe para afrontar ese diálogo que no puede ser eludido, a formular estrategias que han de integrarse en cualquier necesaria tentativa para la resolución de este conflicto.

184 Muñoz Machado, S. (2017): «Más allá de la intentona independentista», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 71-72, 9.

CAPÍTULO II

ESTRATEGIAS DE NEGOCIACIÓN EXTRAJUDICIALES
PARA LA RESOLUCIÓN DE
CONFLICTOS TERRITORIALES

Desde que la constatación de evidencias históricas puede ser recuperada se detecta lo inherente que es al comportamiento individual y colectivo la idea de conflicto. Esa tendencia a la desavenencia, a la disputa y al enfrentamiento potencia su *vis expansiva* cuando los protagonistas son los territorios o dichos territorios son el argumento principal del conflicto.

De forma paralela a los mismos se han identificado e ideado fórmulas para su resolución. El avance del Estado de Derecho consolida los entes judiciales como órganos monopolizadores de la solución de conflictos. Empero, a su sombra, y a veces anexos a los mismos se han ido desarrollando estrategias singulares que pudieran retomar su protagonismo en el momento actual. Para ello, es preciso revisar la esencia de dichos institutos y aperebir de las mutaciones precisas para adaptarse al específico escenario de los conflictos territoriales.

Antes de entrar a su análisis, quisiéramos efectuar una somera valoración sobre el alcance y las perspectivas desde las que aspiramos a presentarlas. La mayoría de estas fórmulas se han ideado en el ámbito del Derecho Privado¹⁸⁵. En consecuencia, una trasposición automática al Derecho Público y a sujetos diferenciados no puede ser simple. Por consiguiente, lo que tratamos de formular es la obtención indiciaria de unas pautas o de unos perfiles de actuación y comportamiento que tengan aplicabilidad al ámbito público y que puedan evidenciar una cierta utilidad, singular o conjuntamente con otros mecanismos, para la resolución de conflictos territoriales. Esto es, nos alejaremos de un enfoque axiomático, que vaya encadenando reflexiones y conclusiones, para adentrarnos en una presentación curiosa de estos métodos, realizada subjetivamente por quien busca

185 Un referente para este trabajo es el monográfico en el que se comentado la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. En él hemos obtenido un referente para estructurar lo elementos esenciales que estas figuras han consolidado en el Derecho Privado. García Villaluenga, L. y Rogel Vide, C. (2012): *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*. Madrid, Reus.

en ellos alternativas válidas y eficaces para resolver conflictos territoriales. Será el objetivo pragmático el que se impondrá al teórico. Es más, una segunda precisión es oportuna y necesaria. Estos conflictos que nos ocupan y preocupan son aquellos que se producen *ad intra* de las tradicionales estructuras estatales. En consecuencia, buscaremos en contextos ajenos, soluciones que pudieran ser útiles, puntual o sistemáticamente, para la resolución de conflictos en el interior de los Estados, en particular de los Estados descentralizados. Por ello miraremos a los individuos y particulares y a las organizaciones resultantes de su agrupación, en torno a un sistema de normas supremo y originario, a los Estados, pero teniendo nuestros objetivos fijados en un espacio conflictual diferenciado, el de los conflictos territoriales intraestatales. Así, recurriremos a disciplinas como el Derecho Civil, el Laboral o el Derecho Internacional Público, pese a que nuestro objeto se desenvuelve en el Derecho Constitucional, es decir recurriremos a la trasposición, migración, *legal borrowing*, *cross fertilization* o diálogo entre disciplinas, como reconoce Pegoraro¹⁸⁶. No obstante, el *alma mater* de la conflictividad entre territorios radica en controversias de naturaleza política, en consecuencia, estas estrategias que se van a presentar y analizar tienen un marco jurídico, fundamentalmente encaminado a individuos, por lo que resulta preciso extrapolar los rasgos generales de cada estrategia y los elementos estructurales clave de cada una de ella que pueden ser virtualmente útiles en la resolución de las controversias intraestatales.

II.1. Principios de «solución pacífica de los conflictos» y de «libre elección de medios»

A la hora de enfrentarse a una controversia o un conflicto, tradicionalmente se distinguía entre medios pacíficos y no pacíficos de resolución¹⁸⁷, sin embargo, a partir de la Segunda Guerra Mundial¹⁸⁸ y, concretamente, con la Carta de Naciones Unidas existe la prohibición del uso o amenaza de la fuerza, obligando a la resolución de las controversias por medios pacíficos para garantizar la paz y seguridad internacional, para «preservar las generaciones venideras del flagelo de la guerra»¹⁸⁹.

Cierto es que junto al principio de solución pacífica de las controversias opera el principio de libre elección de los medios, dejando a voluntad de los sujetos en conflicto la elección de los distintos sistemas de resolución y garantizando así la independencia e igualdad

186 Pegoraro, L. *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de derecho constitucional comparado*, op. cit., 97-103.

187 Convención (IV) de La Haya, de 18 de octubre de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

188 A partir de la Primera Guerra Mundial comenzaría ese íter prohibitivo si bien su refuerzo vendrá de la mano del artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas, de 1945.

189 *Carta de Naciones Unidas*, preámbulo, párrafo primero. Disponible en: <<http://www.un.org>>.

soberana de los Estados enfrentados. Este principio de libertad cobra un protagonismo primordial cuando se trata de optar por diferentes medios de resolución prejudicial o parajudicial y es de gran relevancia en los conflictos territoriales, hasta el punto que condicionan la viabilidad de todo el proceso.

Consecuencia de la operatividad de estos dos principios, los distintos organismos que supervisarían esos procesos tratan de incrementar medios o sistemas preventivos. El uso de la mediación y del arbitraje, frente a la posibilidad de que existan conflictos que pongan en peligro otros bienes jurídicos como la estabilidad estatal y la seguridad, es una alternativa que implementa la solución técnica de los problemas territoriales, otorgando una capacidad de gestión de la misma a sus protagonistas, de la que se alejan las soluciones jurisdiccionales. Hemos optado por insertar como cabecera una apelación genérica a la negociación que subsuma las diferentes especies de la misma a las que haremos referencia. A partir de su aplicación, y solo en caso de imposibilidad de solucionar el mismo, se produciría un recurso a los instrumentos judiciales, en el ordenamiento jurídico español, fundamentalmente, el Tribunal Constitucional.

II.2. Sistemas y estrategias de resolución de conflictos como referente global

El Derecho Internacional Público, el Derecho Privado y el Derecho particular de otros Estados nos ofrecen varios sistemas de resolución pacífica de conflictos, garantizando, en la medida de lo posible, el buen entendimiento entre las partes enfrentadas y el no uso de la fuerza. Sin embargo, para que se produzca una voluntad de arreglo ha de operar el principio de buena fe por parte de los implicados en el conflicto, la verdadera intención ha de ser llegar a un entendimiento¹⁹⁰. Así mismo, cabe decir que si mediante el uso de uno de los sistemas de resolución pacífica de conflictos no se llegase a conseguir el pretendido acuerdo, es decir, el fin de las disputas, podría iniciarse un nuevo intento mediante otro procedimiento negociador hasta dar con la solución, tomando como límite infranqueable el uso o amenaza de la fuerza¹⁹¹. En consecuencia, estas estrategias prejudiciales son compatibles, si bien es conveniente graduar ordenadamente su aplicación a los efectos de no agotar a las partes en los procesos y buscar la máxima efectividad de los mismos.

190 Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la declaración relativa a los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Disponible en: <<http://ocw.um.es>>.

191 Resolución 37/10 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales, punto 13. «Ni la existencia de una controversia ni el fracaso de un procedimiento para el arreglo pacífico de una controversia será motivo para que cualquiera de los Estados partes en tal controversia recurra a la fuerza o a la amenaza del uso de la fuerza».

Históricamente, las estrategias y mecanismos para resolver los conflictos han aparecido de modo simultáneo a los procesos judiciales. Desde la perspectiva de la historia constitucional, hemos de reparar en la Constitución de 1812, que señalaba en su título V, *De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo civil y criminal*, Cap. II (arts. 280-284), la relevancia de alguna de los mecanismos que ahora vamos a analizar, como la conciliación y el arbitraje a los efectos de su utilidad para la resolución de conflictos con carácter previo a una resolución judicial, «derecho del que no se podría privar a ningún español» (art. 280). Es más, al margen de la atribución a los alcaldes de los pueblos del rol u oficio de conciliador, esta tentativa de resolución extrajudicial era una *conditio sine quae non* para el ulterior inicio de un pleito.

Entre los sistemas pacíficos de resolución de controversias que nos ofrece el Derecho global podemos destacar los siguientes:

II.2.1. Negociación

La negociación¹⁹² consiste en la solución de las controversias, de rutina principalmente, entre dos o más partes mediante la comunicación directa de estas. Es el término genérico con que nos referimos a todos estos instrumentos no judiciales que tratan de resolver conflictos. De entre todas las negociaciones, la negociación diplomática directa suele utilizarse como uno de los primeros sistemas de resolución de conflictos a escala global dado que supone la comunicación, la consulta o el intercambio de pareceres entre los altos miembros del ejecutivo con potestades para ello a fin de encontrar una solución negociada al problema común. El riesgo, evidenciado en el conflicto catalán, es la creación de una ficticia diplomacia que en vez de resolver un conflicto, su objetivo fuera el de crearlo y ahondarlo¹⁹³. Un exiguo comentario de este particular ayuda a comprender esta arriesgada desviación de la propuesta de negociación con presencia diplomática que sostenemos.

El Consejo de Diplomacia Pública de Cataluña, más popularmente conocido por su acrónimo Diplocat, era una organización, con forma de consorcio, impulsada por la Generalitat de Cataluña, erigida sobre el objetivo de promover la imagen de Cataluña a nivel internacional. Decimos era, porque entre las medidas derivadas de la aplicación del art. 155 —*vid infra*— se decretó su supresión¹⁹⁴. Su antecesor fueron el Patronato

192 Ampliación de información en: <<http://www.un.org/undpa/en>>.

193 DOGC 6279 de 21 de diciembre de 2012.

194 Real Decreto 945/2017, de 27 de octubre, por el que se dispone, en virtud de las medidas autorizadas con fecha 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, la adopción de diversas medidas respecto de la organización de la Generalitat de Cataluña, y el cese de distintos altos cargos de la Generalitat de Cataluña. (BOE 261, 28 de octubre de 2017).

catalán pro Europa y el Patronato Cataluña Mundo. El Decreto 149/2012, de 20 de noviembre, de modificación de los Estatutos y denominación del Patronato Cataluña Mundo, que se convierte en Patronato Cataluña Mundo-Consejo de Diplomacia Pública de Cataluña (PCM-DIPLOCAT), de la Consejería de Presidencia de la Generalitat, regulaba su creación y funciones. Previamente, el Decreto 154/2005, de 12 de julio había aprobado los Estatutos del Patronato Cataluña Mundo. Su naturaleza jurídica era consorcial, dotada de personalidad jurídica propia, sometida al ordenamiento jurídico público y con una duración indefinida. La ley 40/2015, reguladora del Régimen Jurídico del Sector Público se ocupa con detenimiento de los consorcios en los arts. 118 a 127, unido a la disposición adicional décima que versa sobre las aportaciones a los consorcios, estableciendo en el art. 118 la definición de los consorcios como entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias. Es precisamente este último inciso el que resulta problemático en su aplicación por la Generalitat a la hora de gestionar las funciones atribuidas a la Diplocat. Esa pretensión de gestionar competencias en el ámbito internacional, vinculadas a una organización diplomática autonómica, que la Generalitat plasmó inicialmente en la Ley 16/2014, de 4 de diciembre, de acción exterior y de relaciones con la Unión Europea, sería declarada inconstitucional por la STC 228/2016, de 22 de diciembre, cuyo fundamento jurídico 11 manifiesta de manera meridiana lo siguiente:

“La llamada en la Ley 16/2014 “diplomacia pública” se configura como un conjunto de actuaciones con incidencia exterior, no vinculadas al ejercicio de competencias autonómicas, que dirige y coordina la Generalitat y cuyos destinatarios pueden perfectamente ser los Estados u organizaciones internacionales como sujetos de Derecho internacional, a tenor de las finalidades que persigue.

Así las cosas, las definiciones de “diplomacia” recogidas en los apartados i), j), k) y l) del artículo 2 y la regulación contenida en el art. 38 de la Ley 16/2014 son inconstitucionales y nulas, puesto que configuran una actuación exterior de la Generalitat que no se vincula a sus competencias, asume como destinatarios a sujetos del Derecho internacional y se prevé dirigida y coordinada por la propia Generalitat, sin respetar la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales del art.

Artículo único. Quinto. Supresión del Patronato Cataluña Mon-Consejo de Diplomacia Pública de Cataluña (DIPLOCAT). Patronat Catalunya Món —Consell de Diplomàcia Pública de Catalunya (PCM - DIPLOCAT). Se suprime el Patronato Cataluña Mon-Consejo de Diplomacia Pública de Cataluña (DIPLOCAT), previsto en el Decreto de la Generalitat de Cataluña 149/2012, de 20 de noviembre, de modificación de los Estatutos y de la denominación del Patronato Catalunya Món, que se convierte en Patronat Catalunya Món— Consell de Diplomàcia Pública de Catalunya (PCM - DIPLOCAT).

149.1.3 CE, ni las funciones de dirección de la política exterior que, según el art. 97 CE, corresponden al Estado”.

El funcionamiento de la Diplocat implicó la participación de distintos organismos públicos, partiendo de la Generalitat de Cataluña, hasta la Federación de Municipios de Cataluña y los ayuntamientos de las capitales catalanas, de diferentes entidades financieras, económicas y empresariales, como la Federación Catalana de Cajas de Ahorro, la confederación de cooperativas de Cataluña o sindicatos, igualmente otras entidades sociales y deportivas, como el Fútbol Club Barcelona se integraron en dicho consorcio. El coste que supuso este proyecto, fundamentalmente sufragado desde subvenciones presupuestarias, ha sido una de las grandes críticas vertidas sobre el mismo. Es importante destacar que entre sus funciones se situó de modo prioritario liderar un flujo de posicionamientos internacionales favorable a la independencia de Cataluña. En ese reto se vincularon a diversos lobbies internacionales, como «Independent Diplomat», quien apoyaría movimientos independentistas como el de Sudán del Sur.

Con esta trayectoria, no obstante, no se ha abortado la proyección exterior de Cataluña, que ha recibido un nuevo impulso legislativo con la Ley 8/2017, de 15 de junio, *de la Comunidad Catalana en el Exterior*, centrada fundamentalmente en «articular las políticas adecuadas para abordar el hecho emigratorio catalán, con carácter integral y de forma adaptada a las circunstancias sociales y económicas del momento», como contempla su artículo 2.

Dicho lo cual, para que podamos hablar de este sistema negociador como un medio propicio a la hora de resolver un conflicto han de producirse varias circunstancias, desde la buena fe por ambas partes hasta el reconocimiento mutuo, pasando por el ejercicio de libertad y responsabilidad que se espera de los sujetos implicados.

La negociación es un sistema propicio para ser utilizado en las fases iniciales¹⁹⁵ del conflicto en cuanto que actúa a nivel preventivo. Igualmente, su utilidad resulta probada para conflictos rutinarios de carácter político, o técnico. Las principales ventajas son que la flexibilidad y la discrecionalidad que operan se refuerza por la inmediatez, celeridad y la cooperación de las partes enfrentadas.

Uno de los datos que hay que tener en consideración en las negociaciones es la singularidad de los actores de naturaleza política que han de protagonizar las mismas en los supuestos de conflictos intraestatales de carácter territorial. De esa especificidad, del grado de racionalidad o de la ausencia de la misma en sus decisiones se ocupa el denominado «teorema de Coase», originalmente gestado para explicaciones en el marco de la economía. El teorema de Coase plantea que no tiene importancia donde se ubique la responsabilidad de algo, en concreto de una decisión o de una propiedad, porque en

195 Muhiar, H. (2009): «La solución pacífica de las controversias internacionales», *Global*, 17. Cfr. <<http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=6277&opcion=documento>>.

un mundo de costes de transacción cero, este correspondería a quien más lo valore¹⁹⁶. Es decir, si los derechos de propiedad están bien definidos y los costes de transacción son cero, la negociación entre las partes nos llevará a un punto óptimo de asignación de las responsabilidades y de búsqueda de soluciones al conflicto. De conformidad con el dicho teorema, tiene menos importancia la asignación o resolución legal o jurisprudencial de una propiedad, dado que esta se asignará a quien más la valore, con lo cual la negociación concluiría en una óptima entrega del bien litigioso. Desde unos bajos o nulos costes de la transacción, dos actores racionales negociarán para crear la solución socialmente óptima, sin importar quien tenga el derecho para regular la fuente o el objeto de la controversia. La búsqueda a una solución al conflicto, prima frente a cualquier otro argumento o derecho que se esgrima. El teorema de Coase asume que las partes participantes en una negociación tomarán decisiones como actores racionales. Pero las instituciones públicas no actúan del mismo modo que las privadas, entidades que se caracterizan por maximizar el beneficio. Los gobiernos responden a incentivos políticos, no de mercado. Los votos, más que las eficiencias originadas en los mercados, guían el proceso decisorio político porque los representantes pueden actuar al margen de los intereses generales, solo con el objeto de volver a ser elegidos. Igualmente, no hay que desdeñar el papel que desempeñan los grupos de presión o de interés en estos procesos de negociación que están protagonizados por actores políticos que negocian sobre conflictos territoriales. Estos grupos de presión, a través de sus contribuciones o de las promesas de entregar un número de apoyos electorales, condicionan y contaminan esas negociaciones.

Otro factor a tener en cuenta en las negociaciones sobre cuestiones territoriales, son el peso de los grandes grupos de votantes con diversos intereses, pero que carecen de una organización con la que identificarse, lo que deriva en que a pesar de ser numerosos cuantitativamente sean inefectivos en términos de influencia y condicionamiento de las decisiones políticas que se implementan en las negociaciones territoriales. A ello hay que añadir la existencia de diferentes niveles de gobierno, cada uno con sus particulares intereses, a veces contrapuestos, que influyen en el proceso de toma de decisiones. Igualmente, el peso de los técnicos, de los gestores y burócratas que sin haber sido elegidos condicionan el curso de las negociaciones de una forma decisiva al liderar su estructuración y organización. Aquí es preciso tener en cuenta propuestas como la denominada «Constitucionalismo en 3D». Con esa singular expresión, Joseph Corkin, ha ideado un método para conceptualizar la forma de legislar o negociar conflictos (*underworld*, inframundo) partiendo de la premisa de que el complejo parlamentario-gubernamental de carácter estatal ha menguado en aras a tres presiones, a tres ejes

196 McKloskey, D. (1998): «Other things equal. The so called Coase Theorem», *Eastern Economica Journal*, 24, 3, 367.

que inciden en ese formato tradicional. Un constitucionalismo en 3D¹⁹⁷, en el que el eje parlamento gobierno se vea afectado horizontalmente, por el peso de la burocratización y el tecnicismo de quienes no han sido elegidos; verticalmente, por los procesos de globalización y europeización y, lateralmente, por el peso de actores privados que claman por una autorregulación en un contexto de crisis y de recuperación del protagonismo de planteamientos neoliberales. Todos esos intereses van a tener un protagonismo en las negociaciones para resolver los conflictos territoriales. Es más, su presencia se va a transformar en auténticos obstáculos para un proceso de toma de decisión colectivo, racional y cuyo principal objetivo sea la maximización del bienestar. Esa irracionalidad por parte de los gobiernos, o al menos un importante distanciamiento de un comportamiento racional y maximizador del bienestar social, reduce la posibilidad de una negociación eficiente con otros actores.

II.2.2. Investigación

La investigación o encuesta¹⁹⁸ supone el esclarecimiento de la realidad de los hechos que dieron origen al conflicto. De forma voluntaria, se somete el dilema a la comprobación por un tercero imparcial, que puede ser un sujeto de derecho internacional, nacional — pensemos en otra Comunidad Autónoma distinta a las que sostienen un potencial conflicto— o una comisión de investigación *ad hoc* diferente a las de naturaleza parlamentaria¹⁹⁹, de la realidad de los hechos puestos en cuestión u originarios de la controversia quien sin entrar en la calificación jurídica de lo que pasó emite un informe no vinculante para las partes.

Esta propuesta denominada genéricamente «investigación»²⁰⁰ es muy importante, porque contribuye a clarificar, precisando los hechos litigiosos, y dotar de un mínimo rigor a las ulteriores fases de acercamiento entre las partes. Volviendo al caso que monopoliza la reflexión sobre resolución extrajudicial de conflictos territoriales, las propuestas de diálogo que —como veremos en la descripción del iter del 155— se han sucedido han de partir de un guion previo. En la cabecera de dicho guion sería imprescindible identificar meridianamente los reproches de ambas partes, es decir la esencia del conflicto, al que se

197 Corkin, J. (2013): «Constitutionalism in 3D: Mapping and legitimating our lawmaking underworld», *European Law Journal*, 19, 5, 636.

198 Resolución 46/59 de la Asamblea General Declaración sobre la determinación de los hechos por las Naciones Unidas en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Disponible en <<http://legal.un.org>>.

199 En este sentido el convenio de La Haya de 1907 prevé en sus artículos 17 y siguientes la creación de una comisión de investigación.

200 Gobbi, J. «El concepto de conflicto y los medios de solución de controversias en el Derecho internacional», *CAEI. Working paper*, 58, 3. Disponible en <<http://www20.iadb.org/intal/catalogo/PE/2010/06302.pdf>>.

debería adjuntar las consecuencias o derivas del mismo. Un buen punto de partida, a diferencia de lo que señala el refranero popular, es imprescindible en un proceso negociador para la solución de conflictos territoriales.

II.2.3. Mediación

Entre los sistemas más comunes para la resolución extrajudicial de conflictos es preciso señalar en primer término la conciliación y la mediación. Entre ambos existen similitudes y diferencias. Las específicas diferencias en su articulación, se diluyen al confluir en integrar estructuralmente la actuación de un tercero, definido respectivamente como mediador o conciliador, del que se predica una función capital que es la de intentar que las partes enfrentadas lleguen a un acuerdo. Es decir, la principal nota común de ambas estrategias es que se describen como medios de resolución conflictual de naturaleza «autocompositiva». Esto es así porque lo que prima en su articulación es la autonomía de las partes para intentar alcanzar un acuerdo, a cuya conclusión el tercero interviniente no actúa como un mero Convidado de Piedra, sino que asiste y coopera, si bien de un modo limitado al verse privado de la capacidad de fijar los contenidos de dicho acuerdo y de decisión sobre las controversias planteadas.

Son, precisamente, los atributos cuantitativos y cualitativos de la participación de ese tercero en el proceso negociador, el punto de inflexión que delimita a los institutos de la conciliación y la mediación.

La mediación supone la petición, por parte de uno de los protagonistas del conflicto, de la intervención de un tercero imparcial quien mediante el conocimiento de la controversia procura acercar a las partes, interviene directamente en las conversaciones y en el desarrollo del problema y sugiere términos de arreglo, a modo de consejo dado, que *carecen de fuerza vinculante*, si bien es cierto también puede derivar en la celebración de un acuerdo entre las partes enfrentadas.

Podemos decir que las partes implicadas en la controversia envían a uno o varios sujetos, órganos o representantes del mismo a la mesa de negociación en la que ese tercero amigable ha de contar con una serie de derechos y ha de someterse a unas directrices a fin de asegurar el buen entendimiento y aconsejar a las partes en conflicto.

Entre los derechos de que dispone el mediador destacaremos: el derecho a recibir la información necesaria para tener un conocimiento extenso y exhaustivo de la controversia, esto es, ha de conocer el conflicto en sus orígenes, en su contenido (reclamaciones, pretensiones) y en su evolución (documentación derivada de posibles negociaciones anteriores); tiene derecho a participar directamente en las negociaciones y a presentar métodos o fórmulas alternativas de resolución; así mismo, tiene derecho a que conste en el protocolo, acuerdo, tratado o convenio resultante, que ha sido mediador.

Si bien frente a los derechos existen una serie de deberes que ha de cumplir: estudiar en profundidad y de manera imparcial el conflicto; obrar con objetividad, neutralidad e independencia; implicarse en el desarrollo del conflicto a fin de tratar de solventar o suavizar las dificultades y los enfrentamientos que se presenten; debe participar directamente en las negociaciones en las cuales ha de estar presente; no puede ejercer coacción sobre ninguna de las partes para imponer total o parcialmente su voluntad por lo que además no ha de tener intereses en el asunto a resolver. En esos atributos destaca lo que se ha llamado «la autoridad moral del mediador»²⁰¹, resultado de aunar la competencia profesional y una integridad personal forjada con unos valores esenciales, entre los que se destaca la prudencia, la lucidez, el respeto absoluto a los demás y la rectitud y responsabilidad con la que desempeña su función de mediador.

Siguiendo a Bercovitch y Houson²⁰² podemos establecer una triple categoría de estrategias a seguir por los mediadores a la hora de afrontar un conflicto: *Communication-facilitation*, *Procedural-formative* y *Directive strategies*. De este modo, los mediadores podrán elegir la estrategia a aplicar en función de sus capacidades, del contexto del conflicto y de la motivación que existe por las partes para resolver la controversia.

Communication-facilitation o acercamiento de las partes. Esta estrategia tiene como notas características el contacto con las partes; ganar su confianza y respeto; conseguir que ambas mantengan contacto e interactúen; obtener un entorno de entendimiento; identificar las cuestiones e intereses; esclarecer la situación; dejar que se discutan los distintos intereses de las partes; evitar tomar partido; ofrecer la información que falta o corregir aquella información errónea; finalmente, facilitar evaluaciones positivas y redactar un informe.

La fijación del procedimiento, *Procedural-formative*. En este tipo de estrategias el mediador toma el control del escenario donde se va a proceder a desarrollar la mediación, controla el lugar, la estructura de la agenda y el suministro de información sobre el progreso. Sus notas características son: la elección del lugar en el que se va a desarrollar la mediación; asegurar que exista tranquilidad, paz y formalidad en las reuniones; mantener a las partes en la mesa de negociación; controlar el ambiente físico, establecer protocolos y seguir los procedimientos; resaltar los intereses en común y reducir las tensiones. Para ello es preciso dominar los tiempos, comenzar con aquellas cuestiones más simples, estructurar la agenda y mantener la atención en los puntos u objetivos de discusión.

201 López-Jurado Puig, M. (2010): «La mediación como profesión, algo más que una técnica», *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*. La Coruña, Netbiblo, 16.

202 Bercovitch, J y Lee, S. M. (2003): «Mediating international conflicts: examining the effectiveness of directive strategies», *International Journal of Peace Studies*, 8, 1, 1-17. Disponible en <http://www.gmu.edu/programs/icar/ijps/vol8_1/Bercovitch.html>.

El control o dirección del proceso, *Directive strategies*. Los esfuerzos del mediador se concentran en el contenido y en la sustancia del proceso de negociación incentivando a las partes o dándoles *ultimatums*. La estrategia directiva trata o pretende conseguir el cambio de comportamiento de las partes enfrentadas. Entre las tácticas asociadas a esta estrategia podemos encontrar: conseguir el cambio de expectativas de las partes; ser responsable de las concesiones que han de hacer las partes; hacer sugerencias y proposiciones significativas; hacer que las partes sean conscientes de los costes que puede ocasionar el no llegar a un entendimiento o acuerdo; facilitar información; ayudar a diseñar un entorno aceptable para que se alcancen resultados; cambiar las percepciones y empujar a las partes para que se muestren flexibles y ofrecerse a verificar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados.

Similar a la mediación es la institución denominada *buenos oficios*, sistema de resolución pacífica de controversias que supone el ofrecimiento por ese tercero imparcial de la ayuda para intervenir mediante su consejo en la solución del conflicto.

En la mediación hay que ponderar el protagonismo del mediador, que se intensifica frente a la conciliación, al implicarse, más allá del acercamiento de las partes, en la formulación de concretas propuestas de acuerdo. Este matiz, es preciso reconocer, es de carácter teórico y en la práctica resulta muy difícil su definición de modo diferenciado a la conciliación, como se ha evidenciado en la aplicación de estas técnicas en otros ámbitos como el laboral²⁰³. En ese sentido, es llamativo que la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la Jurisdicción social*, contemple de modo conjunto la conciliación y la mediación (arts. 63-68). Por su parte, el artículo 40.2 o 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, señala la mediación con instrumento a aplicar en los supuestos de adopción de medidas colectivas que implican la movilidad geográfica o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

La opción de la mediación en el conflicto catalán ha sido abogada por diferentes sectores de la sociedad. En particular por un grupo de partidos (Podemos, Catalunya en Comú, PDECat, Esquerra Republicana, Partido Nacionalista Vasco, Izquierda Unida, En Marea, Compromís), con la significativa adición de los sindicatos Comisiones Obreras y UGT. Estos partidos se reunieron en Zaragoza el 24 de septiembre de 2017, en un intento de alcanzar lo que denominaron «tercera vía» para la solución del conflicto catalán. En el mismo sentido, la administración corporativa, los Colegios Profesionales catalanes han propuesto, encabezados por el Colegio de Abogados de Cataluña y su presidenta, María Eugènia Gay, una mediación entre los dos ejecutivos. A ella se han sumado Col·legi d'Economistes, la Universitat de Barcelona, la Universitat Autònoma de Barcelona, la patronal Pimec, la Cambra de Comerç, los sindicatos UGT y Comisiones Obreras, la Asociación para las Naciones Unidas en España y el Consell de l'Ad-

203 Borrajo Dacruz, E. (1983): «Sistemas de conciliación, mediación y arbitraje en los conflictos de trabajo», *Documentación Laboral*, 10, 13.

vocacia Catalana. Estas entidades acordaron constituir la Comisión Independiente para el Diálogo, la Mediación y la Conciliación²⁰⁴, con fecha 4 de octubre de 2017. Estas propuestas dialogadas también fueron suscritas por la Iglesia católica catalana, por un grupo de filósofos y por el Sindic de Greuges de la Comunidad Autónoma de Cataluña, Rafael Ribó. Desde el País Vasco, su presidente Íñigo Urkullu se postuló como mediador. Empero, esta opción ha tenido sus detractores. Así, Parejo manifestaba que «aparte de la dificultad insuperable de hallar los mediadores idóneos para ser aceptados como tales, la admisión de la existencia de dos partes entre las que mediar y, por tanto, una inadmisibles aceptación, siquiera de facto, de las consecuencias del intento de subversión del orden constitucional (en particular, y en el plano internacional, de la soberanía efectiva del Estado español)»²⁰⁵ devendría en una no idoneidad de la mediación en este particular. Esta posición puede complementarse con el reconocimiento de la existencia de ilícitos que hay que resarcir, y ello en un Estado de Derecho debe hacerse fundamentalmente en sede judicial, pero que estos ilícitos están insertos en otros problemas políticos y jurídicos más graves y más amplios, para los cuales la propuesta mediadora puede resultar idónea.

II.2.4. Conciliación

La conciliación, como hemos dicho, supone igualmente la intervención de un tercero imparcial. En ese caso, el rol del conciliador se limita a la aproximación de las partes y de sus posiciones con el objetivo de facilitar aproximarse a una solución aceptada para el conflicto. Cabría habilitar una Comisión de conciliación creada ex profeso, ante la cual se expondría el conflicto. Es un sistema de resolución de conflictos más formal y menos flexible que la mediación dado que en este caso la Comisión²⁰⁶ investiga los fundamentos de hecho y las normas de Derecho aplicables así como la totalidad de los elementos que suscitan la controversia a fin de emitir un informe no vinculante en el cual propone los términos jurídicos de solución. En el ordenamiento jurídico español encontramos supuestos de conciliación como mecanismo para la solución extrajudicial de conflictos en ámbitos sectoriales particulares, como el laboral. Así, el RD Ley 17/1977, de 4 de marzo, *de relaciones de trabajo* (art. 24, párrafo primero). En el panorama internacional se han constatado las evidencias aquí comentadas de la dificultad de dirimir en la práctica entre conciliación y mediación, promoviendo el auge de esta última²⁰⁷.

204 <<http://www.icab.es>>.

205 Parejo Alfonso, L (2017): «Cataluña o el emplazamiento a repensar la estructura estatal de nuestra convivencia», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 71-72, 72.

206 La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, prevé una Comisión de Conciliación en su Anexo. Disponible en <<http://www.derechos.org>>.

207 Así, en Francia, como consecuencia de la reforma Auroux —reforma socialista de 1982 de las relaciones laborales— se produjo el fortalecimiento de los procedimientos de mediación y arbitraje frente a la con-

El mecanismo autocompositivo de la conciliación tiene como finalidad evitar el inicio de un pleito e, incluso, poner fin anticipado a un proceso judicial ya comenzado²⁰⁸. La modalidad más interesante, en el contexto que nos ocupa, es la conciliación de carácter preprocesal, preventiva del planteamiento del conflicto ante los tribunales.

Una serie de aspectos a considerar en la valoración de las estrategias de mediación y conciliación en la resolución de conflictos territoriales intraestatales nos insta a reparar en los siguientes considerandos.

En lo atinente a la designación de mediadores/conciliadores, la práctica en los procesos de mediación-conciliación nos lleva a concluir que cada una de las partes designa libremente a los mediadores-conciliadores. Sobre esa relación alternativa se buscará un denominador común, consensuado por ambas que será quien ostente ese estatus de mediador o conciliador.

Desde el punto de vista procedimental, la potencial aplicación de un proceso de mediación y conciliación entre territorios tendría que partir originalmente de una propuesta firme, escrita u oral, de iniciación de un procedimiento en el que se deje constancia de la voluntad expresa de las partes de someterse a los trámites de conciliación y mediación, en la que de igual modo se reflejen sus respectivas interpretaciones de la disputa y las pretensiones que se quieren elevar para la solución del conflicto.

Un paso siguiente es la fijación del propio acto de conciliación o mediación. Para ello lo deseable es que las partes comparezcan con el máximo representante del Estado o territorio en conflicto. Este podrá acompañarse de cuantos asesores estime, si bien resulta oportuno fijar de antemano su número y que esta cantidad sea equivalente en ambas partes. Si el proceso se dilata, se asumiría la delegación de la presencia de ese máximo representante en otra persona, sobre la cual debe mediar igualmente consenso y mutua aceptación de las partes. En el mismo sentido, resulta deseable la presencia de ese máximo representante en el momento final de la conciliación o mediación, obviamente si esta ha fructificado.

El trámite de la conciliación implica que sean oídas ambas partes, sin limitación de la palabra, pero con un orden en las intervenciones que ha de ser marcado por el mediador-conciliador. A los efectos de agotar las posibilidades de acuerdo, el calendario se adaptará a los progresos del proceso mediador o conciliador. Es igualmente importante, a los efectos de dotar de credibilidad a esta estrategia, que se fije una fecha final de las negociaciones.

ciliación. Cfr. Sesma Bastida, B. (2004): *Procedimiento de solución extrajudicial de los conflictos laborales: marco convencional y normativo*. Logroño, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, 96.

208 San Cristóbal Reales, S. (2013): *Sistemas complementarios a la jurisdicción para la resolución de conflictos civiles y mercantiles (mediación, conciliación, negociación, transacción y arbitraje)*. Madrid, Wolters Kluwers, 97.

Respecto a la eficacia de las estrategias de mediación y conciliación, las dos posibilidades fundamentales con que puede concluir este acercamiento son la formalización de un acuerdo o no. En este último supuesto, quedará el dato, políticamente positivo, de su tentativa.

En la deseable hipótesis de que se alcance una solución al conflicto, total o parcial, su eficacia redundará en el compromiso inicial de su sometimiento a la conciliación y mediación. De su preciso contenido derivarán las medidas para su consolidación, que pudieran formalizarse a través de distintas fuentes, siendo la más deseable su regulación a través de una norma con rango de ley, que tendrá aplicabilidad en los territorios enfrentados. Con ello se buscaría una perdurabilidad del acuerdo y solución alcanzada. No es necesario la ratificación judicial de dicho acuerdo.

El cierre formal a este proceso de mediación o conciliación vendría determinado por la redacción de un acta en la que deberán consignarse las partes que han intervenido en la negociación, en cada una de sus fases; la exposición consensuada de los hechos que dieron lugar al conflicto; la postura inicial de cada parte respecto al mismo y los acuerdos que se adoptaron o, por el contrario, la falta del mismo y las desavenencias constatadas.

II.2.5. Arbitraje

El arbitraje²⁰⁹ es un procedimiento cuasijudicial en el cual las partes enfrentadas designan a unos sujetos o entidades, llamados árbitro (órgano unipersonal o colegiado) al que se le otorga una potestad decisoria encaminada a dirimir dicha controversia. Dicho Tribunal arbitral emitirá su decisión, laudo arbitral, inapelable y *obligatoria para las partes*, pudiendo fallar en derecho, o en equidad, a partir de principios de ética o reglas generales de derecho no codificado. Así, frente al carácter autocompositivo de la mediación y la conciliación, el arbitraje tiene una naturaleza «heterocompositiva» al ser la decisión de un tercero la propuesta que se articula para resolver la disputa. Esto no supone una absoluta desvinculación de las partes respecto al proceso arbitral, ya que como veremos, en el origen del mismo hay una delegación de la voluntad de las partes en ese tercero, motivada por su deseo de resolución del conflicto, voluntad en la que se integra la pretensión de que la misma se aproxime a su posición. Es factible que el arbitraje se inicie una vez finalizado un fallido trámite de mediación y conciliación.

En nuestro ordenamiento, el arbitraje se contempló en el artículo 1820 del Código Civil que establecía que «las mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas», al que se añadía el artículo 1821 donde se extendía a los compromisos lo referido a las transacciones. Ambos preceptos fueron

209 Su origen suele ser datado de 1794 respecto al tratado de Jay, firmado en Londres el 19 de noviembre de 1794 entre Estados Unidos y Gran Bretaña. Tratado disponible en <<https://memory.loc.gov>>.

derogados por la Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado y, posteriormente por la ley 36/1988, de 5 de diciembre, *de arbitraje*. Con inspiración en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de junio de 1985, Ley modelo de CNUDMI/UNCITRAL, recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/1972, de 11 de diciembre de 1985, se elaboró la Ley 60/2003, *de Arbitraje*, reformada a su vez por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, *de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado* y por Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria de la citada Ley 11/2011, de 20 de mayo, para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*. De toda esta regulación, destaca la referencia a la disposición adicional única de la Ley 11/2011, referida a las controversias jurídicas surgidas en la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Se regula un procedimiento específico, que excluye la vía administrativa y jurisdiccional, y se aplicaría, entre otros supuestos, a aquellas controversias que, a juicio de una de las partes, sean de esencial relevancia para el interés público. Es igualmente interesante destacar cuándo no procede este mecanismo y eso acaece cuando se trate de cuestiones de naturaleza penal, cuestiones de responsabilidad contable, conflictos de atribuciones o cuestiones derivadas de las actividades de control desarrolladas por la Intervención General de la Administración del Estado. Orgánicamente, la Comisión delegada del Gobierno para la resolución de controversias administrativas gestionaría estos procesos.

Sobre esa base, describiremos esencialmente los aspectos clave del arbitraje, siendo muy conscientes de las limitaciones que esta fórmula conlleva para el ámbito de los conflictos territoriales. No obstante, el diseño de un proceso arbitral en este campo puede inspirarse, con ese ánimo se formula esta propuesta, en lo regulado para el espacio privado, especialmente, civil, laboral o mercantil. La existencia de conflictos territoriales severos hacen que cualquier viso de solución sea considerado, *lege ferenda*. Igualmente importante, al hilo de las exclusiones señaladas para la resolución de controversias en el seno de la Administración, si hay ilícitos penales o cualquier otro supuesto que específicamente tenga una vía procesal marcada, excluirá la general estrategia del arbitraje. Esa acotación del ámbito jurídico sobre el que se puede desarrollar el arbitraje es una constante en la regulación que del mismo se ha hecho en los distintos Estados de la Unión Europea, por ejemplo en Austria se excluyen las cuestiones de Derecho de familia y de vivienda o en Portugal no se consideran susceptibles de arbitraje derechos de la dignidad y condición de la persona, derechos referentes a las relaciones laborales en el marco del contrato de trabajo y derechos reconocidos por el derecho común en materia de Seguridad Social²¹⁰.

210 Blanco Carrasco, M. (2009): *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*. Madrid, Editorial Reus, 38.

Este sistema puede ser pactado mediante tres formas: la cláusula de arbitraje, las cláusulas compromisorias y los compromisos de arbitraje.

La cláusula de arbitraje trata de una cláusula o articulado, contenida en una norma generalmente específica, de sometimiento obligatorio al procedimiento de arbitraje en el cual las partes signatarias quedan obligadas a las normas y pautas que servirán para el establecimiento del arreglo.

Las cláusulas compromisorias se establecen en el clausulado de una norma, *a priori*, para atender los conflictos que deriven de él y sin que tenga que ser exclusivamente específica en los asuntos sometidos al arbitraje.

Los compromisos de arbitraje surgen *a posteriori* del nacimiento del conflicto, esto es, no existe la obligatoriedad del sometimiento al arbitraje por lo que se recurre al principio de libre elección, pero con las condiciones indicadas sobre cómo se llevará a cabo, objetivos, composición del tribunal, poderes otorgados al tribunal arbitral y derecho aplicable.

Si bien, esta triple categoría puede ser agrupada en dos en función de su carácter previo a la controversia, cláusula de arbitraje y cláusula compromisorias, o por consiguiente posterior, suscripción de un compromiso arbitral.

La composición del órgano arbitral se deriva del acuerdo entre las partes en conflicto pudiendo ser unipersonal o multipersonal. En este caso se distinguen tres tipos de composiciones: la existencia de un órgano unipersonal, un árbitro único que suele identificarse con un Jefe de Estado, diplomático o jurista de reconocido prestigio; o bien, un órgano colegiado en cuyo caso se distinguiría la posibilidad de una comisión mixta compuesta por representantes de las partes enfrentadas y por personas ajenas a las mismas; finalmente, un tribunal arbitral compuesto por personas externas a los implicados, generalmente formado por tres o cinco miembros (siempre impar y no excesivamente numeroso, lo que dificultaría la resolución). Si el arbitraje se gestiona desde una organización, nacional o internacional, aceptada por las partes, esta tiene la responsabilidad de proveer un árbitro que, igualmente, deberá ser aceptado por las partes en conflicto. Para ello, es oportuno ofrecer una relación de árbitros caracterizados por una probada experiencia en la resolución de conflictos o por una trayectoria meritoria en la gestión pública²¹¹. Una cuestión anexa a la dimensión subjetiva del arbitraje, y especialmente complicada en los conflictos de naturaleza territorial hace referencia a los sujetos legítimos para someterse a un arbitraje. Aquí cabe sostener que la representación de un territorio tiene que conferirse únicamente a aquellos sujetos que la ostentan conforme a una habilitación normativa previa. En el caso de las Comunidades Autónomas, quien tiene conferida la representación de la misma es el presidente, al que corresponde como establece la Constitución «la suprema representación de la respectiva Comunidad» (art. 152.1CE). La introducción de

211 En los conflictos intraestatales se preferiría un árbitro estatal, por cuanto la internacionalización del conflicto, si bien aporta distanciamiento, no garantiza un suficiente conocimiento con las exigencias que requeriría el conflicto del caso litigioso. Su neutralidad respecto a las partes debe ser plena.

espurios representantes frustraría el proceso *ab initio*. La posibilidad de delegación o sustitución de ese representante supremo debe igualmente regirse por las normas generales de sustitución, es decir debe derivarse en el caso de un presidente autonómico a quien ostenta el cargo de vicepresidente, si lo hubiere y en el orden marcado en su designación.

Las reglas de procedimiento son generalmente adoptadas por las partes en su acuerdo compromisorio, denominado habitualmente convenio, aunque en ocasiones se deja dicha cuestión al arbitrio del órgano arbitral. El punto de partida es la formalización de un documento en el que las partes manifiestan su voluntad inequívoca de someter las disputas al procedimiento de arbitraje, así como la mención expresa a su vinculación preceptiva a la decisión del árbitro. Así mismo, debemos precisar que el procedimiento se divide en dos partes: una primera, de instrucción escrita y la fase oral. La fase escrita supone el examen de documentación y remisión de memorias e informes sobre el origen y evolución del procedimiento, así como del derecho que se habría de aplicar en su caso. Estas memorias se remiten a las partes y serán contestadas con las contramemorias. En la fase subsiguiente de debate se procede a la exposición oral de las cuestiones en litigio, de las bases de defensa y de las pretensiones.

Los principios estructurales de ese procedimiento se ciñen a los siguientes: principio de audiencia, principio de contradicción y principio de igualdad de las partes o igualdad procesal. Como sustento de los mismos está el principio de libertad de elección del procedimiento, el principio de representación de las partes y el principio de elección de los representantes y árbitros. Estos principios operan desde la máxima de la responsabilidad del árbitro de asegurarse que las partes sean conocedoras de sus respectivas posiciones y de las variaciones que estas puedan experimentar a lo largo del proceso. Igualmente, fusionado con todos esos principios está la voluntad de conciliar las diferencias y alcanzar un acuerdo que solvete el conflicto.

El laudo o resolución arbitral se redactará por escrito y habrá de estar motivado y fundado en Derecho o equidad. El denominado «laudo de derecho» se vincula a la aplicación de normas vigentes que vinculan a las partes. El «laudo de equidad» abriría la posibilidad al árbitro para crear *ex novo* una solución para esa situación conflictiva, pudiendo derivar de una interpretación de la legislación vigente o ser íntegramente innovadora. En el ámbito de los conflictos territoriales este último tiene un mayor ámbito de aplicabilidad, en cuanto que la aplicación de las normas existentes ya han demostrado su insuficiencia para prevenir y resolver el conflicto y, por consiguiente, lo que se espera es una *vis creativa* que solucione fundamentalmente *ex novo* el conflicto. Pese a que su adopción puede ser por mayoría si atendemos a un órgano colegiado, pudiendo existir votos particulares, es deseable que se alcance por unanimidad. El laudo o sentencia arbitral habrá de ser cumplida en plazo y forma establecidos, debidamente publicados. Es recomendable que la duración de un proceso arbitral no se dilate en el tiempo, siendo un mes el referente estandarizado, si bien la complejidad del conflicto puede aconsejar su extensión.

Una de las características más importantes del laudo arbitral es su eficacia obligatoria. Este carácter vinculante tiene su origen en la adopción previa por las partes de un compromiso arbitral. En dicho compromiso se sustenta la legitimidad del proceso, sobre la que se asienta el compromiso de las partes de acatar la decisión del árbitro²¹². Esto es, el arbitraje articula un delicado equilibrio entre voluntariedad²¹³ y obligatoriedad. Una voluntariedad de adscripción, indiciaria de una firme y comprometida posición en pro de la solución del conflicto, y una obligatoriedad de cumplimiento que singulariza este proceso frente a las otras estrategias de resolución de conflictos.

En este apartado, de carácter procesal, procede recuperar alguna de las instituciones que se utilizan en los procedimientos de arbitraje, especialmente en el ámbito internacional, y sobre cuya virtualidad en el marco de la resolución de conflictos territoriales *ad intra*, se conciben como especialmente aplicables y de gran potencial. Así, la aquiescencia, el *estoppel* y la fecha crítica. La que se presenta como una fórmula innovadora «acuerdo tácito + aquiescencia»²¹⁴ apunta a la posibilidad de alcanzar de facto un acuerdo, que no llega a formalizarse, pero al que nos acercamos desde el comportamiento recíproco de las partes que asienten y consienten sobre la propuesta. Otra técnica especialmente relevante que se centra en el comportamiento de las partes es la denominada *estoppel*. Con ese anglicismo se alude a un principio del *rule of law* en virtud del cual se prohíbe que una parte aluda a hechos que son contrarios a sus primeras pretensiones o acciones. Conceptualmente, el *estoppel* es un mecanismo que protege a las partes de ser injustamente confundidas por la inconsistencia de las alegaciones o propuestas de la otra parte. Finalmente, la importante institución procesal de la «fecha crítica» implicaría fijar de antemano los límites temporales de la disputa. Esa datación sería de obligado respeto quedando manifiesto interdecir argumentos o hechos anteriores o posteriores a las mismas.

La aplicación del procedimiento de arbitraje a los conflictos entre territorios de un Estado descentralizado es más habitual de lo que podríamos suponer. Así, en Estados Unidos, buena parte de los conflictos interestatales a los que nos hemos referido —*vid supra*— se han resuelto, o tratado de resolver mediante un proceso arbitral. Uno de los supuestos que ha recurrido a este método es la resolución de conflictos entre Estados como consecuencia de la discrepancia por sus límites fronterizos, en especial vinculados a los cauces de los ríos. Así, por ejemplo el enfrentamiento entre los Estados de Maryland y Virginia, para delimitar la cuenca del río Potomac, fue resuelto por una decisión arbitral

212 Miñarro Yanini, M. (2014): «La solución extrajudicial de los conflictos laborales», *La solución extrajudicial de los conflictos laborales. Los sistemas autónomos de resolución de conflictos en España*. León, Eolas ediciones, 41.

213 La nota de voluntariedad se exceptúa en algunos conflictos enmarcados en derechos sectoriales como el laboral para supuestos específicos como el derecho de huelga. Cfr. Real Decreto Ley 17/1997, de Relaciones de Trabajo o Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, referido a la inaplicación de condiciones establecidas en un convenio colectivo.

214 López Martín, A. G. (2003): «El arreglo de las controversias territoriales por la Corte internacional de Justicia. Una aproximación a sus líneas directrices», *REDUR II*, 69 y 55-72.

en 1877, conocida como *Black-Jenkins Award*²¹⁵. Los antecedentes del conflicto se remontan, como hemos visto, al período colonial. La Carta de Carlos I de 1632 otorgaría a Maryland los derechos a partir de la pleamar en la orilla sur del Potomac, pero los árbitros concluirían que esa no era la correcta línea fronteriza, optando por declarar la marca de la bajamar como límite entre los dos Estados. Esta sería la línea resultante de unir dos puntos en sendas marcas de bajamar sin tomar en consideración bahías, arroyos, ensenadas o afluentes. Una vez formalizado dicho arbitraje, los legislativos de Maryland y Virginia aprobarían sendas leyes en las que incluían dicha resolución arbitral, *Black Jenkins Laudo*, siendo ratificada por el Congreso de los Estados Unidos en 1879. El encabezamiento de dicha ley reconoce expresamente la labor de los árbitros²¹⁶:

Acuerdo de Límites de Virginia y Maryland de 1878

ACTOS DE ASAMBLEA, 1877-78 CAPÍTULO 246

Una Ley para aprobar, confirmar y ratificar el laudo otorgado por los árbitros designados para determinar y fijar el límite entre los Estados de Virginia y Maryland, y obtener el consentimiento del Congreso de los Estados Unidos al respecto.

Aprobado el 14 de marzo de 1878

Considerando que, por un acto de la Asamblea General de Virginia, aprobada el veintiocho de marzo de mil ochocientos setenta y cuatro, y un acto modificatorio del mismo, aprobado el 10 de febrero de mil ochocientos setenta y seis, se dispuso que el acuerdo y la determinación de la verdadera línea de frontera entre los Estados de Virginia y Maryland debe referirse al Honorable Jeremiah S. Black de Pensilvania, al Honorable James B. Beck de Kentucky, y al Honorable Charles A. Jenkins de Georgia, con poder para hacer y entregar su laudo por escrito, dos de ellos concurriendo allí; y por lo tanto se comprometió con la fe de este Estado a aceptar y cumplir el laudo de dichos árbitros, en cuanto a dicha línea fronteriza, como final y concluyente, con las cláusulas de salvedad y reserva en cuanto a los derechos privados como en dichos laudo se establece.

Esta aplicación de la decisión arbitral se transforma en un pacto, cuya formalización se realiza a través de una ley estatal, que requiere el consentimiento del Congreso federal. Es por ello, por lo que como continuidad de estas estrategias extrajudiciales para la resolución de conflictos abordaremos uno de los aspectos más interesantes desde el derecho comparado acotado que hemos referido en este trabajo y que es la *Compact Clause* o Cláusula pacticia, formalizada por la Constitución de los Estados Unidos (art. I, Sección 10) y que es una implementación de estas estrategias, de precisa aplicación al objeto de los conflictos territoriales.

215 Zimmerman, J. F. (2006): *Interstate disputes: the Supreme Court's Original Jurisdiction*, Albany, State University of New York, 131-132.

216 Cfr. <<https://law.lis.virginia.gov/compacts/boundary-with-maryland/>>.

II.3. Los pactos interestatales como culmen del proceso negociador entre Estados. A propósito de la Compact Clause de la Constitución de los Estados Unidos

Ningún Estado, sin el consentimiento del Congreso, podrá establecer derechos de tonelaje, mantener tropas o navíos de guerra en tiempo de paz, celebrar convenio o pacto alguno con otro Estado o con una potencia extranjera, o hacer la guerra, a menos de ser invadido realmente o de hallarse en peligro tan inminente que no admita demora.

(Constitución de los Estados Unidos, Artículo I, Sección 10, apartado 3).

Como el propio Tribunal Supremo se encargó de precisar en una sentencia capital en este ámbito del tratamiento de los conflictos intraestatales [Hinderlider v. La Plata River & C. Creek Ditch Co. (1938)], la negociación de pactos es uno de los dos medios que la Constitución de los Estados Unidos provee para la resolución de las controversias entre Estados. El otro es acudir a la tutela del Tribunal Supremo. Los pactos entre Estados han demostrado su utilidad para reforzar la cooperación entre los Estados, resolver disputas fronterizas, construir infraestructuras interestatales como puentes o puertos, la adopción de una legislación común o el intercambio de información, especialmente en materia tributaria²¹⁷. La razón de ser que subyace en el desarrollo de la práctica de pactos es su concepción como instrumentos para afrontar las «cada vez mayores dificultades que plantea la sociedad moderna»²¹⁸. Es importante reflexionar acerca de cómo los pactos han sabido conciliar la diversidad interestatal con la existencia de necesidades compartidas, fruto mayoritariamente de la interdependencia interestatal.

Para aproximarnos al significado de la *Compact Clause* o cláusula pacticia en la Constitución de los Estados Unidos resulta oportuno valorar sus antecedentes y el sentido de su inserción en la Constitución norteamericana. Para los padres de la Constitución no fue demasiado difícil percibir que una asociación de Estados o la gestión por parte de los mismos de asuntos vinculados a las relaciones internacionales pondrían en peligro a la Unión, de modo que la alternativa más fácil sería vetar esa posibilidad o al menos monitorizarla desde el Congreso federal. Los artículos de la Confederación ya se habían hecho eco de ese temor²¹⁹, pero los constituyentes optaron por hacer más directo y rotundo el mensaje

217 «Constitutionality, construction and application of compacts and Statutes involving cooperation between States», 134, *American Law Reports*, 1411 (1941, fecha inicial de la publicación, pero se actualiza incorporando nuevos casos).

218 Frankfurter, F. y Landis, J. M. (1925): «The compact clause of the Constitutions - A Study in Interstate Adjustments», *The Yale Law Journal*, 7, 729.

219 Los artículos de la Confederación y Unión perpetua entre Estados, firmados el 15 de noviembre de 1777, incluían en el apartado segundo de su artículo VI la siguiente previsión: «Dos o más Estados no podrán celebrar ningún tratado, confederación o alianza sin el consentimiento del Congreso de los Estados Unidos, quien en caso de darlo deberá especificar distintamente su objeto y la duración del Tratado». Cfr. <http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080013546/1080013546_03.pdf>.

a los Estados federados a los efectos de dejar clara la supremacía de la Unión, en lo que se refiere a las relaciones interestatales e internacionales. Este precepto no fue merecedor de una gran polémica en la Convención constitucional aprobatoria de la Constitución y James Madison plasmó tal apatía en el *Paper 44* de *El Federalista*, al decir que «cayendo en razonamientos que por un lado u otro son tan obvios, o que han sido explicados de un modo tan completo, han pasado sobre este asunto sin haber reparado en el mismo».

La lógica constitucional de este precepto demuestra una profunda perspicacia²²⁰. En previsión de que facciones o grupos de intereses, actuando a nivel estatal pudieran poner en peligro la unión o los legítimos intereses de los Estados, Madison urgió a la convención que introdujese un veto del Congreso a las leyes estatales fueren como fueren. La convención rechazó la propuesta de Madison al ser excesivamente nacionalista y, más aún, de una dimensión innecesaria, a partir de la teoría de que la mayoría de las leyes estatales tendrían un escaso efecto en la Unión o en otros Estados distintos al que legislase. Sin embargo, la Convención no renunció a someter a las leyes estatales a la cláusula de la supremacía: las leyes estatales se promulgarían y se mantendrían en vigor a menos que fuesen inconsistentes con el Derecho federal o con la Constitución. En ese contexto surge la cuestión del consentimiento del Congreso sobre la que nos detendremos de inmediato.

Los tribunales, no obstante, no quedan privados de la función de supervisar la legislación estatal. Para ello, la cláusula de supremacía fue suplementada con la prohibición absoluta de la acción estatal sobre determinadas materias (art. 1, Sección 10, apdo. 1), o con la negativa madisoniana de los apartados segundo y tercero de ese precepto. Con la introducción del filtro de la aprobación del Congreso se estaba dando cuenta a dos exigencias: que cada Estado será informado de las actividades potencialmente lesivas o que afecten a sus intereses por parte de otro Estado y a cada Estado se le garantiza que será escuchado en sus pretensiones al respecto. La necesidad de conseguir los apoyos necesarios en la tramitación de la aprobación en el Congreso se concibe así como una válvula de seguridad hacia la supremacía de la Unión. Por consiguiente, la potestad para pactar entre Estados se sujeta a los siguientes límites: la tentativa de vulnerar la supremacía de los Estados Unidos mediante la firma de alianzas políticas [*Wharton v. Wise* (1894) 153 US 155]; la vulneración de cualquier otra disposición constitucional [(*State ex rel. Baird v. Joslin* (1924) 116] o la vulneración de una disposición contenida en la Constitución de uno de los Estados signatarios [*Parker v. Riley* (1941)].

Desde el punto de vista procesal, la aprobación de un pacto interestatal requiere el consenso de los Estados signatarios, —en su redacción el Tribunal Supremo ha sugerido que se huya de tecnicismos excesivos [*Kansas City v. Fairfax Drainage Dist.* (1929, CCA 10th) 34 F2d 357]—. Los legislativos de cada Estado han de aprobarlos, a partir de ahí se someten a la autorización de ambas Cámaras del Congreso, la cual se puede eludir si no

220 Greve, M. (2014): «Compact Clause», *The Heritage Guide to the Constitution*. Washington, The Heritage Foundation, Reegnergy Publishing, 230.

hay una afectación de las competencias federales. Posteriormente, la firma del presidente de los Estados Unidos y, finalmente, los gobernadores de cada Estado decretan la aplicación del mismo en su Estado.

De todos estos estadios el que más polémica ha suscitado, doctrinal y jurisprudencialmente, ha sido la necesidad o ausencia de introducir el consentimiento del Congreso en la aprobación de un pacto interestatal. A pesar de la rotundidad con la que se manifiesta la Constitución de los Estados Unidos, el transcurso del tiempo ha derivado en interpretar de una manera muy laxa dicho requisito procesal del consentimiento federal. La evolución de este requisito ha ido modificándose desde 1893, en que en el caso *Virginia vs. Tennessee*, en el que se reclamaba la fijación de una antigua línea fronteriza, circunstancia que no afectaba a la supremacía de los Estados Unidos, por no interferir con la misma. En esa circunstancia, esa necesidad de autorización se podía excepcionar. Prácticamente un siglo después en 1976, un enfrentamiento judicial entre New Hampshire y Maine con motivo, otra vez, de una línea fronteriza trajo a colación la relevancia del consentimiento del Congreso para vincular la validez del pacto. Entre los argumentos esgrimidos por New Hampshire con el objeto de invalidar un acuerdo fronterizo solemnizado mediante un pacto, se alegó que dicho pacto no obtuvo el consentimiento del Congreso. La respuesta del Tribunal fue que con la fijación de una línea fronteriza no se pretendía interferir en la supremacía de los Estados Unidos, por lo que dicho pacto era plenamente válido sin dicho consentimiento. No obstante, no sería hasta dos años después, en 1978 cuando en la sentencia *U.S. Steel Corp. vs. Multistate Tax Commission* el Tribunal Supremo fijó lo que se ha descrito como un test para verificar la necesidad o no de autorización del Congreso. El origen del mismo radicó en la finalidad del Pacto. El *Multistate Tax Compact*, de 1967, establecía una Comisión multiestatal tributaria a los efectos de regular la exacción de tributos que gravan a empresas multinacionales y multiestatales. Pese al intento de los proponentes del acuerdo pacticio de conseguir el consentimiento del Congreso, la actuación de los lobbies de las Cámaras de Comercio impidió tal aprobación. En el recurso planteado al Tribunal se cuestionaba la legalidad de este pacto. El máximo órgano judicial de los Estados Unidos articuló unos axiomas desde los que se podría derivar esa exigibilidad de consentimiento del Congreso. En primer lugar, el Tribunal diseñó un triple escenario en el que sí operaría la obligatoriedad de un pacto interestatal de contar con el consentimiento del Congreso. Este se refería a la verificación de si el pacto mejora la posición del poder estatal respecto al Gobierno nacional, de si el pacto tenía un «potencial», más que actual impacto sobre la supremacía federal y, finalmente, se precisaría calibrar el actual o sincrónico impacto del mismo sobre las competencias de la federación. Para ello se arbitra una especie de test²²¹. El primer ítem a verificar es si el pacto autoriza a los Estados signatarios a desarrollar nuevas competencias que no poseían con anterioridad a

221 Pincus, M. (2009): «When should Interstate compacts require congressional consent?», *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 42, 524-525.

la firma del mismo. En segundo lugar, si el pacto no delegaba el poder soberano de los Estados en la Comisión que crease. En tercer lugar, si cada Estado partícipe mantenía su capacidad para adoptar o rechazar las normas y regulaciones desarrolladas por la Comisión, así como la potestad para retirarse del mismo en cualquier momento. La cuestión de la que los críticos de este test, Greve, harán su principal batalla, las externalidades de los pactos, es una cuestión irrelevante a los ojos del Tribunal para determinar el carácter preceptivo del consentimiento del Congreso.

Desde una perspectiva foránea esta cuestión marginada por el test adquiere plena relevancia. Esas repercusiones que puede conllevar la firma de un pacto, se perciben como una novedosa implementación de un federalismo coactivo que ahora tanto ocupa y preocupa. Los efectos para los no signatarios de un pacto, ya sea multilateral o bilateral, horizontal o vertical, pueden ejercer más presión sobre los no signatarios hasta el punto de condicionar el ejercicio de sus propias competencias. Pensemos, por ejemplo, en un pacto fiscal.

Sobre esta situación, las alternativas se vertebran bien desde reclamar el consentimiento del Congreso como algo necesario, más allá del cumplimiento literal del mandato constitucional, como un instrumento idóneo para equilibrar las cargas y beneficios que lleva aparejado un pacto interestatal; hasta criticar la rigidez que supone su exigencia al exigir el consentimiento federal para actuaciones conjuntas de los Estados, que si desarrollaran de modo individualizado no lo requerirían. La alternativa que se formula y que se postula como un nuevo test pasa por recuperar el propósito de la *Compact Clause* para prevenir y disuadir frente a pactos estatales lesivos, sin restringir indebidamente la cooperación estatal que per se tienen efectos beneficiosos para los ciudadanos. Por ello, se postula que a los Estados debería serles permitido la celebración de pactos no autorizados por el Congreso solo en aquellas áreas donde no existe aplicación de los poderes federales. En los litigios que tuvieran como argumento esta exigencia a los pactos, el demandante tendría que demostrar que el pacto se solapa de algún modo con los poderes del Congreso, mientras que los defensores de la validez de un pacto sin tal consentimiento focalizarían su actuación en probar la inexistencia de externalidades del mismo. Es decir, la limitación estricta de los pactos a los tradicionales techos competenciales de los Estados. Esta propuesta ya ha tenido una tímida recepción jurisprudencial en algunos casos como *United States vs. López* y *United States vs. Morrison*, ambos fechados en el año 2000 y referido el primero a la creación de zonas escolares libres de armas y el segundo a la protección de la mujer.

Esta cláusula pacticia tuvo una limitada aplicación a lo largo del siglo XIX, en materia de resolución de disputas interestatales vinculadas a tensiones fronterizas —*vid supra*—. En el siglo XX, el temor de los fundadores sobre los pactos estatales se aparcó en pro de una percepción más benigna de los mismos en cuanto instrumento útil de implementación del federalismo cooperativo. Imbuido en esa corriente, el Tribunal Supremo optó por sostener una interpretación no literal de dicha cláusula en la variante doméstica del mismo. Para ello restringió los supuestos en los que sería necesaria la aprobación por parte del Congreso a aquellos casos en los que los pactos interestatales establecen severas obliga-

ciones para las partes o proceden a la creación de agencias administrativas multiestatales. Un caso emblemático fue en 1978, *US Steel Corp vs Multistate Tax Commission*, en la que el Tribunal Supremo sostuvo que únicamente requieren aprobación del Congreso aquellos pactos estatales que afecten a la supremacía de los Estados Unidos. Esa situación tautológica, ya que ningún pacto puede infringir la supremacía federal, deriva a que la cláusula pacticia haya sido privada de una fuerza constitucional independiente.

Dentro del protagonismo jurisprudencial que se confiere en un sistema de *common law* como el norteamericano a la configuración de las categorías jurídicas, hemos de reparar en una sentencia clave en la concepción de los pactos interestatales desde su relación con las Constituciones de los Estados. Esta interesante dialéctica se abordó de modo directo en 1951, en el caso *West Virginia ex rel. Dyer vs Sims*, 341 U.S. 22 (1951). El origen del conflicto se refiere a un Pacto firmado por ocho Estados (Illinois, Indiana, Kentucky, New York, Ohio, Pennsylvania, Virginia y West Virginia) con el objeto de frenar la contaminación en el río Ohio. Los legislativos de cada uno de los Estados ratificaron y aprobaron el pacto el 11 de marzo de 1939, dando el Congreso su consentimiento al mismo, el 11 de julio de 1940. A partir de ahí, siguiendo el protocolo de formalización de los pactos, cada gobernador procede a aplicar a su Estado el mismo, mediante Decreto que en el Caso de West Virginia, parte demandante, se realizó el 30 de junio de 1948. Consecuentemente con el contenido del Pacto y con la necesidad de cubrir los gastos derivados del mismo, se instó al legislativo estatal a aprobar una partida económica para sufragar ese compromiso. El problema surgió cuando la auditoría no autorizó dicho gasto por proyectarse sobre un nuevo año fiscal, que concretamente se abría el 1 de julio de 1949. Es decir, el carácter extemporáneo del gasto invalidaba su gestión y derivaba en su no autorización. Expresado en términos generales, se cuestionaba que desde dicho pacto se vinculase a futuros legislativos que no habían participado en el acuerdo. A mayor abundamiento, se cuestionaba la legalidad de dicho pacto al esgrimir que se trataba de un acuerdo inválido dado que derivaba las competencias de policía de West Virginia fuera del Estado. Esta cuestión se planteó por parte de los representantes de West Virginia en la Comisión creada por dicho pacto ante el Tribunal Supremo estatal. En su pronunciamiento, el Tribunal de West Virginia dictaminó la invalidez de dicho pacto por delegar los poderes policía, vigilancia y control de West Virginia en otros Estados y en la federación y por vincular a futuros legislativos a afrontar los compromisos económicos derivados de dicho pacto, algo que a su parecer contravenía la Constitución, concretamente su art. X, sección 4²²². En la apelación al Tribunal Supremo, por el «importante interés público» de las cuestiones sustanciadas, su parecer se concreta en una posición mayoritaria en favor de la obligatoriedad del Pacto y en una opinión de disenso acerca de la conexión entre estos pactos y las Constituciones de los Estados.

222 Williams, R. (2006): *State Constitutional Law. Cases and materials*. 4.^a ed. Newark, New Jersey, Lexis Nexis, 143.

Lo primero que hace el Tribunal es justificar su jurisdicción cuando el objeto litigioso es un pacto. Por ello, tras rendirse a la evidencia de que pese a ser un pacto fruto de un consenso, aún desde esa premisa resolutoria, pueden surgir desavenencias. Es decir, el pacto no asegura la pacificación de una disputa, y ello porque:

Un pacto es al fin y al cabo un documento legal. Aunque las circunstancias para su elaboración hayan sido especialmente cautelosas y hayan prestado una atención a la deliberación, cualquier pretensión para evitar el conflicto y el enfrentamiento sobre su alcance y significado está fuera de los dones de los seres humanos.

Sobre esta premisa, la potestad del Tribunal Supremo para enjuiciar la validez del pacto se construye del modo axiomático siguiente:

Dado que este Tribunal tiene la potestad para resolver las disputas entre Estados, allí donde no ha sido posible celebrar un pacto, debe igualmente ostentar una potestad para enjuiciar el significado y la validez de los pactos. Ello requiere elaborar unos argumentos para rechazar la idea de que un acuerdo adoptado solemnemente entre Estados por aquellos que ostenta la capacidad política de representarlos, pueda ser unilateralmente anulado por uno de sus signatarios, o interpretado igualmente de modo unilateral por uno de los órganos de los Estados contratantes. Así, un Estado no puede ser el último juez en una controversia con otro Estado. Determinar la naturaleza y alcance de las obligaciones entre Estados cuando han celebrado un pacto y se han vinculado al «derecho común federal» para resolver las controversias estatales es una potestad del Tribunal Supremo.

En esa tarea, el Tribunal Supremo expone cuáles son las fuentes normativas que ha de utilizar para resolver un conflicto que tenga por objeto un pacto interestatal:

Para ello se atenderá al marco normativo estatal que haya sido expresamente referenciado por el Tribunal Supremo de cada Estado. Pero eso es bien distinto a conferir a ese Estado la autodeterminación y autopotestad para interpretar sus obligaciones respecto a ese pacto.

La competencia del Tribunal Superior de un Estado se vincula a fines exclusivamente estatales, es decir en contribuir a definir el significado jurídico de su respectiva Constitución. La singularidad del enjuiciamiento de un pacto interestatal radica en que el Tribunal Supremo tiene un margen de libertad para delimitar el marco normativo a aplicar que amplía la limitación del Estado en aras de la singularidad de los pactos por conferir derechos y obligaciones a diferentes Estados.

Desde estos presupuestos la respuesta del Tribunal Supremo a los dos cuestionamientos que se formulaban fue la siguiente:

Respecto a la petición de invalidar el pacto por conferir potestades de un Estado a otros Estados o a órganos *ex novo* creados por el Pacto, el Tribunal estima que «el hecho de que un legislativo pueda delegar a un órgano administrativo el poder para regular y decidir en casos particulares es un axioma del gobierno moderno». El problema para el Tribunal no radica en que ese órgano delegado esté fuera de la jurisdicción del Estado, sino en evaluar la garantía convencional, es decir la potestad del legislativo de cada Estado para vincularse mediante un pacto con otros Estados. Desde esa potestad, entra en valor la eficacia de la decisión que quiere alcanzarse, en este caso frenar la contaminación de un

río. Para conseguir ese objetivo es más eficaz colaborar con otros Estados. Por consiguiente, esa obligación estatal se implementa colaborativamente, por lo que no hay colisión alguna con su Constitución.

Respecto a la segunda cuestión, acerca de la vinculación de legislativos futuros a un compromiso de gasto no autorizado expresamente por ellos, el Tribunal Supremo no aprecia conflicto entre el pacto y la Constitución del Estado. Y ello por la previsión expresa del pacto en la que se solicita que anualmente los Gobernadores de cada Estado hagan una previsión de gasto, previsión que luego ha de ser aprobada por sus respectivos legislativos. Esto es, pese a que el compromiso subsiste a cada nuevo ejecutivo y legislativo del Estado, la novación de ese compromiso a realizar anualmente anula el potencial conflicto.

En uno de los votos particulares, que pese a asentir con el veredicto, discrepa con alguno de los argumentos (Juez Reed), se vuelve a manifestar la potestad de enjuiciamiento del Tribunal Supremo respecto a dicha cláusula pacticia. El Tribunal Supremo debe supervisar la ejecución, validez y significado de los pactos federalmente aprobados. Para ello, Reed no duda en conferir esa *vis expansiva* a los pactos por adecuar las relaciones interestatales, «pactos que deberán ser aplicados a pesar de cualquier restricción estatal válida sobre las actuaciones estatales»²²³. Lo acordado en un pacto es vinculante para los ciudadanos de cada Estado [Hinderliner vs. La Plata Co. 303 US 92 (1938)] y la fuerza vinculante de un pacto interestatal tiene la misma eficacia que un pacto entre Estados soberanos [Rhode Island vs Massachusetts, 12 Pet. 657, 725 (1938)].

Estos dos asertos finales no han dejado indiferente a la doctrina que ha llevado a cuestionar esa *vis expansiva* de los pactos, avalada por el Tribunal Supremo, advirtiendo del riesgo que ello supondría desde dos planteamientos. Por una parte, si conferimos tal potestad a los pactos interestatales, cabría proceder a considerarlos como una fuente espuria para proceder a la reforma de las Constituciones de los Estados, al margen del proceso ordinario de su reforma fijado por ellas mismas y que implica la participación de los ciudadanos²²⁴. Por otro lado, si el protagonismo en la negociación de un pacto interestatal se confiere al gobernador de un Estado, apoyado por un legislativo afín, cabría que se formalizasen pactos al margen de la legalidad de cada Estado²²⁵. Esas cuestiones planean sobre la celebración de Estados y, sobre todo, por percibir los mismos como un reducto para ponderar una concepción partidista de la gestión pública, por encima de los intereses de los ciudadanos e, incluso, de los propios Estados.

223 Ibidem, 144.

224 Zimmerman, F. y Wendell, M. (1951): «The Interstate Compact and Dyer v. Sims», *Columbia Law Review*, 51, 937.

225 Frankfurter, F. y Landis, J. M. (1925): «The compact clause of the Constitutions –A Study in Interstate Adjustments», *The Yale Law Journal*, 7, 707.

Una variante, de interés especialmente foráneo, es la posibilidad de un pacto interestatal en el que también participe el gobierno federal. Aquí se fusiona el carácter vertical y horizontal de la cooperación, dando una nueva dimensión al federalismo cooperativo²²⁶.

Desde el punto de vista material, los aproximadamente doscientos pactos que están en vigor en la actualidad, abarcan una serie de materias que cubren un amplio abanico de las actuaciones que recaen dentro de la esfera estatal. Así, unos treinta y siete se refieren al uso y conservación del agua; quince de ellos a la gestión de la energía y de los residuos nucleares de baja intensidad radioactiva; dieciocho versan sobre aspectos de control de la criminalidad; los restantes se desarrollan en ámbitos sociales como la educación, la atención a los niños o la protección de la salud²²⁷.

El Tribunal Supremo nunca ha declarado la nulidad de un pacto en base a solicitar su aprobación por parte del Congreso. Es más, los Estados se han apoyado en los pactos para potenciar políticas propias merced al establecimiento de figuras impositivas estatales, e incluso esa potencialidad se ha expandido a todo el Estado como por ejemplo en 1998, a partir del pacto comentado entre Estados y productores de tabaco, se creó un régimen nacional para la regulación y gravamen de las ventas de tabaco. Esta situación parece alertarnos, al menos un poco, de la potencialidad de esta cláusula casi olvidada como es la cláusula pacticia y de su potencial en los supuestos de resolución de conflictos entre Estados.

Este potencial, concretado en la referencia a la estrategia pacticia como resolutoria de los conflictos interestatales, se evidencia en una de las propuestas de pacto contemporáneas más ambiciosas, la conocida como *National popular vote*, campaña iniciada en 2006 que tiene por objeto la celebración de un pacto, *Agreement Among the States to Elect the President by Nationwide Popular Vote*, a los efectos de reformar radicalmente el procedimiento por el que se elige al presidente en los Estados Unidos. Los Estados signatarios del pacto garantizarán la asignación de la totalidad de sus votos electorales al candidato que reciba la mayoría de votos populares de los cincuenta Estados y del distrito de Columbia. Es decir, esa asignación no se vinculará al candidato que haya resultado victorioso en cada Estado, sino en un cómputo estatal. Estaríamos ante una mutación constitucional de origen pacticio, de consecuencias de gran calado. En septiembre de 2017 había sido adoptada por diez Estados, más el distrito de Columbia. Eso supone un total de 165 votos electorales, equivalente a un 31% del total y al 60% de los votos necesarios para considerar formalizado el pacto de modo inicial²²⁸. El potencial de los pactos a los que aludíamos, parece ser inagotable.

226 Frank, P. (1963): «Federal-State Compact: a new experiment in cooperative federalism», *Columbia Law Review*, 63, 825.

227 *Op. Cit.*, p. 4.

228 Cfr. <<http://www.nationalpopularvote.com/>>.

II.4. La negociación prelitigiosa en España: la cláusula 33.2 LOTC

En la esencia del Estado compuesto reside, pues, el conflicto, y al mismo tiempo la instauración de vías o de mecanismos para la solución de esas controversias territoriales²²⁹. En España es el Tribunal Constitucional quien, conforme a un modelo de justicia constitucional concentrada, monopoliza la resolución de los mismos. No obstante, la reforma de su Ley Orgánica en el año 2000 (Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero), formalizó la negociación como una estrategia, mediante la inserción de un segundo apartado al artículo 33, cuya clara finalidad era, como expresaba su exposición de motivos, el intento de « (...) buscar entre todos, dentro del respectivo e indispensable marco competencial, métodos flexibles y adecuados de convergencia que disminuyan la conflictividad» (STC 13/1992, F. J. 7, entre otras). La redacción del artículo 33 se formalizó en los siguientes términos:

Artículo treinta y tres.

1. El recurso de inconstitucionalidad se formulará dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley impugnado mediante demanda presentada ante el Tribunal Constitucional, en la que deberán expresarse las circunstancias de identidad de las personas u órganos que ejercitan la acción y, en su caso, de sus comisionados, concretar la Ley, disposición o acto impugnado, en todo o en parte, y precisar el precepto constitucional que se entiende infringido.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Presidente del Gobierno y los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas podrán interponer el recurso de inconstitucionalidad en el plazo de nueve meses contra leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley en relación con las cuales, y con la finalidad de evitar la interposición del recurso, se cumplan los siguientes requisitos:
 - a) Que se reúna la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la respectiva Comunidad Autónoma, pudiendo solicitar su convocatoria cualquiera de las dos Administraciones.
 - b) Que en el seno de la mencionada Comisión Bilateral se haya adoptado un acuerdo sobre iniciación de negociaciones para resolver las discrepancias, pudiendo instar, en su caso, la modificación del texto normativo. Este acuerdo podrá hacer referencia a la invocación o no de la suspensión de la norma en el caso de presentarse el recurso en el plazo previsto en este apartado.
 - c) Que el acuerdo sea puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional por los órganos anteriormente mencionados dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley, y se inserte en el

229 Aparicio Pérez, M. y Barceló i Serramalera, M. (2012): *Manual de Derecho Constitucional*. Barcelona, Atelier, 255.

«Boletín Oficial del Estado» y en el «Diario Oficial» de la Comunidad Autónoma correspondiente.

3. Lo señalado en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la facultad de interposición del recurso de inconstitucionalidad por los demás órganos y personas a que hace referencia el artículo 32.

La vía negocial prejudicial, de la que destaca su no constitucionalización y no obligatoriedad, ha supuesto la alternativa más singular a unos índices de conflictividad que «no tienen parangón en los países de nuestro entorno»²³⁰.

En este sentido, antes de analizar dicho artículo 33.2 debemos aludir a otro mecanismo como es el requerimiento previo de incompetencia que se articula para evitar un conflicto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas o entre estas. Su formulación se produce contra las disposiciones, las resoluciones y los actos emanados de los órganos del Estado o de los órganos de las Comunidades Autónomas. Este procedimiento tiene como objetivo primordial el intentar una solución amistosa de las partes que evite el planteamiento del conflicto competencial. El plazo para formalizar directamente el conflicto positivo de competencia o hacer uso del requerimiento de incompetencia es de dos meses desde la publicación o comunicación del acto o disposición viciado de incompetencia. En el caso de que el órgano requerido no atienda el requerimiento de incompetencia en el plazo de un mes, se dispone del plazo de otro mes, para plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional, certificando el cumplimiento infructuoso del requerimiento de incompetencia y alegando los fundamentos jurídicos en los que sustenta su pretensión (art. 63 LOTC).

Empero es la habilitación de un *período negociador*, el que ha materializado la voluntad de intensificar los lazos de colaboración y entendimiento entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en el intento de buscar entre todos, dentro del respectivo e indispensable marco competencial, métodos flexibles y adecuados de convergencia que disminuyan la excesiva conflictividad, particularmente entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

El mecanismo que va a centrar nuestro análisis consiste en la comunicación al Tribunal Constitucional de los acuerdos adoptados en las Comisiones Bilaterales de Cooperación, con el objetivo de evitar la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, ampliándose el plazo de interposición del mismo, de tres a nueve meses, con el fin de que pueda llegarse a un acuerdo que trate de evitarlo.

Los atributos más relevantes de este mecanismo serían su carácter técnico, finalista e informal. El tecnicismo del procedimiento negociador se materializa orgánicamente, dado que es la Comisión Bilateral de Cooperación y, específicamente, la Subcomisión

230 González Beilfuss, M. (2008): «La resolución extrajudicial de las discrepancias competenciales entre el Estado y las CCAA: el mecanismo del art. 33.2 de la LOTC», *Informe CCAA 2007*, Barcelona, IDP, 17. Disponible en <http://idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2007/art33_2.pdf>.

de seguimiento normativo, el foro en el que se desarrolla. Igualmente, son expertos en materias competenciales quienes protagonizan ese diálogo, en el que el contenido político —nunca ausente— pasa a un segundo plano. Es decir, estos acuerdos se originan precisamente a partir de un guion político, que se extiende mediante unas extremidades técnicas en las que se concentran. Este carácter político retomará su protagonismo en el estadio final de las negociaciones, en términos de la rentabilidad que de la misma se obtenga a partir de su proyección a los ciudadanos, otras fuerzas políticas e incluso otros litigios que se sostengan. El tecnicismo también se aprecia al vincular la negociación a eludir un inminente recurso de inconstitucionalidad, por consiguiente, son los potenciales fundamentos a esgrimir en dicho recurso los que centrarán la negociación.

Cuando hablamos del carácter finalista, estamos aludiendo que el objeto de la negociación es el texto final y definitivo de la norma, como proceso diferenciado de aquellas negociaciones que pudieron haberse sustanciado en los trabajos de las conferencias sectoriales y a través de las «cartas de cooperación», vinculadas a la fase preparatoria en sede ejecutiva de la ley, o en la tramitación parlamentaria. Estos precedentes se centran en un texto no definitivo, por lo tanto, llevan aparejados unas dosis de incertidumbre que desaparecen en este momento en que la ley ya se ha integrado en el ordenamiento jurídico. El tono informal de dichas negociaciones aparece enmarcado en dos referentes procesales de inicio y fin de las mismas. A partir de un acuerdo formal de apertura de las negociaciones, que debe ser público y notorio al prescribirse su «puesta en conocimiento del Tribunal Constitucional» (art. 33.2. c) dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de ley, procediéndose a su inserción en el Boletín Oficial del Estado y en Diario Oficial de la respectiva Comunidad Autónoma, las negociaciones se desarrollan de modo discreto, informal y primando el objetivo fundamental de eludir la juridificación del conflicto. Un paréntesis final, formalizado en otro acta del acuerdo, pone el necesario elemento de transparencia al proceso negociador.

Se ha detectado una paralela evolución entre el número de procedimientos del 33.2 LOTC y la conflictividad que se sustancia ante el Tribunal Constitucional²³¹. Es decir el paralelo incremento de la estrategia negociadora ha evolucionado al compás del incremento de la litigiosidad, no por el fracaso de las negociaciones, sino por el constante ritmo in crescendo de aquella. Es así, que en los casi veinte años de aplicación de esta negociación se partió de una cantidad de procesos negociadores que no llegaba a la decena en los primeros años, hasta duplicarse en la XI Legislatura, circunstancia que se materializaría en las casi trescientas leyes, estatales y autonómicas, que se vieron afectadas por el mismo en la misma. Con todo, el éxito de esta estrategia se ha de valorar no solo en la cuantía del recurso a la misma, sino en sus resultados. En ese sentido se

231 Arbós Marín, X. (2014): «Acuerdos prejudiciales y conflictos intergubernamentales sobre normas con rango de ley», *Teoría y Realidad Constitucional*, 34, 142.

estima que el 65% de los procedimientos negociadores iniciados concluyen con el éxito de alcanzar un acuerdo que evite el ulterior recurso²³².

Si descendemos al contenido de las negociaciones, es destacable la concreción de las mismas en la propuesta de reforma de la ley²³³, en el compromiso de la adopción de un futuro desarrollo reglamentario²³⁴, pero sobre todo en la fijación de los contenidos mediante la interpretación de sus preceptos a través del acuerdo²³⁵. Más allá de una implementación formal de sus contenidos, la doctrina ha detallado rigurosamente las líneas directrices a las que se pueden vincular²³⁶. Estas serían las siguientes: configurar la norma estatal como una norma de mínimos sobre la que se erigiría una capacidad adicional de la Comunidad Autónoma, por ejemplo, en materia sancionadora; el reconocimiento de una implementación concreta de las competencias autonómicas prolongación de la genérica atribución a las Comunidades Autónomas de la potestad de desarrollo de las normas básicas estatales; la formulación de una garantía de que normas o actuaciones preexistentes desarrolladas por la Comunidad Autónoma son compatibles con la ley

232 Latorre Vila, L. (2013): «¿Competencia legislativa de las comisiones bilaterales de cooperación?: El acuerdo de la Comisión Aragón-Estado en relación con la Ley 5/2012, de 7 de junio, de estabilidad presupuestaria de Aragón», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 6, 90.

233 La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, sería el referente del acuerdo entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Cantabria (RESOLUCIÓN de 24 de marzo de 2003, de la Secretaría de Estado de Organización Territorial del Estado, por la que se ordena la publicación del acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Cantabria, en relación con la Ley del Estado 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, BOE n.74, 27 de marzo de 2003), y estaría presente, entre otros motivos, en la aprobación de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

234 Resolución de 20 de diciembre de 2007 de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con la Ley del Estado 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales (BOE 4 de enero de 2008), cuyo apartado 1º, b, 1 realiza esa remisión reglamentaria en los siguientes términos: «La Administración General del Estado se compromete a establecer criterios objetivos que permitan delimitar el concepto técnico de “continuidad ecológica” previsto en el artículo 16.2 de la Ley 5/2007. A estos efectos, el Gobierno recogerá en el desarrollo reglamentario de la Ley 5/2007 un precepto redactado en los siguientes términos: La existencia o no de continuidad ecológica, a los efectos del artículo 16.2 de la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales, se determinará, al menos, conforme a los siguientes criterios (...)».

235 Resolución de 3 de febrero de 2017 de la Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales, por la que se publica el acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado – Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi. (BOE 41, 17 de febrero de 2017). «En cuanto al artículo 6, apartado 2, de la Ley del País Vasco 2/2016, de 7 de abril, ambas partes entienden que la *recta interpretación* del citado apartado determina que ha de entenderse y aplicarse en el sentido de que no establece obligación ni carga alguna respecto al hecho de alegar desconocimiento de la lengua, al objeto de poder ejercitar el derecho de opción entre el castellano y el euskera».

236 Roig Molés, E. (2016): «Contenido y eficacia de los acuerdos de las Comisiones bilaterales en el procedimiento del art. 33.2 LOTC», *Foro Autonomías*, 11-20. Disponible en <https://www.foroautonomias.es/wp-content/uploads/2016/04/article33_2.pdf>.

que se ha aprobado; el reconocimiento de la potestad decisoria de una Comunidad Autónoma en el desarrollo de la norma legal; la contribución a la clarificación, siempre necesaria, del ejercicio de competencias concurrentes en ámbitos materiales muy precisos como costas, urbanismo, parques, cultura o autoorganización autonómica; habilitación de instrumentos de participación no previstos expresamente en la legislación, a partir de los protocolos de decisión estatales que se creen en la norma; o el encauzamiento en términos generales del marco para el desarrollo de la norma, es decir la determinación de las bases del desarrollo reglamentario. En este aspecto, más que atribuir a estos acuerdos un «valor reglamentario» cabría considerarlos como una especie de «bases» o de «marco» sobre el que el desarrollo reglamentario puede articularse.

La eficacia de estos acuerdos es, de conformidad con ese contenido que se ha trazado genéricamente, de gran valía en términos políticos, pero mermada jurídicamente, en términos de inmediatez, especialmente desde el meridiano posicionamiento del Tribunal Constitucional en este particular. Así, «un acuerdo interpretativo sobre el alcance y significado de dicho precepto no puede afectar al papel de los jueces ordinarios en el ejercicio de su jurisdicción (.) Dicho acuerdo interpretativo tampoco puede alterar la interpretación que hemos venido haciendo tradicionalmente» (STC 106/2009, FJ.3). Cualquier otro posicionamiento, supondría una mutación de la propia Constitución, en particular del principio de legalidad sobre el que se sustenta y de la separación de poderes que se articula desde el mismo. El salto a la preceptividad de sus contenidos pasa por su incorporación a una norma de rango legal y por la implicación del poder normativo, legislativo y reglamentario. El valor de estos acuerdos es estratégico, la habilitación de una hoja de ruta para canalizar futuros desarrollos y preventivo, la anticipación de comportamientos que pudieran derivar en la traslación de su planteamiento al Tribunal Constitucional. Eficacia política y eficacia jurídica mediata.

En síntesis, si los efectos de este procedimiento fijado en el art. 33. 2 de la LOTC han sido encomiables²³⁷, hemos de asumir que hay conflictos que quedan al margen del mismo. Cuando el conflicto trasciende una ley, es decir, se superpone a todas ellas y parece enquistar el proceso, este mecanismo es insuficiente. En segundo lugar, la necesidad de habilitar un proceso más abierto de resolución de conflictos permitiría incorporar a Comunidades Autónomas no vinculadas a hechos diferenciales, potenciando una mejor calidad de la percepción de la autonomía por parte de los territorios y de los ciudadanos. En tercer lugar, la importancia de combinar estructuras bilaterales con otras técnicas, reforzaría las primeras. Finalmente, la apertura del momento. La necesidad de apostar por fórmulas negociadoras no vinculadas a un período de nueve meses

237 Roig Molés, E. (2016): «Contenido y eficacia de los acuerdos de las Comisiones bilaterales en el procedimiento del art. 33.2 LOTC», *Foro Autonomías*, 5-7. Disponible en <https://www.foroautonomias.es/wp-content/uploads/2016/04/article33_2.pdf>.

previo a la interposición de un recurso de inconstitucionalidad relajaría ese instrumento y ampliaría sus posibilidades.

Un repaso de estos acuerdos a lo largo de la XII Legislatura, precisamente el momento álgido de la conflictividad territorial en España nos lleva a ratificarnos en esas conclusiones. Lo primero es destacar el número de acuerdos planteados y resueltos, que superan la treintena. En esa aproximación formal es reseñable el predominio de la negociación sobre leyes autonómicas, en ese sentido Comunidades Autónomas como Murcia, Andalucía, Comunidad Valenciana e Illes Balears han sido protagonistas de muchos de estos acuerdos. En cuanto a la parte negativa, los acuerdos no alcanzados, podemos destacar el planteado sobre la ley de Extremadura 2/2017, de 17 de febrero, *de emergencia social de la vivienda de Extremadura* cuyo inicio de las negociaciones para resolver las discrepancias se formalizó en la Resolución de 1 de junio de 2017, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas, pero que fue objeto de un Recurso de inconstitucionalidad promovido por la presidenta del Gobierno en funciones y admitido por providencia de 12 de diciembre de 2017 o el referido a la Ley de la Generalitat Valenciana 2/2017, de 3 de febrero, *por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana*, cuyo respectivo Recurso de inconstitucionalidad fue admitido por providencia de 28 de noviembre de 2017. Es merecedor de una especial atención el supuesto referido al intento frustrado de acuerdo plasmado en la Resolución de 15 de febrero de 2017, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Generalitat en relación con la Ley 10/2016, de 28 de octubre, de modificación de la Ley 9/2010, de 7 de julio, *de Designación de Senadores o Senadoras en Representación de la Comunitat Valenciana*. Es un indicador de la necesidad de reformar este proceso, que con fecha anterior a dicha resolución de vocación conciliatoria y preventiva del recurso de inconstitucionalidad, concretamente el 7 de febrero, un grupo de más de cincuenta senadores del grupo parlamentario popular presentaron recurso de inconstitucionalidad frente a la misma, recurso que sería admitido por providencia el 28 de febrero de 2017. Consecuencia de todo ello, en poco más tiempo de los nueve meses otorgados por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para demorar el período de interposición del Recurso, este órgano resolvió en la STC 123/2017, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TC:2017:123), declarando la inconstitucionalidad y nulidad, total o parcial de diversos preceptos de dicha ley, en el sentido declarar «la inconstitucional posibilidad de remover del escaño a su titular», como «una perturbación ilegítima en el ejercicio del cargo de senador» (FJ. 8). En consecuencia, es preciso consolidar esta vía negociadora, esperando sus efectos y provocando la suspensión hasta su conclusión de la impugnación constitucional desde todos los sujetos legitimados, de otro modo esta vía queda totalmente inutilizada y resulta inoperante. Es criticable, que un grupo parlamentario del mismo signo, por un lado, quiera negociar y por otro recurra al Tribunal Constitucional.

Respecto a las leyes sometidas a este proceso de negociación preimpugnación constitucional, nos encontramos la amplia variedad temática que ocupa el plural protagonismo legislativo en nuestro país. Así, desde la modificación de la compilación del Derecho Civil de las Illes Balears; la coordinación de las policías locales en Extremadura; los espacios protegidos de Canarias; diferentes leyes de Presupuestos Generales autonómicas como la de Extremadura, de la Comunidad Valenciana, Andalucía o Aragón; accesibilidad universal de la Región de Murcia; protección del medio ambiente de la Comunidad Autónoma de la Rioja; de la memoria histórica y democrática de Andalucía; de género de la Comunidad Valenciana; de montes del Principado de Asturias; de mecanismos de fractura hidráulica de Castilla-La Mancha; del Servicio Público de Radio difusión de la Comunidad Valenciana; del patrimonio cultural de Galicia o la ley cántabra del suelo, entre otras.

En lo referente a una aproximación sustantiva a su contenido, se evidencia esa agrupación temática que hemos aludido en la exposición general, verificando el consenso a través de un acuerdo referido al desarrollo reglamentario²³⁸; a la propuesta de la modificación de la norma referida²³⁹; de interpretación de los preceptos cuestionados de conformidad con la Exposición de Motivos de la propia Ley²⁴⁰, con la legislación básica²⁴¹ o con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁴². En el contenido de alguna resolución también de apunta a una delimitación negativa de la legislación autonómica, por lo que se depura esta mediante una autorrestricción, a la fijación de un criterio interpretativo por reiteración de preceptos (la reproducción de preceptos de la norma estatal conllevaría la interpretación de acuerdo con aquella) y la vocación prospectiva

238 Resolución de 26 de octubre de 2017, de la Secretaría General de Coordinación Territorial, por la que se publica el acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía. (BOE 273, de 10 de noviembre de 2017).

239 Resolución de 26 de octubre de 2017, de la Secretaría General de Coordinación Territorial, por la que se publica el acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Extremadura en relación con la Ley de Extremadura 1/2017, de 27 de enero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2017. (BOE 271, de 8 de noviembre de 2017).

240 Resolución de 12 de julio de 2017, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales, por la que se publica el acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado Comunidad Autónoma de Extremadura en relación con la Ley 9/2016, de 12 de diciembre, de modificación de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura. (BOE 177, 26 de julio de 2017).

241 Resolución de 9 de junio de 2017, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales, por la que se publica el acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado Comunidad Autónoma de Illes Balears en relación con la Ley de Illes Balears 12/2016, de 17 de agosto, de evaluación ambiental de las Illes Balears. (BOE 148, de 22 de junio de 2017).

242 Resolución de 14 de marzo de 2017, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales, por la que se publica el acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia en relación con la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del patrimonio cultural de Galicia. (BOE 75, de 29 de marzo de 2017).

de estos acuerdos, en virtud de la cual desde el mismo se habilita un compromiso para innovar el ordenamiento jurídico de modo cooperativo entre el Estado y la Comunidad Autónoma²⁴³.

En consecuencia, paralelamente al refuerzo de esta vía negociada prejudicial, es preciso seguir habilitando cauces alternativos de negociación a los conflictos territoriales, con un referente de participación más amplio, con un menor rigor sincrónico y con la búsqueda de resultados, quizá menos técnicos, pero más productivos a largo alcance y profundidad.

II.5. La reversión de las élites. Su necesidad para las negociaciones en los Estados descentralizados

Una de las razones fundamentales del auge de la conflictividad y del paralelo fracaso de las diferentes estrategias para la solución negociada de los mismos radica en la incapacidad o en la ausencia de voluntad, o en ambas circunstancias a la vez, de quienes actúan como dirigentes y líderes de cada organización política. Revertir alude a restituir algo que tenía que estar. Sustener una apelación a la reversión de los integrantes de las élites como colofón a un capítulo dedicado a la negociación merece una explicación inicial.

Desde esa constatación, abogaremos por efectuar una reconstrucción de la teoría de las élites, adaptada y modificada sobre la planta de un Estado descentralizado y sobre un momento de crisis, cuya causa y cuyo efecto apunta a un mismo sujeto, las élites. Como rememora Gaetano Mosca, en su obra *Historia de las doctrinas políticas*, «intuiciones aisladas de la importancia y la necesidad de una clase dirigente se pueden encontrar incluso en la antigüedad clásica y en los escritos de Maquiavelo, de Guicardini y de Rousseau, así como en autores del siglo XIX, entre los que ocupa ciertamente un puesto destacado Saint-Simón»²⁴⁴. Optando por una acepción benévola de élites, cuyo alter como acepción peyorativa, con reminiscencias fascistas fue fomentada por el autores clave como

243 Resolución de 4 de abril de 2017, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales, por la que se publica el acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con la Ley de Andalucía 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda. (BOE 95, 21 de abril de 2017).

244 Mosca, G. (1984): *Historia de las doctrinas políticas*. Madrid, Edersa, 270.

Michels²⁴⁵ —versión puesta en duda por Morán²⁴⁶ y negada rotundamente por Sartori²⁴⁷—, las élites serían aquellos que poseen una autoridad formal para dirigir, gestionar y guiar programas, políticas y actividades de las principales instituciones empresariales, gubernamentales, legales, educativas, civiles y culturales en una nación²⁴⁸. Despojemos al concepto de élite de su acepción lata, y centrémonos únicamente en las élites políticas que lideran las instituciones de gobierno de un Estado en todos y cada uno de sus niveles organizativos. Compartimos la tesis de la inevitabilidad de las élites²⁴⁹, y desde este presupuesto analizaremos las desviaciones y los desafíos de las élites del siglo XXI.

A la hora de identificar las élites podemos seguir alguna de las estrategias que indicaba Putnam. Bien optar por un análisis posicional, que implica que las instituciones de gobierno son un mapa útil de las relaciones de poder y que, por consiguiente, quienes se sitúan en las posiciones más altas de dichas instituciones son los que ostentan más poder político. Una segunda vía de identificación de las élites es el llamado «análisis reputacional», que prioriza las relaciones informales de poder, dando un protagonismo a la identificación de quién tiene realmente el poder en cada organización. Finalmente, a través del proceso de toma de decisiones en una organización podríamos identificar realmente a las élites, a quien ostenta el poder²⁵⁰. Siguiendo todas ellas, nos topáramos con unas élites integradas por una minoría que tenga cualidades tales que se le pueda considerar más capaz o competente²⁵¹.

Los dos primeros axiomas ya están asentados, necesitamos élites y estas han de ser los mejores. Un tercer axioma pasa por depurar tres preocupaciones que surgen en torno a las élites, especialmente en Estados descentralizados, y que se ha apuntado en los métodos de identificación de las mismas. La primera de ellas es la necesidad de depurar a quienes realmente tienen el poder y toman las decisiones, estos pueden coincidir o no con quien formalmente se identifica como titular de un órgano de poder y por ello es un elemento a valorar. Un segundo dato, es la conexión entre élites, las influencias tenidas o perseguidas por las élites para afianzarse en esa posición y, a su vez, para fortalecerla. En este punto, hay que recoger el guante de la historia más reciente de España en la que se verifica la tenden-

245 Robert Michels (1876-1936), pensador italiano discípulo de Mosca. Articuló sus tesis desafiando lo propuesto por el marxismo. En 1911 apareció su texto principal: *Los partidos políticos*, en él desarrolló su teoría de las élites. Lo que Marx no había previsto, según Michels, era que la democracia conduce de modo necesario a la oligarquía, Es a esto a lo que Michels considera como la ley de hierro de la oligarquía. Michels, R. (1991): *Los partidos políticos*. Buenos Aires, Amorrortu, I y II. Cfr. Bolívar Meza, R. (2002): «La teoría de las Élites en Pareto, Mosca y Michels», *Iztapalapa*, 52, 398.

246 Morán, M. L. (1983): *El origen histórico y gnoseológico de la teoría de las élites*. Madrid, Universidad Complutense.

247 Sartori, G. (1988): *Teoría de la democracia, T. I*. Madrid, Alianza, 203.

248 Dye, T. R. (1976): *Who is running America?* New Jersey, Prentice Hall, 12.

249 Uriarte, E. (1997): «El análisis de las élites políticas en las democracias», en *R.E.P.*, 97, 254.

250 Putnam, R. E. (1976): *The comparative study of political elites*. New Jersey, Prentice hall, 177.

251 Sartori, G. (2007): *¿Qué es la democracia?*, Madrid, Taurus, 120.

cia a la no renovación de las élites y a su escasa permeabilidad²⁵². La tercera es cómo esas élites interactúan con los ciudadanos, especialmente en los momentos de tensión política y en los momentos de grandes crisis. Nos podemos encontrar una serie de perfiles bien diferenciados, pero que podemos reconducir a dos, los líderes que recogen las peticiones de los ciudadanos y las formulan o reformulan, pero manteniendo la esencia de las mismas. A partir de ahí las canalizan y buscan su satisfacción, sin renunciar a poner su impronta y a recibir su compensación, en réditos electorales. Por otro lado, hemos de identificar a aquellas élites que persiguen afianzarse a costa de crear problemas y necesidades o aspiraciones en los ciudadanos. Ese proceso es lento y minucioso y puede exigir la cooperación de muchas entidades sociales y políticas, tiene que estar articulado en torno a un plan ordenado y ha de poseer además de una *vis atractiva* desde el mensaje en sí, un elemento subjetivo de captación o abducción, en función del grado de convencimiento y adscripción de los ciudadanos, y un alter externo cuya negatividad y a cuyo enfrentamiento se va a derivar, a sensu contrario, el fortalecimiento interno y la compactación del proyecto.

Desde de estos asertos generales, nuestra postura es meridianamente clara y contrastable. Las élites políticas se distancian de ese ideal de ser los mejores, y frente a esas capacidades brillantes han priorizado habilidades y competencias «populísticas» que parecen ser efectivas, tanto a nivel estatal, autonómico, como internacional. En conclusión, las élites ya no son los mejores, pero bloquean el acceso a los mejores y se autoalimentan desde la satisfacción ejemplar de necesidades que ellos mismos han contribuido a crear. Esas aptitudes son todo lo contrario a lo que necesitamos para solventar problemas y para su inclusión en estrategias de negociación. Es más, la existencia de conflictos actúa como un elemento externo que refuerza la solidez y los apoyos a aquellas élites que se hacen percibir como amenazados.

A partir de ahí, ¿qué estrategias cabe aplicar? En primer lugar, asumir que en un Estado descentralizado las élites van a proliferar²⁵³ y que esa decadencia de las élites va a multiplicar sus efectos de modo paralelo a la intensificación de los conflictos. Es más, la creación de esos conflictos contribuye a afianzar sus posiciones en esferas territoriales. En segundo lugar, es preciso potenciar la educación. Es constatable que en los momentos de crisis afloran instintos y reacciones que creíamos extinguidas, estos líderes espurios se apoyan en las mismas para alimentar a sus turiferarios, sus aduladores, que se expandirán al divulgar esas mismas convicciones. A partir de ahí, las estrategias negociadoras quiebran, puesto que es la estela de un conflicto lo que más adeptos capta. Posiblemente, una deriva alude al planteamiento de estrategias de diálogo y negociación como una mera falacia, abandonando con ello todos los principios con que en párrafos previos nos aproximábamos a

252 Del Campo, S., Tezanos, J. F. *et al.* (1982): «La élite política española y la transición a la democracia», *Sistema*, 48, 51.

253 Coller, X., Ferreria do Vale, H. *et al.* (2008): *Political elites in federalized countries: the case of Spain (1980-2005)*. Barcelona, ICPS, 3.

las mismas. En este clima, el papel de los intelectuales como mediadores, apuntado por Verba²⁵⁴, es igualmente peligroso. Los intelectuales que median ya no son neutrales y ese posicionamiento, a veces contradictorio con el que manifestaban meses atrás, potencia el conflicto incluso entre esos sujetos altamente formados, pero sobre todo entre los ciudadanos que ven en ese asesoramiento científico su mejor apoyo. Aquí, se situaría el papel de los medios de comunicación, formadores de la opinión pública que desempeñan un papel decisivo en todos los conflictos territoriales. Unido a la proliferación de élites, como consecuencia de la descentralización, la necesidad de potenciar la educación, desde y hacia las élites, resulta necesario. En España hemos asistido a un profundo cambio en la designación de las élites, en la XI y XII Legislaturas. Este hecho es positivo *per se*, sin embargo, lo que resta por verificar es que estas nuevas élites puedan liderar un proceso de reversión de las élites, es decir la recuperación de las mismas para los más capacitados a ejercer el liderazgo político. No estamos hablando de burócratas²⁵⁵ o técnicos, ni del retorno de las tecnocracias²⁵⁶, estamos abogando por unas elites políticas, democráticamente elegidas, responsables, coherentes, con aptitudes de gestión, liderazgo y profundos conocimientos de la dinámica estatal. Esos líderes, dotados de una legitimidad de origen electivo y una legitimidad de acción por sus propios valores, únicamente, serán quienes garanticen el triunfo de estrategias de prevención y resolución de los conflictos territoriales.

II.6. Referéndum y negociación: referéndum arbitral y referéndum pactado

La tentación de mezclar institutos y estrategias cobra fuerza si conectamos los recursos negociadores analizados a la participación ciudadana, de la mano de uno de los referentes de la democracia semidirecta como es el referéndum, con la voluntad de resolver conflictos institucionales y, en particular, territoriales.

La formalización de esta idea se traslada a través de dos significantes: el referéndum arbitral y el referéndum pactado.

La idea del referéndum arbitral se integró en el proyecto de Comisión parlamentaria encargada de la redacción de la Constitución de 1931, inmersa en el contexto de las nuevas corrientes que abogaban por compatibilizar una racionalización del parlamentarismo, según expresión de Mirkine Guetzevich, y los institutos de democracia directa. El objeto sería dirimir un posible conflicto entre el Parlamento y el Presidente de la República, es decir un conflicto entre órganos constitucionales.

254 Verba, S. (Ed.). (1987): *Elites and the idea of equality*, Cambridge, Harvard University Press.

255 Baena, M. y García Madaria, J. M. (1979): «Élite franquista y burocracia en las Cortes actuales», *Sistema*, 28, 36.

256 Seijas Villadangos, E. (2012): «Los gobiernos de los Estados en la Unión Europea», *Pluralidad territorial, nuevos derechos y garantías*, Granada, Comares, 117-145.

Su referente sustantivo fue la Constitución de Weimar, en la que el referéndum se presentó como una herramienta para resolver un conflicto, primero, entre el Presidente del Reich y el Reichstag y, segundo, entre las dos cámaras legislativas, Reichstag y Reichsrat. Como recoge Víctor Cuesta, este novedoso “referéndum arbitral” en caso de conflicto plasmaba la idea de Preuss de considerar al pueblo como la última instancia para dilucidar un conflicto, una desavenencia que afectaba a los órganos de representación entre sí y, lo más relevante, a la representación misma y a los sujetos representados. En el caso del referéndum arbitral promovido por el Presidente (art. 73) se habilitaba un plazo perentorio de un mes para solicitar el sometimiento a votación popular antes de la publicación de las leyes aprobadas por el Reichstag. La interpretación de este referéndum de arbitraje se ha inclinado a entrever en la misma una apuesta por la potenciación de la figura del Presidente que apelaría a su profética conversión en un “germen de cesarismo” o “fermento dictatorial”. Una lectura más contemporánea apercibiría un riesgo plebiscitario en dicha práctica con el que se apuntaría a trascender lo concreto del asunto consultado en el referéndum de la mano de un cuestionamiento más amplio y de una reivindicación más ambigua. Se trata en realidad de un veto suspensivo del Presidente que dilataría el procedimiento de formalización de una ley, e, incluso, puede conseguir su abrogación, no por su posicionamiento, sino por el redireccionamiento de la misma hacia los ciudadanos. Es decir, subrepticamente, un veto absoluto.

Otra aplicación del referéndum arbitral se focalizaría en los conflictos entre Cámara alta y Cámara Baja. Dos supuestos diferenciados se abordan por el constituyente de Weimar. El primero tiene como referente los conflictos derivados del procedimiento legislativo ordinario. El segundo se focaliza en el procedimiento de reforma constitucional.

La Constitución del Reich Alemán de 1919 atribuye al Reichsrat un derecho de veto contra las leyes aprobadas en la Cámara Baja (art. 74). Se presentaría ante el gobierno dentro de las dos semanas siguientes a la votación de la ley, teniendo un plazo adicional de dos semanas para su fundamentación. Se plantean dos supuestos diferenciados que pueden concluir con un referéndum arbitral. El primero, la ausencia de un acuerdo entre las dos Cámaras que facultaría al Presidente a convocar en el plazo de tres meses “una votación popular relativa al objeto de la discrepancia”. Si el Presidente no recurre a ese referéndum arbitral, “la ley se entenderá desechada”. Es decir, otro veto presidencial velado. El segundo supuesto se vincula a la potestad del Reichstag de levantar el veto del Reichsrat mediante el voto de una mayoría de dos tercios. En ese supuesto el Presidente tendrá la posibilidad de decidir entre la publicación de la ley o derivar a una votación popular el destino definitivo de la misma. Es decir, es un referéndum potestativo del Presidente, a través del cual evidencia su preeminencia frente a los poderes legislativos, si bien la institución del refrendo (art. 50) minoraría este atributo.

Un segundo contexto conflictual es el habilitado en el marco de una reforma constitucional, acordada por el Reichstag frente al veto del Reichsrat, el Presidente no procederá

a la publicación de la misma si, a petición del Reichsrat, convoca un referéndum de arbitraje en el plazo de dos semanas (art. 76).

Es decir, desde este precedente cabría un modelo teórico de referéndum arbitral, que en realidad alude a la deriva de la potestad arbitral del Jefe del Estado hacia los ciudadanos o en una concepción del mismo como “un instrumento en manos del presidente del Reich para limitar la libertad del órgano legislativo y consolidar su posición en el sistema político”.

Otro apelativo al referéndum, que viene a colación de los institutos y estrategias de negociación que se han analizado en este capítulo, es el referéndum pactado. Pese a la complejidad política que acompaña a esta expresión, desde un marco jurídico, un referéndum pactado sólo puede sostenerse desde la previa habilitación jurídica de las partes. Esto es, desde unos presupuestos en los que los protagonistas de ese acuerdo tengan legalmente la facultad para convocar un referéndum y las competencias sobre el objeto del mismo. Esa habilitación jurídica se extiende a los aspectos formales y materiales, por consiguiente, sería una concurrencia competencial. Cuando se habla de un referéndum pactado y, en la propuesta, uno de los sujetos carece de tal habilitación jurídica, estamos ante una torsión del lenguaje que identifica una mutación *contra constitutione* y *contra legem*. Una vía de hecho que se erige al margen del orden constitucional.

CAPÍTULO III

LA ESTRATEGIA INTERGUBERNAMENTAL PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: FEDERALISMOS POLIÉDRICOS Y POLIFÁSICOS



Los Estados descentralizados son el caldo de cultivo idóneo para la generación de conflictos territoriales. En su seno se han proyectado diversas estrategias que aglutinaremos a partir de agregar diferentes apelativos a las técnicas federales con las que se ha afrontado su resolución. Por ello sostendremos que los federalismos han adoptado diferentes caras —federalismos poliédricos—, y que las han ido mutando con el paso del tiempo y con las distintas vicisitudes que han afrontado —federalismos polifásicos—.

III.1. Canadá: un federalismo flexible

Cualquier Estado, particularmente uno federal y, en especial, Canadá presenta una interesante desviación desde su diseño formal, esencialmente en un texto constitucional, y su implementación práctica, el funcionamiento real de ese Estado. En Canadá son diferentes agentes quienes han intervenido de manera decisiva para que ese *gap* entre la teoría y la práctica sea tan importante: en primer lugar la práctica judicial, especialmente la reorientación descentralizadora que han ejecutado primero el Privy Council y luego el Tribunal Supremo; segundo, la importancia decisiva de las relaciones intergubernamentales como cauce de flexibilización del sistema y de actualización constante de su funcionamiento; tercero, la manera en cómo se ha gestionado recientemente la presencia de Quebec en el federalismo canadiense y, finalmente, la importante aplicación de los primeros ministros y de los *premiers* en el diseño del federalismo. En base a todo ello no resulta extraño, que «como un caleidoscopio, la dinámica canadiense de las relaciones intergubernamentales pueda comprenderse únicamente a través de un prisma con múltiples refracciones»²⁵⁷,

257 Adam, M. A, Bergeron, J. et al. (2015): «Intergovernmental Relations in Canada: competing visions and diverse dynamics», *Intergovernmental Relations in Federal Systems. Comparative Structures and Dynamics*. Ontario, Oxford University Press, 135.

habiendo escogido en este momento la faceta descentralizada y la cooperativa con la que desde Canadá se afronta el conflicto singularizante sobre el que se erige y al que hemos prestado atención en el primer capítulo.

III.1.1. La superación del federalismo dual: la impronta jurisprudencial en el federalismo canadiense

Una de las consecuencias fundamentales de la adopción de una forma territorial de Estado donde la facultad de legislar se reparta entre dos órdenes de poder es la generación de conflictos y la consiguiente necesidad de habilitar un órgano para su resolución. Sin embargo, la existencia del Tribunal Supremo no es coetánea a la creación de la Federación canadiense. La razón estriba en que el Comité Judicial del Consejo Privado en el Reino Unido funcionaba como un tribunal de apelación al que recurrían todas las colonias británicas, pese a que el art. 101 de la *British North América Act* permitía la creación de un tribunal en Canadá. La aplicación de este precepto se materializó en la creación del Tribunal Supremo²⁵⁸ en 1875 (*Supreme and Exchequer Courts Act*, reformándose en 1985 con la *Supreme Court Act*)²⁵⁹. La designación de los jueces del Tribunal Supremo canadiense corresponde al ejecutivo²⁶⁰. Cualquier reforma en su modo de designación ha

258 La revisión de la validez de la legislación aprobada por los cuerpos legislativos canadienses se sustenta en un argumento basado más en el imperialismo que en el constitucionalismo. Si una ley era contraria a la BNA, esta tendría que prevalecer, dado que era una ley imperial. La ley de Validez de las Leyes Coloniales les confería esa potestad abrogatoria. Desde 1982 esta doctrina cambia al incluirse la cláusula de supremacía de la Constitución, en la ley Constitucional de 1982 —art. 52 (1)—, fundamento actual de la revisión judicial en Canadá. Cfr. Hogg, P. (2008): *Constitutional Law of Canada*. Toronto, Thomson-Carswell, 135.

259 El Tribunal Supremo de Canadá estaba compuesto originariamente por seis jueces, de los que dos al menos deberían proceder de Quebec, en virtud del mandato de la ley de 1875. En 1927 se agregaría un séptimo juez, pasando en 1949 a ser nueve jueces, de los cuales tres habrían de proceder de Quebec. Precisamente desde ese año se impuso una representación regional en la composición del Tribunal Supremo, merced a la cual a los tres jueces procedentes de Quebec por mandato legal se agregan tres procedentes de Ontario —fundamentándose esa decisión en que Ontario debería tener el mismo número de jueces que Quebec—, dos de las provincias occidentales y uno de las provincias atlánticas. El presidente del tribunal rota de modo alternativo entre un angloparlante y un francófono. Desde el 7 de enero de 2000 una mujer, Beverley McLachlin, procedente de Columbia Británica fue la presidenta del tribunal, habiendo cedido el testigo al quebequés Richard Wagner el 18 de diciembre de 2017.

260 Artículo 26. Ley del Tribunal Supremo de 1985. La designación del presidente del tribunal corresponde al gobernador general, bajo la propuesta del Primer Ministro. Este sistema empezó a cambiar bajo el mandato del primer ministro conservador Harper, quien en su campaña de 2006 trató de buscar el apoyo popular de una designación a través de un comité parlamentario. Coherentemente con esa promesa electoral, la designación del juez Rothstein implicó una audiencia pública en el parlamento, previa a su designación oficial, el 1 de marzo de 2006. El 22 de diciembre de 2008 se designaría otro juez, Thomas Albert Cromwell. El periplo de su designación fue enormemente influenciado por el difícil equilibrio político sobre el que se sustentaba el gobierno conservador. The Globe and Mail (2008): «Hurry, without hearing», *The Globe and Mail*. [En línea]. Disponible en: <<https://www.theglobeandmail.com/opinion/hurry-without-hearing/article1323952/>>. Asper, D. (2008): «Harper chooses the lesser evil in making appointments», *National Post*. En 2016 el primer ministro liberal, Justin Trudeau, promovió nuevamente una reforma del modo en que se

de ser avalado por una reforma de la Constitución, en particular de los tres magistrados quebequeses, como ha sostenido el propio Tribunal. *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6* (2014)²⁶¹.

El Tribunal Supremo y su antecesor, el Comité Judicial del Consejo Privado, han actuado acorde a un sistema descentralizado cooperativo, por contraposición al modelo dual identificado en la Constitución, lo que les ha tildado de agentes mutantes del mismo, «malvados padrastros de la confederación»²⁶². El compromiso federal canadiense pivotó en torno a un modelo de federalismo en el que cada orden competencial tenía atribuida una esfera exclusiva de poder sobre una serie de materias tasadas. La transición entre esos dos órdenes está ocupada por la habilitación de un espacio de concurrencia competencial vinculado a agricultura, inmigración, pensiones y el comercio interprovincial en recursos naturales.

En la relación competencial que aparece en la Ley constitucional de 1867, como apuntábamos en el capítulo primero, tres son los ámbitos materiales que han sido sustancialmente influenciados por la interpretación judicial: primero, el preámbulo al artículo 91, la mencionada «cláusula POGG» —*peace, order and good government*—, que garantiza al parlamento federal la potestad para aprobar leyes para el bienestar general del país; segundo, la competencia general de las provincias sobre propiedad y derechos civiles (art. 92.13) y, finalmente, la competencia federal sobre reglamentación del tráfico y el comercio (art. 91.2).

En lo concerniente a la interpretación de la cláusula POGG, inicialmente, el Comité Judicial del Consejo Privado procedería a su conversión en un tercer ámbito competencial, a agregar a los de titularidad federal y provincial, respectivamente arts. 91 y 92 BNA, concibiéndose como una garantía extra otorgada al Parlamento federal para usarla en circunstancias extraordinarias, esto es en situaciones de emergencia nacional. El recurso a la cláusula POGG solo se habilitaba en los casos en que pudiera probarse que, para evitar una crisis pan-estatal, la autonomía provincial tenía que limitarse. La primera oportunidad para definir su alcance tuvo lugar en 1922 (*Re: Board of Commerce Act*) en la que los Lores no apoyaron los amplios poderes incorporados en la legislación estatal, coincidente con el comienzo de la I Guerra Mundial, en la que se prohibían los monopolios y la especulación. Únicamente, circunstancias como la guerra o el hambre podrían, *sensu contrario*, justificar el recurso a dicha cláusula POGG²⁶³. Tan solo un año después,

designa a los jueces del Tribunal Supremo, optando porque fuese una comisión independiente y en teoría apolítica quien postulase a los mejores candidatos, que necesariamente habrían de ser bilingües. Dos son los jueces que han llegado al Tribunal tras esta reforma, Malcolm Rowe y Sheilah L. Martin. <<https://pm.gc.ca/eng/news/2016/08/02/new-process-judicial-appointments-supreme-court-canada>>.

261 *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, (2014) 1 SCR 433, <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13544/index.do>>.

262 Hogg, P. (2008): *Constitutional Law of Canada*. Toronto, Thomson-Carswell, 128.

263 Bakan, J. (2003): *Canadian Constitutional Law*. 3.^a ed. Toronto, Montgomery Publication, 127.

en *Fort Frances Pulp Co. V. Manitoba Free Press*, el Consejo paradójicamente no dudó en sustentar la justificación del control del precio del papel por el gobierno en circunstancias de guerra, aun cuando la guerra ya hubiere terminado. El Comité Judicial del Consejo Privado también avalaría el recurso a la cláusula POGG en otros supuestos distintos a los de situaciones de emergencias. Así, en *Re: Regulation and Control of Aeronautics of Canada* (1932), el Comité avaló la constitucionalidad de la legislación federal en el control del tráfico aéreo, la concesión de licencias a pilotos y la seguridad aérea, a partir de lo regulado en el art. 132 BNA, conocido como la cláusula de los Tratados del Imperio, en el que se establece que «el Parlamento y el Gobierno de Canadá tendrán las competencias necesarias para cumplir las obligaciones de Canadá o algunas de sus provincias para con países extranjeros, como parte del Imperio Británico, originadas en tratados firmados entre este último y dichos países». Igualmente, el Comité alivió la drástica exigencia de emergencia nacional, sustentando el apoyo de la cláusula POGG en un fundamento más sutil, como el del «interés nacional», en el caso de *Attorney General of Ontario v. Canada Temperance Federation* (1946), en el que se evaluaba la constitucionalidad de la ley federal reguladora de la abstinencia fechada en 1927, en la que se permitía participar a los municipios —la versión canadiense de la Ley seca norteamericana, plasmada en la enmienda XVIII a su Constitución—. No obstante, la concepción restrictiva de la cláusula POGG se manifestó con claridad meridiana en la negativa del Comité Judicial del Consejo Privado de asumir que la legislación federal conocida como *Bennet New Deal*, aprobada para ayudar a los canadienses a afrontar las condiciones sociales y económicas de la gran depresión, se justificase por motivos de emergencia, declarándose consecuentemente *ultra vires*²⁶⁴.

La verificación de la impronta descentralizadora con la que se desarrolló la revisión judicial se hace más explícita en la interpretación de las competencias provinciales sobre propiedad y derechos civiles, normalmente a costa de la competencia federal de reglamentación del tráfico y el comercio. En *Citizens Insurance Co. V. Parsons* (1881), el Comité Judicial consideró que la regulación del seguro de incendios no recaía dentro de la competencia federal en materia de tráfico y comercio, sino en el abanico competencial provincial, sosteniendo que la competencia federal se refería fundamentalmente a la regulación del comercio con otras naciones y al comercio interprovincial. Esa posición se ratificó en 1916 al sostener que el poder federal en materia comercial era una competencia auxiliar, incapaz de servir por sí misma como una fuente primaria de capacidad legislativa (*Attorney General of Canada v. Attorney General of Alberta*).

A partir de 1949, cuando el Tribunal Supremo sustituyó al Comité Judicial del Consejo Privado, podemos evidenciar ciertos cambios en el sentido de la revisión judicial. Tres

264 Los casos referidos como «New Deal» incluyen *Labour Conventions Reference, A. C., 327 (1937)*, *the Employment and Social Insurance Reference, A. C., 355 (1937)* y el *National Products Marketing Act Reference, A. C., 377(1937)*. Es de destacar el rechazo al argumento del Gobierno federal de que el seguro de desempleo fuese una materia de «interés nacional», instando una reforma constitucional para su consideración como tal, algo que se produciría en 1940, dando lugar al vigente artículo 91.2A.

son los referentes de ese nuevo talante: la potenciación del interés nacional, vinculado a la cláusula POGG, la asunción de la constitucionalidad de un modelo de federalismo cooperativo donde la «delegación» cobra un papel decisivo y la interpretación generosa de títulos competenciales sustantivos del orden federal como derecho penal o el seguro de desempleo. Parece que el federalismo canadiense ha evolucionado, a los ojos de su revisión jurisprudencial, del federalismo dual o «con forma de departamentos estanco» [Labour Conventions Reference, A.C., 327 (1937)] a un federalismo cooperativo, y cuyo símil es el de un «árbol viviente» [Henrietta Muir Edwards and others v The Attorney General of Canada (1929) UKPC 86] más adaptado a las necesidades cambiantes de la sociedad actual [Reference re Employment Insurance Act (Can.) 2005].

La expansión de la noción de interés nacional, avanzada en el *Canada Temperance case*, se confirmó con la adición a la lista de materias bajo control federal merced a la cláusula POGG de las siguientes: aeronáutica (Johannesson v. West St. Paul, 1952), energía atómica (Pronto Uranium Mines, Ltd. V. O.L.R.B., 1956) y recursos naturales marinos (Offshore Mineral Rights of B.C., 1967). En los noventa, en varios litigios relativos a legislación medioambiental, el tribunal tuvo de nuevo la oportunidad de ampliar la doctrina del interés nacional, mediante lo que se ha conocido como «test de incapacidad provincial», en referencia a las situaciones en las que la incapacidad de una provincia para actuar en algún área particular podría tener efectos adversos sobre otras provincias (R.v. Crown Zellerbach Canada Ltd., 1988).

Pese a las reticencias iniciales a aceptar formatos de federalismo cooperativo (Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada, 1951), la delegación desde el Parlamento federal a otras instancias sin la transmisión de la titularidad de la potestad legislativa se aceptó como un mecanismo agilizador (P.E.I. Potato Marketing Board v. H. B. Willis, 1952). Más recientemente, el Tribunal ha vuelto a pronunciarse en materia de delegación, en este caso tributaria, admitiendo su constitucionalidad solo en aquellos supuestos en que «la legislación establece expresamente y de modo no ambiguo tal delegación»²⁶⁵.

El Tribunal ha incidido en cuestiones muy polémicas, reforzando el poder federal, en materia de derecho penal —incluyendo en ese título el almacenaje de productos tóxicos (R. v. Hydro-Québec, 1997) o un registro nacional de armas de fuego (Reference Re: Firearms Act Canada, 1998)—. Finalmente, en un contexto de crisis, el Tribunal Supremo no ha titubeado al sostener la necesidad de una interpretación «generosa» sobre la competencia federal en materia de seguro de desempleo (Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney General), 2008).

La percepción global de cómo se afronta la revisión judicial del federalismo canadiense es que su voluntad estriba en buscar un equilibrio, algo que logra instando la aproximación

265 Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney General), 2008 SCC 68, 11 de diciembre de 2008. F. J. 87.

de la percepción técnico jurídica del federalismo a su real funcionamiento, aspecto en el que cobran un protagonismo esencial las relaciones intergubernamentales.

III.1. 2. Federalismo cooperativo: del federalismo ejecutivo al federalismo legislativo, pasando por el federalismo fiscal, en las relaciones intergubernamentales

El carácter inevitable²⁶⁶ del solapamiento entre la legislación provincial y federal ha instado a la búsqueda de alternativas pragmáticas que impidan el bloqueo del Estado. Dado que la Constitución no puede reformarse paralelamente al ritmo trepidante que la realidad demanda, la responsabilidad para asegurar el funcionamiento efectivo del sistema federal recae en gran medida en las relaciones intergubernamentales.

Entre las formaciones del federalismo canadiense, la que parece tener más importancia en el logro de diferentes resultados políticos y en el diseño de las propias relaciones intergubernamentales es el llamado «federalismo ejecutivo». El dominio del ejecutivo significa que la mayoría de la interacción del sistema federal canadiense tiene lugar entre los ejecutivos, tanto a nivel político como a nivel funcional. Así, el federalismo ejecutivo trabaja en dos direcciones razonablemente distintas: el día a día, donde la carga de las relaciones intergubernamentales recae en el nivel funcional y la forma que nos resulta más fácil de asociar al federalismo ejecutivo, la que funciona en la cumbre protagonizada por ministros y primeros ministros provinciales y el federal. Entre los resultados más señeros de ese federalismo ejecutivo podemos citar el Plan de Pensiones de Canadá, en los años 60; el Programa Nacional de Energía, a primeros de los 80, del que resultaría un precio interior para Canadá del petróleo y el gas natural inferior al internacional; el Acuerdo sobre Comercio Interno (AIT) cuya finalidad era la eliminación de fronteras al comercio y a la movilidad económica interprovincial (1994) o el principal punto de referencia de las Relaciones Intergubernamentales, post-Charlottetown, el SUFA, el Acuerdo para establecer un marco unitario en la prestación de servicios sociales en Canadá, firmado en 1999²⁶⁷. Entre quienes han impreso un sello personal al desarrollo de estas relaciones intergubernamentales, se ha de citar a Frank McKenna, durante largo tiempo *premier* de Nuevo Brunswick (1987-1997), quien destacaría por el talento y la astucia en la conducción de las relaciones intergubernamentales. Es reseñable la batalla entre los *premiers* Danny Williams de Terranova y Labrador y John Hamm de Nueva Escocia²⁶⁸ con Ottawa sobre

266 Así se pronuncia el Tribunal Supremo en *Chatterjee vs. Ontario*, 2009 SCC 19 (17 de abril de 2009), F. J. 32.

267 Baier, G. (2008): «The courts, the division of powers and dispute resolution», *Canadian federalism. Performance, effectiveness and legitimacy*. Ontario, Oxford University Press, 31.

268 Las elecciones de 9 de junio de 2009 desplazaron al partido conservador, desde 2006 liderado por Rodney MacDonald, otorgando la mayoría al NDP de Darrell Dexter.

ecualización y sobre la recuperación de los derechos de las energías producidas en el mar, alcanzando un sonado éxito en su batalla negociadora con el gobierno de Martin²⁶⁹.

Aun cuando, el federalismo ejecutivo aparece fuertemente arraigado en la cultura política federal canadiense hay que hacerse eco de una tenue revisión del mismo, de la mano del denominado «federalismo legislativo», merced al cual las asambleas legislativas desarrollarían un papel más activo en el ámbito de las relaciones intergubernamentales, apostando por una reforma de los legislativos, por una minoración de la disciplina de partido y por un refuerzo del papel de los comités legislativos, junto a grupos de expertos, en la revisión de los acuerdos²⁷⁰. La ratificación de esta prospectiva la hallamos en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo desde donde se sostuvo que el parlamento y el principio de soberanía parlamentaria en el que se sustenta es el responsable del diseño de los acuerdos intergubernamentales, de modo que aunque el primer ministro adopte un compromiso con las provincias y en ellas se genere una «expectativa legítima» sobre su contenido, solo el parlamento y no el ejecutivo tiene la autoridad para respaldar su contenido (*Reference Re. Canada Assistance Plan (B.C.) 1991*, de 15 de agosto, FJ. 42).

En el desarrollo de las relaciones intergubernamentales en Canadá ha jugado un decisivo papel el federalismo fiscal. Desde un desequilibrio fiscal vertical, desde el que el gobierno federal condicionaba las políticas provinciales a través de las transferencias, se ha estimulado la cooperación interprovincial horizontal, especialmente desde la creación en 2003 del Consejo de la Federación.

El modelo de financiación de las Provincias que diseña la Constitución de 1867 es el «clásico» de un Estado compuesto. Los ingresos provinciales se generan de la administración y venta de propiedades públicas y de sus recursos (art. 92.5), de la titularidad sobre la emisión de licencias para el ejercicio de ciertas actividades económicas vinculadas con el comercio (art. 92.9) y sobre todo de la imposición directa *ex* artículo 92.2. Paralelamente, estas fuentes de ingresos han de compatibilizarse con las estatales que se fundan en la recaudación tanto de impuestos directos como indirectos (art. 91.3).

Empero, este modelo constitucional de financiación provincial «presentaba», puesto que en 1950 fue abrogado, un elemento complementario: transferencias federales constitucionalmente definidas (art. 118). En él había una clara asimetría *de iure* al fijar para

269 Uno de los factores de peso en el desarrollo de estas relaciones intergubernamentales es cómo se gestiona la presencia de los medios de comunicación en los mismos y el uso que se les confiere. En ese contexto Danny Williams, primer ministro de Terranova y Labrador, es bien conocido por su habilidad para usar los últimos en sus batallas contra Ottawa: poniendo anuncios en los que pide a «Steve» —en alusión al presidente Stephen Harper— ser más justo con Terranova y Labrador; reprendiendo al primer ministro en sus intervenciones públicas, abandonando las reuniones de primeros ministros e, incluso, arriando la bandera canadiense o poniéndola a media hasta en los edificios del gobierno. Bakvis, H., Baier, G. et al. (2009): *Contested federalism. Certainty and ambiguity in the Canadian federation*. Ontario, Oxford University Press, 100.

270 *Ibidem*, 256.

Quebec la cantidad más elevada, cifrada inicialmente en ochenta mil dólares. Igualmente, el art. 119 fijaba otra asimetría *de iure* y con carácter *transitorio*, al extender su vigencia a los diez años posteriores a la Unión y cuyo beneficiario era la Provincia de Nuevo Brunswick. En conclusión, la Constitución sí diseñaba originalmente asimetrías *de iure* en materia financiera.

No obstante, el funcionamiento real del modelo de financiación se escapa del diferencialismo jurídico, consecuencia de la anulación de tales disposiciones, manteniendo en cambio un diferencialismo *de facto*. Para su verificación hemos de acudir al marco normativo extraconstitucional²⁷¹.

La firma en 1941, por parte del gobierno federal, de unos acuerdos con las diferentes provincias, en virtud de los cuales el Estado federal ejercería las competencias impositivas provinciales (art. 92.2), recibiendo éstas como compensación unas «subvenciones incondicionadas»²⁷² es el hito más importante desde el que se procede a construir un modelo de financiación homogéneo en sus presupuestos, pero diferenciado en su implementación. La esencia del modelo es el arrendamiento por parte del Estado de los impuestos de sucesiones, renta y sociedades, cuya exacción correspondía en términos legales a las Provincias. El carácter opcional de la participación provincial en dichos *tax rental agreements* es el principal detonante de las diferencias en el sistema financiero y tributario de Canadá.

A este original instrumento de «arrendamiento impositivo» hay que agregar, a los efectos de completar el panorama de financiación del Estado federal de Canadá, la importancia de los programas cofinanciados por el Gobierno federal. La existencia de subvenciones condicionadas a las provincias para hacer posible la financiación de un programa compartido de gasto, dentro de materias y títulos competenciales «exclusivos» de las provincias es, al margen de las implicaciones financieras, una manifestación de la unitarización del federalismo de la que hablaba Conrad Hesse²⁷³. La negativa a introducirse en esa dinámica, ha sido bautizada doctrinalmente como *opting out* o *droit de retrait*. Este mecanismo permite a una «provincia decidir su no participación en un programa cofinanciado propuesto por Ottawa, recibiendo a cambio una compensación financiera federal por la puesta en marcha de un programa provincial semejante a aquel»²⁷⁴. Desde 1965 solo Quebec ha ejercido el *opting out*, retirándose de aproximadamente 30 programas, aunque es una posibilidad abierta al resto de provincias²⁷⁵. La consecuencia fiscal de este sistema de *opting out* es la

271 Vid. Groppi, T. (2001): «I rapporti finanziari Federazione-Province in Canada tra decostituzionalizzazione e accordi intergovernativi», *Centro di Ricerca e formazione sul Diritto Costituzionale Comparato. Agora on line*. Monográfico: Il Canada nel nuovo secolo. Gli archivi della memoria Monopoli, Bari. Disponible en: <http://www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/COMPARATO/agol.html>.

272 Cfr. Saiz Arnaiz, A. «Asimetría y Estado federal en Canadá», *op. cit.*, 220.

273 Hesse, K. (1962): *Der unitarische Bundesstaat*. Karlsruhe, Verlag C. F. Müller.

274 Saiz Arnaiz, A. «Asimetría y Estado federal en Canadá», *op. cit.*, 227.

275 Especialmente en los campos de educación, sanidad y servicios sociales. Para un seguimiento detallado de la posición de Quebec en materia de financiación en los últimos cincuenta años *vid.* Secrétariat aux

reducción de los impuestos federales directos de renta y sociedades en la provincia, con el correlativo ascenso del poder de exacción provincial —*tax abatement*—. La situación contraria, la de las provincias que se integran en el programa —*opting in*—, viene marcada por la recepción de unas subvenciones directas del Estado²⁷⁶.

La conclusión es que desde el punto de vista financiero Canadá ofrece un modelo interesante de «asimetrías *de facto*», marcado con la paradoja que desde unas posibilidades y programas simétricos se generan consecuencias asimétricas.

III.1.2.1. Federalismo ejecutivo

El principal vehículo para promover los intereses regionales en Canadá son las relaciones entre los diversos ejecutivos²⁷⁷. Estas se desarrollan tanto a nivel sectorial, como a nivel jerárquico, con las conferencias de los primeros ministros o los ejecutivos de las provincias.

Las conferencias que reúnen al primer ministro federal junto a sus homólogos provinciales son el instrumento intergubernamental más antiguo, a la par que informal, al carecer de una base normativa escrita o de instrucciones sobre su desarrollo, que existe en Canadá. Esta práctica, a la que se suelen incorporar los representantes de los aborígenes,

Affaires intergouvernementales canadiennes (1998): *Position historique du Québec sur le pouvoir fédéral de dépenser 1944-1998*, Québec, Gouvernement du Québec, 5-47.

276 Pese a transgredir el límite temporal al que se refiere este epígrafe no podemos soslayar una referencia al polémico debate actual en Canadá en torno al Acuerdo marco sobre la Unión social (4 de febrero de 1999), último baluarte del denominado «poder federal de gasto». Teniendo como referente directo la denominada «transferencia canadiense en materia de salud y de programas sociales» (1996), conocido por las autoridades federales como «unión social canadiense», su aprobación en 1999 ahondó en las fisuras entre Quebec y el ROC. Es preciso recuperar dos eventos anteriores a su formalización para visualizar el meollo del conflicto: por un lado, en el discurso del Trono de 27 de febrero de 1996, que abrió el período de sesiones parlamentarias, el Gobierno federal anunció su compromiso de recabar el consentimiento de la mayoría de las provincias en las posteriores ejecuciones de su poder de gasto; además, se procedería a compensar a todas las provincias que no participasen en dichos programas, siempre que pusieran en marcha un programa equivalente. Un segundo ítem es el denominado «Consenso de Saskatoon» (1998). La reunión de los diez ministros provinciales cuajó en la redacción de un acuerdo unánime, incluido Quebec, en el que se demandaba que una provincia que se retirase de un programa creado por el Gobierno federal pudiera obtener una compensación financiera con la única condición de afectarla al mismo campo de actividad que el programa federal, pero sin adscribirse a su detallada normativa. Esta última posición se vulnera frontalmente en el Acuerdo de 1999, al no conservar el derecho de retirada incondicionada de una provincia. Los programas de las provincias disidentes deberían respetar objetivos «pancanadienses y respetar un cuadro de imputabilidad» si aspiraban a recibir una compensación financiera. Esta circunstancia, a la que se adhiere la flaqueza del criterio del apoyo mayoritario de provincias a los nuevos programas federales —equivalente a las seis provincias más pequeñas, más deshabitadas y más pobres—, determino el frontal rechazo de Quebec a este Acuerdo, recordemos de vigencia *ab initio* trianual (2002). Cfr. Woehrling, J. (2001): «Los intentos de reforma del federalismo canadiense tras el referéndum de 1995 acerca de la soberanía de Quebec», *Canadá. Introducción al sistema político y jurídico*, Barcelona, Publicacions de la Universitat de Barcelona, 86-91.

277 <[http://www.saic.gouv.qc.ca/affaires-intergouvernementales/relations-intergouvernementales/conferences-intergouvernementales-en.asp](http://www.saic.gouv.qc.ca/affaires-intergouvernementales/rerelations-intergouvernementales/conferences-intergouvernementales-en.asp)>.

data de 1906 y se fundamenta en el modelo colonial de la Commonwealth. Los temas abordados varían en función de la coyuntura política. Así, entre 1970 y 1980, la cuestión de la reforma de la Constitución monopolizó tales encuentros. En la última década del siglo xx, el federalismo fiscal y los desequilibrios financieros entre las partes fueron los protagonistas de las deliberaciones. Suelen ser muy mediáticos, y se busca el consenso como alternativa más viable a la deseada unanimidad.

La conferencia entre los líderes provinciales se remonta a 1887, aunque su regularización se pospuso a 1960, fecha en la que Quebec instó a los otros *premiers* provinciales a crear un foro interprovincial de cooperación que mejorase la acción conjunta cuando negociaban con las autoridades federales. En 2003, este foro, igualmente a iniciativa de Quebec, como se ha indicado, se consolidó de la mano del Council of Federations.

Dentro de una concepción pragmática, suelen celebrarse dos encuentros anuales que se articulan a partir de los trabajos de un Comité, apoyado por un modesto equipo de funcionarios con sede en Ottawa.

El Consejo ha alcanzado notables acuerdos en materia de federalismo fiscal vertical, el que afecta a la financiación desde la Federación, y a la negociación sobre los posibles efectos que sobre las provincias pueden derivarse de la firma de tratados internacionales. Sin embargo, las negociaciones son menos fructíferas cuando se abordan cuestiones conexas a un federalismo fiscal horizontal, que evidencia los profundos desequilibrios y desencuentros entre las provincias.

Estas reuniones se complementan con foros sectoriales, en ámbitos estratégicos, como el medio ambiente, la educación o las relaciones laborales.

La cooperación intergubernamental es, eminentemente, de carácter político, pero también incorpora a los funcionarios, aportando la necesaria perspectiva técnica a dicha cooperación. Sin embargo, una falla del sistema es la ausencia en la formación de los funcionarios de esas habilidades para el trabajo intergubernamental que luego han de desarrollar²⁷⁸.

Las relaciones intergubernamentales tienen un apoyo institucional expreso, recayendo dentro de la responsabilidad del primer ministro federal, apoyado por un ministro específico para la materia.

Este Ministerio, que en la actualidad se denomina de Asuntos Intergubernamentales y de Juventud²⁷⁹, no se apoya en una organización ministerial propiamente dicha, sino en un Secretariado de Asuntos Intergubernamentales, integrado en la Oficina del Consejo Privado, el órgano asesor del primer ministro y de su gabinete. Durante el mandato de

278 Adam, M. A, Bergeron, J. et al. (2015): «Intergovernmental Relations in Canada: competing visions and diverse dynamics», *Intergovernmental Relations in Federal Systems. Comparative Structures and Dynamics*. Ontario, Oxford University Press, 151.

279 <<https://www.canada.ca/en/intergovernmental-affairs.html>>.

Joe Clark fue denominado «Ministro responsable de Asuntos Constitucionales» (1991-1993). Este ministerio encuentra su alter en la organización de los ejecutivos provinciales²⁸⁰. Entre los ministros de Relaciones Integubernamentales más relevantes podemos destacar a Stéphan Dion, bajo la presidencia Liberal de Jean Chrétien, o el propio Justin Trudeau que simultanea desde 2015 ese *status* con el de primer ministro.

Estos cauces formales se completan, con otras estrategias informales, avaladas por nexos sociodemográficos entre las provincias. Es importante señalar que los partidos políticos no son el cauce más habitual para las mismas ya que, a diferencia de otros Estados, pese a compartir las mismas siglas, poseen estructuras diferenciadas.

III.1.2.2. Federalismo legislativo

El artículo 17 de la *Constitution Act* de 1867, señala que el Parlamento de Canadá está integrado por la Reina, el Senado y la Cámara de los Comunes. Es por ello que el encabezamiento de las leyes canadienses se articula del modo siguiente: «Su Majestad, por y con el consentimiento del Senado y de la Cámara de los Comunes, promulga la siguiente...».

El Parlamento federal es bicameral, compuesto de una Cámara de los Comunes de 338 miembros, directamente elegidos, y un Senado de 105 escaños. El bicameralismo solo sobrevive en Ottawa, pero es preciso señalar que, siguiendo el modelo estadounidense, la mayoría de los legislativos provinciales nacieron bicamerales. Ontario, designado como Canadá Superior, Quebec, Nueva Escocia, New Brunswick, la Isla del Príncipe Eduardo, Terranova y Manitoba tuvieron sus Cámaras Altas, designadas como Consejos Legislativos (Legislative Councils) cuyos miembros eran designados por los ejecutivos de forma vitalicia.

Por su parte, las Provincias incorporan un legislativo que se compone del representante de la Reina en cada una de ellas, designado como subgobernador (Lieutenant Governor), y la Asamblea de electos de cada una de ellas²⁸¹. En Quebec, el legislativo provincial se denomina desde 1982 «Parlement du Québec», mientras que en tres provincias (Nueva Escocia, Isla del Príncipe Eduardo y Terranova) la denominación es Asamblea General. En las restantes provincias, como se ha mencionado, recibe la denominación genérica de Legislativo.

280 <<https://www.ontario.ca/page/ministry-intergovernmental-affairs>>.

281 Massicotte, L. (2018): «Multiparliamentarism in a Federal Country: the case of Canada», *Parlamento y Parlamentarismo: origen, evolución y crisis*. Valencia, Tirant lo Blanch. *Constitution Act, 1867*, artículos 69 y 71 (Ontario y Québec); *Manitoba Act, 1870*, artículo 9; *British Columbia Terms of Union* (1871), artículo 14; *Prince Edward Island Terms of Union* (1873); *Alberta Act* (1905), artículo 13; *Saskatchewan Act* (1905), artículo 12; *Newfoundland Act* (1949), Schedule, artículo 14(1).

Los tres legislativos de los territorios se componen de un Comisionado, designado por la Federación, y de una Asamblea Legislativa, elegida directamente por los ciudadanos. Este Comisionado representa al gobierno Federal en los territorios²⁸².

El tamaño de los legislativos provinciales es proporcional a la población de estas, siendo la Asamblea más pequeña la de la Isla del Príncipe Eduardo, con 27 miembros para una población de 143.000 habitantes. En el otro extremo, se sitúa Quebec con 125 escaños, a partir de una población de ocho millones de habitantes. La Asamblea de Ontario (trece millones y medio de habitantes) tiene 105 escaños (que se van a ampliar a 122). La explicación de Massicotte estriba en la atención a la «inmensidad del territorio de Quebec»²⁸³, y a las restricciones legislativas de Ontario, especialmente bajo el mandato del *premier* Conservador Mike Harris, quien impulsaría una ley con el sugerente título «Menos políticos», reduciendo en 1996 el número de parlamentarios provinciales de 130 a los señalados.

Las relaciones oficiales entre estos Parlamentos son mínimas y serían prácticamente inexistentes, a no ser por su pertenencia común a las asociaciones internacionales en las que se integran, como la Asociación Parlamentaria de la Commonwealth, la Asamblea Parlamentaria de la Francofonía o la Confederación Parlamentaria de las Américas. En el marco de esas asociaciones, los funcionarios de alto nivel de los legislativos se reúnen anualmente. Como, por ejemplo, los portavoces o los miembros de las Mesas. V. gr. Canadian Association of Parliamentary Administration (CAPA).

Es decir, la cooperación interparlamentaria en Canadá, a pesar de ser menor que la intergubernamental, también existe. Entre los temas abordados en la misma, destaca, por ejemplo, el análisis de las resoluciones provinciales cuestionando las actitudes del gobierno federal o el izado de la bandera canadiense en dichas Asambleas. Este hecho, no está impuesto por la legislación federal, pero de facto se realiza en todas las Asambleas, con la salvedad de Quebec. En el otro lado, el *legislative* que incorpora las banderas de todas las provincias es el de Alberta. En consecuencia, la lectura de esta cooperación deviene de su conversión en una arena para la batalla.

Ahondando en esas técnicas de cooperación, es preciso efectuar una precisión acerca del modelo westminsteriano de parlamento que ha inspirado el parlamentarismo canadiense. Desde la soberanía parlamentaria, se habilita un escaso reducto a dicha dejación de la misma en otras instituciones, y en otros parlamentos. En 1951, el Tribunal Supremo estatuyó que sería inconstitucional si un legislativo delegaba sus poderes legislativos en otra Cámara, incluso con carácter revocable, por vulnerar la separación de poderes (*Nova Scotia vs. Canadá*).

282 *Yukon Act*, SC 2002 c. 7 artículo 17; *Northwest Territories Act* SC 2014 c. 2 artículo 17; *Nunavut Act*, SC 1993 c. 28 artículo 12.

283 Massicotte, L. (2018): «Multiparliamentarism in a Federal Country: the case of Canada», *Parlamento y Parlamentarismo: origen, evolución y crisis*. Valencia, Tirant lo Blanch, 3 borrador.

No obstante, esta restricción no cerraría la puerta de modo tajante a un acercamiento entre legislativos, que se desarrollan a través de distintas estrategias.

La delegación administrativa faculta al legislativo federal o a los legislativos provinciales a delegar potestades administrativas, por ejemplo, en un Consejo regulador. Esta práctica ha sido usada para regular el comercio provincial e intraprovincial²⁸⁴.

Otra estrategia de colaboración es la que se conoce como incorporación de referencias o estándares. Consiste en la adopción por parte de un legislativo de los estándares legales o bases, en la terminología española, de otro orden de gobierno en un ámbito determinado. Esta técnica, combinada con la delegación legislativa a la que nos hemos referido, genera un potente incremento de la uniformidad. Estas técnicas facultan a las provincias a implementar un sistema de reconocimiento mutuo interprovincial, una especie de ventanilla única. Esta estrategia se puede ilustrar con el «sistema de pasaporte» diseñado por las Comisiones de Seguridad de las distintas provincias que permitía el acceso a los mercados de todas ellas con la certificación validada en una provincia. La alternativa a esa cooperación provincial podría venir de la habilitación federal para crear tal mecanismo regulador, posibilidad frustrada por la negativa de varias provincias, al considerar que con ello se invaden sus techos competenciales (*References Securities Act, 2011*). Es decir, se lograría lo mismo con la cooperación provincial, pero si es la federación quien lo postula, sería intromisión inconstitucional en las competencias provinciales. Aquí, los medios son tan importantes como el fin.

Otra práctica apunta a la posibilidad de que la legislación de un orden de gobierno se elabore condicionalmente a partir de lo establecido por otro. Así, la legislación federal, suspendiendo la total prohibición de una actividad por motivos penales, declina si un legislativo provincial lo habilita expresamente, como ocurrió en los préstamos a corto plazo sobre los salarios, que incorporaban intereses usurarios. Lo que generaría una aplicación asimétrica del derecho penal, a partir del art. 347. 1 (2), del Código Penal Canadiense de 1985²⁸⁵.

Igualmente asentado sobre el principio de la soberanía parlamentaria, se ha impuesto la conclusión unilateral de estos acuerdos, aunque haya sido acompañada de ciertos debates y negociaciones. Un ejemplo de esa retirada unilateral se ha producido respecto a la decisión federal de abolir el sistema de registro de armas, en el que participan algunas provincias, otra vez erigido sobre presupuestos asimétricos.

La legislación condicionada es otro de los reductos donde se ha forzado esa cooperación legislativa, aunque con severas críticas. En los supuestos en que el Parlamento federal adopta una legislación muy detallada en un determinado ámbito material, a la par que

284 *Potato marketing board versus Willis*, 1952.

285 Adam, M. A, Bergeron, J. et al. (2015): «Intergovernmental Relations in Canada: competing visions and diverse dynamics», *Intergovernmental Relations in Federal Systems. Comparative Structures and Dynamics*. Toronto, Oxford University Press, 144.

faculta la posibilidad de suspender su aplicación en una provincia donde se haya regulado la misma materia en un sentido equivalente al de Ottawa. Ej. La legislación federal sobre privacidad del año 2000, que se aplicaba a todas las transacciones comerciales.

El cuestionamiento de esta práctica ha venido de diversas provincias, lideradas por Quebec, esgrimiendo que se trata de una invasión federal en su ámbito de competencias, afectando a la exclusividad de sus títulos. Cuando el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre este particular en 1997, manifestó que se trataba de la traducción concurrente del federalismo cooperativo, implementado a través de las relaciones intergubernamentales, opinión prevalente frente a una minoría que los consideraba como un erosión de dicho reparto competencial trazado por la Constitución²⁸⁶.

En el mismo sentido se articulan las quejas respecto a las ayudas condicionadas que singularizan el federalismo fiscal canadiense a las que nos hemos referido. El establecimiento de unos principios rectores básicos que en caso de incumplimiento devendrán la no transferencia fiscal a la provincia.

Es en estos ejemplos donde un federalismo interestatal, que prioriza las relaciones intergubernamentales interprovinciales, se enfrenta a un federalismo intraestatal, en el que la federación choca con las provincias.

III.1.3. Estrategias ante el separatismo: la posición de los Tribunales

Sobre la justiciabilidad de los procesos independentistas canalizados a través de referéndums hemos de tomar como punto de partida el rol que genéricamente se ha de atribuir los tribunales ante dichos procesos. Para ello hemos de volver a la Sentencia de TS Canadiense de 1998²⁸⁷, en adelante *Reference re Secession of Quebec* [1998] SCR 217, de 20 de agosto.

«El Tribunal no tiene un rol supervisor sobre los aspectos políticos de las negociaciones constitucionales» (parágrafo 100), entre otras razones porque no tiene toda la información disponible para los actores políticos y los métodos de un tribunal para la búsqueda de la verdad se adaptan mal a un análisis en profundidad de las negociaciones constitucionales. Empero, la «no justiciabilidad de las cuestiones políticas, carentes de un componente legal, no priva al orden constitucional que lo enmarca de su estatus vinculante, ni esto significa que las obligaciones constitucionales pueden ser violadas sin incurrir en serias repercusiones legales. Cuando existen derechos, existen reparaciones» (parágrafo 102).

286 R. *vs* Hydro Quebec (1997).

287 Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217. Dans l'affaire de l'article 53 de la Loi sur la Cour suprême, L.R.C., 1985, ch. S-26. Disponible en: < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1643/index.do> >.

En esa franja entre la política y el derecho, que se afina extremadamente en los supuestos de convocatoria de referéndums secesionistas, los pronunciamientos judiciales procedentes de Canadá y Reino Unido han aportado unos referentes, un haz de luz, que trataremos de compilar.

Entre las decisiones destacables del Tribunal Supremo Canadiense con relevancia en un proceso de consulta independentista son, esencialmente, las siguientes;

La sentencia referida a la repatriación de la Constitución, *Patriation Reference* (1981)²⁸⁸, en la que el Tribunal declara la atención a las Convenciones Constitucionales en estos procesos. Diecisiete años después, la declaración, *Reference o Renvoi*, sobre la secesión de Quebec, *Reference re Secession of Quebec* (1998), que se ha convertido en un punto de referencia ineludible en cualquier discurso sobre la celebración de referéndums independentistas. Más recientemente, en la sentencia relativa a la reforma del Senado, *Senate Reform* (2014)²⁸⁹, se incide en la concreción de mayorías cualificadas territoriales que han de legitimar cambios institucionales. Finalmente, podemos destacar la sentencia que exige la reforma constitucional para afrontar una modificación en los requisitos de elegibilidad de los magistrados del Tribunal Supremo, en particular de los tres magistrados quebequeses, *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6* (2014)²⁹⁰. En ese análisis jurisprudencial, haremos un exiguo repaso a una sentencia que ha quedado eclipsada por la *Reference Re Secession* de 1998, y que ya en 1995 cuestionó la legalidad del referéndum de dicho año; dicha sentencia del Tribunal Quebequés fue la *Bertrand v Attorney General* (1995) 127 DLR (4th) 408 (Que SC).

Es, precisamente, sobre su eficacia, sobre su fuerza normativa sobre lo que la sentencia aludida, *Patriation Reference*, hace una especial aportación. El apoyo provincial a una reforma de la Constitución canadiense se exige por mandato convencional, una repatriación unilateral de la Constitución no sería ilegal, en estrictos términos constitucionales, pero sería «inconstitucional en sentido convencional»²⁹¹.

La Sentencia el 28 de septiembre 1981 se fundamentó en dos argumentos sustanciales. La primera conclusión es que el Proyecto de repatriación unilateral de Trudeau era conforme al Derecho Constitucional canadiense. En un segundo aserto, el Tribunal concluía que existe una Convención Constitucional que obliga a Ottawa a no proceder a tal reforma, sino con el apoyo de un número sustancial de provincias y que tal Convención, a pesar de no tener ninguna significación legal, es cuanto menos fuente de legitimidad. En

288 Resolution to amend the Constitution, [1981] 1 S.C.R. 753. Disponible en: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2519/index.do>>.

289 Reference re Senate Reform, [2014] 1 S.C.R. 704. Disponible en: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13614/index.do>>.

290 Reference re Supreme Court Act, 5 and 6, [2014] 1 S.C.R. 433. Disponible en: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13544/index.do>>.

291 Grammond, S (2016): «Canadian Constitutional Jurisprudence and the Brexit Process», UK Constitutional Law. [En línea]. Disponible en: <<https://ukconstitutionallaw.org/>>.

este sentido, se estima que no sería apropiado para el Tribunal instrumentar en abstracto una fórmula específica que indicaría en términos positivos qué tipo de acuerdo provincial se requiere para satisfacer dicha Convención. Las convenciones, por naturaleza, se desarrollan en el terreno político y corresponderá a los actores políticos, no al Tribunal, determinar el grado de consenso provincial requerido. Es suficiente para el Tribunal decidir que al menos un nivel sustancial de consenso provincial es necesario y decidir a mayores si la situación planteada al Tribunal cumple con este requisito²⁹².

El cambio de paradigma (López Basaguren)²⁹³ se produce con la emblemática sentencia de 20 de agosto de 1998. Sin embargo, tres años antes y sincrónicamente a la preparación del referéndum de 1995, hay un interesante pronunciamiento del Tribunal de Quebec, *Bertrand v Attorney General* (1995) 127 DLR (4th) 408 (Que SC). El cuestionamiento de la constitucionalidad del referéndum de 1995 se planteó por un abogado quebequés que no cuestionaba que la Asamblea quebequesa celebrase un referéndum *secesionista*, sino el marco específico elegido para promover dicha celebración. Así, la ley base de dicha convocatoria, la *Sovereignty Bill, Ley 1, An Act Respecting the future of Quebec*, sería considerada por el juez del caso, Lesage, como una seria amenaza a los derechos y libertades disfrutados por los ciudadanos a partir de la carta canadiense de 1982 (8 de septiembre de 1995)²⁹⁴. Por eso, renunciar unilateralmente a dichos derechos, renuncia expresada en voluntad de secesión, sin afrontar un proceso de reforma constitucional sería el principal argumento para invalidar la celebración de ese referéndum y sus resultados, algo que no se produciría dado el carácter declaratorio de la sentencia que imprimió el Tribunal de Quebec. Tras aplicar un «test de interés público», lo mejor sería formular un pronunciamiento meramente declaratorio, dado que habilitar una reparación adicional podría generar una injusticia mayor que la que se trataba de prevenir²⁹⁵. Una vez celebrado el referéndum, el litigante volvió al tribunal buscando un pronunciamiento definitivo sobre la posibilidad de que Quebec declarase una separación unilateral de la federación canadiense. Pese a los intentos de rechazar la pretensión, el gobierno canadiense se personó en el proceso y la posición del Juez Pigeon, frente a la del Fiscal General de Quebec fue la de las cuestiones planteadas eran lo suficientemente serias y no meramente hipótesis. Entre ellas la posibilidad de esa secesión unilateral y la prevalencia de ordenamientos, derecho doméstico frente al internacional I (*Bertrand v*

292 Seijas Villadangos, E. «Hacia un constitucionalismo global: contexto político y jurídico de aprobación de la Carta canadiense de Derechos y libertades», en Mitjans, E., *Derechos y libertades en Canadá*, op. cit., 23

293 López Basagren, A. «Los referendos de secesión de Quebec y la doctrina de la Corte Suprema de Canadá», op. cit., p. 55.

294 Sauvegau, F. (2005): *Last Word, Media Coverage of Supreme Court of Canada*. Vancouver, UBC Press, Vancouver, 93.

295 Cowie, G. (2016): «Scotland on a second Independence referéndum - The obstacles and changes and the comparative solutions», *UK Constitutional Law*. [En línea]. Disponible en: <<https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/07/graeme-cowie-scotland-and-a-second-independence-referendum/>>.

Quebec (1996) AG 138 DLR 4th 481 QUE SC). Mientras el gobierno de Quebec, nuevamente se apartó del procedimiento, el gobierno canadiense obtuvo del mismo las bases de su cuestionamiento ante el Tribunal Supremo de Quebec, planteando mediante *Order in Council* de 30 de septiembre de 1996, las cuestiones que darían lugar a la sentencia.

De su contenido deseamos enfatizar los siguientes aspectos, avanzados en el capítulo primero:

El esfuerzo del Tribunal Supremo por depurar el proceso jurídico y el político en el debate de la secesión de Quebec. En un segundo lugar, hay que ponderar que el reconocimiento de un silencio constitucional desde la LC 1867 sobre la secesión de una de sus provincias no es óbice para rechazar su potencial materialización, siempre que se afronte desde un marco legal, esto es, se proceda a reformar la Constitución. En tercer lugar, los efectos secundarios de fragmentación que se generan como externalidades de ese proceso. Los territorios que dentro del territorio se quieren, a su vez separar del mismo. Una cuarta observación nos lleva a dirigir la mirada hacia el Derecho Internacional y su papel en los procesos internos relativos a la forma territorial de un Estado. La apelación a los observadores internacionales y a la búsqueda de apoyos en otros Estados.

El contenido de la sentencia aporta dos mensajes de contenido procesal y material. Materialmente, la secesión de un Estado federado es factible, a pesar de la no previsión constitucional al respecto. En esa línea argumentativa, existen una serie de «principios constitucionales fundacionales. Estos principios informan y sustentan el texto constitucional: son presupuestos tácitos vitales sobre los que está basada la Constitución» (parágrafo 49), el «alma» de la Constitución (parágrafo 51). Dichos principios son: «federalismo, democracia, constitucionalismo y principio de legalidad y respeto por los derechos de las minorías. Estos principios definitorios funcionan en simbiosis» (parágrafo 49).

Procesalmente, se abre la puerta a la secesión de un territorio²⁹⁶, pero se veta a que se ejercite de modo unilateral (pregunta 1). La habilitación de cauces constitucionales para dicha secesión implica la reforma de la Constitución, para lo que previamente es necesario negociar (parágrafo 97). Dos condiciones marcarán esa preceptiva negociación: la expresión de una mayoría clara, en sentido cualitativo, de la voluntad de secesión, a partir de una pregunta clara. Es decir, procesalmente hay dos referentes: la pregunta en sí y el resultado de su cuestionamiento. En la implementación de ese proceso, el Tribunal distingue dos fases: una de impulso o iniciativa, que corresponde al territorio con voluntad de secesión, en este caso Quebec. En segundo lugar, los otros participantes de la Federación fuera de Quebec deberán reconocer esa secesión. Así pues, hay dos sujetos, dos mayorías legítimas, la «clara mayoría de la población de Quebec» y una «clara mayoría de Canadá como un todo» (parágrafo 93). En cuanto al referéndum, se reconoce que «los resultados de un referéndum no tienen un rol directo o un efecto legal» en el marco constitucional

296 «Los derechos de las otras provincias y el Gobierno federal no pueden denegar el derecho a buscar la secesión» (parágrafo 92).

canadiense, pero que indudablemente constituye un método democrático de conocer la opinión del electorado sobre importantes cuestiones políticas en una ocasión particular (parágrafo 87). Es por ello una fuente de legitimidad, a la que la reforma constitucional ha de conferirle un plus de legalidad.

En lo concerniente a la legalización de esa opción legítima, la reforma constitucional es el único cauce. Para ello resulta conveniente recapitular el complejo esquema de reforma constitucional diseñado por la Constitución canadiense, a partir de 1982. El eslabón será la tercera sentencia, Reference, aludida, *Reference re Senate Reform*, [2014] 1 SCR 704, dictada al hilo de la pretensión del gobierno federal de, entre otras cosas, promover elecciones consultivas para la elección de senadores —frente al sistema de designación vigente—; revocar los requisitos de propiedad de los senadores en la provincia de Quebec como exigencia cualitativa para su designación y la posibilidad de abolir el Senado.

Partiendo de la concepción de que la Constitución debe analizarse como poseedora de una «arquitectura interna» o una «estructura constitucional básica» (parágrafo 26) existen elementos que forman parte de esta estructura y que no pueden ser alterados sin una reforma constitucional, incluso cuando su modificación se persiga por medios que carecen de una previsión constitucional expresa que los prohíba²⁹⁷. El siguiente paso es dilucidar cuál de los cuatro mecanismos de reforma constitucional previstos hay que aplicar en cada caso. Para ello procede formular una recapitulación de la Parte V de la Constitución canadiense donde se regulan cuatro categorías de procedimientos de reforma constitucional.

La primera fórmula es un procedimiento de reforma general (art. 38 y remisión al art. 42) que requiere un grado sustancial de consenso entre el Parlamento y los legislativos provinciales. Así, será necesario una resolución del Senado y de la Cámara de los Comunes y resoluciones de las Asambleas legislativas de, al menos, dos tercios de las provincias que tengan, de conformidad con el último censo general, al menos el 50% de la población de la totalidad de provincias. El art. 42 especifica los ámbitos materiales que pueden reformarse de acuerdo con la disposición referida (art. 38): a) el principio de representación proporcional en la Cámara de los Comunes; b) las competencias del Senado y el método de elegir a los senadores; c) el número de miembros que representan a una provincia en el Senado y los requisitos de residencia de los senadores; d) Tribunal Supremo de Canadá; e) la ampliación de las provincias existentes a los territorios; f) el establecimiento de nuevas provincias. Se trata de la codificación de lo que coloquialmente se refiere como el procedimiento 7/50, refiriéndose al mínimo de las siete provincias cuya población represente al menos la mitad de la población actual de la totalidad de las provincias. Adicionalmente, garantiza a las provincias el derecho de salir, *opt ut*, de las reformas constitucionales que derogan desde los poderes legislativos los derechos de los propietarios o cualquier otro derecho o privilegio del legislativo o

297 Grammond, S. (2016): «Canadian Constitutional Jurisprudence and the Brexit Process», *UK Constitutional Law*. [En línea]. Disponible en: <<https://ukconstitutionallaw.org/>>.

del gobierno de una provincia. Ese consenso significativo implementa un compromiso entre las demandas de «legitimidad y flexibilidad»²⁹⁸ que sustentan la estabilidad y continuidad de un orden constitucional.

Un segundo protocolo de reforma constitucional requiere el consentimiento unánime (art. 41) de todos los actores, federal y provinciales, y se exige para la tramitación de ciertos cambios que se consideran fundamentales por los diseñadores de la Constitución de 1982. Estos se refieren a las funciones de la reina, el gobernador general o los gobernadores provinciales; b) el derecho de cada provincia a un número de representantes en la Cámara de los Comunes no menor al de senadores asignados a la misma en el momento de entrada en vigor de esta cláusula; c) el uso de la lengua inglesa o francesa (art. 43); d) la composición del Tribunal Supremo de Canadá; e) la reforma de esta quinta parte de la Constitución, esto es, la reforma de los procedimientos de reforma. Esta exigencia de unanimidad implementa el nivel más alto de protección²⁹⁹ y de rigidez. Desde un punto de vista negativo, tal y como ha señalado Pelletier, la unanimidad supone articular un veto a aquellas cuestiones que se consideran las más esenciales para la supervivencia del Estado³⁰⁰.

Un tercer procedimiento para reformar la Constitución se centra en aquellos casos en los que los preceptos a reformar se aplican a alguna de las provincias, pero no a todas (art. 43). Estos acuerdos especiales se referirían a las alteraciones de los límites entre provincias o a cualquier reforma de las disposiciones que se refieran al uso del inglés o del francés dentro de una provincia. Serán promulgadas por el Gobernador General bajo el Gran Sello de Canadá, solo donde sean autorizadas por las resoluciones del Senado y de la Cámara de los Comunes y de la Asamblea Legislativa de cada provincia a la que se aplique dicha reforma. Un auténtico cubo Rubik³⁰¹.

La cuarta vía posible de reforma constitucional se vincula a procedimientos unilaterales federales y provinciales que permitan una reforma de aspectos referidos a las instituciones de gobierno que gestionen intereses puramente federales o provinciales (arts. 44 y 45)³⁰².

De todo este espectro de posibilidades, el Tribunal indicó que para el caso planteado de las diferentes opciones de reformar el senado, las vías también serían divergentes. Si lo

298 Cameron, J. (1998): «To Amend the Process of Amendment», *Federalism for the Future: Essential Reforms*. Montreal, Wilson & Lafleur, 324.

299 Newman, W. J. (2007): «Living with the Amending Procedures: Prospects for Future Constitutional Reform in Canada», *A Living Tree: The Legacy of 1982 in Canada's Political Evolution*.

300 Pelletier, B. (1996): *La modification constitutionnelle au Canada*. Scarborough, Carswell, 208.

301 Scott, S. A. (1982): «Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes», *University of Western Ontario Law Review* 20, 247, 292-98.

302 Artículo 44: «El Parlamento puede exclusivamente aprobar leyes que reformen la Constitución de Canadá en relación al ejecutivo de Canadá, al Senado o a la Cámara de Representantes».

Artículo 45: «El legislativo de cada provincia puede exclusivamente aprobar leyes que reformen sus constituciones».

que se persigue es la celebración de elecciones consultivas y la modificación del mandato de los senadores, la vía a seguir sería la reforma sustancial del art. 38 (7/50). La revocación de los requisitos de propiedad de los senadores quebequeses exigiría el consentimiento exclusivo de la Asamblea de Quebec (art. 43). Finalmente, una abolición del Senado requeriría recabar el consentimiento unánime del Senado, de la Cámara de los Comunes y de las Asambleas Legislativas de todas las provincias canadienses (art. 41). Esa afectación a un eje fundamental de la arquitectura constitucional es la que se derivaría de un proceso secesionista, por tanto esa sería la vía para canalizar la reforma constitucional.

Finalmente, la sentencia, *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, rememora «el acuerdo histórico» sobre el que se fundó la propia federación y, en particular, el Tribunal Supremo, garantizando que una proporción significativa de los jueces se vinculen a la cultura y al derecho civil de Quebec. Por esa razón, por la esencialidad de ese elemento y por implicar un pilar de «la competencia, legitimidad e integridad del Tribunal», la reforma de esta composición requerirá el consentimiento unánime de todas las Provincias de la Federación (art. 41).

III.2. Las relaciones intergubernamentales en Estados Unidos: del pragmatismo del federalismo cooperativo a la desconfianza del federalismo preeminente

Una descripción de los principales ítems que protagonizan el paradigma por excelencia de relaciones intergubernamentales, Estados Unidos, nos lleva a reparar en el marco constitucional desde el que se ha articulado el reparto competencial y las propias relaciones intergubernamentales; los sujetos que protagonizan ese entramado de relaciones y las mutaciones experimentadas por ese indefinido diseño.

Estados Unidos es una entidad política no unitaria caracterizada por el federalismo y por una marcada separación de poderes. Su sistema federal pivota sobre dos estructuras de gobierno, el gobierno federal —en ocasiones llamado nacional— y los gobiernos de los Estados federados, que proyectan sus actuaciones sobre un mismo ámbito espacial que preceptivamente deben compartir. La esencia del sistema se articula en un texto constitucional que destaca por su laconismo y longevidad, donde desde un articulado generalista y ambiguo se habilita un espacio creativo para la intervención de sujetos interesantemente diferentes (tamaño, tradición, status jurídico).

Durante la mayor parte del siglo xx, la corriente del federalismo que denominamos cooperativo³⁰³ fundamentó las relaciones entre los distintos órdenes jurídicos e instituciones de gobierno, sobre los que pivotaba un sistema de partidos políticos centralizado y

303 Previamente el modelo federal que definía las relaciones era el de un federalismo dual.

polarizado, que se proyectaba en la escala estatal a través del sistema de servidores públicos, afectados por las mismas inquietudes partidistas.

Este esquema parece haber quedado atrás y a comienzos del siglo XXI, la fragmentación y atomización de las relaciones gubernamentales ha sustituido el espacio cooperativo por una preeminencia federal, disfrazada de coerción y nacionalización de las políticas estatales, frente a la que los Estados parecen estar a la defensiva³⁰⁴. Las líneas generales de las relaciones entre todo este entramado organizativo de base territorial no están claras, pese a lo que podríamos pensar. El solapamiento y la confusión, a la vez que una percepción de la necesidad de proteger su autonomía por parte de los Estados son el telón de fondo de unas relaciones intergubernamentales cuyas características pasaremos a glosar en los siguientes epígrafes.

III.2.1. *Prius* conceptual, la distribución competencial y el marco jurídico de las relaciones intergubernamentales: el estado de la cuestión

El reparto competencial en el marco constitucional americano parte de la división de dos órdenes de gobierno, el federal y el de los Estados, atribuyendo a la potestad federal (art. I, secc. 8) expresamente al Congreso, en un total de dieciocho apartados: el establecimiento y recaudación de los tributos encaminados a sufragar la defensa del Estado y su bienestar general; contraer crédito; el comercio exterior, el interestatal y con las tribus indias; la legislación uniforme en el Estado en materia de quiebras; acuñar monedas y pesas y medidas; penalizar la falsificación de moneda; establecimiento de oficinas de correos y caminos de posta; el fomento del progreso de la ciencia; la organización del poder judicial; la penalización de los delitos y violaciones del derecho internacional; la potestad de declarar la guerra; reclutar el ejército; mantener la armada; organizar las fuerzas navales y terrestres; activar la organización del ejército; regular el distrito que ostente la capitalidad del Estado y legislar en todas las materias referidas.

Este elenco de atributos se completa desde el diseño negativo de un halo competencial para los Estados federados a los que se les prohíbe (art. I, Secc. 10) una serie de actuaciones como celebrar tratados, acuñar moneda, conceder títulos nobiliarios, quebrantar en su regulación principios procesales como el juicio debido, intervenir fiscalmente en el comercio internacional o tener su propio ejército. La cláusula residual es atribuida según la X Enmienda a los Estados del modo siguiente: «Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente o al pueblo».

304 Kincaid, J. (2014): «State-federal relations: States Still on the defensive», *Book of the States 2014*, 19. <<http://knowledgecenter.csg.org/kc/content/state-federal-relations-states-still-defense>>.

Esta regulación competencial no es rigurosa y cerrada, al incorporarse a la misma la denominada «cláusula elástica» o «cláusula necesaria y correcta» (art. I, secc. 8, cláusula 18) que se articula en los siguientes términos. Potestad del Congreso «para expedir todas las leyes que sean necesarias y convenientes para llevar a efecto los poderes anteriores y todos los demás que esta Constitución confiere al gobierno de los Estados Unidos o cualquiera de sus departamentos o funcionarios».

Sobre esa base, tal y como hemos comentado, los Estados se han encargado de las actuaciones prestacionales más comunes como salud, educación, seguridad y bienestar.

Pese a todo, no hablamos de ordenamientos jurídicos paritarios. La supremacía del orden constitucional federal se consigna en el art. VI.2, que expresamente aboga por la consideración de la Constitución de los Estados Unidos como la suprema ley del país, aplicable por los jueces «a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado».

Esta estructura de reparto competencial que hemos descrito someramente ha sido modulada por la práctica política, pero sobre todo por la interpretación que de la misma ha hecho el Tribunal Supremo.

Políticamente, desde la influencia partidista en este desarrollo competencial «en términos generales, los republicanos han favorecido el cambio de formulación de políticas a los Estados, mientras que los demócratas han preferido que el gobierno federal mantuviera el control»³⁰⁵.

Jurisprudencialmente, el equilibrio constitucional se ha inclinado hacia una vis expansiva de la capacidad de actuación federal de la mano, por ejemplo, de la desvinculación de la cláusula del mantenimiento del bienestar de su matriz tributaria, postura que se asienta en la sentencia *US vs Butler*, 297 US 1 (1935). Con ello se expandiría el poder federal de actuación en un innumerable espectro de programas. Igualmente, a comienzos de los años cuarenta, se atisba otro paso en pro de la expansión controladora del Estado federal desde la competencia federal de gestionar el comercio interestatal, a la que se acompaña de una apoyatura a través de legislación sectorial en materia de sanidad, bienestar o seguridad, como salvoconductos de dichas transacciones, con lo que de lleno se entra en ámbitos de actuación tradicionalmente reservados a los Estados [*United States vs Darby*, 312 US 100, 124 (1941)]. De lo cual podemos extrapolar la conversión de títulos competenciales exclusivos del poder federal en habilitaciones competenciales transversales, elásticas, que se convierten en un auténtico canal para la federalización de las políticas sociales.

305 Squire, P.(2017): «Los parlamentos de los Estados y el proceso de elaboración de políticas en los Estados Unidos», *Federalismo, devolution y gobernanza multinivel*. Valencia, Tirant lo Blanch, 337.

III.2.2. La implementación del federalismo a través de las relaciones intergubernamentales

Las relaciones intergubernamentales en los Estados Unidos han evolucionado de forma paralela al tránsito entre modelos federales. Así, desde un federalismo dual que marcaría las relaciones entre niveles territoriales en términos de mínimos, pasando por su evolución hacia un federalismo cooperativo, donde es difícil concebir la implementación de cualquier política sin la colaboración de todos los niveles territoriales, hasta un federalismo coactivo, donde la federación pugna por monopolizar y controlar las actuaciones estatales.

Esta transición se puede plasmar en un guion temporal que se remonta al siglo XIX, donde la participación del gobierno federal en los asuntos estatales era mínima y se centraba en la creación de sociedades anónimas, la emisión de títulos de garantía de la tierra o la asistencia técnica para la gestión pública³⁰⁶. En esa centuria, el estallido de la Guerra Civil (1861-1865) contribuyó, desde el discurso de Abraham Lincoln, a forjar una identidad nacional sustentada en la asunción por parte del Congreso de una mayor responsabilidad para gestionar las políticas estatales.

La catorceava enmienda a la Constitución, de 9 de julio de 1868, en su consignación en su apartado primero, de un «proceso debido» y de la dispensa de una «igual protección de las leyes para todos» se tradujo en una homogeneización de las políticas estatales a partir de esa definición federal común de los derechos.

El siglo XX está marcado por el auge del Estado social y por ello un relevante protagonismo de los Estados que son quienes ostentan las competencias prestacionales. No obstante, sobre esa base, dos enmiendas de la Constitución auspiciaron una serie de cambios en el reparto de competencias y en su ejercicio. La enmienda dieciséis³⁰⁷, de 3 de febrero de 1913, que habilitaba al gobierno federal a gravar impositivamente los ingresos individuales y que se aprovecharía para diseñar de un modo mediato las políticas estatales desde el recurso a las subvenciones para facilitar su ejecución financiación, práctica que alcanzaría su cénit en la segunda mitad del siglo XX. Por su parte, la decimoséptima enmienda³⁰⁸ determinaba la elección popular de los senadores frente a su anterior designación por los

306 O'Toole, L. J. (2000): *American Intergovernmental Relations*. Washington, CQ Press, 6-7.

307 «El Congreso tendrá facultades para establecer y recaudar impuestos sobre los ingresos, sea cual fuere la fuente de que provengan, sin prorratearlos entre los diferentes Estados y sin atender a ningún censo o recuento».

308 «1. El Senado de los Estados Unidos se compondrá de dos senadores por cada Estado, elegidos por los habitantes del mismo por seis años, y cada senador dispondrá de un voto. Los electores de cada Estado deberán poseer las condiciones requeridas para los electores de la cámara más numerosa del legislativo estatal. 2. Cuando ocurran vacantes en la representación de cualquier Estado en el Senado, la autoridad ejecutiva de aquel expedirá un decreto en que convocará a elecciones con el objeto de cubrir dichas vacantes, en la responsabilidad de que el legislativo de cualquier Estado puede autorizar a su Ejecutivo a hacer un nombramiento provisional hasta tanto que las vacantes se cubran mediante elecciones populares en la forma que disponga el legislativo. 3. No deberá entenderse que esta enmienda influye sobre la elección o período de cualquier senador elegido antes de que adquiera validez como parte integrante de la Constitución».

legislativos estatales. Esa potestad facultaba a los Estados a intervenir de un modo más claro en el diseño de las políticas federales merced a una especie de mandato imperativo sobre el voto de sus senadores. Con dicha enmienda, esa posibilidad desaparece al menos formalmente. La realidad es que el sistema de partidos tan polarizado que existe en Estados Unidos mitigó esa previsión, por el interés de estos para atender a sus bases estatales. Este nexo se hizo compatible con la generalización de primarias, en los que los procesos de cooptación de líderes candidatos a senadores primaron la individualización del proceso.

A finales de la pasada centuria, conminado por una serie de cuestiones acuciantes como la gestión de los residuos nucleares o la venta de armas, el gobierno federal trató de requerir la actuación de las autoridades estatales y locales. La respuesta del Tribunal Supremo, materializada en dos sentencias clave, *New York vs US*, 505 US 144 (1992) y *Printz vs. US* 521 U.S. 898 (1997), vetaría al gobierno federal liderar a los gobiernos estatales y locales, ante la ausencia «particularizada autorización constitucional» al respecto³⁰⁹, con lo que condenaría al mismo por la vulneración de la X enmienda, referida a la atribución residual de las competencias a los Estados.

III.2.2.1. Federalismo legislativo

La inexistencia de instituciones formales que canalicen las relaciones entre el Legislativo federal y los Legislativos estatales, o desde estos entre sí, no obsta que podamos hablar de una conexión entre ellos, una implementación de las relaciones que podrían tildarse de federalismo legislativo, en atención a los sujetos que las protagonizan.

Las manifestaciones del mismo se circunscriben a los siguientes considerandos.

Aprobación de leyes uniformes. La existencia de «leyes uniformes»³¹⁰ es consecuencia del acatamiento de las propuestas formuladas por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes estatales uniformes que está integrada por juristas designados por los Estados. En la práctica, estas leyes uniformes no lo son en puridad, dado que no todos los Estados las aprueban, y cuando lo hacen introducen modificaciones en el proceso legislativo. Existen significativas excepciones en que se aproxima a esa uniformidad legislativa, como por ejemplo en materia de comercio, mediante la adopción de un Código Comercial Uniforme, que se aplica a las ventas y transacciones comerciales. Pero, ni tan siquiera este texto puede calificarse de uniforme, ya que por ejemplo Louisiana, tal y como apuntamos en el capítulo primero, lo ha adaptado a la singularidad de su código civil de tradición hispanofrancesa.

309 <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/898/#annotation>>.

310 Smith, T. (2015): «Intergovernmental relations in the United States in an age of partisanship and executive assertiveness», *Intergovernmental Relations in Federal Systems. Comparative Structures and Dynamics*. Toronto, Oxford University Press, 418.

Desde el punto de vista asociativo, como vimos en Canadá, también puede hablarse de una cooperación intralegislativa. La mayoría de los legislativos estatales participan en asociaciones profesionales como la Conferencia Nacional de Legislativos Estatales, NCSL. Su principal cometido es asesorar a los legislativos de los Estados a identificar las mejores políticas de sus homólogos y promover la celebración de acuerdos interestatales. Desde esta organización también se canalizan, en lo que sería una fase ascendente de dichas relaciones, las preocupaciones de los legislativos estatales hacia el Congreso federal, de modo que de la misma pudiera derivarse un apelativo de pseudo *lobby* frente al mismo. Esta presión es ejercida en ocasiones de modo particularizado por los legislativos de determinados Estados, como por ejemplo Nueva York o Illinois que disponen de oficinas permanentes en Washington.

En esa cooperación estatal-federal en el ámbito de los legislativos, también se ha de integrar la potestad de los legislativos estatales, de 2/3 de ellos, para instar la creación por el Congreso de una Convención Constitucional, con el objetivo de proponer enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos. Por otro lado, cualquier propuesta de enmienda o de convocatoria de una Convención por parte del Congreso, debe ser ratificada por 3/4 partes de los legislativos estatales o por convenciones estatales popularmente elegidas.

En esa proyección descendente, cabría sostener que formalmente el Congreso carece de instituciones dedicadas a monitorizar las relaciones intergubernamentales, o conseguir de modo directo que los Estados acaten las prescripciones federales, si dejamos de lado la Oficina presupuestaria del Congreso. No obstante, no estamos ante legislativos paritarios y como veremos, detenidamente, existen diferentes estrategias por las que el Congreso usa sus poderes constitucionales para canalizar la acción de los Estados. Estos supuestos que hacen referencia a la *preemption*, los mandatos y las órdenes directas, son en realidad, instrumentos coactivos, más que cooperativos y por eso los analizaremos posteriormente.

En el marco del federalismo fiscal, el Congreso desempeña un rol de activador de las políticas estatales en un determinado sentido. Así, a partir del amplio poder de gasto federal, el Congreso puede instar a los Estados a adoptar nuevas responsabilidades y desarrollar unas líneas políticas precisas. Esas subvenciones pueden ser generales, por ejemplo, en servicios sociales, o muy específicas y puntuales. El Congreso no puede, como sostuvo el Tribunal Supremo forzar a los Estados a aceptar esas subvenciones, pero si las desean tienen que cumplir con los requisitos marcados en las mismas (South Dakota versus Dole, 483, U.S. 203 (1987)).

El Congreso, a veces, autoriza renunciar a políticas específicas federales a los efectos de fortalecer la experimentación política de los Estados y la flexibilidad y cooperación intergubernamental. Curiosamente, se puede percibir un efecto boomerang en estas políticas, dado que si se readoptan como federales, de las mismas pueden derivarse diferentes mandatos a los Estados, como aconteció con las reformas sanitarias de Obama (2010), inspiradas en las de Massachussets (2006).

La interpretación que el Tribunal Supremo parece hacer de todas estas prácticas se interpreta como «un lento movimiento hacia la limitación de los poderes del Congreso» y el consiguiente apoyo a la autoridad discrecional de los gobiernos estatales³¹¹. Es por ello, que no ha de extrañarse que las relaciones entre los Estados se hayan calificado no de federales, sino de confederales³¹².

III.2.2.2. Federalismo ejecutivo

La creciente fragmentación partidista ha impulsado a los ejecutivos a buscar nuevas estrategias para potenciar su asertividad a los efectos de conseguir implementar su agenda política. El presidente Obama ya inició una tendencia para limitar los contactos con los funcionarios estatales y locales y buscar un reforzamiento de las políticas nacionales³¹³.

La respuesta de los Estados se ha traducido en una apuesta en pro de la nulificación, veto y reto a las políticas federales. En Estados como Colorado, Oregón o Washington, políticas como la legalización de la marihuana fueron más que una demanda estatal, un órdago a las autoridades federales.

La Constitución y las leyes que la desarrollan no proveen un marco específico para canalizar la cooperación entre los ejecutivos federal y estatales. Los funcionarios estatales y locales compiten, en ocasiones en concurrencia o en otros en clara competencia, con entidades privadas, *lobbies*, por influenciar en la deriva de las políticas federales.

Es destacable el papel de las asociaciones profesionales para facilitar esa comunicación intergubernamental. Para ser miembro de las mismas, hay que ostentar un cargo específico. La más relevante es la Asociación de Gobernadores Nacionales (NGA). Una de sus propuestas recabará la atención del último epígrafe de este apartado.

Agencias similares existen para la mayoría de cargos electos estatales y locales y para la mayoría de directores de agencias. Así, la Conferencia de Alcaldes de los Estados Unidos (USCM) y la Asociación Nacional de Fiscales (NAAG).

Creciendo en relevancia, podemos señalar a las asociaciones profesionales de los partidos. Así, los gobernadores demócratas o los gobernadores republicanos tienen sus respectivas asociaciones. Territorialmente, también se identifica la Asociación de Gobernadores del Oeste, que incluye 19 Estados y 3 territorios y el Consejo de Goberna-

311 *INFIB vs. Sibelius* (2012). En relación a la cláusula de comercio, reclamando que la misma tiene unos límites para la Federación. Otro supuesto es *Shelby County vs. Holder* (2013) donde el Tribunal señaló una extralimitación del Congreso al requerir a los Estados una pre autorización del Departamento de Justicia Federal con carácter previo a reformar los procesos electorales.

312 Hanson, R. (2008): «Intergovernmental Relations», *Politics in the American States. A comparative analysis*. Washington, CQ Press, 31.

313 Kincaid, J. (2013): «State-Federal Relations: back to the future», *The Book of The States*. Lexington, Council of State Governments, 28.

dores de los Grandes Lagos, que incluye a los gobernadores de los 8 Estados que rodean los Grandes Lagos.

Los mismos funcionarios también desempeñan un papel activo en estos contactos. Por ejemplo, los funcionarios federales promueven el apoyo a la generalización de unos estándares comunes, algo que se hace manifiestamente evidente en las subvenciones, que ha derivado en un nuevo sistema de gestión descrito como «silos», *picket fence federalism*, literalmente federalismo vallado o federalismo de departamentos estanco, o «autonomías verticales funcionales», mediante los que especialistas de los diferentes órdenes de gobierno persiguen subvenciones específicas.

Orgánicamente, la mayoría de presidentes desde Lyndon B. Johnson (1963-9) han tenido una oficina o funcionarios en la Casa Blanca responsables de la gestión de las relaciones intergubernamentales. Su tarea se centra en facilitar la coordinación política con los Estados. Con el presidente Obama su denominación era «Oficina de Participación Pública y Asuntos Gubernamentales». En la actual configuración de la Casa Blanca, bajo el mandato de Donald Trump se identifica como «Oficina de Asuntos Intergubernamentales»³¹⁴. A nivel departamental, como en materia de salud o recursos humanos, cada Ministerio ha incorporado una Oficina específica en la materia. Los Estados también tienen su respectiva Oficina de Relaciones Intergubernamentales.

Con todo, la tendencia desde los años 80 es desvincular institucionalmente estas prácticas que pugnan por canalizarse informalmente o asociativamente, como hemos visto. Llama la atención los atributos con que la gestión de la misma se definen en la actual Oficina presidencial, «exactitud, sensibilidad y una rápida respuesta», como criterios de gestión de esas relaciones. En este ámbito, como en otros, la presidencia de Trump parece potenciar una deriva hacia la centralización y la polarización de las posiciones³¹⁵.

III.2.3. Federalismo coactivo, la presión de la Federación a través de la *preemption* y los mandatos

III.2.3.1. La *preemption*

El papel del Congreso ha sido igualmente clave a la hora de expandir la esfera de actuaciones de la federación sobre ese marco competencial diseñado en la Constitución. El término *preemption* alude a esta práctica. Esta actuación se describe como el desplazamiento por parte de las leyes federales de las leyes estatales en determinadas circunstancias. La

314 <<https://www.whitehouse.gov/get-involved/internships/presidential-departments/>>.

315 Kincaid, J. (2017): «The Trump interlude and the States of American Federalism», *State and Local Government Review*, 49, Iss. 3. [En línea]. Disponible en: <<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0160323X17749013?journalCode=slgb>>.

traducción más certera sería la fusión de dos de sus principales significados. Por un lado, la prevalencia de la legislación federal frente a la legislación de las unidades constituyentes estatales. Por otro, la anticipación con que la legislación federal se promulga con respecto a la legislación de los Estados.

La *preemption* hace referencia a un término jurídico complejo que implementa una sui generis forma de federalismo coercitivo, de grado medio, pero de prolongada ejecución. Su materialización se concreta bien en la obstaculización o impedimento por parte de las autoridades federales de prácticas o políticas estatales de corte innovadora o bien de un ejercicio de predominio y superioridad que condicionaría dichas actuaciones³¹⁶.

La polarización entre Estados, por razones partidistas, contribuye a intensificar esta modalidad de federalismo coercitivo desde la cual la estructura federal trata de restringir la flexibilidad estatal, teniendo como argumento que Estados controlados por partidos de la oposición, actuarán igualmente como obstrutores de la política federal. En ese contexto, Kincaid critica ácidamente que «la actuación de Washington busca impedir —*preempt*— las innovaciones estatales que no le gustan y nacionalizar aquellas que les agradan, como prueba de su autoridad sobre los Estados»³¹⁷.

Una ilustración de los ámbitos materiales en los que se aplica esta práctica de *preemption* nos lleva a finales del siglo xx. La mayoría de las actuaciones de *preemption* han sido desarrolladas a partir de 1970. El Tribunal Supremo avaló esta práctica cuando estatuyó que el derecho federal implícitamente primaba sobre actuaciones estatales específicas en derecho penal, históricamente de carácter estatal [Cippollone vs. Ligget Group 505 US 504 (1992)]. En el siglo xxi podemos encontrar otros supuestos, por ejemplo cuando en 2003, durante el mandato de la Administración Bush, se impidió expresamente a los Estados regular sobre los spam de internet. Otro supuesto, nos lleva a la exigencia de una prueba de ciudadanía para poder votar. El Tribunal Supremo en 2013 (Arizona vs. the Inter Tribal Council of Arizona) establece que este requisito se aplique solo a las elecciones federales. Esta decisión ampliará el número de Estados que requieran dichas pruebas de ciudadanía. En el ámbito de la inmigración, grupos empresariales continúan presionando en pro de una «preeminencia federal» sobre las leyes estatales de inmigración como la de Carolina del Sur que se ha convertido en un modelo para muchos Estados. Esta ley tiene como principal argumento la prohibición de contratar a inmigrantes ilegales. En el ámbito de la creación de bases de datos de consumidores, una *preemption* parcial habilitará a homologar los estándares de protección más altos dado la equiparación que ha hecho la federación tomando como referentes a Estados más rigurosos.

316 Perlman, E. (2000): «The preemption Beast: The Gorilla that swallows State laws», *American Intergovernmental Relations*. Washington, CQ Press, 144.

317 Kincaid, J. (2014): «State-federal relations: States still on the defensive», *Book of the States 2014*. The Council of State Governments, 20. Disponible en: <<http://knowledgecenter.csg.org/kc/content/state-federal-relations-states-still-defense>>.

La *preemption* federal sobre los Estados no se agota en el plano legislativo. Como señala Williams, «las reglamentaciones federales no tienen un efecto “preemptivo” menor que las leyes federales»³¹⁸. Con esa expresión genérica de *regulations*, se alude a la totalidad de la capacidad normativa de la Federación, especialmente de rango infralegal, ejercida por administradores y marcada por la discrecionalidad. Es importante señalar, que pese a esa capacidad «preemptiva», dichas actuaciones no son ajenas al control jurisdiccional a los efectos de evitar su arbitrariedad. Empero, esa supervisión jurisdiccional está limitada por el propio instituto de preeminencia y capacidad de desplazamiento de la regulación estatal por la actuación federal, reconociendo el mismo tribunal que cuando desde la Administración federal se desarrolla una actuación con la voluntad de desplazar la legislación estatal, su control parte de la limitación de la asunción de legalidad de dicha potestad «preemptiva» federal y desde ella resta verificar que esa actuación representa una razonable adaptación de las políticas federales de resolución de conflictos atribuidas a cada una de las agencias federales. El tribunal no puede entrometerse, a menos que esa política de gestión de los conflictos no haya sido aprobada en términos generales por el Congreso. Es decir, el Tribunal está limitado por la presunción de primacía que beneficia a la federación y por la discrecionalidad con la que Administración gestiona dicho principio organizativo [Fidelity Fed. Savs. & Loan Ass’n vs. De la Cuesta, 458 U.S. 141, 153-54 (1982), citando United States vs. Shimer, 367 U. S. 374, 383 (1961)].

Una variable de esta práctica de «preemption» la hallamos en la que se predica desde un Estado poderoso respecto a otros Estados. El ejemplo que ilustra este *preemption* de facto es la popular «batalla de los huevos interestatal» que se ha desarrollado a comienzos de la primera década del siglo XXI. El detonante es el cuestionamiento por parte de seis Estados de la Ley de California de 2010, prohibiendo la venta de huevos de gallinas criadas sin un espacio suficiente. En marzo de 2014, Alabama, Iowa, Kentucky, Missouri, Nebraska y Oklahoma se habían adherido a un proceso federal en el que se demandaba a California por imponer obligaciones a otros Estados, vulnerando el principio de efectividad de la regulación de un Estado a su territorio, procediendo a requerir a sus granjeros cumplir con esos requisitos para poder vender sus huevos al Golden State. Este ejemplo ilustra una gran preocupación de otros Estados sobre la capacidad de California de realizar una *preemption* de facto sobre la legislación y las políticas de los mismos debido al gran tamaño del mercado californiano.

III.2.3.2. Mandatos

Los mandatos, junto a las *preemptions*, se han convertido en dos de las herramientas primarias sobre las que el Congreso y el presidente han recurrido para potenciar los objetivos

318 Williams, R. y Friedman, L. (2015): *State Constitutional Law: cases and materials*. (5.ª ed.). Newark, New Jersey, Lexis Nexis, 137.

federales sobre el conjunto de relaciones intergubernamentales. El término mandato cubre una amplia tipología de actuaciones políticas con el denominador común de generar efectos centralizadores y coercitivos sobre las políticas públicas. Desde órdenes directas de las autoridades federales sobre las autoridades estatales y locales a actuaciones más indirectas que producen o inducen cambios en las políticas no federales. La Comisión Asesora en materia de Relaciones Intergubernamentales ha recurrido a una clasificación de los que denomina «costes federalmente inducidos» que desde una actuación estatal puede derivar hacia un incremento de los costes estatales y locales. Estos mandatos serían: legislación que incluye mandatos directos, condiciones para subvenciones, tanto específicas como transversales, legislación «preeminente» total o parcial, previsiones federales sobre ingresos fiscales que afectan a las bases imponibles estatales o locales, actuaciones legales desarrolladas por los tribunales y agencias federales; normativa sobre demoras y no ejecuciones; habilitación federal para interponer recursos a los gobiernos estatales y locales.

La tendencia secular hacia un federalismo cada vez más centralizado y coercitivo ha superado los mandatos presidenciales tanto republicanos como demócratas. La administración Nixon promovió una expansión de la regulación federal, al igual que Reagan, quien pese a aspirar a reequilibrar el peso de los Estados y la federación, aplicó una serie de mandatos en ámbitos materiales definidos como protección medioambiental, seguridad en las carreteras, sanidad o servicios sociales.

El siglo XXI ha llevado aparejado una expansión de los mandatos federales. Un repaso a las áreas materiales afectadas señala la educación, con la aprobación de la Ley «ningún niño olvidado»; en materia de bienestar³¹⁹; en el terreno electoral, que tras la crisis de la elección en Florida del año 2000 estimuló una acción federal a los efectos de garantizar los procesos electorales cuyo principal referente fue la Ley Ayuda a América a Votar de 2002, con la que se introdujeron nuevos estándares federales en materia electoral, sistemas de votos, bases de datos, acceso a los colegios electorales de personas con discapacidad buscando una regulación uniforme del proceso electoral; seguridad interior, en especial tras los trágicos acontecimientos del 11 de septiembre de 2001.

Una forma de mandatos son las denominadas órdenes directas, instrucciones que los Estados deben cumplir bajo la presión de sanciones civiles o penales. Durante los años setenta y ochenta los Estados se convirtieron en mucho más vulnerables a estas órdenes. Así, en 1974 se requirió a los Estados a cumplir una serie de estándares en materia de trabajo, en lo que se denominó Fair Labour standards Act. El Tribunal Supremo respaldó la autoridad del Congreso en estas áreas, llegando a sostener que los procedimientos políticos, por ejemplo la actuación de los *lobbies*, eran un mecanismo suficiente para proteger los intereses estatales³²⁰.

319 Johnston, J. M. (2008): «Welfare reform: a devolutionary success», *Intergovernmental Management for the 21st Century*. Washington, Brooking Institution Press, 124-156.

320 García vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority 469 U.S. (1985).

Las protestas estatales llevaron al Congreso a aprobar en 1995, la Ley de reforma de los Mandatos infundados (UMRA)³²¹. Así, se pueden plantear observaciones sobre cualquier mandato infundado, vetos que pueden ser levantados por el voto mayoritario de cada Cámara del Congreso. No obstante, estos mandatos infundados siguen aprobándose por parte del Congreso, en materias tan sensibles como la sanitaria o la educativa.

Toda esta serie de medidas han concluido en promover una nacionalización y centralización en áreas que tradicionalmente eran un espacio de actuación exclusivamente estatal³²².

III.2.4. Principios para las relaciones estatales–federal para la Asociación Nacional de Gobernadores

La cooperación entre el poder central y los entes descentralizados es un ideal que se busca en todos los Estados complejos. Entre las tentativas más sólidas y articuladas de formulación de los mismos, más allá del debate académico, hemos de destacar el acuerdo adoptado por la Asociación Nacional de Gobernadores, en el preciso contexto del modelo federal americano, formulada inicialmente en 1993, pero cuya final redacción se remonta a 2015. El interés de este texto nos lleva a reproducir su contenido, bajo el título *Principios para las relaciones estatales-federal*³²³. A partir del mismo podemos extraer una serie de pautas que, a priori, contribuirían a potenciar las estrategias de resolución extrajudicial de conflictos territoriales en los Estados descentralizados, teniendo en cuenta que la óptica estatal es la que prima en dicha formulación, esto es, cómo los Estados federados o las Comunidades Autónomas o las regiones entienden que deberían canalizarse las relaciones entre ellos y el Estado federal para evitar tensiones.

Apuntada su importancia, como foro de canalización de las relaciones intergubernamentales, la NGA, Asociación de Gobernadores Nacionales incluye a todos los gobernadores cuyos Estados pagan una cuota, que suelen ser todos. Celebra dos reuniones por año. Durante las mismas los gobernadores aprueban unas posiciones políticas en los asuntos nacionales. El equipo de la NGA comunica esas pretensiones a los miembros del Congreso y puede ser requerida la presencia de los gobernadores, bien ante el mismo, ante el ejecutivo federal o ante los lobbies. En el encuentro anual de Washington DC, es habitual que el presidente de los Estados Unidos participe y ofrezca un discurso institucional.

321 Conlan, T. (1998): *From New Federalism to Devolution. Twenty-Five Years of Intergovernmental Reform*. Washington D. C., Brookings Institution Press, 257.

322 Posner, P. (2008): «Mandates. The Politics of Coercive Federalism», *Intergovernmental Management for the 21st Century*. Washington, Brookings Institution Press, 306.

323 <<https://www.nga.org/cms/policy-positions/executive-committee/principles-for-state-federal-relations>>.

Principios para las relaciones estatales-federal.³²⁴

1. Preámbulo

La relación y la autoridad de los Estados y el gobierno federal se rigen por la Constitución de los EE. UU. El gobierno federal tiene delegados ciertos poderes enumerados, mientras que todos los demás poderes no prohibidos por la Constitución están reservados a los Estados. Estados Unidos ha prosperado como una nación de leyes con una fuerte identidad nacional e internacional anclada en la diversidad y la innovación del gobierno autónomo representativo en los Estados. Es vital que la Asociación de Gobernadores Nacionales trabaje para preservar y promover una relación equilibrada entre los Estados, los territorios y el Estado Libre Asociado de Puerto Rico (en adelante denominado «Estados») y el gobierno federal.

2. Principios para las Relaciones Estatales-Federales

Los gobernadores creen que la acción federal debe limitarse a los deberes y poderes delegados al gobierno federal en virtud de la Constitución. Favorecemos la preservación de la soberanía del Estado al legislar o regular la actividad en los Estados. Para garantizar el equilibrio adecuado entre la acción estatal y federal y promover una relación estatal y federal fuerte y cooperativa, los gobernadores alientan a los funcionarios federales a cumplir con las siguientes pautas al desarrollar leyes y reglamentos.

2.1. Ejercer la tolerancia federal. Los gobernadores recomiendan que:

La acción federal debe limitarse a situaciones en las que la autoridad constitucional para la acción sea clara y cierta.

La acción federal debe limitarse a problemas que sean verdaderamente de alcance nacional.

La acción federal debe ser sensible a la capacidad de cada Estado de aportar una combinación única de recursos y enfoques a problemas comunes.

A menos que el interés nacional esté en riesgo, la acción federal no debe impedir la acción estatal adicional.

2.2. Evitar la preferencia federal de las leyes y políticas estatales. Los gobernadores reconocen la necesidad de una intervención federal en caso de que los Estados no actúen colectivamente en asuntos que les conciernan legítimamente. La preeminencia de las leyes estatales, sin embargo, debe ser la excepción y no

³²⁴ Fuera de la página de la National Governors Association aparecen con el encabezado de «Principios políticos permanentes para las relaciones estatales federales». Cfr. <https://uk.sagepub.com/sites/default/files/upm-binaries/72283_Smith_Chapter_2.pdf>.

la regla. Esto es especialmente aplicable en áreas de responsabilidad primaria del Estado, que incluyen educación³²⁵, regulación de seguros, justicia penal, preservación del sistema bancario dual, preservación de la regulación estatal de valores y la administración de programas estatales de personal.

2.2.1. El Congreso no debe interferir con los sistemas de ingresos estatales. La capacidad independiente de los Estados para desarrollar sus propios sistemas de ingresos es un principio básico de autogobierno y de nuestro sistema federal. El gobierno federal no debe promulgar ninguna legislación o adoptar ninguna regulación que obstaculice, ya sea directa o indirectamente, a las fuentes de ingresos del Estado, las bases impositivas estatales o los métodos estatales de imposición.

2.2.2. Se deben preservar los estándares estatales. En los casos en que el Congreso determine que la prioridad federal respecto a las leyes estatales por razones de interés nacional, la legislación federal debería:

Acomodar acciones estatales tomadas antes de su promulgación;

Permitir a los Estados que han desarrollado estándares más estrictos que continúen en su aplicación; y permitir a los Estados que han desarrollado estándares sustancialmente similares que continúen cumpliendo con ellos sin cambios.

2.2.3. El poder judicial debe respetar la autoridad del Estado. Evitar la preferencia federal de las leyes y políticas estatales también se extiende a la rama judicial. Los gobernadores alientan a los tribunales federales a restablecer la Décima Enmienda como un límite sustantivo a la intrusión federal en áreas de interés estatal y local y a poner límites significativos al alcance de la autoridad del gobierno federal bajo la Cláusula de Comercio. Además, los recursos dictados por la corte deben respetar la autoridad del Estado al limitar el tiempo y el alcance de la medida cautelar y extenderla no más allá de lo necesario para restablecer el ejercicio de los derechos constitucionales. Los tribunales federales también deben ejercer una autocontención en las áreas políticas que tradicionalmente han sido las responsabilidades del Estado y evitar sustituir sus juicios por los de las legislaturas estatales y los gobernadores sin violaciones de la Constitución de los EE. UU.

2.3. Evitar imponer mandatos federales sin una dotación económica. El Congreso y la Administración deberían evitar la imposición de mandatos federales no financiados a los Estados. La acción federal se ha basado cada vez más en los Estados para llevar a cabo iniciativas políticas sin proporcionar los fondos

325 Squire, P. (2017): «Los parlamentos de los Estados y el proceso de elaboración de políticas en los Estados Unidos», *Federalismo, devolution y gobernanza multinivel*. Valencia, Tirant lo Blanch, 336.

necesarios para pagar estos programas. Los gobiernos estatales no pueden funcionar como socios plenos en nuestro sistema federal si el gobierno federal exige que los Estados dediquen sus recursos limitados a cumplir con los mandatos federales no financiados.

- 2.4. Diseño de programas federales y estatales. Para proporcionar la máxima flexibilidad y oportunidad para la innovación, así como para fomentar la eficiencia administrativa y la coordinación entre programas, los programas federales y estatales deben diseñarse para cumplir con los siguientes principios:

Los Estados deberían participar activamente en un esfuerzo de cooperación para desarrollar políticas y procedimientos administrativos.

El gobierno federal debe respetar la autoridad de los Estados para determinar la asignación de responsabilidades administrativas y financieras dentro de dichos Estados de acuerdo con las constituciones y normas estatales. La legislación federal no debe invadir esta autoridad.

La legislación debe autorizar y disponer fondos suficientes para cumplir con los objetivos identificados del programa.

Los fondos de asistencia federal, incluidos los fondos que se asignarán a los gobiernos locales, deberían ser transferidos a través de los Estados de acuerdo con las leyes y procedimientos estatales.

Los Estados deberían tener flexibilidad para transferir una cantidad limitada de fondos de un programa de subvención a otro, o para administrar las subvenciones relacionadas de forma coordinada.

Los fondos federales deberían proporcionar la máxima flexibilidad estatal sin específicas excepciones.

Se debe dar a los Estados amplia flexibilidad para establecer grupos de asesoramiento con mandato federal, incluida la capacidad de combinar grupos de asesoramiento para programas relacionados.

Se debe otorgar a los gobernadores la autoridad para requerir la coordinación entre las agencias del poder ejecutivo del Estado, o entre niveles o unidades del gobierno, como condición para la asignación o traspaso de fondos.

La monitorización del gobierno federal debe estar orientada a los resultados.

Los requisitos federales de información deben ser minimizados.

El gobierno federal no debe mandar sobre la organización del gobierno estatal o local.

3. Conclusión

Los gobernadores reconocen la naturaleza única del sistema federal y la importancia crítica de desarrollar una relación de trabajo cercana con nuestro socio federal.

También reconocemos y respaldamos un papel federal continuo en la protección de los derechos básicos de todos nuestros ciudadanos y en abordar cuestiones que van más allá de la capacidad de los Estados individualmente. Al mismo tiempo, el gobierno federal debe reconocer que hay problemas que pueden abordarse mejor a nivel estatal y local.

Los gobernadores están comprometidos con una enérgica y fuerte colaboración con el Congreso y la Administración para mantener y promover un sistema federal equilibrado. Los gobernadores creen que una sólida relación de cooperación entre los Estados y el gobierno federal es vital para servir mejor a los intereses de todos los ciudadanos.

Política permanente.

Adopción de la Reunión Anual de 1993; Reunión de invierno revisada de 1994, Reunión anual de 1994, Reunión anual de 1995, Reunión de invierno de 1996, Reunión de invierno de 1997, Reunión anual de 2005, Reunión de invierno de 2012 y Reunión de verano de 2015.

Este texto, manifiesto que sintetiza de modo magistral un ideal de relaciones federal-estatales, puede transferir unos puntos de partida, a la hora de diseñar estrategias para resolver los conflictos territoriales porque avanza de modo meridiano cuáles son las tensiones de las unidades subestatales.

III.3. Del federalismo virtual al federalismo coercitivo: España en la encrucijada

La presentación de la situación española estará marcada por la situación generada por el conflicto catalán y la respuesta de la mano de la aplicación del art. 155. No obstante, unas consideraciones previas enmarcarán este análisis.

III.3.1. Principios rectores de las relaciones entre territorios descentralizados y el Estado central que pueden contribuir a relajar y prevenir los conflictos: la cultura federal

Al modo y manera que hemos señalado en los supuestos federales que hemos referenciado, hemos de empezar nuestra disertación con la referencia a alguno de los principios que entendemos esenciales para comprender la situación de conflicto de la organización territorial española en la actualidad y las potenciales estrategias a aplicar.

En primer lugar, el *respeto a la Constitución*. Ninguna de las soluciones o estrategias para resolver los conflictos puede optar por seguir vías que vulneren la Constitución. Esta misma vinculación constitucional ha de presidir la anticipación, las estrategias prospecti-

vas a desarrollar para prevenir ulteriores conflictos. Esto implica, por un lado, respetar el reparto competencial diseñado en la Constitución —en tanto en cuanto no se encuentre el consenso suficiente para lograr su reforma— y la interpretación y aplicación del mismo realizada por el legislador y depurada por el Tribunal Constitucional. Por otro, vincular la estabilidad que provee la Constitución al arraigo de una cultura constitucional que promocióne una fuerte entidad estatal *ad intra* y *ad extra*, a nivel interno y a nivel internacional que se sustente o se ancle, paradójicamente, en la riqueza de la diversidad interna y en el progreso alcanzado en todos y en cada uno de los territorios. Este principio, la consolidación de una cultura constitucional basada en la pluralidad, es la piedra angular de toda estrategia que prevea resolver conflictos al margen de los tribunales.

En segundo lugar, *la consolidación de una cultura de esencia federal o cultura territorialmente unitaria fortalecida desde la pluralidad*. El término cultura federal se erige extramuros de la Constitución aunque su protagonismo en un proceso de instauración federal que busque asentarse sobre unas sólidas bases no puede ignorarse. A partir de un tándem conceptual básico que pasaría por consolidar una cultura federal que normalizaría una estabilidad en las relaciones entre territorios descentralizados, desde la que podría afrontarse ora una reforma constitucional en sentido formalmente federal, ora un desarrollo federal de un modelo constitucionalmente regional, una mutación *praeter legem*, la cultura federal se ubica en el ámbito de proyección del federalismo y de la conexión de descentralización a resolución de problemas. Si se ha sostenido que el federalismo incluye aquellos valores normativos, creencias, intereses e identidades que juntos constituyen diferencia y diversidad, a la par que un deseo de no perder la unidad esencial, y desde los cuales se generan una serie de principios federales que afianzan y fundamentan la estructura orgánica y funcional de una federación, entonces estos valores deben transmitirse y reflejarse tanto en las actitudes de las élites como en las de las masas de los ciudadanos hacia la autoridad política y constitucional. La transmisión de estos valores por las élites al público, usando partidos políticos, grupos de interés, medios de comunicación, instituciones políticas, procesos de adopción de decisiones políticas y procesos legales como vehículos principales crea una cultura política diferenciada que eventualmente se convierte en el sustento de una mayor cultura territorial. Así, la principal distinción entre estos dos conceptos es que el federalismo es el término primario, mientras la cultura política federal es equivalente al entorno político en el que los valores e ideas federales sobre el Estado y el sistema circulan.

Doctrinalmente la idea de la necesidad de una cultura federal como elemento indispensable en un Estado federal o en un Estado en el que afloran corrientes de federalismo la hallamos presente desde los primeros trabajos en la materia. Así, Wheare en su disertación acerca de los prerrequisitos del gobierno federal se aferra a la expresión «deseo», enfatizando la importancia del elemento volitivo en ese proceso federalizador. Unido a él, habla de la importancia en el proceso de transformación federal de un liderazgo,

cuestión determinante a la que retornaremos. Para Wheare de este factor va a depender «la gran diferencia entre el estancamiento y un deseo activo para la unión (federal)»³²⁶.

No obstante, quien con más ahínco ha trabajado en el concepto de «cultura federal» dentro del panorama de estudios federales ha sido Ivo Duchacek. En las últimas líneas de su trabajo sobre federalismo comparado esboza los aspectos principales de una construcción teórica sobre «cultura federal», así como los principales interrogantes que se ciernen sobre la misma. Definida como «una variante de la cultura cívica, usada para describir un conjunto de orientaciones hacia el sistema político federal y de actitudes sobre el rol a desempeñar por cada uno (en el supuesto federal, las unidades componentes también como los individuos) en el sistema». Los rasgos de esta cultura federal serían, al menos, los siguientes:

Primero, el contexto en el que se erige es variable y marcado por las interconexiones y la dependencia de otros factores. Duchacek habla de «cambios constantes y vínculos entrelazados de tal modo que las actitudes de los ciudadanos hacia un sistema federal cambiarán lentamente bajo el impacto de cinco factores básicos»³²⁷. Esos elementos estructurales en la formación de la cultura federal son: la existencia de líderes carismáticos y movimientos políticos; intereses dirigidos hacia la continuación o alteración de orientaciones dadas; nuevas realidades económicas, sociales e internacionales; el declive de las Asambleas legislativas como impulsoras y gestoras de la legislación y su derivación hacia los ejecutivos y las burocracias nacionales; intereses funcionales organizados sobre una base nacional, no federal.

Segundo, la composición de la cultura federal viene determinada por esos elementos incidentales en la misma, a los que a su vez trasciende y globaliza para exteriorizarse como una manifestación autónoma condicionada esencialmente por su referente de destino, la federación. Por ejemplo el deseo de superar una crisis severa en las relaciones entre los territorios.

Tercero, el papel de la confianza. En el proceso de alcanzar una solución federal eficaz es preciso valorar el papel de la confianza mutua. Esta supone la existencia previa de un sincero y real deseo de federarse, lejos de una imposición, basado en compartir valores y objetivos básicos. A partir de ahí ha de primar la confianza, respectivamente entre los líderes y los ciudadanos. Si las singularidades territoriales esperan unas garantías a las mismas y su respeto desde el marco constitucional, no puede ser menos que las mayorías exijan igualmente el compromiso y la no violación de los principios constitucionales desde las minorías.

Cuarto, la equidad financiera. Es una constante que las tensiones Estado central-territorios descentralizados se resuelven mejor y de forma proporcional a la habilitación a

326 Wheare, K. C. (1963): *Federal Government*. (4.ª Ed.). London, Oxford University Press, 1-3.

327 Duchacek, I. (1987): *Comparative Federalism*. Lanham, University Press of America, vii.

estos últimos de más recursos. Paralelamente, una normalización de estas relaciones no puede obviar la habilitación de mecanismos de fiscalización de la gestión de esos recursos a los efectos de evitar que se deriven a la financiación de otros fines muy apartados a los establecidos en su asignación.

Finalmente, el momento en el que la cultura política federal es especialmente eficaz es antes de una reforma constitucional. Es decir, antedatar a la formalización constitucional de una reforma federal la máxima incidencia y despliegue de esa cultura federal es lo más habitual, así se puede constatar en el caso norteamericano o australiano. Una vez superado ese punto álgido de aplicabilidad de la cultura política federal su vigencia no cesa, conectándose al mantenimiento y sostenibilidad de la federación. Este último inciso resulta especialmente interesante, la conexión entre cultura política federal y reforma constitucional de contenido federalizante. La relación trabada entre ambas ha de ser constante pero con impulsos intermitentes. Su contenido ha de tener un fuerte determinismo histórico allí donde se predique y ahondar en la diferencia donde exista más añoranza de un Estado unitario o potenciar la unidad, donde la divergencia amenace con hacer desaparecer un sistema político. Una vez trascendida esta etapa la formalización constitucional de la federalización, esta ha de ser algo irrenunciable que se entremezcle con la esencia de la federación. A partir de ahí, esa norma forma parte de la cultura federal que lejos de repudiarla se reforzaría, del modo que una auténtica cultura política federal se presenta como una fuerte creencia en el reparto competencial diseñado en la Constitución, basado en un difundido reconocimiento y respeto de una serie de valores federales que protegen, preservan y promueven diferentes identidades.

Abandonando ese marco general del discurso sobre cultura federal y procediendo a pensar en y desde España, situados en esa hipotética antesala federal, la pregunta es: ¿existe una cultura federal en nuestro Estado? En el caso de que la respuesta sea negativa, ¿cómo se crea? A priori no existe una cultura federal plena, hay retazos de ésta y, ocasionalmente, ácidas reacciones a la misma, aun cuando esta no esté formada sólidamente. Así, el primer paso debe ser estimular la gestación de una «cultura federal» (Duchacek) en nuestro país, que se erija sobre tres pilares que asociemos automáticamente al federalismo: unidad (Beer)³²⁸, libertad (Morley)³²⁹ y solidaridad. Ese renacer del federalismo (Walker)³³⁰ dependerá de que dicha cultura federal se alce hacia una posición hegemónica, un proceso similar parcialmente al experimentado por los nacionalismos en España. Estaríamos en una fase previa a la consecución de esa cultura federal, el *prius* será el de la «socialización federal» (Burgess)³³¹. El protagonismo sería de los partidos políticos, los

328 Beer, S. (1978): «Federalism, Nationalism and Democracy in America», *The American Political Science Review*, 72, 1, 9-21. Disponible en: <<http://www.jstor.org/stable/1953596?origin=JSTOR-pdf>>.

329 Morley, F. (1959): *Freedom and federalism*. Nueva York, Liberty Fund Incorporated.

330 Walker, D. (1999): *The Rebirth of federalism*. Washington, Sage Publications.

331 Burgess, M. (2016): *Comparative federalism. Theory and practice*. London, Routledge.

grupos de interés, los medios de comunicación y de influencias externas de Estados que han afrontado ese proceso. Es una propuesta a largo plazo para alcanzar una cultura federal. Entretanto entregarnos a la construcción de un «derecho constitucional de situación» (P. De Vega) no es ni mucho menos la mejor opción. Federalizar España como respuesta inmediata al reto inoportuno porque lejos de acercar posturas las puede distanciar más. Los separatistas van a ver esa medida insuficiente. Los constitucionalistas la pueden percibir como una claudicación al nacionalismo rupturista. Cualquier tipo de generalización, formalizada constitucionalmente, de una situación coyuntural es científicamente incorrecta y políticamente peligrosa. El salto hacia un pleno Estado federal subsumiría pasado y presente, su adaptación a la singularidad de España será nuestra aportación a la construcción de una de las categorías jurídicopolíticas más omnicomprendivas de la historia.

III.3.2. Planteamiento tradicional: la virtualidad federal del Estado español, antesala de un federalismo resiliente

La forma que el constituyente de 1978 imprimió a la organización territorial del Estado se basó en el cumplimiento de una doble exigencia, no necesariamente antagónica, pero sí de difícil armonización que se plasmaría en la críptica redacción del art. 2.º y del título VIII: la preservación de la unidad de la Nación española y el simultáneo reconocimiento y garantía a que las nacionalidades y regiones que la integran ejerzan un derecho a la autonomía (STC 76/1983, 5 de agosto, F.J. 13).

Conforme al patrón descrito en el párrafo precedente, lo que se trata de explicitar es cuánto de federal hay en esta forma de Estado que nosotros designamos como «sistema de Comunidades Autónomas», buscando respetar la literalidad constitucional y enfatizar su dimensión evolutiva.

Uno, existe un sistema de distribución competencial muy próximo al que se utiliza en la mayoría de las Constituciones federales (arts. 148 y 149). Cosa bien distinta es que la ambigüedad con que se estipularon ambas cláusulas constitucionales, en especial el art. 149 ratifique tal signo distintivo.

Dos, en lo que respecta al procedimiento de elaboración estatutaria, tal y como tempranamente se ocupó de demostrar el profesor Gumersindo Trujillo³³², el procedimiento previsto en el art. 151.2 CE deja en evidencia numerosos rasgos contractualistas o pactistas que inducirían a definir un modelo claramente federativo. En apoyo de esta tesis el art. 151.2.2.º CE reza expresamente que «aprobado el proyecto de Estatuto por la Asamblea

332 Trujillo, G. (1979): «Federalismo y regionalismo en la Constitución española de 1978: el Estado “federo-regional”», *Federalismo y regionalismo*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 13-51. Trujillo, G. (1979): «¿Un Estado federo-regional? (Consideraciones sobre la forma territorial del Estado, según el proyecto de Constitución aprobado por la Cámara Baja del Parlamento español)», *Las experiencias del proceso político constitucional en México y España*. México, UNAM, 207-246.

de Parlamentarios, se remitirá a la Comisión Constitucional del Congreso, la cual, dentro del plazo de dos meses, lo examinará con el concurso y asistencia de una delegación de la Asamblea proponente para determinar de *común acuerdo* su formulación definitiva». A mayor abundamiento, el dato de la celebración de un referéndum (art. 151.2.3 CE) sobre el texto redactado de común acuerdo en las provincias comprendidas en el ámbito territorial del proyectado Estatuto, con carácter previo a su elevación a las Cortes respalda esa veta de paccionalismo que podría singularizar en un sentido federal o federalizante cierto sector de nuestro ordenamiento jurídico.

Tres, la teoría tradicional de raíz proudhoniana de concepción federal como resultado de un pacto se refuerza en el supuesto de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del fuero de Navarra (L.O.R.A.F.N.A.).

Cuatro, otro residuo contractualista podría contenerse en la D.A. 1ª CE, en lo que se refiere a los Derechos históricos de los territorios forales.

Cinco, la cláusula residual que cierra inicialmente el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas responde a auténticos patrones federales al estatuir que «las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos» (art. 149.3 CE).

Seis, la interesante disposición constitucional de «prevalencia del Derecho estatal» respecto al «Derecho Autonómico» nos aproximaría a los Estados federales.

Siete, el sistema de control adoptado en nuestra Constitución, referenciable en el art. 153 de la misma, configura un sistema de controles imparciales de legalidad, de naturaleza esencialmente jurisdiccional y por tanto muy próximos al modelo federal.

Ocho, la intervención teórica de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad estatal, básicamente a través de los mecanismos institucionales, sobre todo a través del Senado (art. 69), mecanismos de procedimiento legislativo —fórmulas de iniciación legislativa (art. 87.2), fórmulas de cooperación en el proceso de formación de la ley (art. 109)— o, finalmente, mecanismos funcionales, como la cooperación en la planificación económica, suministrando datos y previsiones al gobierno para la elaboración del correspondiente proyecto (art. 131.2 CE). Las relaciones intergubernamentales³³³ en España, tanto las verticales, como las horizontales son cauces a través de los cuales se potencia la colaboración entre los entes territoriales. Su inserción en los Estatutos como contenido posible ha fortalecido su regulación³³⁴. La Conferencia de Presidentes, las múl-

333 Arbós Marín, X. (Coord.) (2009): *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico. La posición de los actores*. Barcelona, Generalitat de Catalunya.

334 García Morales, M. J., Montilla Martos, J.A. et al. (2006): *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico*. Madrid, CEPC.

tiples y productivas conferencias sectoriales y las conferencias bilaterales configuran un entramado organizativo sobre el que se cuestiona su transparencia³³⁵.

Otros, reconocimiento de la autonomía en sede constitucional; la disposición de cada Comunidad Autónoma de instituciones políticas propias; la existencia de un Tribunal Constitucional encargado, entre otras funciones, de la resolución de conflictos entre el Estado central y las Comunidades Autónomas y de éstas entre sí; la articulación de un sistema de financiación que garantiza la pervivencia de los entes descentralizados; la creación de mecanismos institucionalizados que tratan de consolidar las relaciones de colaboración entre el Estado central y las Comunidades Autónomas. El multilingüismo y la multiculturalidad son características que España comparte con otras federaciones como Suiza, India, Malasia, Bélgica o Canadá. El grado de asunción por el conjunto de las Comunidades Autónomas y por sus ciudadanos de esa realidad y de la riqueza y los valores que eso conlleva es nuestra asignatura pendiente.

El envés del análisis suscrito, estaría reflejado en los déficits de nuestro pretendido modelo federal: primero, la ausencia de naturaleza constitucional de los Estatutos de Autonomía que han de ser aprobados por el legislativo central; segundo, la ausencia de participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de aprobación, modificación y derogación de la Constitución del Estado; tercero, las dificultades del Senado para ser definido propiamente como tal, como una auténtica Cámara de los *a priori* Estados miembros de la federación; cuarto, la insuficiencia de los mecanismos de financiación de las Comunidades Autónomas para ser catalogados como auténticamente federales; quinto, la insuficiente estructuración y consolidación de los mecanismos de relación Estado central-Estados miembros, primando el bilateralismo y el oportunismo; sexto, la existencia de singularidades difíciles de encajar en un modelo federal inclinadamente homogéneo y que designamos como «hechos diferenciales». Finalmente, hemos de recordar que la única referencia expresa que hace la Constitución de 1978, siguiendo a lo estipulado en la de 9 de diciembre de 1931, es que «en ningún caso se admitirá la federación de Comunidades Autónomas» (art. 145.1 CE), es decir una clara interdicción de la fórmula federal.

Sobre esa doble caracterización podemos sostener hablar de la *virtualidad federal* del Estado autonómico. La virtualidad alude a la cualidad de lo virtual, aquello que «tiene virtud para producir un efecto, aunque no lo produce de presente». Este escenario conceptual virtual permite insertar en nuestro estudio la «apariencia federal del Estado autonómico», respaldada en la actualidad por políticos y doctrina³³⁶. A través de este renovado consenso en la evolución en sentido federal o federalizante de nuestra organización territorial, el siguiente paso resultaría ser anticipar los principales estadios a afrontar en esa transición federal en España.

335 García Morales, M. J. (2017): *Transparencia y rendición de cuentas de las relaciones de cooperación intergubernamental en el Estado autonómico*. Barcelona, Institut d'Estudis de l'Autogovern, 318-319.

336 A modo de ejemplo, Aja, E. (1995): «Igualtat competencial i fet diferencial: deu tesis sobre l'Estat autonòmic», *Quo vadis, Catalonia?* Barcelona, Planeta, 235.

Esta propuesta federal se sintetiza en el que designamos como un *federalismo resiliente*, que pasaría por anexas a la propuesta federal, un concepto físico, que ya se ha utilizado en Derecho Constitucional, la resiliencia constitucional³³⁷. Utilizando este término no técnicamente, entenderíamos por resiliencia una propiedad que poseen algunas materias de acumular energía, cuando están sometidos a una presión o estrés, sin que ocurra una ruptura o una modificación permanente. Es un estadio intermedio entre la rigidez y la flexibilidad. Se trataría de acomodar estímulos y presiones, preservando su función y su identidad en diferentes ambientes. Desde la psicología se utiliza el término resiliencia para aludir a la capacidad de adaptación de un ser vivo frente a un agente perturbador o un Estado o situación adversos.

Este *federalismo resiliente* se postula desde su contribución a garantizar la estabilidad de un pacto político conciliador y a una paulatina consolidación de una cultura y socialización federal.

III.3.3. La respuesta constitucional a los retos separatistas: el federalismo coercitivo

La coerción federal es «un mecanismo de reacción puesto en manos del Estado central para garantizar la subsistencia del Estado mismo»³³⁸. Presenta una dimensión reparadora y restauradora, reactiva frente a un severo atentado al orden constitucional. Su principal sustento es el de ser la última ratio, circunstancia que le cataloga al margen de una benevolente concepción³³⁹ de la misma vinculada al funcionamiento diario de un Estado compuesto³⁴⁰, como un «medio extraordinario de coerción no apropiado para resolver los problemas normales» (STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ. 31). La activación plena de este mecanismo en España, en el otoño de 2017, marca un hito en la aplicación de la Constitución de imprevisibles consecuencias. Su regulación constitucional expulsa el cuestionamiento sobre su legalidad y legitimidad. En términos de aval normativo, alcanza la plenitud y en referencia a su fundamentación es la base democrática que sustenta nuestro Estado de Derecho la que la justifica.

«La decisión política más trascendente de las previstas en nuestra Carta Magna», es la que se inserta en el art. 155, a juicio del Magistrado Valdés Dal-Ré (STC 185/2016, de 3 de noviembre. Voto particular). De su importancia se ha dado cuenta toda la doctrina, y toda la sociedad española, concentrando en ella «toda la Constitución en la relación

337 Vilhena Vieira, O. (2013): «Do compromisso maximizador ao constitucionalismo resiliente», *Resiliência constitucional*. Sao Paulo, Direito GV, 18-25.

338 Arroyo, A. (2015): «Herramientas de la Constitución», *El País*.

339 Kincaid, J. (2008): «Contemporary US federalism: coercive change with cooperative continuity», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 6, 10-36.

340 Seijas Villadangos, E. (2014): «Answers to Spanish centrifugal federalism: Asymmetrical federalism versus coercive federalism», *Perspectives on federalism*, 6, 2, 180.

entre poderes central y periféricos del Estado». Las posibles dudas y especulaciones sobre cómo podría ser su implementación, postergadas a un fructífero debate doctrinal hasta esta fecha, han aflorado súbitamente de la mano de su aplicación. Un relato en el que se abordarán las vicisitudes de la misma, su cuestionamiento y una sucinta valoración será el tema a abordar en los siguientes epígrafes.

III.3.3.1. Aspectos procesales de la aplicación del federalismo coactivo en España: el iter del del art. 155

La primera aplicación del artículo 155 en España, formalizada por la Resolución del Senado, 27 de octubre de 2017, *de la Presidencia del Senado, por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Senado, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución*, se estructura a partir de un iter de actuaciones cuyas manifestaciones más relevantes son las siguientes:

III.3.3.1.1. Requerimiento de apertura del procedimiento coercitivo del 155: acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2017

La activación formal del 155 parte de la decisión del Gobierno acerca de determinar si ha habido un incumplimiento de una obligación constitucional o legal por parte de una Comunidad Autónoma o acerca de si ésta ha cometido una actuación grave contra el interés general de España. Para su verificación ha de remitir un requerimiento al presidente de la Comunidad Autónoma. Dado que, a juicio de la doctrina, dicho requerimiento ha de ser motivado³⁴¹ —pese a que la literalidad del precepto constitucional no lo refiera, otra alternativa no cabría a tenor de la trascendencia de la decisión a adoptar—, en su aplicación concreta incorpora un triple contenido concatenado: en primer lugar, verificar si se había formalizado una declaración de independencia —hecho complejo por el que se entiende verificada la fundamentación del recurso a esta vía—; en segundo lugar, instar a las autoridades catalanas a recuperar el orden constitucional y estatutario previo a dicha declaración y, en un tercer plano, apercebir que de no atenderse este requerimiento se iniciaría el procedimiento regulado en el artículo 155 de la Constitución. Este requerimiento sería por tanto un prerrequisito de su aplicación. Así, en dicho requerimiento el Gobierno trataba de verificar, en primer término, la formulación de una declaración de independencia por parte de alguna autoridad de la Generalidad de Cataluña, sin importar si hubiese sido suspendida o no. El Gobierno demandaba una respuesta clara, en sentido afirmativo o negativo, y daba un plazo perentorio hasta el 16 de octubre a las 10:00 horas.

341 Vírjala Foruria, E. (2005): «La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 73, 93.

Un segundo objetivo, sustantivo, llevaba a retrotraer las actuaciones y comportamientos de los miembros del legislativo y del ejecutivo catalán al orden constitucional. El silencio, una respuesta que se distanciase de la dualidad requerida, afirmativa o negativa, o la confirmación de haberse declarado la independencia, habilitarían al Gobierno a formular un requerimiento para revocar la misma y restaurar el orden constitucional y estatutario, cesando en la sucesión de actos encaminados a configurar a Cataluña como Estado independiente del resto de España y cumplir de modo íntegro las resoluciones del Tribunal Constitucional. Los sujetos pasivos de este requerimiento serían el Gobierno de la Generalitat, su presidente y la mesa del Parlamento de Cataluña, así como su presidenta. Es importante verificar que existe una desviación en esa identificación, dado que si formalmente el requerimiento ha de cursarse únicamente al presidente de la Generalitat, cuando la responsabilidad del incumplimiento del que trae causa este procedimiento también ha implicado a otro poder, como es el legislativo, este solo podrá responder por lo realizado por su gobierno y la administración que dirige. El plazo para el cumplimiento íntegro de este requerimiento sustantivo se señalaba el 19 de octubre de 2017 a las 10:00 horas.

Finalmente, se comunica al presidente de la Generalitat que de no ser atendido se propondrá al Senado la adopción de las medidas necesarias para que la Comunidad Autónoma de Cataluña cumpla con sus obligaciones constitucionales y así se proteja el interés general. Los términos de ese requerimiento fueron los siguientes³⁴²:

- A. Requerir al M. H. Sr. presidente de la Generalitat de Cataluña, en su condición de más alto representante de la Generalitat y de representante ordinario del Estado en Cataluña, al amparo del artículo 155 de la Constitución española, a fin de que:
 1. El presidente de Generalitat confirme si alguna autoridad de la Generalitat de Cataluña ha declarado la independencia de Cataluña y/o si en su declaración del 10 de octubre de 2017 ante el pleno del Parlamento implica la declaración de independencia al margen de que esta se encuentre o no en vigor.
 2. Comunique de forma fehaciente al Gobierno de la Nación su respuesta afirmativa o negativa antes de las 10:00 horas del próximo 16 de octubre.
- B. En el caso que la respuesta sea afirmativa y a estos efectos la ausencia de contestación y/o cualquier contestación distinta a una simple respuesta afirmativa o negativa se considerará confirmación, se le requiere, de acuerdo con el artículo 155 de la Constitución, a fin de que:
 1. Por el presidente y el Gobierno de Generalitat de Cataluña se revoque y ordene la revocación de dicha declaración de independencia a fin de restaurar el orden constitucional y estatutario, ordenando el cese de cualquier actuación dirigida a la promoción, avance o culminación del denominado proceso constituyente, tendente a la declaración y configuración de Cataluña como Estado indepen-

342 Senado. BOCG, 162, de 21 de octubre de 2017, 6.

- diente del resto de España, con cumplimiento íntegro de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.
2. Comunique el presente requerimiento a la Sra. presidenta y a la mesa del Parlamento de Cataluña, requiriéndoles igualmente la restauración del orden constitucional y estatutario, en los mismos términos realizados al presidente y al gobierno de Cataluña.
 3. Comunique de forma fehaciente al Gobierno de la Nación, el cumplimiento íntegro de este requerimiento tanto del Gobierno de la Generalitat como del Parlamento de Cataluña antes de las 10:00 horas del próximo 19 de octubre.
- C. Poner en conocimiento del Sr. presidente de la Generalitat de Cataluña, en su condición de más alto representante de la Generalitat y de representante ordinario del Estado en Cataluña, que, en caso de no atenderse el presente requerimiento, el Gobierno de la Nación, en cumplimiento de sus funciones atribuidas por la Constitución, propondrá al Senado la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento por parte de la Comunidad Autónoma de sus obligaciones constitucionales y para la protección del interés general, al amparo de lo dispuesto en el artículo 155 de la Constitución española para restaurar el orden constitucional y estatutario vulnerado.

III.3.3.1.2. Carta de 16 de octubre de 2017 del presidente de la Generalitat al Presidente del Gobierno³⁴³

El presidente de la Generalitat catalana respondió al presidente del Gobierno mediante un burofax, escrito en castellano, el día 16 de octubre. En ella expone la sorpresa de la apelación del gobierno estatal a aplicar el 155, recuperando una propuesta de diálogo formulada el 10 de octubre, así como una interpretación de los resultados del 1 de octubre y de las últimas elecciones al Parlamento Catalán. Identifica la raíz del problema, «la mayoría del pueblo catalán quiere emprender su camino como país independiente en el marco europeo», desde la cual cursa dos peticiones: la primera, «que se revierta la represión contra el pueblo y el gobierno de Cataluña» y la segunda, concretar una reunión para «explorar los primeros acuerdos», sin especificar el contenido de los mismos. Previamente, había acotado un plazo de «dos meses» para el desarrollo de un diálogo al que emplazaban a personalidades internacionales, españolas y catalanas. Una serie de anexos con diversos enlaces de páginas de internet acompañaban este escrito, a modo de apoyatura documental, siendo referenciado desde la comparecencia del presidente de la Generalitat en el Parlamento de Cataluña el día 10 de octubre, hasta una carta abierta de los premios Nobel de la Paz a los gobiernos de España y Cataluña, pasando por referencias de los parlamentos de Quebec, Flandes y Eslovenia, este último adoptando una resolución por unanimidad en apoyo de la autodeterminación de Cataluña.

343 *Ibidem*, 29-32.

Esta misiva destaca más por lo que no dice que por lo que dice, y es que elude la petición de manifestar de modo meridiano si se había declarado la independencia o, por el contrario, no se había declarado. Una doble casilla, con sí o no, hubiera resuelto teóricamente este entuerto.

III.3.3.1.3. Carta de 16 de octubre del presidente del Gobierno al presidente de la Generalitat

El día fijado como final del primer estadio del requerimiento, el presidente del Gobierno de España responde al Sr. Puigdemont³⁴⁴. Dos son los contenidos con que se puede condensar los mensajes de esta misiva. Por un lado, un reproche y un lamento que evidencia la falta de claridad y la ambigüedad con la que se ha procedido a responder desde el presidente de Cataluña. El hecho de no contestar con meridiana claridad al requerimiento sobre si se ha declarado o no la independencia en Cataluña, abre formalmente el iter en pro de la aplicación del 155. En ese mismo contexto de opacidad y confusión en el que se desenvuelven las manifestaciones del presidente catalán, se le recuerda la posición de la Unión Europea, de los gobiernos de los Estados miembros, de la poca credibilidad de las ofertas de diálogo sin guion³⁴⁵ y sin su aplicación previa en la propia Comunidad Autónoma o la tendencia a utilizar datos numéricos, obviando sus diferentes lecturas como que los representantes de una mayor número de ciudadanos en votos dentro del Parlamento catalán no apoyan la secesión y han sido excluidos del debate y del diálogo representativo. Un segundo contenido es precisar el significado positivo del artículo 155 como la vía para la restauración de la legalidad, frente a una pretensión de asimilarlo a la suspensión del autogobierno. En base a todo ello, se concluye que el presidente Puigdemont será «el único responsable de la aplicación de la Constitución». Para ello, se recuerda que está a tiempo para reconducir la situación conforme al requerimiento formulado.

III.3.3.1.4. Carta del presidente de la Generalitat al presidente del Gobierno, 19 de octubre de 2017

Una carta más lacónica que la enviada tres días antes, reitera sus argumentos de solicitud de diálogo y de revertir la represión³⁴⁶, afirmación desde la que se vincula la aplicación del art. 155 a diferentes actuaciones judiciales como la citación como imputados ante la Audiencia Nacional de dos activistas, presidentes respectivamente de Òmnium Cultural y Asamblea Nacional Catalana, obviando que existe una separación de poderes que hace insostenible tal aserto. Previamente el uso de datos, vuelve a gestionarse de modo interesado desde una

344 <<http://www.aelpa.org/actualidad/201710/respuesta-mariano-puigdemont.pdf>>.

345 Aja, E. (2017): «¿Negociar? Sin duda, ¿pero qué?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 71-72, 16-19.

346 <<http://www.aelpa.org/actualidad/201710/Carta-Puigdemont.pdf>>.

sui géneris interpretación del derecho comparado, sosteniendo que en «el referéndum» del 1 de octubre, la independencia de Cataluña fue respaldada por un porcentaje superior al que permitió a Gran Bretaña iniciar el Brexit y con un número mayor de catalanes de los que votó el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Retorna la afirmación sobre la responsabilidad de aplicar el 155, achacándolo exclusivamente al Gobierno, previa autorización del Senado y finaliza con un pulso en el que advierte «que el parlamento de Cataluña podrá proceder, si lo estima oportuno, a votar la declaración formal de independencia que no votó el día 10 de octubre». Una lectura de la misma, parte de defender la material proclamación de la independencia, a falta de su perfección formal merced a una declaración del Parlamento catalán, sobre cuya oportunidad se pronuncia de modo discrecional, sosteniendo que será el propio Parlamento quien lo considere al margen de cualquier otro argumento o previsión.

III.3.3.1.5. Comunicado del Gobierno de España con respecto a la continuación con los trámites previstos en el artículo 155 de la Constitución para restaurar la legalidad en el autogobierno de Cataluña (19 de octubre de 2017)³⁴⁷

Partiendo de la constatación de la negativa del presidente de Cataluña a atender el requerimiento formalizado el 11 de octubre, el Gobierno remite a un Consejo de Ministros extraordinario, a celebrar el sábado 21 de octubre, las medidas que eleva al Senado «a fin de proteger el interés general de los españoles, entre ellos los ciudadanos de Cataluña, y restaurar el orden constitucional en la Comunidad Autónoma».

III.3.3.1.6. Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017³⁴⁸

El Acuerdo del Consejo de Ministros, en virtud del cual se tiene por no atendido el requerimiento planteado al *Molt Honorable* presidente de la Generalitat de Cataluña, para que esta proceda al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y a la cesación de sus actuaciones gravemente contrarias al interés general, procediéndose a proponer al Senado para su aprobación las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y para la protección del mencionado interés general.

La primera cuestión a destacar es que se formaliza la aplicación del art. 155 a partir de los dos supuestos legitimadores que aparecen de modo alternativo en la Constitución, esto es incumplimiento de las obligaciones constitucionales —no se hace referencia a las legales— y grave atentado al interés general —no se adjetiva con la explicitación «interés general de España»—. Desde esta constatación, el acuerdo del Consejo de Ministros incorpora los siguientes contenidos.

347 <<http://www.aelpla.org/actualidad/201710/comunicado-gobierno-requerimiento-puigdemont.pdf>>.

348 <<http://www.aelpla.org/actualidad/201710/acuerdo-cmin-art-155.pdf>>.

En primer término, la consideración del 155 como una garantía institucional del cumplimiento de las obligaciones constitucionales por los entes territoriales en un Estado compuesto. Para ello efectúa una remisión a las exiguas referencias a este precepto desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 215/2014, 4/1981, 25/1981, 49/1988) que se pueden sintetizar en la siguiente constatación: «opera como medida de último recurso del Estado ante una situación de incumplimiento, manifiesto y contumaz, deliberado o negligente, de una determinada Comunidad Autónoma, que no ha adoptado, primero, por propia iniciativa, y luego, a instancia del Estado, las medidas oportunas para corregir la desviación en la que ha incurrido». De modo inmediato se hace una referencia al Derecho Comparado y a la inserción normativa de este precepto en nuestro ordenamiento, a causa de la reforma del art. 135 CE y vinculada al incumplimiento de las obligaciones fiscales de las Comunidades Autónomas (LO 2/2012).

En segundo lugar, se justifica el cumplimiento de los presupuestos habilitantes para la aplicación del artículo 155. Ese incumplimiento, que se califica de «manifiesto, contumaz y deliberado» de la Comunidad Autónoma de Cataluña, se atribuye a sus máximas instituciones gubernamentales y parlamentarias, con respecto a sus obligaciones constitucionales y se concreta en «la puesta en marcha de un proceso de secesión de dicha Comunidad Autónoma del Estado español, con desobediencia rebelde, sistemática y consciente de los reiterados pronunciamientos y requerimientos del Tribunal Constitucional, afectando de manera grave al interés general de España». Todo ello se considera una vulneración de los artículos 1.2, 2 y 168 CE. Se hace una referencia a la previa actuación del Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad de las diferentes actuaciones de la Comunidad Autónoma, en particular de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley del referéndum de autodeterminación (Ley 19/2017, de 6 de septiembre), en virtud de la STC 114/2017, de 17 de octubre. Igualmente, se extrapolan las consecuencias metajurídicas de este incumplimiento con respecto a la afectación de la «convivencia constitucional» y el «bienestar económico y social del conjunto de los catalanes».

En tercer lugar, se procede a la constatación de los antecedentes formales para la activación del art. 155. Se refiere a la comunicación al presidente de la Generalitat, conforme lo aprobado en Consejo de Ministros de 11 de octubre, y a su contestación de la que se destaca que el presidente de la Generalitat de Cataluña declara desde el mismo comienzo de su carta que «El pueblo de Cataluña, el día 1 de octubre, decidió la independencia en un referéndum con el aval de un elevado porcentaje de los electores», dando así plena validez y carácter vinculante al resultado de un supuesto referéndum previamente suspendido y posteriormente anulado por el Tribunal Constitucional, ignorando «con su respuesta la conclusión del máximo garante de la Constitución».

En cuarto lugar, se fundamenta y legitima fácticamente la aplicación del art. 155. Desde la constatación de que «que los gobernantes de Cataluña no han respetado, ni la legalidad sobre la que se asienta nuestra democracia, ni el interés general al que nuestras leyes responden», con la consecuencia legitimadora de la reacción gubernamental dado que

«están afectando gravemente a la vida política, económica y social en Cataluña. Así, en los últimos tiempos, se está evidenciando un profundo deterioro de las bases de la convivencia, del bienestar social y del crecimiento económico en la Comunidad Autónoma, y se están poniendo en serio riesgo los fundamentos del progreso del conjunto de la sociedad catalana, generando un creciente desconcierto y una aquilatada desconfianza, entre los ciudadanos y hacia las instituciones». Es decir, fundamentos de orden social, económico y político-institucional avalan la aplicación del art. 155 que se conecta al cumplimiento de una cuádruple serie de objetivos:

- Restaurar la legalidad constitucional y estatutaria.
- Asegurar la neutralidad institucional.
- Mantener el bienestar social y el crecimiento económico.
- Asegurar los derechos y libertades de todos los catalanes.

Igualmente importante es la referencia, en términos negativos, a un «No objetivo» de las mismas: «de ningún modo tienen por objetivo suspender la autonomía de Cataluña», sino precisamente salvaguardar y restaurar la aplicación de su Estatuto de Autonomía como parte del orden constitucional.

La implementación de los mismos se realiza a través de una serie de medidas, respecto a las cuales y con carácter previo, se justifica su expansión respecto a la literalidad del apartado 155.2 CE que habla de «instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas», esgrimiendo que «la magnitud del incumplimiento determina que, en este caso, no baste con la impartición de instrucciones a las autoridades autonómicas (las mismas que han quebrado el orden constitucional), ni tan siquiera con la asunción puntual de competencias en algunos de los actos que ordinariamente debe realizar o en algunas de sus funciones». En base a ello se considera «imprescindible la sustitución en el ejercicio de las funciones de esos órganos por el tiempo necesario y preciso para reponer la legalidad constitucional y estatutaria vulnerada». Es decir, una sustitución funcional *pro tempore*. La justificación de las medidas a adoptar se canaliza a partir de una serie de atributos calificadores de las mismas (absolutamente necesarias, imprescindibles, proporcionadas, acotadas temporalmente a la reposición del marco constitucional y estatutario vulnerado y graduales o modulables, al prever su adaptación a las nuevas circunstancias que se aprecien durante el tiempo de su aplicación).

En cuanto a los sujetos pasivos o destinatarios de las mismas, estos son «tanto el Gobierno y la Administración de la Generalitat, como el Parlamento de Cataluña».

Finalmente, la concreción material de dicha actuación gubernamental se implementa a través de una serie de medidas que se explicitan en virtud de sus destinatarios:

- A. Medidas dirigidas al presidente de la Generalitat de Cataluña, al vicepresidente y al Consejo de Gobierno

Se materializan en el «cese del presidente de la Generalitat de Cataluña, del vicepresidente y de los consejeros que integran el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña». Ese cese se desarrollará a través de una sustitución funcional, por lo que «implicará la sustitución en el ejercicio de todas las funciones que estatutaria, legal y normativamente les son propias como presidente, vicepresidente y miembros del Consejo de Gobierno y como titulares de sus respectivos Departamentos o Consejerías». El ejercicio de dichas funciones «corresponderá a los órganos o autoridades que cree a tal efecto o designe el Gobierno de la Nación», que se convierten en sustitutos de las autoridades de la Generalitat, con la salvedad de la disolución anticipada del Parlamento catalán, que se atribuirá únicamente al presidente del Gobierno, para lo que se habilitaba un plazo de 6 meses. Este aspecto subjetivo de la medida fue objeto de una modificación en la tramitación en el Senado, resultando de la misma una redacción diferente, en la que se designa como sujeto activo de las medidas directamente al Gobierno de la Nación, o, subsidiariamente a esos órganos o autoridades creados o designados a tal efecto³⁴⁹.

A este respecto, resulta procedente enfatizar las diferencias entre «cese» y «suspensión». El cese sería definitivo, mientras que la suspensión sería *pro tempore*. Una segunda diferencia aludiría a la gravedad del hecho causante, mientras el cese ha de estar vinculado a una infracción muy grave de las obligaciones, la suspensión se vincularía a causas menos graves o leves. Desde un punto de vista teleológico, el cese tiene como objetivo la remoción del cesado y la asignación de su cargo a otra persona o institución, mientras que la sustitución habilita la posibilidad de restituir a ese sujeto suspendido en la plenitud de sus funciones una vez que la situación o el procedimiento previsto haya reconducido la legalidad o resarcido las consecuencias de la infracción que ha derivado la misma. En esta medida lo que se ha acordado es el cese de las autoridades y una sustitución de sus funciones, que culminará con una sustitución de los cargos a partir de la celebración de elecciones en Cataluña.

B. Medidas dirigidas a la Administración de la Generalitat

Vinculado al cese del presidente, del vicepresidente y de los consejeros de Gobierno, la medida adoptada en este ámbito consiste en que «la Administración de la Generalitat de Cataluña actuará bajo las directrices de los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno de la Nación en sustitución de aquéllos». En uso de dichas potestades se facultará la adopción de las disposiciones, actos, resoluciones, instrucciones u órdenes de servicio necesarias; el control y supervisión de las actuaciones de la Administración, mediante un régimen de «comunicación o autorización previa» que facultará a los órga-

349 «El ejercicio de dichas funciones corresponderá al Gobierno de la Nación o a los órganos o las autoridades que cree a tal efecto o designe el Gobierno de la Nación». Resolución de 27 de octubre de 2017, de la Presidencia del Senado, por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Senado, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución. BOE 260, de 27 de octubre de 2017.

nos designados a oponerse de modo vinculante a las resoluciones de la administración autonómica; el nombramiento, el cese, o la sustitución temporal con asunción de las funciones correspondientes, de cualesquiera autoridades, cargos públicos y personal de la Administración de la Generalitat de Cataluña o de los organismos dependientes de la misma, así como de su sector público empresarial; la habilitación de un régimen de exigencia de responsabilidades (disciplinarias, patrimoniales, contables, penales o de otro orden) en caso de incumplimiento.

C. Medidas singulares sobre determinados ámbitos de actividad administrativa

Se procede a explicitar una serie de ámbitos materiales donde se precisarán esas medidas generales previstas para la Administración. Estos ámbitos se refieren a seguridad y orden público (instrucciones directas y de obligado cumplimiento a los miembros de la Policía de la Generalitat de Cataluña —Mossos d'Esquadra—; despliegue de los Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en Cataluña, coordinando la actuación de la Policía de la Generalitat de Cataluña —Mossos d'Esquadra— o sus sustitución por aquellos; gestión económica, financiera, tributaria y presupuestaria (garantizar que la totalidad de los fondos que por cualquier concepto corresponda transferir del Estado a la Comunidad Autónoma, a sus organismos, entes y entidades vinculadas o dependientes de la misma y de su sector público empresarial o los recaudados por la Comunidad Autónoma no se destinen a actividades o fines vinculados o relacionados con el proceso secesionista); área de telecomunicaciones y comunicaciones electrónicas y audiovisuales (ejercicio de las funciones de la Generalitat de Cataluña relativas a las telecomunicaciones y a los servicios digitales y, en particular, las funciones de gobierno y administración del Centro de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y del Centro de la Seguridad de la Información de Cataluña. En la resolución del Senado se declinó la inclusión en este apartado de una serie de medidas genéricas que apelaban a la garantía de la transmisión de una información veraz, objetiva, equilibrada y que facultase una especie de pedagogía constitucional y estatutaria, al exigir el conocimiento y respeto de los valores y principios contenidos en la Constitución española y el Estatuto de Autonomía de Cataluña) y medidas dirigidas al Parlamento de Cataluña (la interdicción de la facultad presidente del parlamento de Cataluña de proponer candidato a la presidencia de la Generalitat, ni celebrar debate y votación de investidura; privar de la potestad parlamentaria de control respecto a las autoridades que aplican el art. 155, correspondiendo estas al propio Senado, concretamente a la Comisión conjunta de las Comisiones General de las Comunidades Autónomas y Constitucional³⁵⁰; las declaraciones institucionales y propuestas de resolución del Parlamento para impulsar la acción política y de gobierno no podrán dirigirse a

350 Sería resultado de una modificación del Acuerdo del Consejo de Ministros que se incorporaría a la Resolución Apdo. I.g «Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 66.2 de la Constitución, las facultades de seguimiento y control de las medidas contenidas en el Acuerdo se atribuyen a la Comisión conjunta de las Comisiones General de Comunidades Autónomas y Constitucional».

las autoridades que desarrollan la aplicación del art. 155 CE y tendrán que respetar el orden constitucional; la interdicción del ejercicio de la potestad legislativa y organizativa del Parlamento en sentido contrario a las medidas de aplicación de esta cláusula. La explicitación de esta medida no fue incluida en la Resolución del Senado —control gubernativo coercitivo de las proposiciones de ley, propuestas de reforma estatutaria, del Reglamento del Parlamento, iniciativas o enmiendas— por «contrarios a la Constitución».

Estas medidas sectoriales se complementan con otras de «carácter transversal» que se refieren a la vinculación a la legalidad estatal o autonómica de las actuaciones en desarrollo de esta cláusula coercitiva, remitiéndose su control jurisdiccional al orden jurisdiccional contencioso administrativo; a la correlativa invalidez e ineficacia de las normas infralegales (disposiciones, actos, resoluciones, contratos, convenios, encomiendas) autonómicas contrarias a este marco normativo excepcional. En este punto es preciso alertar acerca de la quiebra del proceso de integración normativa que se incluye al acordar (medida E 3) que la publicación de estas medidas, carentes de autorización o contraviniendo la misma, se verá privada de la validez y consiguiente vigencia que dimana del acto de publicación, con el riesgo de inseguridad jurídica que ello comporta. Estas medidas transversales también incluyen el desempeño por parte de los órganos y autoridades encargadas de su aplicación de aquellas funciones que corresponden a los Departamentos del Gobierno autonómico. De modo coherente con la modificación de la medida referida al cese del Ejecutivo catalán (Medida A), en la que se modificaría en el Senado la redacción dada por el Consejo de Ministros a los efectos de priorizar al Gobierno de la Nación respecto a unos genéricos órganos o autoridades creados o designados por este, se procedería igualmente a armonizar la redacción de esta medida. Es importante, como veremos en el desarrollo de estas medidas, la precisión de esta previsión en la que se incluiría la potestad de organización, creación, modificación y extinción de aquellos organismos y entidades públicas creadas o autorizadas por Ley. Esta prolongación orgánica de las medidas es una de las que ha supuesto una mayor vis expansiva de la misma y en la que se concentra esa voluntad de retrotraer el funcionamiento administrativo a un marco de respeto constitucional. El alter de dicha potestad extintiva se manifiesta en la atribución para crear órganos y designar autoridades «necesarios» para el cumplimiento de lo regulado. Esa limitación apuntaría a una necesaria autocontención en el nombramiento e innovación organizativa, básicamente por la limitación temporal que comporta al estar vinculados a la renovación orgánica derivada de la formación de un gobierno tras las elecciones. A los efectos de dotar de la necesaria seguridad jurídica que exige este complejo proceso se habilita la adopción de disposiciones y protocolos de actuación que instruyan a las autoridades y personal de la Administración General del Estado cómo proceder para la ejecución de estas medidas. En el mismo sentido restaurador del respeto al marco constitucional se propugna la medida consistente en anular y privar de eficacia a aquellos expedientes sancionadores que penalizaban el cumplimiento del orden constitucional. De modo paralelo, el incumplimiento de las medidas de este acuerdo se considerará un quebrantamiento del deber de fidelidad a la Constitución.

En la tramitación en el Senado se agregará una apostilla que alude a la exceptuación «de recurrir a informes previos sobre los expedientes disciplinarios».

El penúltimo apartado de las medidas propuestas por el Gobierno se refiere a la acotación temporal de las mismas, cifrada desde la aprobación de la Resolución del Senado hasta la «toma de posesión del nuevo Gobierno de la Generalitat». Igualmente, se asume la flexibilidad en su concepción admitiendo la posibilidad de la modificación de las mismas, de su actualización y de la anticipación de su cese. La periodificación, cada dos meses, del informe sobre el estado de aplicación y ejecución de estas medidas cierra este capítulo junto a la regulación de la necesidad de notificación «personalmente» a los sujetos principales destinatarios de las medidas, más allá de la formal publicación de las mismas en el Boletín Oficial del Estado.

Este acuerdo se publicaría como Orden PRA/1034/2017, de 27 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017, por el que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 155 de la Constitución, se tiene por no atendido el requerimiento planteado al M. H. Sr. presidente de la Generalitat de Cataluña, para que la Generalitat de Cataluña proceda al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y a la cesación de sus actuaciones gravemente contrarias al interés general, y se proponen al Senado para su aprobación las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y para la protección del mencionado interés general, en el Boletín Oficial del Estado el mismo día de su aprobación por el Senado.

III.3.3.1.7. Tramitación en el Senado: Resolución de 27 de octubre de 2017, de la Presidencia del Senado, por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Senado, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución

La primera singularidad de esta tramitación hace referencia a la Comisión sui géneris creada, «Comisión conjunta de las Comisiones General de las Comunidades Autónomas y Constitucional»³⁵¹. El procedimiento comienza con la remisión del acuerdo del Consejo de Ministros y su admisión a trámite de conformidad con el art. 189 del Reglamento del Senado. La composición de la Comisión Conjunta de 27 miembros se distribuye del siguiente modo³⁵²:

- 15 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado.
- 6 del Grupo Parlamentario Socialista.
- 2 del Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea.
- 1 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana.

351 Senado. BOCG, 182, de 24 de octubre de 2017.

352 Senado. BOCG 162, de 21 de octubre de 2017.

- 1 del Grupo Parlamentario Vasco en el Senado (EAJ-PNV).
- 1 del Grupo Parlamentario Nacionalista Partit Demòcrata (PDeCAT-CDC)-Agrupación Herreña
- Independiente-Coalición Canaria (AHI/CC-PNC).
- 1 del Grupo Parlamentario Mixto.

Procesalmente, llama la atención que se restrinja la admisión de votos particulares a aquellos que impliquen modificaciones o condicionamientos de la propuesta, no su anulación o retirada.

i) Alegaciones

En un escrito remitido al presidente del Senado, con fecha 26 de octubre³⁵³, el presidente de la Generalitat remite las alegaciones al procedimiento de aplicación del 155, de conformidad con lo establecido en el art. 189.3 RS, así como designa a su representante ante la Comisión, el Sr. Ferran Mascarell i Canalda, cuyo aval es el de ser delegado de la Generalitat en Madrid. De modo adicional, designa a dos senadores como sustitutos de aquel, «en el caso de que no fuera posible», siendo estos los Sres. Josep Lluís Cleries³⁵⁴ y Miquel-Angel Estradé³⁵⁵. Formalmente, este trámite de formulación de alegaciones estuvo marcado por el hecho de que la representación por parte del Sr. Mascarell fue rechazada por la Mesa y la Ponencia de la Comisión, al solicitarse desde la misma la presencia del presidente de la Generalitat, posible tanto en la Comisión como en el debate en el pleno, o bien la de «algún miembro del Gobierno de la Generalitat»³⁵⁶. Materialmente, el contenido de las alegaciones del presidente de la Generalitat se circunscribe a los siguientes considerandos. Desde un planteamiento global, la valoración conjunta del contenido de la aplicación del 155 CE es merecedora de un rechazo desde la Presidencia de la Generalidad por su incompatibilidad con el contenido preciso y literal del art. 155.2 que concreta su aplicación a la formulación de unas «instrucciones» del Gobierno a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas; por su incompatibilidad con una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales que pivotan en torno al tándem unidad y autonomía; por la desproporcionalidad de las medidas, ajenas a un estándar de concreción, adecuación y especificidad y por un argumento de interpretación histórico procesal,

353 Senado. BOCG 165, de 27 de octubre de 2017. <http://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_165_1373.PDF>.

354 Senador designado por el Parlamento de Cataluña e integrado en el grupo parlamentario nacionalista Partit Demòcrata (PDeCAT-CDC)-Agrupación Herreña independiente. Coalición Canaria (AHI/CC- PNC), siendo su partido de origen Convergencia Democrática de Cataluña (CDC).

355 Senador del grupo parlamentario de Esquerra Republicana de Cataluña (ERC).

356 Gobierno (2017): *Diario de Sesiones del Senado. Comisión conjunta de las Comisiones General de las Comunidades Autónomas y Constitucional*, 183, 3. Disponible en: <http://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_C_12_183.PDF>.

de naturaleza exegética y teleológica, al recuperar los diarios de sesiones y evidenciar la ausencia en el interés del legislador constituyente, al rechazar un voto particular promovido por el Grupo Parlamentario de Alianza Popular, de utilizar el actual 155 CE como vía para intervenir en una Comunidad Autónoma, conectarla a una convocatoria electoral y atribuir a un gobernador general poderes extraordinarios para su gestión en la misma.

En un segundo bloque de alegaciones, el escrito se centra en las diferentes actuaciones particulares insertas en la autorización. Así, respecto a la disolución del parlamento y la convocatoria de elecciones, esgrime que con ello se vulnera la legalidad tanto constitucional como estatutaria³⁵⁷, y la legitimidad democrática de las instituciones. El cese del presidente chocaría con lo preceptuado en los arts. 152 CE y 67.7 EC, quebrando la confianza parlamentaria depositada en el mismo. Con respecto a la extensión de ese cese al vicepresidente y a los miembros del Gobierno, es el art. 23 CE el que se esgrime como bastión expresando que con ello se rompe la confianza entre los representantes electos del pueblo de Cataluña y su gobierno. En lo que se refiere al dictado de instrucciones a la Administración de la Generalitat, se identifica a la «instauración de un gobierno español en Cataluña», algo que no tendría cabida en el art. 155. Respecto a la inserción del Parlamento como sujeto pasivo de las medidas de ejecución forzosa del 155, las alegaciones se condensan en una desnaturalización del carácter representativo de la Cámara —respecto a la presidenta y sus facultades; las medidas de control parlamentario; el veto presidencial a la iniciativa legislativa de la Cámara—.

Una sucinta valoración de las mismas se referiría a lo sorprendente que parece la apelación a los principios constitucionales, en particular al de unidad, algo incoherente y cuya manifiesta vulneración está en la raíz de todo este proceso. Esa contradicción performativa aborta la credibilidad de las mismas en su integridad. En términos concretos, la manipulación argumentativa cobra un protagonismo en su redacción, a la par que evidencia su incongruencia y desatino. V.gr. cuando se alega que el cese de los vicepresidentes y miembros del gobierno rompe la confianza entre los representantes electos del pueblo de Cataluña y su gobierno, se ignora que el eslabón de fides se desarrolla únicamente entre el presidente, que los propone discrecionalmente, y estos miembros, lo que conlleva que sus vicisitudes y sus actos expanden sus consecuencias sobre los mismos. En otra de las alegaciones, se repudia la creación de un gobierno español en Cataluña, ignorando que el presidente del gobierno de una Comunidad Autónoma es el representante ordinario del Estado en aquella (152.1 CE). Alguna duda suscita, la introducción de un «veto presidencial», en las tareas legislativas del Parlamento catalán, potestad que vendría a contaminar nuestra forma de gobierno con elementos propiamente presidencialistas y para lo que no hay una habilitación, salvo la extraordinaria naturaleza de las medidas a adoptar. Igualmente, no podemos admitir como sustento la apelación a criterios interpretativos de na-

357 Un error en la redacción de esta alegación sitúa al artículo 136, como fundamento de la misma, siendo este precepto el que regula el Tribunal de Cuentas. *Ibidem*, 4.

turalidad histórica y carácter exegético y teleológico, basados en los debates constituyentes, más cuando se hacen de forma parcial trucando los paradigmas de la misma. La intención del constituyente fue fundar un Estado basado en la unidad y en la autonomía, desde el punto de vista territorial, edificio este que se cimentaba en los principios de legalidad, democracia y eficacia social. Es inasumible que desde la volatilización de todos estos principios, se escarbe en votos particulares rechazados, para sostener el repudio a medidas excepcionales, extraordinarias y que solo actúan desde su naturaleza *exceptio firmitat regulam*.

ii) Votos particulares

Esta tramitación en sede senatorial se complementa con la formulación de una Propuesta por parte de la Ponencia³⁵⁸, a la que sería la respectiva propuesta de la Comisión³⁵⁹ y la interposición de votos particulares a la misma³⁶⁰, tras una modificación del plazo para su presentación. De dichos votos particulares es destacable el voto particular n.º 1, presentado por el PDeCat-CDC, que solicita la supresión de los subapartados segundo y tercero D4, ya referidos, relativos al control de los actos del Parlamento por el Gobierno del Estado, «por ser contrarios a la Constitución», posición que prosperaría y eliminaría los mismos de la Resolución. El voto particular n.º 2, de esta misma formación parte de considerar el Estatuto como un «pacto entre el Parlamento de Cataluña y las Cortes Generales», algo absolutamente errado desde la configuración constitucional de los Estatutos de Autonomía. El voto particular n.º 3, del Grupo Parlamentario de Unidos Podemos, que en realidad son 17 votos particulares, se subsumen al primero de ellos en el que se propugna la suspensión de la tramitación de las medidas propuestas por el Gobierno de España al Senado a las que se refiere el artículo 155 de la Constitución y la apertura de un proceso de diálogo entre el Gobierno de España y la Generalitat de Cataluña. La sustitución de la tramitación del 155 por un proceso de diálogo y negociación está presente en el voto Particular n.º 4, del Grupo Parlamentario Mixto, a propuesta del Senador de Euskal Herria Bildu, postura que se complementa con la solicitud de la supresión de la mayoría de las medidas incorporadas al Acuerdo. El voto particular n.º 12, del Grupo Parlamentario Socialista, defendía la suspensión de las medidas de este acuerdo si antes de la vigencia de las mismas se producía la disolución del Parlamento catalán y la convocatoria de elecciones. La no inclusión de la potestad de cese en la capacidad de dar instrucciones al gobierno de la Generalitat se esgrimía en el voto particular de ERC (n.º 14), indiscutiblemente una de las cuestiones más peliagudas de todo este procedimiento coercitivo.

El pleno acordaría por mayoría absoluta aprobar el Acuerdo del Consejo de Ministros y a partir de ahí, tras su publicación en el Boletín Oficial del Estado, se pondría en marcha el entramado de medidas propuestas.

358 Senado. BOCG 165, de 27 de octubre de 2017

359 Senado. BOCG 165, de 27 de octubre de 2017, 11-12.

360 Senado. BOCG 166, de 28 de octubre de 2017, 2-67.

III.3.3.2. Análisis material de la aplicación de la cláusula coercitiva del 155

Los elementos esenciales del mecanismo diseñado por el constituyente y que se verifican en esta primera aplicación íntegra del art. 155 CE son los siguientes: 1. La inclusión de las instituciones y autoridades del poder ejecutivo de las Comunidades Autónomas, como artífices del incumplimiento de las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan o que actúen de forma que atenten gravemente contra el interés general de España. 2. El primer presupuesto de aplicación del precepto, el incumplimiento de las obligaciones que la Constitución u otras leyes impongan a una Comunidad Autónoma ha de incluir el incumplimiento y desacato de las sentencias del Tribunal Constitucional. 3. La redacción del segundo presupuesto no puede desvincularse de la del primero, esto es, la actuación de forma que atente gravemente al interés general de España, no se concibe desde el respeto y cumplimiento íntegro de los mandatos constitucionales y legales, sino que es precisamente, sin agotar la casuística, a partir de ese quebranto normativo desde el que se produce ese grave atentado al interés general de España. 4. La vulneración de principios que se han ido desgranando en la jurisprudencia constitucional como el principio de lealtad institucional o el principio de colaboración entre Estado y Comunidades Autónomas, también se ha de incluir entre los supuestos que activarían la aplicación del artículo 155. 5. Naturaleza política y discrecional encomendada únicamente al Gobierno y al Senado. Siguiendo al Magistrado Xiol (STC 185/2016, de 3 de noviembre. Voto particular 3.18) «el modelo del art. 155 CE toma como base la idea de que el conflicto ha de ser resuelto, *prima facie*, por instancias políticas». Ahondando en el mismo argumento, el art. 155 CE da todo el protagonismo a las instituciones políticas implicadas, dejando no solo la iniciativa sino incluso la decisión última respecto de la conveniencia de adoptar alguna medida a esas instituciones políticas. 6. La verificación del incumplimiento de la Comunidad Autónoma por parte del Gobierno ha de incluir la colaboración de otros órganos, como el Tribunal Constitucional, donde a través de sus resoluciones se haya puesto la suspensión o anulación de los actos autonómicos. 7. El *prius* o la verificación del incumplimiento tiene que ostentar un carácter técnico, siendo calificado por el Tribunal Constitucional como «un control administrativo». De esa misma naturaleza se derivaría la sustitución en el ejercicio de una competencia por incumplimiento de otro de los sujetos, en este caso una Comunidad Autónoma. Así, «en nuestro sistema constitucional no hay más controles administrativos de este tipo que los previstos en el art. 155 CE (para afrontar incumplimientos constitucionales extremadamente cualificados) y en la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (ante el incumplimiento de los objetivos de equilibrio y sostenibilidad presupuestaria)» (STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 16) (ECLI:ES:TC:2016:41). 8. El modo de su aplicación está sujeto a control por parte del Tribunal Constitucional. «En el modelo constitucional se respeta la posibilidad de que el Tribunal Constitucional mantenga la posición arbitral en los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, incluyendo los supuestos de adopción de las

medidas del art. 155 CE, permitiendo su participación en un segundo plano de modo que no se comprometa su posición constitucional» (STC 185/2016, de 3 de noviembre. Voto particular 3.18, *in fine*).

Una aproximación teleológica se condensa en la necesidad de restituir el orden constitucional dañado y el interés general gravemente afectado. Para ello la Constitución ofrece este recurso. El fin a perseguir guarda una proporción directa con las medidas a adoptar. En ese sentido estimamos que frente a una interpretación de oficio minimalista de las medidas a aplicar, su intensidad queda dentro del espacio de discrecionalidad que la Constitución habilita al Gobierno, el mismo que se predica de la propia activación del precepto y de la calificación de los motivos que dan lugar al mismo. Dado que dicha discrecionalidad tiene una naturaleza política, sobre la misma redundaría una limitación en el enjuiciamiento constitucional, en consecuencia jurídico, al que se someta. En ningún caso, se sostiene que el Gobierno no conozca límites en la implementación del art. 155, sino que las máximas de proporcionalidad y necesidad son los parámetros de ponderación de las mismas. Ahí sí cabe, como principios jurídicos, valorar su adecuación o distanciamiento de la Carta Magna. Es preciso alertar que la aplicación del art. 155 no es el bálsamo de Fierabrás que todo lo cura. Las pretensiones independentistas van a estar ahí, pero donde incide la aplicación de este precepto es en asegurar que sus ulteriores reivindicaciones se canalicen legalmente.

En esa valoración hay que poner en conexión, desde un análisis sistemático, todos los recursos incorporados como medidas a aplicar. Para ello, trataremos de incorporar la revisión de algunos significantes que se han entremezclado en esta aplicación. La conexión de los mismos puede ayudar a su mejor comprensión. El concepto sustantivo de interés general, como concepto jurídico indeterminado y las categorías instrumentales que se han insertado como medidas aplicativas. Estamos aludiendo a los términos cese, suspensión, intervención, sustitución o subrogación. Entre los vocablos cese y suspensión, hemos manifestado en párrafos precedentes que el cese sería definitivo, mientras que la suspensión sería *pro tempore*. Una segunda diferencia aludiría a la gravedad del hecho causante, mientras el cese ha de estar vinculado a una infracción muy grave de las obligaciones, la suspensión se vincularía a causas menos graves o leves. Desde un punto de vista teleológico, el cese tiene como objetivo la remoción del cesado y la asignación de su cargo a otra persona o institución, mientras que la suspensión habilita la posibilidad de restituir a ese sujeto suspendido en la plenitud de sus funciones una vez que la situación o el procedimiento previsto haya reconducido la legalidad o resarcido las consecuencias de la infracción que ha derivado la misma. En esta medida lo que se ha acordado es el cese de las autoridades y una sustitución de sus funciones, que culminará con una ocupación de los cargos a partir de la celebración de elecciones en Cataluña por quienes legítimamente resulten ganadores. El significativo sustitución, puede aplicarse subjetivamente refiriéndose a personas u objetivamente, aludiendo a funciones, tareas o actividades a desempeñar. Ambos, cese y suspensión motivan, para no generar un vacío institucional y funcional, que transitoria-

mente personas suplan a las cesadas o suspendidas y transitoriamente se suplan o sustituyen unas actuaciones por otras. Así, podemos entender que una vez aplicado el cese de autoridades, quienes las han sustituido van a desarrollar funciones que ocupen el espacio que aquellas debían de haber realizado. El significante «intervención», referido a la potestad de dirigir, limitar o suspender el libre ejercicio de actividades o funciones, actuaría como género, respecto a las categorías específicas de cese y suspensión.

Otro concepto que es vital para la comprensión del art. 155 es la categoría de interés general. El concepto de *interés general* es un elemento esencial del ordenamiento jurídico. La satisfacción del *interés general* constituye el fin que justifica tanto la existencia del Estado, como las Instituciones a través de las cuales ejerce el poder. Su vulneración exige la actuación reactiva de las mismas para su restitución que se vincula a la fundamentación de su propia existencia. El *interés general* se presenta como algo más que una mera suma de intereses individuales. La agudeza de Rousseau ya atisbó esta diferencia, reflejándola en el *Contrato Social* o *Principios del Derecho Político*. Mientras la suma de los intereses particulares solo mira al interés privado, el *interés general* presta toda su atención al interés común. El problema de identificar el contenido del *interés general* se resolvía en una sencilla operación aritmética: de la suma de las voluntades particulares quitaremos los más y los menos que se destruyen entre sí, es decir los intereses antagónicos, quedando como suma de dichas diferencias el *interés general*. Como formulación abstracta no se puede pretender otra mejor, pero el concepto de *interés general* no es una noción absoluta. Su definición es competencia del legislador, quien ha de procurar su coincidencia con los fines del propio Estado. Así, el *interés general* es algo más que un concepto político o filosófico, es una auténtica noción jurídica. Este concepto aparecería en el Derecho Público cumpliendo una triple función: como criterio para la interpretación y la aplicación de normas; como concepto jurídico necesario de interpretación y como elemento nuclear de las decisiones administrativas³⁶¹. Es su segunda caracterización, como concepto legal que necesita ser interpretado, la que aquí más nos interesa. El *interés general*, entendido como interés común de los ciudadanos, al incorporarse al texto de una ley, aplicándose a una situación específica, alcanza un grado de concreción tributario de su conexión con un contexto reducido de circunstancias que permiten su explicación. Esa especie de mutación que experimenta obedece a su cualificación como concepto jurídico indeterminado. La esencia de estos conceptos radica en la subsunción de unas circunstancias reales determinadas en una categoría legal previa (García de Enterría)³⁶². Conceptos como urgencia, orden público, justo precio, utilidad pública o *interés general* son prototipos de esta categoría conceptual.

361 Sainz Moreno, F. (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid, Civitas, 322.

362 García de Enterría, E. y Fernández, T.R. (1997): *Curso de Derecho administrativo*. Madrid, Civitas, 448-455.

La proyección de un concepto jurídico indeterminado a un contexto determinado se materializa en una única solución, por lo general, difícil de alcanzar. Esta dificultad se explicaría como consecuencia de la compleja estructura de estos conceptos. Si realizásemos un imaginario corte transversal a un ficticio concepto jurídico indeterminado nos encontraríamos con tres capas: un núcleo fijo o «zona de certeza», otra zona de «certeza negativa» —lo que claramente es ajeno al concepto—, que estarían separadas por una zona intermedia, imprecisa en mayor o menor grado, designada como «halo del concepto»³⁶³. En esta parte difusa del concepto se concentrará la principal problemática de su comprensión y radical para su posterior enjuiciamiento.

En un análisis sustantivo del procedimiento hay que partir de su consideración como concepto jurídico indeterminado, conforme a la estructura de los mismos que hemos señalado.

– Halo negativo:

Se trataría de habilitar unos límites infranqueables a la aplicación del 155. Previamente hay que delimitar si al mismo se pueden fijar límites. Una posible explicación es que lo que apruebe el Senado, a propuesta del Gobierno, es el propio límite. Es decir, la tramitación formal desarrollaría una vis expansiva a la caracterización material y todo lo aprobado sería su ámbito de actuación. El hecho de que el propio Senado rechazase, en materia de control ejecutivo al legislativo, alguna de las medidas propuestas por ser contrarias a la Constitución, avala la existencia de límites.

1. El límite está en la propia Constitución. Como se establecía tempranamente la Constitución establece un límite a la potestad del legislador. Así, la STC 76/1983 que, entre otras consideraciones de singular importancia para el presente enjuiciamiento, dedica su fundamento jurídico 4 a los límites intrínsecos de la potestad legislativa del Estado afirmando que «las Cortes Generales, como titulares “de la potestad legislativa del Estado” (art. 66.2 de la Constitución), pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello, pero esta potestad tiene sus límites, derivados de la propia Constitución, y, en todo caso, lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de este, salvo en el caso en que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente. La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan solo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no solo fundan en su origen sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador. Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de intérprete supremo de la Constitución

363 *Ibidem*, 452.

(art. 1 LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél».

2. Una segunda cuestión que está fuera del alcance del 155 es la disolución de la Comunidad Autónoma. La vulneración del art. 2 CE y del bloque de Constitucionalidad, a partir de su Estatuto de autonomía queda extramuros y actúa como límite del 155.
3. La conexión con el art. 8 CE, relativo al papel de las fuerzas armadas como garantes de la integridad territorial y del ordenamiento constitucional.

– Halo positivo:

Desde el contorno de la necesidad de las medidas a aplicar se faculta a las autoridades designadas en la Resolución del Senado a actuar en ámbitos de competencia autonómica para lo cual podrán «desplazar» a las autoridades que originalmente desempeñaban esas competencias. Esa actuación será temporal y vinculada a los fines del precepto. Su gestión se vinculará a la continuidad de la tramitación ordinaria de los asuntos, teniendo como referente el «*minimum*» de actuación que, por ejemplo, está asignado a un gobierno en funciones. De igual modo, las actuaciones de estas autoridades estatales autorizadas para actuar han de vincularse a facilitar que sus nuevos titulares, resultantes de las elecciones a celebrar, accedan a sus cargos. Esto es, facilitar la transición entre sus anteriores titulares y los que resulten de las urnas.

Por todo ello no dudamos en atribuir a este precepto una posición clave que bien pudiera ser descrita como «garantía institucional de la organización territorial diseñada en la Constitución» y ello sin caer en un incesto conceptual por su utilización expansiva, como recordaba Lucas Verdú³⁶⁴. Pese a la vinculación con que Schmitt desarrolló esta categoría respecto a los derechos fundamentales, si partimos de la doble acepción de la misma, en un sentido amplio referido a los «preceptos concretos de la Constitución que vinculan al legislador» y, en un sentido solo son «determinadas cautelas constitucionales interrelacionadas en cuanto complejo normativo»³⁶⁵. Según Nicolás Pérez Serrano, «existen hoy garantías institucionales que no se preocupan del individuo en sí; antes bien, atienden a la institución, a una comunidad, natural u organizada como tal»³⁶⁶. Esta postura reivindicaría los dos elementos singularizantes del art. 155, su regulación *ex constitutione* desde la que se vincula a los poderes públicos y al Tribunal Constitucional que ha de enjuiciar su implementación y su preocupación, desde el punto de vista teleológico, de garanti-

364 Lucas Verdú, P. L. (1989): «Carl Schmitt, intérprete singular y máximo debedor de la cultura político-constitucional demoliberal», *Revista de Estudios Políticos*, 64, 90.

365 *Ibidem*, 79-80.

366 Pérez Serrano, N. (1976): *Tratado de Derecho Político*. Madrid, Civitas, 674.

zar el desarrollo del sistema de organización territorial del Estado desde los principios esenciales de legalidad, respeto a la Constitución y a las leyes, y legitimidad, la interdicción de atentar al interés general.

III.3.3.3. Concreción y desarrollo del 155

Las principales medidas que han aplicado el art. 155 se condensan en las siguientes:

- Cese del presidente de la Generalitat³⁶⁷.
- Cese del vicepresidente y de los consejeros de la Generalitat³⁶⁸.
- Disolución del Parlamento de Cataluña y convocatoria de elecciones³⁶⁹.
- Designación de los órganos habilitados para la efectiva aplicación de las medidas autorizadas por el 155 (El presidente del Gobierno. La vicepresidenta del Gobierno. El Consejo de Ministros. Los ministros como titulares de sus Departamentos.). El presidente del Gobierno de la Nación delega las funciones que se le atribuyen el artículo 3 de este Real Decreto en la vicepresidenta del Gobierno y ministra para las Administraciones Territoriales (art. 7)³⁷⁰.
- Cese de Altos cargos de la Generalitat de Cataluña³⁷¹ y supresión de distintos organismos (Oficina del Presidente de la Generalitat, Consejo Asesor para la Transición Nacional, ahora llamado Instituto de Estudios de Autogobierno; Comisión espe-

367 Real Decreto 942/2017, de 27 de octubre, por el que se dispone, en virtud de las medidas autorizadas con fecha de 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, el cese del M. H. Sr. presidente de la Generalitat de Cataluña, don Carles Puigdemont i Casamajó. BOE 261, de 28 de octubre de 2017.

368 Real Decreto 943/2017, de 27 de octubre, por el que se dispone, en virtud de las medidas autorizadas con fecha de 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, el cese del vicepresidente de la Generalitat de Cataluña y de los consejeros integrantes del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña. BOE 261, de 28 de octubre de 2017.

369 Real Decreto 946/2017, de 27 de octubre, de convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña y de su disolución. BOE 261, de 28 de octubre de 2017 y Real Decreto 953/2017, de 31 de octubre, por el que se dictan normas complementarias para la realización de las elecciones al Parlamento de Cataluña 2017. BOE 267, de 3 de noviembre de 2017.

370 Real Decreto 944/2017, de 27 de octubre, por el que se designa a órganos y autoridades encargados de dar cumplimiento a las medidas dirigidas al Gobierno y a la Administración de la Generalitat de Cataluña, autorizadas por acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución. BOE 261, de 28 de octubre de 2017.

371 Real Decreto 945/2017, de 27 de octubre, por el que se dispone, en virtud de las medidas autorizadas con fecha de 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, la adopción de diversas medidas respecto de la organización de la Generalitat de Cataluña, y el cese de distintos altos cargos de la Generalitat de Cataluña. BOE 261, de 28 de octubre de 2017.

cial sobre la violación de derechos fundamentales en Cataluña; Patronato Cataluña Mon-Consejo de Diplomacia Pública de Cataluña (DIPLOCAT). Patronat Catalunya Món-Consell de Diplomàcia Pública de Catalunya (PCM - DIPLOCAT); Delegación del Gobierno de la Generalitat de Cataluña en diferentes países como Francia, Reino Unido, Alemania, Estados Unidos, Austria, Italia, Marruecos, la Santa Sede, Portugal, Dinamarca, Polonia, ante las organizaciones internacionales con sede en Ginebra, Estrasburgo, París y Viena, así como a altos cargos D. Ferran Mascarell i Canalda, como delegado del Gobierno de la Generalitat de Cataluña en Madrid. D. Amadeu Altafaj i Tardio como representante permanente ante la Unión Europea. D. César Puig i Casañas como secretario general del Departamento de Interior. D. Pere Soler i Campins como director general de la Policía).

- Cese de altos cargos de la Generalitat (director del Instituto de Estudios del Autogobierno, así como distintos delegados territoriales de la Generalitat)³⁷².

Sectorialmente, los diversos ministerios han aprobado una serie de disposiciones a través de Reales Decretos y Órdenes Ministeriales en los que se trata de dar continuidad al funcionamiento de la Administración, pero con la formal autoridad derivada de la aplicación del 155. Así, desde el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte se ha procedido a «formalizar» distintos nombramientos como el de un rector³⁷³, el del presidente del Consejo de Dirección del Consorcio de Educación de Barcelona³⁷⁴, el director general de Centros Concertados y Centros Privados de la Generalitat de Cataluña³⁷⁵. Desde el Ministerio de Justicia se ha procedido al nombramiento a la directora general de Modernización de la Administración de Justicia de la Generalitat de Cataluña³⁷⁶. En el Ministerio del Interior se ha procedido a articular el sistema de delegación competencial para asumir sus respon-

372 Real Decreto 954/2017, de 31 de octubre, por el que se dispone, en virtud de las medidas autorizadas con fecha de 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, la adopción de diversas medidas respecto de la organización de la Generalitat de Cataluña y el cese de distintos altos cargos de la Generalitat de Cataluña. BOE 266, de 2 de noviembre de 2017.

373 Real Decreto 1025/2017, de 7 de diciembre, por el que se nombra, en virtud de las medidas autorizadas con fecha 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, rector de la Universidad Politécnica de Cataluña a don Francesc Torres i Torres. BOE 301, de 12 de diciembre de 2017.

374 Orden ECD/1142/2017, de 22 de noviembre, por la que se nombra, en virtud de las medidas autorizadas con fecha de 27 de octubre de 2017, por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, presidente del Consejo de Dirección del Consorcio de Educación de Barcelona. BOE 286, de 24 de noviembre de 2017.

375 Real Decreto 990/2017, de 17 de noviembre, por el que se nombra, en virtud de las medidas autorizadas con fecha de 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, director general de Centros Concertados y Centros Privados de la Generalitat de Cataluña a don Miquel Mateo García. BOE 280, de 18 de noviembre de 2017.

376 Real Decreto 983/2017, de 10 de noviembre, por el que se nombra, en virtud de las medidas autorizadas con fecha de 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, directora general de Modernización de la Administración

sabilidades en la aplicación del art. 155, en particular respecto a determinadas funciones correspondientes a la Secretaría General del Departamento de Interior de la Generalitat de Cataluña y al Área de Procesos Electorales y Consultas Populares del Departamento de la Vicepresidencia y de Economía y Hacienda. Se produce una delegación interna en el Ministerio desde la Secretaría General del Departamento a la Secretaría General Técnica³⁷⁷. Igualmente, la primera medida adoptada por este fue el cese del mayor de los Mossos d'Esquadra³⁷⁸.

III.3.3.4. Control de la aplicación y evolución del 155

En la Resolución de la Presidencia del Senado en la que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno para la aplicación del art. 155 se atribuye su control y seguimiento a la Comisión conjunta de las Comisiones General de Comunidades Autónomas y Constitucional. Ello sin perjuicio de la potestad de control de la acción de gobierno que corresponde a las Cortes Generales de acuerdo con el art. 66.2. Es importante que se señale esta faceta de la aplicación del art. 155, asumiendo que este control político no excluye el control jurídico que corresponde a la Jurisdicción Contencioso administrativa o al Tribunal Constitucional. Es a este último a quien a través de un recurso de amparo, por vulneración de los derechos fundamentales que pudieran haberse derivado de alguna de estas medidas, o mediante un recurso de inconstitucionalidad o cuestión de inconstitucionalidad le compete resolver sobre la Resolución del Senado al atribuirse a este un valor de ley que la hace apta para dicho control constitucional. Si lo que pretende es el control de la Orden del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, podemos hablar de la posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional de conformidad con el planteamiento de un conflicto de competencias entre órganos constitucionales (art. 161.1.d CE y 59.1.c y 73-73 LOTC) que recordemos faculta al Gobierno, Congreso de los Diputados, Senado y Consejo General del Poder Judicial a plantear dicho conflicto o, la más real de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa. Es reseñable la habilitación del recurso contencioso administrativo mediante procedimiento de amparo judicial para la protección de los derechos fundamentales (DT 5.^a y art. 45.2 de la LJCA), vulnerados por alguna de las medidas adoptadas en aplicación del art. 155.

de Justicia de la Generalitat de Cataluña a doña Rosa Anna Castillo i Picas. BOE 274, de 11 de noviembre de 2017.

377 Orden INT/1074/2017, de 7 de noviembre, sobre delegación de funciones en órganos del Departamento de Interior de la Generalitat de Cataluña, en virtud de las medidas autorizadas con fecha de 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución. BOE 271, de 8 de noviembre de 2017.

378 Orden INT/1038/2017, de 28 de octubre, por la que se dispone el cese de don Josep Lluís Trapero Álvarez en la plaza de la categoría de mayor de la Escala Superior del Cuerpo de Mossos d'Esquadra, para la que fue nombrado por Resolución INT/774/2017, de 11 de abril. BOE 262, de 28 de octubre de 2017.

En la implementación de esas funciones de control se han sucedido diversas comparecencias ante la Comisión Conjunta de la Comisión General de las Comunidades Autónomas y Constitucional para informar acerca del desarrollo y ejecución de las medidas aprobadas por el Senado al amparo del art. 155 CE³⁷⁹.

III.3.3.5. Recursos contra la aplicación del 155, la litigación generada

La aplicación del 155 ha distado de ser pacífica. Buena prueba de ello resulta la abultada litigiosidad que ha generado. Será el Tribunal Constitucional el encargado de dirimir estos procesos, que procederemos a estructurar y analizar.

Al Tribunal Constitucional se ha dirigido, o potencialmente se dirigirán al ser un asunto sincrónico a este estudio, el cuestionamiento de la aplicación del 155 por distintas vías procesales. En primer lugar, por la vía del recurso de amparo. En segundo término, a través de la cuestión de inconstitucionalidad, vía solicitud del Tribunal Supremo ante el que se han planteado recursos contencioso administrativos mediante procedimiento de amparo judicial para la protección de los derechos fundamentales. Finalmente, mediante la resolución de un recurso de inconstitucionalidad, que se ha planteado por dos pretensiones.

En lo que concierne al recurso de amparo, se han planteado dos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional sobre el objetivo final de cuestionar la constitucionalidad del artículo 155. El primero de ellos se planteó por un grupo de senadores de ERC y del PDeCat, con fecha 25 de octubre de 2017, contra los acuerdos de la Mesa del Senado de 21 y 24 de Octubre. Partiendo de la admisión a trámite del Senado del requerimiento del ejecutivo para iniciar la aplicación del 155³⁸⁰, se desestimó la solicitud de la reconsideración de la misma por los Grupos Parlamentarios de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, PDeCat-CDC y AHI/CC-PNC. El fundamento de dicha petición radicaba en argumentar que dichos acuerdos vulneran el derecho de los senadores a ejercer sus cargos en condiciones de igualdad, sin perturbaciones ilegítimas, de conformidad a lo establecido en el art. 23.2 CE. El Tribunal Constitucional no admitió a trámite dicho recurso por la «manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo»³⁸¹.

El segundo recurso de amparo que llegó al Tribunal Constitucional, presentado igualmente con fecha 26 de octubre por un abogado de Barcelona y con objeto de reclamar

379 Diario de Sesiones del Senado, 202, de 4 de diciembre de 2017, y 217, de 18 de diciembre de 2017. Comparecencia del secretario de Estado para las Administraciones Territoriales y de la vicepresidenta del Gobierno y ministra de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales.

380 Senado. BOCG 162, de 21 de octubre de 2017, 72. <http://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_162_1351.PDF>.

381 <https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_078/P%205185-2017.pdf>.

la inconstitucionalidad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017 para la tramitación de las medidas previstas en el art. 155. El recurrente sostenía que el acuerdo vulneraba el artículo 23.2 CE, «vulneración de forma directa de los Derechos Fundamentales de los electores catalanes y del particular que suscribe», además de lo establecido en el art. 25 del Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos, solicitando su nulidad y suspensión cautelar. El Tribunal Constitucional por providencia de 26 de octubre³⁸² inadmite el mismo al considerar su formulación «prematura», en cuanto las medidas contenidas en el Acuerdo impugnado y a las que se imputa la vulneración del derecho fundamental de participación política aún no habían sido adoptadas, siendo factible una modificación, como así acaeció, o un rechazo. No obstante, en dicho recurso apreciamos un intento de delimitar el alcance de la naturaleza jurídica del art. 155 CE, cuyos elementos más destacados son: «la intervención que puede aplicarse al gobierno de una Comunidad Autónoma implica el mantenimiento de sus autoridades», dado que serán ellas quienes tengan que llevar a cabo las instrucciones dictadas, lo que se concibe como un límite a dichas «medidas necesarias». En una forma un tanto extraña, sostiene que «del redactado del citado artículo no puede desprenderse la posibilidad de cesión por completo de un gobierno electo, ni la limitación de las funciones del Parlamento de la comunidad afectada» —entendemos que se refiere al cese—. El fundamento esgrimido es el de que «no existe limitación alguna» al derecho fundamental a la participación política de los ciudadanos. Esa afirmación tan rotunda es errónea, ya que los derechos fundamentales no son absolutos como ha sostenido el propio Tribunal en STC 254/1988, de 21 de diciembre, FJ3 (ECLI:ES:TC:1988:254) y STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 5 (ECLI: ES: TC:1997:151). Ese cese del gobierno electo y la disolución del Parlamento, solo podrían realizarse por las causas tasadas normativamente, o por decisión judicial, sosteniendo el recurrente que se aprecia incluso vulneración de las facultades atribuidas de forma exclusiva a S.M. el Rey Felipe VI para nombrar al Presidente de la Generalitat. Entiende el recurrente que se vulnera el art. 103. 2 CE (confundido en la redacción del recurso con el art. 147, F 2) que establece la reserva de ley para la creación de los órganos de la Administración del Estado, no considerando el Acuerdo del Senado como acorde a dicha reserva. Desde otro flanco, reivindica la vulneración con este acuerdo del art. 147 y por ende del art. 152.2 CE, que sostienen la consideración del Estatuto como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma y cuya modificación solo puede afrontarse por el expreso mecanismo de reforma contenido en el mismo. Respecto a la eficacia de las instrucciones, epicentro de los argumentos del recurrente, establece como única y excluyente vía la de los procesos judiciales para conseguir su cumplimiento o restituir su incumplimiento. Respecto a la que designa como «esterilización» del Parlamento de Cataluña, se centra en la disposición del Acuerdo del Consejo de Ministros que establecía

382 <https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_078/P%205184-2017.pdf>.

un «control» sobre las actuaciones parlamentarias y que luego no sería autorizado por el Senado, estableciendo que el mismo supondría «un inaudito control del poder legislativo por parte del ejecutivo». Finalmente, un aspecto orgánico es objeto de atención del recurrente. Considera que la definición del artículo 155 realizada por el Consejo de Ministros el día 21 contraviene la literalidad de dicho precepto que confiere al «gobierno» la adopción de las medidas necesarias, pero no la delegación en otros órganos, creados o designados para el cumplimiento de las medidas. Todo ello redundaría en la infracción del art. 9 de la Constitución, al apreciar una desvinculación de las medidas al ordenamiento jurídico vigente, en particular a la Constitución. Respecto a la suspensión del Acuerdo, los argumentos *Fumus Boni Iuris* y *Periculum in mora* trataban de apelar a las consecuencias perniciosas que supondría el mantenimiento del Acuerdo.

Un segundo cauce de reclamaciones frente a la implementación del art. 155 se ha canalizado ante el Tribunal Supremo. En primer término, con fecha de 25 de octubre de 2017, se interpuso un recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre, promovido por la Generalitat de Cataluña. Destacaba del mismo la solicitud de una medida cautelarísima de suspensión de dicho acuerdo al amparo del art. 135 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Del Fundamento Jurídico Primero del auto por el que se atiende al Recurso 267/2017, el ponente, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, destaca a partir de un extracto del escrito dirigido al Tribunal que a tenor de la reclamación «no existe ningún incumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales por la Generalitat». En dicho auto se niega la solicitud de suspensión del Acuerdo, dado que (FJ2) «la Sala carece de jurisdicción para obstaculizar o impedir el ejercicio por el Senado de sus funciones constitucionales», por lo que no procede acceder a dicha medida, instando la continuidad del procedimiento.

Distinto cariz presentan sendos recursos realizados con fecha de 13 de noviembre de 2017, respectivamente presentados uno por 35 diputados del Parlamento de Cataluña y, otro, por un nutrido grupo de juristas, entre los que cabe señalar la firma de profesores de Derecho Constitucional como Enoch Albertí, Mercé Barceló o Joan Vintró. La simetría de sus planteamientos en torno a un recurso contencioso administrativo mediante procedimiento de amparo judicial para la protección de los derechos fundamentales en relación con el Real Decreto 946/2017, de 27 de octubre, de convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña y de su disolución, se afianza en la estructura formal, cuyo epicentro es un otrosí desde el que se insta el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional respecto a los Acuerdos de 21 de octubre del Consejo de Ministros y de 27 de octubre del Senado. Esa simetría también se extiende a los fundamentos de las pretensiones de los recurrentes, que comentaremos de modo conjunto, pero que no obstante divergen en un aspecto clave como es el derecho que identifican vulnerado, referido en el caso del recurso planteado por los parlamentarios catalanes al art. 23.2 CE, mientras que en el caso de los juristas se refiere al art. 23. 1 CE. Los parlamentarios entienden vulnerado el derecho de los ciudadanos a acceder en

condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, en la medida que se ha puesto fin a su mandato como representantes electos por una vía ilegítima, no prevista en el ordenamiento. En el segundo de los recursos que analizamos, el derecho fundamental vulnerado es el regulado en el art. 23.1 CE, establece el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, al haber puesto el Real Decreto 946/2017 fin al mandato de los representantes electos por una vía ilegítima, no prevista en el ordenamiento.

Respecto a la posible cuestión de inconstitucionalidad, su planteamiento es merecedor de un doble análisis. Por un lado, formalmente se justifica en el «valor de ley» de las disposiciones objeto de impugnación, «pudiendo ser objeto, por tanto, de determinados procesos ante el Tribunal Constitucional»³⁸³. Así, según se establece en el recurso, los Acuerdos del Consejo de Ministros y del Pleno del Senado tendrían valor de ley al reconocerse a «aquellos actos (Reales Decretos del Gobierno o actos de autorización o aprobación parlamentarias) que establecen la legalidad aplicable durante la vigencia de medidas excepcionales». Sobre este particular, y refiriéndose a la situación planteada por la prórroga del estado de alarma el Tribunal Constitucional sostuvo:

«Si la Constitución y el ordenamiento habilitan a determinados actos, decisiones o resoluciones parlamentarias para modificar de tal modo la aplicación de las leyes, no es de dudar que tales actos, decisiones o resoluciones ostenten ese genérico “rango” o “valor” de ley que invoca para acotar su objeto el art. 42 LOTC, con la consecuencia de que los mismos son insusceptibles del recurso de amparo previsto en tal precepto y solo cabe impugnarlos ante este Tribunal a través de los procesos constitucionales previstos en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las leyes, normas y actos con fuerza o valor de ley. Ello sin perjuicio, como es evidente, de que los actos que puedan dictarse en aplicación de aquéllos puedan impugnarse ante la jurisdicción ordinaria en cada caso competente y los órganos judiciales puedan, al enjuiciarlos, promover cuestión de inconstitucionalidad contra los actos, decisiones o resoluciones con valor o rango de ley de los que son aplicación cuando consideren que pueden ser contrarios a la Constitución» (ATC 7/2012, de 13 de enero, FJ3). En el mismo sentido, STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 9 (ECLI:ES:TC:2016:53).

Por otro lado, materialmente, al centrarse sendos recursos en fijar unos límites en la configuración y desarrollo del 155. Estos serían los siguientes:

Un límite de carácter genérico, referido a la adecuación y proporcionalidad de las medidas adoptadas al amparo del 155 a la finalidad a la que se destinan.

383 Rubio Llorente, F. (1983): «Rango de Ley, fuerza de Ley, valor de Ley», *Revista de Administración Pública*, 100-102, 417-432. P. 423.

Unos límites específicos, centrados en que las medidas a adoptar no sean contrarias a la Constitución, que no podrá ser excepcionada *pro tempore* y que no se produzca una afectación de los derechos fundamentales de las personas garantizados en la Constitución.

Es destacable la metodología a la que se recurre para identificar esos límites y para justificar la ilegalidad de alguna de las medidas de aplicación del 155 adoptadas por los Acuerdos del Consejo de Ministros y del Senado. Esta metodología es tetramórfica: los antecedentes del debate del texto constitucional³⁸⁴, en particular las enmiendas rechazadas y que contenían aspectos equiparables a la aplicación realizada del 155. El derecho comparado, donde se enfatiza la regulación expresa en sede constitucional de la posibilidad de disolución de una cámara territorial³⁸⁵, en consecuencia ante la no previsión expresa de esa posibilidad, tal implementación quedaría extramuros de la legalidad. La propia Autorización del Senado, en la que se rechaza alguna de las medidas propuestas por el Consejo de Ministros, por considerarlas contrarias a la Constitución, como hemos visto y, finalmente, la doctrina, destacándose los trabajos de García de Enterría³⁸⁶, García To-

384 En los debates constituyentes se plantearon las posibilidades dentro de la ejecución forzosa del 155 en varios momentos. La primera vez fue con ocasión del voto particular que reservó el grupo de Alianza Popular respecto del anteproyecto de Constitución, en el que se establecía la facultad del Gobierno estatal para intervenir una *región autónoma*, pudiendo suspender sus órganos y nombrar un gobernador general. Dicho voto fue defendido en el Pleno del Congreso y fue rechazado.

La segunda vez se produjo ya en relación concreta al texto del anteproyecto de Constitución (y específicamente al artículo 144, que contenía una redacción muy parecida ya a la del actual artículo 155 CE), mediante una enmienda del grupo de UCD (enmienda 736, con el señor Ortí Bordas como primer firmante), por la cual se proponía añadir un tercer número al artículo 144 que estableciera que «El rey, a propuesta del presidente del Gobierno, tras deliberación del Consejo de Ministros y previa consulta con los presidentes del Congreso y Senado, podrá decretar la disolución de la Asamblea regional por la comisión de actos contrarios a la Constitución, por violar gravemente la ley o por razones de seguridad del Estado». Dicha enmienda fue rechazada por la ponencia constitucional, y en consecuencia no fue incorporada a su informe.

Y, por tercera vez, el grupo de la UCD presentó de nuevo una enmienda al artículo 149 del proyecto de Constitución aprobado por el Congreso (enmienda 957 del señor Alberto Ballarín), con un contenido muy semejante: se proponía añadir un número 3 al artículo 149 (que tenía una redacción prácticamente idéntica a la del actual artículo 155 CE), que decía: «Los órganos regionales podrán ser disueltos si las medidas adoptadas no se cumplen o también por razones de seguridad nacional. La disolución requerirá el acuerdo favorable del Senado en el primer caso y el de ambas Cámaras en el segundo». Dicha enmienda tampoco fue aprobada, manteniéndose el artículo 149 en términos prácticamente idénticos a los del actual artículo 155. Todo ello muestra claramente que el constituyente contempló expresamente la opción de disolver el Parlamento territorial en aplicación de los poderes extraordinarios previstos en el actual artículo 155 CE y que la rechazó.

385 Constitución de Austria, artículo 100; Constitución de Italia, artículo 126 y Constitución de Portugal artículo 236.

386 García de Enterría, E. (1983): *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*. Madrid, Civitas, 184.

rres³⁸⁷ y Gil Robles³⁸⁸, quienes convienen en no admitir en ningún caso la disolución de órganos autonómicos, ni la revocación de sus cargos políticos.

Por todo lo cual se solicita el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, órgano al que se han dirigido dos recursos de inconstitucionalidad sobre esta materia.

El primero de ellos, fue interpuesto por la Generalitat de Cataluña el 24 de octubre de 2017, teniendo como objeto la autorización que adoptaría el Senado a los efectos de aplicar a la Generalitat de Cataluña el Acuerdo adoptado por Consejo de Ministros el 21 de octubre. El Tribunal Constitucional, mediante ATC 142/2017, de 31 de octubre inadmitiría a trámite dicho recurso 6241-2017 (ECLI:ES:TC:2017:42A). La razón fue su planteamiento temprano, con una excesiva premura que llevó a su interposición «cuando no existía siquiera en el ordenamiento jurídico el acto con fuerza de ley del Senado que se pretende recurrir» (FJ1). En realidad el recurso se ha interpuesto no ya antes de la publicación en el Boletín Oficial del Estado del acuerdo del Pleno del Senado que se pretende impugnar, como exigen los artículos 31 y 33.1 LOTC, sino incluso antes de que este acuerdo fuese aprobado por la Cámara, así se concluye que cuando se interpuso el recurso, el acuerdo «no existía». Llama la atención, que el recurso procesal utilizado, el recurso de inconstitucionalidad, se fundamenta en asignar al Acuerdo del Senado «fuerza de ley», utilizando la propia doctrina del Tribunal Constitucional, (AATC 114/1991 y 7/2012 y la STC 83/2016). Consideramos más apropiado sostener el valor de ley de esta Autorización, ya que derivar de la misma una fuerza activa y pasiva a su modificación por una Ley no responde plenamente a la realidad, dado que su desarrollo ha sido merced a Reales Decretos, cuya modificación pudiera influir en la alteración del mismo acuerdo³⁸⁹, tampoco su fuerza activa implica una alteración del ordenamiento jurídico previo, que no se ha reformado por la adopción de este Acuerdo, ni de modo temporal ni definitivo. Este recurso se fundamentaría en un Dictamen, 13/2017, de 26 de octubre, del Consell de Garantías Estatutàries de Catalunya, con el sorprendente título *Sobre el acuerdo que puede adoptar el Pleno del Senado de autorización al Gobierno del Estado, al amparo del artículo 155 de la Constitución, para la adopción de las medidas que el mismo ha solicitado en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017*³⁹⁰. Esa pendencia incierta de lo que finalmente se podría aprobar en el Senado y sobre cuyo asesoramiento tendrían

387 García Torres, J. (1984): «El artículo 155 de la Constitución española y el principio constitucional de autonomía», *Organización Territorial de Estado*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, II, 1283.

388 Gil-Robles Y Gil-Delgado, J. M. (1999): «Artículo 155. El control extraordinario de las Comunidades Autónomas», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid, Cortes Generales, EDERSA, XI, 501 y ss.

389 Este recurso también incorporaba un error material, no tomado en consideración por el propio tribunal al consignar que el Acuerdo que se impugnaba del Pleno del Senado era de fecha 20 de octubre. Otra evidencia de la premura que marcó esta reclamación.

390 <<https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20171030131001-2.pdf>>.

que haber dictaminado, confiere a este trabajo del Consell un mérito coherente con el reto propuesto. Eso se traduce en la generalidad de sus pronunciamientos, perspectiva desde la cual se edifica un esbozo de lo que parece ser el objetivo de todos los actores interesados en la aplicación del 155, el diseño de su régimen y naturaleza.

Así, desde este Dictamen 13/2017, la configuración del régimen del art. 155 se ciemta sobre unos postulados axiomáticos que su suceden del siguiente modo.

En primer lugar, el *prius* o supuesto habilitante para la activación del art. 155. Una inobservancia de las obligaciones constitucionales por parte de una Comunidad Autónoma, con los apelativos de «manifiesta, contumaz, deliberada y negligente»³⁹¹.

Segundo, naturaleza y última ratio. El ámbito de aplicación y la existencia del art. 155 se desenvuelve en el terreno político, diferenciado de otros recursos jurídicos habilitados para la restauración del orden constitucional subvertido. Su razón de ser es presentarse como la «última ratio», la última posibilidad frente a un marco de diálogo, pacto y convivencia institucional. Cuando todos estos recursos han fallado se abre la puerta a la aplicación del 155.

Tercero, requisitos materiales y formales: la garantía del 155. La aplicación del 155 lleva aparejada dos componentes, uno material, referido a esa inobservancia de las obligaciones constitucionales o a un grave atentado al interés general y otro formal, consistente en un procedimiento con varios estadios (requerimiento, respuesta, propuesta, aprobación por el Pleno del Senado) que constituye una garantía de su aplicación conforme a los parámetros constitucionales, interpretados por el poder ejecutivo y por el Senado. Aquí la aportación del Consell redunde en apercibir sobre cómo interpretar cada estadio, en particular lo que se ha desarrollado como fase epistolar de este proceso. Reclama la atención no solo a la literalidad de lo escrito, o a su confusión o claridad, sino, sobre todo, se preste atención a «una realidad política incuestionable», es decir al compendio de la retórica y de la realidad y la efectividad³⁹². Dentro de este análisis estructural se desarrolla una apuesta por una triple interpretación: literal, jurisprudencial y sistemática. Literalmente, como alternativa a la imprecisión e indeterminación con que el artículo 155 se plasmó en la Constitución y de la que, al parecer, solo hemos sido conscientes casi cuarenta años después de su ambigua redacción. Desde esa literalidad, emergen tres términos que se erigen en protagonistas: necesidad, finalidad (obligar a la Comunidad Autónoma al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general) e instrucciones, como vehículo para la ejecución de las medidas previstas en el primer apartado del art. 155. La jurisprudencia sobre el 155 es solo un futurible. Las exiguas referencias al mismo precepto son consecuencia de su inserción en la Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Así, la STC

391 *Ibidem*, 16.

392 *Ibidem*, 18.

215/2014, de 18 de diciembre, FJ 8 sostenía que: «No cabe duda de que el recurso a la vía prevista en el artículo 155 CE supone una injerencia clara en la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas que lleva a una actuación subsidiaria del Estado, pero se trata de una injerencia autorizada por el propio texto constitucional, como reacción última a un incumplimiento flagrante de las obligaciones constitucionalmente impuestas». Es precisamente ahí donde se sustenta la interpretación «sistemática» del precepto, en su concepción como última ratio, como el último recurso político ante las situaciones descritas en el precepto, inobservancia de la Constitución y de las leyes y grave afectación del interés general. Desde esa perspectiva, el *Consell* aboga por una interpretación acorde con lo que denomina el «espíritu de la norma», que aludiría a una «interpretación restrictiva y de la forma más respetuosa posible con el sistema institucional de las Comunidades Autónomas»³⁹³.

Cuarta, la aproximación positiva al 155. Ha de estar regido por el principio de necesidad, una necesidad basada en realidades y que tenga en cuenta los supuestos fácticos. Esa necesidad va a estar determinada por la gravedad con la que se ha afectado, atentado, al interés general. Han de ser medidas presididas por la gradualidad, la proporcionalidad y la transitoriedad. La gradualidad³⁹⁴ ha de ser baremada *ex ante* y *ex post*. *Ex ante*, es preciso poner en marcha todos los mecanismos preventivos, correctivos y correctores del incumplimiento de las obligaciones constitucionales o legales y de la afectación de los intereses generales. *Ex post*, se proyectaría en las medidas a adoptar por el Senado que se sugiere sean igualmente dosificadas, aumentando la dosis desde unas iniciales hasta otras más intensas. La aplicación de un test de proporcionalidad a partir de tres referentes: necesidad, adecuación y proporcionalidad *stricto sensu*. Así, se buscarían las medidas menos lesivas, en principio para las instituciones de la Comunidad Autónoma. Las medidas a adoptar, igualmente, deben ser medidas precisas, acotadas a aquellos ámbitos concretos que atenten al interés general, huyendo de formulaciones abstractas e imprecisas. La temporalidad viene marcada por la máxima de un pronto retorno, una vez aplicadas las medidas, al funcionamiento ordinario del régimen autonómico.

Quinto, aproximación negativa al 155. La afectación o alteración temporal del normal funcionamiento del sistema institucional de una Comunidad Autónoma no puede ser equiparado a una modificación o reforma de la autonomía y tampoco debe tener una finalidad sancionadora. No podría introducir limitaciones en el ejercicio de la función legislativa, como autorizaciones previas. No podría implicar la disolución del *Consejo de gobierno*, en cuanto afectaría a la transitoriedad que se ha predicado de las medidas a adoptar y, sobre todo, a la tutela judicial efectiva que se alteraría por impedir la facultad

393 *Ibidem*, 21.

394 «Gradualidad en la adopción de medidas necesarias para satisfacer el objetivo irrenunciable: salvaguardar la unidad indisoluble de la Nación (art. 2) y la soberanía del pueblo español (art. 1.2).» Remiro Brotons, A., y Andrés Sáenz de Santamaría, P., «La cuestión catalana», en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70, 1, 2018, p. 290.

de recurrir al Tribunal Constitucional, bien mediante un recurso de inconstitucionalidad o mediante un conflicto de competencias de dicho ejecutivo, actuaciones sobre las que se requiere dictamen previo de este órgano consultivo. No podrían afectar al modelo de distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma al ser un ámbito reservado a la reforma estatutaria.

Como hemos dicho, estas reflexiones pierden entidad por la premura de su emisión, algo que se manifestaría en el recurso frustrado que avaló.

Finalmente, hemos de traer a colación el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea.

Este recurso se presentó ante el Tribunal Constitucional el 4 de diciembre de 2017. Fue resultado de la presión ejercida por la variante catalana de este grupo parlamentario y resultado, indirecto, de la incapacidad de otro grupo parlamentario, como el de Esquerra Republicana con solo nueve miembros, para presentarlo. Igualmente, miembros del PDeCAT, sin grupo propio e integrados en el Grupo Mixto, apoyaron la presentación de este recurso, cuya redacción formal se atribuye a Joan Vintró, quien en 2005 lideraría un equipo de investigación estatal bajo el que se instaba a buscar la vía federal para el Estado español. El objetivo de su interposición se remitía a aclarar las dudas jurídicas que su aplicación ha supuesto, según manifestó el representante de En Comú Podem, Xavier Doménech³⁹⁵.

Tres son las categorías argumentales en las que se centra el recurso, la inconstitucionalidad procedimental, la inconstitucionalidad material y la quiebra de los principios de adecuación y proporción con el que medidas excepcionales como la contemplada en el artículo 155 deben acompañarse³⁹⁶.

Inconstitucionalidad procedimental: el epicentro del *petitum* de los reclamantes desde el punto de vista procesal es la «coherencia» o sensu contrario, la ausencia de la misma en los distintos estadios que componen el acto complejo, o como se describe en el recurso «carácter integrado del procedimiento» (fdto. undécimo), de la aplicación del art. 155. Esa incoherencia concatenada se verificaría primeramente, entre el contenido del requerimiento formalizado el 11 de octubre y la ulterior definición del mismo en el acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre. En ese sentido, los recurrentes delimitan el alcance del requerimiento y de su contestación en torno a dos aspectos: el incumplimiento de las obligaciones constitucionales que la Comunidad Autónoma puede negar o justificar en su contestación y las medidas de restablecimiento requeridas, que la Comunidad podría discutir, propugnar su modificación o su sustitución por otras alternativas (fdto.

395 Vallín, P. (2017): «Las claves del recurso contra el 155», *La Vanguardia*. [En línea]. Disponible en: <<http://www.lavanguardia.com/politica/20171207/433441602383/xavier-domenech-articulo-155-tribunal-constitucional-elecciones-cataluna.html>>.

396 Disponible en: <<http://ep00.epimg.net/descargables/2017/12/04/57841cbc0c760ef37f223758a4f07c39.pdf>>.

séptimo). A partir de esta premisa, el recurso traduce las cartas de respuesta del presidente de la Comunidad catalana diciendo que «en las mismas se niega la existencia de una declaración de independencia por las instituciones catalanas que constituya un acto de incumplimiento de la Constitución, y se configura la situación resultante de la consulta de 1 de octubre como un mandato político, cuyos efectos se han dejado públicamente en suspenso por el propio presidente de la Generalitat». El problema radica en que ambos escritos no sostienen con meridiana claridad, como se les requería, ese aserto, de negación explícita del incumplimiento objeto del requerimiento y dispersan su respuesta, no en medidas alternativas, sino en algo ambiguo como es un diálogo, sin guion, sin interlocutores y sin foro. Es más, el foro parlamentario y los interlocutores designados por los ciudadanos que son los parlamentarios catalanes han sido exceptuados de esa hipótesis de solución dialogada. Llama la atención de esta parte del recurso que obvia la palabra referéndum, para describir lo acaecido el 1 de octubre como «consulta», de la que «excluye en cualquier caso de vigentes efectos jurídicos». El problema es que dicha consulta, se formuló como un referéndum a medida de unos intereses, con un basamento legal, siendo per se un ilícito, antijurídico e inconstitucional, como declaró el Tribunal Constitucional (STC 114/2017, de 17 de octubre. ECLI:ES:TC:2017:114, FJ 3) y que se consolidaría en sentencias posteriores (SSTC 120/121 y 122, 2017, de 31 de octubre).

Esa incoherencia, los recurrentes la expanden al siguiente hito de este acto complejo referido a la autorización del Senado. Aquí se coteja el planteamiento del requerimiento, «frente a un incumplimiento concreto y delimitado en una actuación única se pasa a un incumplimiento general y difuso con afectación transversal y de extraordinaria amplitud sobre el interés general de España». Obvian los recurrentes, que estas acotaciones del objeto del requerimiento obedecen a una lógica relación género-especie. Si la extensión del concepto A, constituye una parte del concepto B, A es una especie respecto a B y B es el género respecto a A. Que los actos de las autoridades de la Comunidad catalana hayan conducido a un reto independentista, es una plasmación de hechos diferenciados y conexos, ligados por ese único e inconstitucional eslabón. No podemos obviar, algún otro referente, como el expresado en el apartado 10 del recurso, referido a la adopción por el Gobierno de España de un «requerimiento inicial limitado y dirigido a actuaciones de fácil justificación y defensa», circunstancia que hace más incomprensible el porqué no se actuó acorde a esa facilidad, optando por la vía difícil de eludir una respuesta meridiana y asertiva. Finalmente, desde este ámbito procesal se reprocha el incumplimiento de las posibilidades procesales en el marco de la tramitación en el Senado de esta ejecución forzosa, en particular de lo explicitado en el apartado 3 del artículo 189 del Reglamento del Senado. Se sostiene que la Comisión, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67 referido a la obtención de información y ayuda que necesiten para su gestión, requerirá «por medio del presidente del Senado, al presidente de la Comunidad Autónoma para que en plazo que se fije remita cuantos antecedentes, datos y alegaciones considere pertinentes y para que designe, si lo estima procedente, la persona que asuma la represen-

tación a estos efectos». Con fecha 26 de octubre, tal y como hemos analizado al describir el iter de la aplicación del procedimiento del 155, el presidente de la Generalitat remitió al presidente del Senado las alegaciones previstas en el art. 189 RS, designando como representante al Sr. Ferran Mascarell i Canalda, así como dos posibles sustitutos «en el caso de que no fuera posible», los senadores Josep Lluís Cleries y Miquel-Àngel Estradé. La no aceptación por parte de la Comisión, y previamente por la Mesa y por la Ponencia, de la actuación como representante del Sr. Mascarell se esgrime por los recurrentes como «una significativa limitación de las posibilidades de intervención en defensa de las alegaciones del presidente de la Generalitat», al introducir, por un lado, una acotación no explícita en el Reglamento del Senado que habla de un representante del presidente de la Comunidad Autónoma «sin exigencia adicional alguna», es decir basándose únicamente en una relación de confianza entre representante y representado, algo que al tener que designar a otros senadores se merma tanto en términos de confianza como de capacidad. En segundo lugar, la negativa a autorizar la participación en la defensa de las alegaciones del Sr. Mascarell minoraría en carácter institucional de la tramitación de la autorización, derivándola a un debate político entre fuerzas parlamentarias, algo ordinario, frente a la naturaleza extraordinaria de este procedimiento. De todo ello se derivaría la inconstitucionalidad de dicha negativa a aceptar la comparecencia del representante designado inicialmente por el presidente y, subsiguientemente, la nulidad de la autorización del Senado.

Inconstitucionalidad sustancial de la autorización. Los argumentos materiales o sustantivos que fundamentan el recurso se estructuran en torno a dos grandes bloques. Un primer núcleo argumental (fdtos. 14-17) se centra en delimitar el régimen jurídico en el que debe insertarse el artículo 155. En un segundo bloque, se busca la declaración de inconstitucionalidad de la autorización a aplicar el 155 en el análisis detallado de cada medida propuesta.

Pues bien, en esa presentación de academia que persigue delimitar el régimen jurídico del 155 los pilares sobre los que se cimienta son las siguientes categorías: naturaleza, contenido, acotación temporal, límites o acotación material y filosofía o razón de ser del precepto. En primer lugar, la naturaleza excepcional del 155 se equipara a los Estados excepcionales (art. 116 CE) (fdto. 14), limitando la ruptura del modelo constitucional ordinario a un mínimo necesario. En segundo término, el contenido se vincula a las «instrucciones» cuyos efectos de reducción de la autonomía y alteración de un régimen ordinario de actuación sean de carácter limitado. Un elemento que refuerza la eficacia de las mismas es su carácter vinculante, la obligatoriedad de su cumplimiento. En este apartado del contenido, cabría ahondar en el significado del concepto jurídico indeterminado de «instrucciones». Los recurrentes acotan negativamente sus acepciones e implementaciones, remitiendo a la existencia de otros instrumentos para purgar las vulneraciones del orden constitucional causadas por autoridades autonómicas. V.gr. las reguladas en los arts. 161.1 a y c; 161.2CE; 153 CE o los delitos contra la Constitución tipificados en el Código Penal. La delimitación negativa de la aplicación del 155 se vertebra desde dos frentes, el diseño de un

límite temporal, no cabría una aplicación prospectiva o de futuro de las medidas a adoptar según los recurrentes, siendo obligado que las instrucciones sean de aplicación sincrónica a su promulgación. Igualmente, los límites del 155 se derivarían del único presupuesto que la literalidad del artículo le señala, «el del carácter necesario de las medidas» (fdto. 15). La indeterminación exigiría que fuesen medidas interpretadas restrictivamente, siendo posible (halo positivo) actuar por parte de las instituciones estatales en ámbitos de competencia autonómica y el desplazamiento de las correspondientes autoridades (fdto. 16). Sustitución que debe ser puntual, finalista, imprescindible y temporal. Cualquier extralimitación de esos atributos se equipara a una inconstitucionalidad de la medida. En ese énfasis de precisar aquellas actuaciones que tienen cabida en el marco del 155, se apela a la proporcionalidad con que han de aplicarse, huyendo de la conversión de ese cauce en una «imposición de una concreta opción política» (fdto 17). Para fundamentar el *ethos* del artículo 155, no se duda en recurrir a la doctrina, citando a Cruz Villalón, para quien el éxito de este precepto redundaba en su no aplicación, la misma que sería la evidencia de un fracaso.

Descendiendo al análisis específico de las medidas propuestas, los recurrentes desgranaban sus argumentos en los fundamentos 18 a 25.

El cese del presidente de la Generalidad y los miembros del gobierno catalán se entienden articulados en vulneración de los arts. 2, 147 y 152 CE, así como del 67 y 68 EC. Se vulneraría (fdto 18) la organización territorial autonómica y la forma de gobierno democrática y parlamentaria, quebrando el que las «decisiones de las instituciones autonómicas deriven de la decisión política de sus ciudadanos mediante las correspondientes elecciones». En lo que se refiere al cese de los miembros del Gobierno de la Generalitat se vulnerarían las exigencias de adecuación y necesidad (fdto. 19) para impedir una «declaración de dependencia», como erróneamente se suscribe. Se esgrime su percepción como una sanción a los miembros del Gobierno y se aboga por su suplencia por diversas medidas alternativas menos gravosas, como las instrucciones al gobierno de la Generalitat, la suspensión de alguna de sus facultades o la asunción de las mismas por una autoridad del Estado. Se repudia que esta medida sea ancilar a lo que se considera por los recurrentes como la «medida principal del Acuerdo: la convocatoria de elecciones autonómicas». La vulneración de los artículos 23 y 24 CE fortalecerían la pretensión de inconstitucionalidad del cese del gobierno (fdto. 20), ello porque se alega una diferencia cualitativa entre una «suspensión general del ejercicio del cargo» y el cese que ha de vincularse a las causas tasadas legislativamente y que extrapola sus consecuencias a la pérdida del aforamiento de los cesados, circunstancia que redundaría en la merma de la tutela judicial efectiva que se predica de todos los ciudadanos. El establecimiento de un marco jurídico especial (fdto. 21), expresión con la que los recurrentes aluden a la situación derivada de tres medidas del Acuerdo de aplicación del 155, como son la introducción de un «régimen de comunicación o autorización previa para la adopción de las diversas actuaciones que el gobierno considere», la articulación de una «sanción específica de nulidad de pleno derecho para

los actos que contravengan lo dispuesto en el acuerdo» y la «denegación de los efectos jurídicos para las disposiciones y actos publicados en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya que contravengan lo dispuesto en el acuerdo». Los argumentos con los que propugnan la inconstitucionalidad derivan de la extralimitación de lo que consideran contenido del 155, que en ningún caso puede asimilarse a una innovación en el procedimiento legislativo —refiriéndose al requisito de la comunicación o autorización previa— y que tampoco puede articularse contraviniendo el principio de la seguridad jurídica, a partir de la introducción de la nulidad de pleno derecho o de la negación de eficacia a disposiciones y actos publicados que se sean contrarios al acuerdo. La previsión de la sustitución, en caso de necesidad de los miembros del Cuerpo de Policía de la Generalidad por efectivos de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado se entiende como una extralimitación de la habilitación para sustituir autoridades, por cuanto supone sustituir una administración por otra (fdto. 22), alterando la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Los apartados vigésimo tercero a vigésimo quinto exponen la reclamación de inconstitucionalidad respecto a las medidas adoptadas con respecto al Parlamento. La más destacada de todas ellas se refiere a la potestad de acordar su disolución y convocar elecciones, aunque también merecen consideración aquellas que limitan o excluyen facultades parlamentarias de investidura o de control e impulso del gobierno. La existencia de una reserva de Ley Orgánica a los efectos de modular el derecho a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos impediría su afectación por el art. 155. De igual modo, estaría fuera del alcance de este precepto, «limitado a las actuaciones ejecutivas» aquellas medidas que inciden en el derecho de participación política de los diputados, como la investidura, el impulso o el control parlamentario del gobierno. Se vuelve a recuperar argumentos históricos que recaban el debate constituyente del art. 155, en este particular la enmienda n. 736 al texto de anteproyecto de la Constitución presentada por Sr. Ortí Bordás, del grupo parlamentario de Unión de Centro Democrático, que se proyectaba específicamente sobre la posibilidad de disolución del parlamento de una Comunidad Autónoma, posibilidad que si se contempla en otros ordenamientos constitucionales de Estados descentralizados (Italia, Portugal o Austria), pero que no se contempló en la Constitución española de 1978. Se aboga, (fdto. 24) por el mantenimiento de la potestad de disolver el Parlamento en el presidente de la Generalitat, aún cuando otras de sus facultades hubieran sido sometidas a instrucciones derivadas del mandato del 155. Finalmente, se repudia por parte de los recurrentes que las medidas derivadas de la implementación del 155 se asimilen a «la previsión de un Ejecutivo falto por completo de control político» (fdto. 25).

Una reflexión sobre estos argumentos implica sustentar algunas dudas sobre la constitucionalidad de las medidas adoptadas, en particular la eliminación del control al ejecutivo, dada que la excepcionalidad no supone quebrar el principio clave de la separación de poderes. Si bien, alguno de los argumentos alegados puede ser reformulado y contraargumenta-

do del siguiente modo. El primero de ellos, la disolución del Parlamento y la convocatoria de elecciones, es un elemento clave de la aplicación del 155. La disolución del Parlamento es un *prius* para alcanzar el objetivo, celebrar nuevas elecciones con garantías, con lo cual no se quiebra el principio democrático, sino que se antepone frente a su mutación *contra legem*. En esta línea, lo político impregna a lo jurídico, y la reclamación de que el presidente de la Generalitat no cesado hubiera mantenido la potestad de disolver el Parlamento, quiebra por su rendimiento pragmático, el presidente de la Generalitat lo pudo hacer, pero renunció a esa posibilidad, que ahora se revierte en argumento de inconstitucionalidad de la aplicación del 155. Otro de los argumentos, el de que las actuaciones del 155 solo pueden vertebrar a miembros del poder ejecutivo, no se compatibiliza con la redacción del 155 en las que el sujeto pasivo son «todas las autoridades de las Comunidades Autónomas», por consiguiente, también los miembros del poder legislativo. Respecto a la no fijación de un límite temporal definido, este se subsume en el criterio finalista de alcanzar los objetivos de restituir el orden constitucional y el respeto al interés general, por lo que la conexión entre ambos considerandos suple esa indeterminación cuantitativa.

Finalmente, la pretensión de los recurrentes radica en solicitar la nulidad del acuerdo, como objetivo más amplio, o al menos, ajustando la pretensión, reclamar la inconstitucionalidad de la facultad de disolución parlamentaria, del cese del presidente y del Gobierno o la sustitución de la policía autonómica por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

Esta relación de procesos judiciales abiertos al hilo de la activación del 155, puede no ser un listado cerrado si desde el Parlamento de Cataluña se acordase, por su Diputación Permanente la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, posibilidad que se ha impulsado por el Grupo parlamentario de JxSI³⁹⁷.

III.3.3.6. El 155 tras las elecciones de 21 de diciembre: la ratificación de la fragmentación y un futuro incierto

Las elecciones catalanas celebradas el 21 de diciembre, a partir de su convocatoria como consecuencia de la implementación del 155 han deparado unos resultados que en estas líneas serán objeto de análisis desde dos parámetros: su afectación al 155 y sus potenciales efectos sobre las estrategias a seguir en un marco de conflictividad territorial. El axioma base es que la fragmentación se ha consolidado y desde ella el inherente conflicto es el primer punto del orden del día de la agenda territorial española.

Con una participación excepcional, cifrada en el 81,94%, los escaños del Parlamento catalán se han repartido del siguiente modo: constitucionalistas/no independentistas 65 (Ciutadans 37, PSC 17, Catcomún 8, PP 3) y anticonstitucionalistas/independentistas 70 (JuntxCat 34, ERC Cat sí 32, CUP 4). Esto se traduce en una mayoría absoluta parlamentaria de las fuerzas separatistas, pese a que el partido más votado y con más escaños, el vencedor, es el constitucionalista Ciudadanos.

397 <https://www.parlament.cat/web/actualitat/noticies/index.html?p_id=270292129>.

Desde la óptica de la conexión de los resultados electorales a la activación y puesta en práctica del art. 155 CE, podríamos impulsivamente afirmar que «para este viaje, no hacían falta alforjas». El punto de llegada ha probado ser el mismo que el de partida, en consecuencia, ¿qué sentido tiene haber aplicado el 155?

Retrospectivamente, hemos de ratificar la inevitabilidad del recurso al 155. La gravedad de la situación rupturista provocada por la extrema irresponsabilidad y la violación constitucional que se gestó desde las autoridades catalanas no admitía ninguna otra alternativa. No había otra opción a la volatilización del Estado de Derecho. La evaluación de todas las medidas propuestas sigue albergando ciertas dudas, en particular la opción de haber dado la «instrucción» de convocar elecciones, y una vez que esta se hubiera desobedecido, seguramente hubiera sido así por las presiones sobre el presidente, se hubiera procedido a esta determinación. El hecho de haber llegado al mismo fin, por distintas vías, es fundamentación suficiente para salvaguardar la constitucionalidad de esa decisión. Las acusaciones de vulneración de los derechos fundamentales esgrimidos en los recursos son resultado de una interpretación sesgada de la regulación constitucional de los mismos, que concebiría el Estado de Derecho como la anexión de departamentos estanco sin relación, de derechos y libertades absolutos que se sostienen de modo independiente, algo insostenible constitucionalmente. El Estado democrático de Derecho en España es el resultado de la interacción de derechos y garantías, la interpretación conexa y relacionada de todos sus elementos es inherente a su existencia. En este plano retrospectivo resta reflexionar sobre la respuesta del Tribunal Constitucional a los recursos sobre el art. 155 y que hemos referido prolijamente. El Tribunal tiene el deber inexcusable de resolver, merced a la interdicción del principio *non liquet*. El argumento de que políticamente la situación es la misma tras las elecciones que antes, no expía el hecho de la existencia de razones para activar el 155 y la discrecionalidad política de las medidas que lo implementaron que no vulneraron el bloque de Constitucionalidad, como compendio normativo que se antepone a la especificidad de preceptos aisladamente analizados, desde la excepcionalidad de la aplicación de una de sus válvulas de garantía (art. 155 CE). La mutación transitoria de preceptos como el art. 66 —relativo a la finalización de la legislatura— o 67.7 —cese del presidente— del Estatuto de Autonomía de Cataluña han sido cauces para reconducir y restituir su aplicabilidad y vigencia en plenitud. *Exceptio firmit regulam*. La gradación de las medidas se correspondió con la valoración de la necesidad de las mismas, circunstancia que es competencia discrecional del Gobierno. La moraleja es clara, la independencia, entendida como proyecto de ruptura territorial, ha fracasado y el Estado de derecho ha demostrado que tiene herramientas para impedirlo.

Sincrónicamente, la renovada mayoría independentista exige la retirada del artículo 155 y la consiguiente desactivación de las medidas aplicadas. Ello en el plano político. Con matices. Los ceses son definitivos y los nombramientos han de mantenerse «en funciones» hasta la toma de posesión del nuevo gobierno. Para ello juega el papel de la aplicación de la regulación referida a la investidura del presidente de la Generalitat. El

art. 67. 2 EC establece que «el presidente o presidenta de la Generalitat es elegido por el Parlamento de entre sus miembros». La condición de miembro del Parlamento catalán está regulada en el art. 23 de su Reglamento, (credencial de la Administración electoral, jurar o prometer la Constitución y el Estatuto y presentar la declaración de actividad y de bienes). Los electos en prisión a los que no se ha sentenciado de manera firme, determinando su inhabilitación, podrán ser miembros del Parlamento. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, establece en su art. 3 que «los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena». Este derecho de sufragio, puede ser tanto activo como pasivo. Sin embargo, si no se concede permiso penitenciario para acudir a las votaciones, dado que el art. 93 del Reglamento del Parlamento no contempla la delegación de voto de parlamentarios en prisión, será complicado alcanzar las mayorías que requiere el proceso de investidura (art. 147 Reglamento del Parlamento). A partir de ahí nos colocaríamos en múltiples escenarios de compleja previsión. La separación de poderes que rige en nuestro Estado impide que el Gobierno, el estatal o el autonómico, incluyan y determinen lo que ha de resolver el poder judicial. El poder judicial tiene que proseguir con la instrucción y resolución de las causas abiertas. Lo políticamente más sencillo sería que todos los electos ocupasen sus escaños. Lo jurídicamente debido es que hay que respetar un iter procesal que se origina exclusivamente en la desviación del cumplimiento del derecho por parte de los procesados.

Prospectivamente, un potencial retorno a la unilateralidad secesionista ya sabe la respuesta. En consecuencia, el 155 está listo para reactivarse si se reproduce el o los supuestos de hecho que legitiman su aplicación. Esta proyección futurible del mismo, ya parte de tener la certeza de los antecedentes, por lo cual será más ágil y más previsible.

Desde el punto de vista de las estrategias a afrontar para gestionar la situación derivada de las elecciones catalanas, tras conocer sus resultados, la opción es meridianamente clara: diálogo y negociación³⁹⁸ sobre aquello que sea susceptible de ser negociado.

398 Las editoriales de los periódicos más relevantes confluyen en esa unidireccionalidad de las opciones: dialogar y negociar. «Incierto futuro», *El País*; «La soledad de la razón ciudadana», *El Mundo*; «Una Catalunya dividida», *El Periódico*; «Diálogo para recuperar una Cataluña dividida», *El Mundo*. La prensa pide el diálogo como respuesta a los resultados electorales. <<http://www.elmundo.es/cataluna/2017/12/22/5a3cb-f1b468aeb2f4b8b45cb.html>>.

CAPÍTULO IV

ESTRATEGIAS PARTICIPATIVAS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS TERRITORIALES: LAS ASAMBLEAS DE CIUDADANOS Y LAS CONVENCIONES CONSTITUCIONALES



IV.1. La participación directa de los ciudadanos en la resolución de conflictos territoriales: las Convenciones Constitucionales y las Asambleas de Ciudadanos. El espacio a la democracia deliberativa

La implicación de los ciudadanos en la resolución de conflictos o en afrontar retos de las políticas públicas que no han obtenido respuesta desde los tradicionales cauces representativos abre una puerta a la innovación de la mano de lo que desde el derecho comparado se ha designado como Convenciones Constitucionales (Irlanda) o Asambleas de Ciudadanos (British Columbia y Ontario).

El contexto en el que estos mecanismos se articulan es el determinado por el creciente protagonismo de intereses sectoriales, en particular económicos, en el ámbito del debate público. Unido a ello, la existencia de un incuestionable déficit democrático en las democracias avanzadas en las que «las existentes instituciones democráticas no están funcionando eficazmente»³⁹⁹. Y ello se puede percibir en la cronificación de conflictos políticos, particularmente los territoriales. Cabría pensar que cuando los cauces tradicionales, dominados por los legislativos y los ejecutivos no han funcionado, se podría abrir un espacio a nuevas estrategias como la incorporación de los ciudadanos a un proceso deliberativo que concluya formulando propuestas de resolución de conflictos, de reformas constitucionales, de reformas de los sistemas electorales o de integración de nuevos retos en las políticas públicas. Esto es lo que se ha conseguido con algunas experiencias de democracia deliberativa a nivel comparado.

399 Snider, J. H. (2008): «Designing Deliberative Democracy: The British Columbia Citizens' Assembly», *Journal of Public Deliberation*, 4: 1, 11. [En línea]. Disponible en <<https://www.publicdeliberation.net/jpd/vol4/iss1/art11>>.

A la apatía pública se ha unido una creciente desconfianza en la integridad de las instituciones y de los procesos, sin mencionar los «esfuerzos cada vez más sofisticados para manipular la opinión pública»⁴⁰⁰.

La democracia deliberativa tiene muchas expresiones y toma muchas formas. Puede ser individual, relacional, asociacional, parlamentaria, pero siempre canalizada desde las sociedad civil a la esfera pública.

A partir de ahí, se potencia la creación de una especie de «contrapúblico», un público creado fuera de lo que se considera comúnmente como conjunto de ciudadanos. Es una especie de microcosmos resultado de un proceso selectivo, a través de métodos aleatorios, reunido para deliberar con el fin de mostrar lo que el público o los ciudadanos en su conjunto podrían decidir si tuvieran acceso a la información que ese grupo más pequeño de ciudadanos tiene. Desde ese presupuesto, se podría pasar a debatir qué decidiría el conjunto de la sociedad si se le diesen las mismas oportunidades para la deliberación.

Deliberación no alude a un mero debate, igualmente es más que un diálogo. Deliberaciones son conversaciones que importan porque trabajan metódicamente hasta llegar a un consenso, tratando de conseguir un ámbito común, mirando más al interés público que a sus propios intereses. La calidad y la profundidad de estas conversaciones es importante y una gran cantidad del esfuerzo de sus organizadores se destina a crear espacios de respeto, educativos, desde los que analizar las distintas propuestas en conflicto a partir de posiciones igualitarias. La democracia deliberativa se singulariza como un asunto *top down*, pese a lo que pueda parecer. La explicación radica en que la introducción de los ciudadanos en unos espacios invitados, impulsados por quienes toman tradicionalmente las decisiones, habilita una ubicación desde la que se les legitima a ofrecer recomendaciones a quienes son decisores finales.

Estamos ante nuevos instrumentos para introducir a los ciudadanos en el proceso constitucional⁴⁰¹, en particular las Convenciones Constitucionales. Este hecho no es algo nuevo, desde Grecia, ya el Consejo de los Quinientos se configuró como un órgano deliberativo elegido aleatoriamente para un período de tiempo determinado y con la función de supervisar a la Asamblea. La semilla de esta idea radica en «fortalecer la participación no solo a través del voto, sino a través de una directa implicación en la democracia directa»⁴⁰², algo que se ha desarrollado a través del tiempo y que ha germinado en las ciudades Estado, en las comunas medievales o en los kibutz. Desde el punto de vista académico, se

400 Carson, L. (2008): «Creating democratic surplus through Citizens'Assemblies», *Journal of Public Deliberation*, 4: 1, 5. [En línea]. Disponible en <<https://www.publicdeliberation.net/jpd/vol4/iss1/art5>>.

401 Leduc, L. (2009): «Citizens Involvement in Constitutional Politics: European and Canadian Experiences», *Activating the Citizen. Dilemmas of Participation in Europe and Canada*. New York, Palgrave-Macmillan, 233.

402 Rose, J. (2009): «Institutionalizing Participation through Citizens' Assemblies», *Activating the Citizen. Dilemmas of Participation in Europe and Canada*. New York, Palgrave-Macmillan, 215.

ha de citar a Dahl's, y a la denominada «Escuela de Yale de la reforma democrática», quien promovió la selección aleatoria de ciudadanos para actuar como «asesores» de los gestores públicos (1970, *After the Revolution*), a este grupúsculo le llamaría «minipueblo» (1989, *Democracy and its Critics*), y fijaría el mínimo de un año para cualquier deliberación que afrontase. Otros miembros de esta escuela son Barber, Gastil y Fishkin.

Dos significantes han implementado la idea de democracia deliberativa a la que hacemos referencia: la Convención Constitucional y las Asambleas de Ciudadanos.

Si prestamos atención al término, Convención Constitucional, un *prius* teórico se centraría en articular un marco doctrinal sobre su naturaleza. Se trata de un primer paso para depurar lo que en el ámbito específico de la participación ciudadana directa en los asuntos públicos significa Convención Constitucional. Afirma Dicey que «las Convenciones de la Constitución consisten en costumbres, prácticas, máximas o preceptos que no están aplicados o reconocidos por los tribunales y que constituyen un conjunto no de leyes, sino de principios constitucionales o políticas»⁴⁰³. La Convención Constitucional es así un instrumento para flexibilizar la Constitución, para «cubrir con un manto de carne los secos huesos de la ley»⁴⁰⁴.

Es decir, la esencia de la Convención Constitucional es que carece de un basamento legal, especialmente constitucional, al que por otro lado se vincula y al que busca adaptar a la práctica política para conseguir, de algún modo, lo que Loewenstein llamaba Constitución normativa, esa comunión entre la literalidad de la Constitución y la implementación de la misma⁴⁰⁵. Es por ello que su naturaleza está a caballo entre la política y el derecho⁴⁰⁶.

Una vez descrita la Convención Constitucional hay dos aspectos especialmente relevantes en su cuerpo dogmático: el origen y la fuerza obligatoria de las mismas. En lo que respecta al origen de la Convención Constitucional podríamos reconducir a tres las raíces de estas. Primero, una conducta que ha persistido a lo largo de un gran y dilatado período de tiempo y que en un primer estadio tenía un carácter persuasivo, para luego convertirse en obligatorio⁴⁰⁷. Segundo, un acuerdo para trabajar de una forma particular

403 Dicey, A. (1964): *The study of the law of the Constitution*. London, Macmillan, 417.

404 Jennings, I. (1967): *The law and the Constitution*. London, London University Press Ltd, 81.

405 Loewenstein, K. (1979): *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel.

406 Camerlengo, Q. (2015): «Entre le droit et la politique: actualite des conventions constitutionnelles», *Revue Francaise de Droit Constitutionnelle*, 101, 3-25.

407 McWhinney, E. M. (1957): «Constitutional Conventions», *Canadian Bar Review*, XXV, 92-96. Se analiza la práctica ejecutada por la Reina Isabel II de Inglaterra de realizar diversas consultas tras la dimisión del primer ministro británico, *sir* Anthony Eden (al propio ministro dimisionario, a *sir* Winston Churchill, en condición de único ex primer Ministro conservador vivo y al marqués de Salisbury, uno de los miembros más influyentes del partido conservador), en enero de 1957. Sobre la base de un consejo unánime la reina propuso al ministro de Economía, Harold Macmillan, prescindiendo de otro candidato más experimentado: R. A. Butler. En esa práctica, descrita como Convención Constitucional, se apoyaba en otra actuación semejante de su abuelo Jorge V, tras la dimisión del primer ministro Bonar Law en 1923. Un ejemplo más reciente nos lleva al 26 de octubre de 2015 y a las relaciones entre las dos cámaras del Parlamento

y adoptar una pauta singular de conducta. Así concebida, esta Convención tendría un carácter normativo vinculante de modo inmediato. Su eficacia proviene no de un pasado histórico como uso, sino de la fortaleza del acuerdo⁴⁰⁸. Tercero, lo que podríamos designar como razonabilidad constitucional. Una convención puede surgir sobre la base de un reconocido principio de gobierno, que se avala por una razón o justificación para ello⁴⁰⁹. Son, precisamente, estos dos últimos los que se aplican al caso de la Convención Constitucional acometida en Irlanda, cuya finalidad se acomoda perfectamente a la que la doctrina atribuye a las Convenciones Constitucionales domésticas, la de dar efecto a los principios de responsabilidad gubernamental⁴¹⁰.

Desde el caso concreto de la Convención Constitucional irlandesa, ejemplo de democracia deliberativa que tomaremos como referente, podríamos dar una descripción de lo que entendemos por Convención Constitucional en el marco de una democracia deliberativa. *Asamblea, reunión o agrupación de ciudadanos, con sus representantes, avalados por precedentes organizativos similares y por el compromiso político de gobernabilidad basado en el poder discrecional del ejecutivo, con la finalidad de dotar de un suplemento al contenido normativo de la Constitución, concretamente en lo referido a la reforma constitucional, a los efectos de potenciar su flexibilidad, adaptándola a las circunstancias cambiantes de la vida nacional, a unas nuevas necesidades, determinadas por una coyuntura de crisis, política, económica o territorial*⁴¹¹. Con ella se reforzaría esa parte eficiente, presente en cada Constitución⁴¹².

Bajo la denominación de Asambleas de Ciudadanos se alude a *instituciones, diferentes de los legislativos, ejecutivos y Tribunales, en las que de una serie de ciudadanos aleatoriamente seleccionados deliberan sobre políticas públicas o sobre una ley en particular*⁴¹³. La esencia de ambos institutos, desde el punto de vista procesal, es la misma. Han variado en el objetivo de sus negociaciones, en su composición y en pequeños matices procesales. Antes de

británico. El detonante un bloqueo en la Cámara de los Lores, impulsado por una mayoría de Pares de una propuesta conservadora para regular una desgravación fiscal en razón del número de hijos. Este hecho se ha considerado como detonante de una vulneración de una convención constitucional en virtud de la cual se asegura la primacía de la Cámara de los Comunes en asuntos financieros, incluida la legislación secundaria, convención que se remonta a 1911. Taylor, R. B. (2015): «The House of Lords and Constitutional Conventions: The Case for Legislative Reform», en *UK Constitutional Law Association*. [En línea]. Disponible en: <<http://ukconstitutionallaw.org/>>.

408 Wheare, K. (1975): *Modern Constitutions*. London, Oxford University Press, 122.

409 Marshall, G. (1984): *Constitutional Conventions. The rules and forms of political Accountability*. Oxford, Clarendon Press, 9.

410 *Ibidem*, 18.

411 Seijas Villadangos, M. E. (2012): «Irlanda: reforma constitucional *versus* convención constitucional. Análisis del *déjà vu* de Irlanda desde la perspectiva de la reforma constitucional española», *Teoría y Realidad Constitucional*, 30, 424.

412 Bagehot, W. (1972): *The English Constitution*, London, Collins, 61.

413 Pal, M. (2012): «The promise and limits of Citizens'Assemblies: Deliberation, Institutions and the Law of Democracy», *Queen's Law Journal*, 38:1, 260.

analizar particularmente los casos canadienses e irlandés, conviene referir sucintamente otros ejemplos.

IV. 2. Otras experiencias de democracia deliberativa

El término de Convención Constitucional lleva implícito una gran resonancia histórica que nos lleva a visualizar los personajes de Thomas Jefferson o James Madison en la Convención de Filadelfia de 1787, en lo que sería el asentamiento de las bases del constitucionalismo moderno⁴¹⁴. Empero, un análisis retrospectivo más inmediato nos insta a recuperar unos concretos ejemplos más cercanos del recurso a las convenciones constitucionales como elemento reactivador de los cambios constitucionales en su acepción más lata. Australia, años 90, y el planteamiento de un cambio prorrepblicano de la forma de gobierno; la Unión Europea y la redacción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, años 1999-2000 y Holanda, en el año 2006, desde su denominación de *Burgerforum*, en relación a reformar su sistema electoral son los tres supuestos en los que la opción de la Convención Constitucional se ha convertido en un recurso de naturaleza similar al que actualmente se diseña en Irlanda, sobre los cuales se ha inspirado⁴¹⁵ y desde los que construiremos una propuesta para España.

Uno de los referentes, especialmente relevante en lo atinente al caso irlandés⁴¹⁶, del uso de la Convención Constitucional es el debate acaecido en Australia en los años 90 acerca de la transformación del Estado australiano en una república y, en consecuencia, en la sustitución del monarca, como jefe de Estado, por un presidente. El proceso desarrollado puede estructurarse en tres estadios: primero, las deliberaciones y el informe del Comité Asesor sobre la República (*Republic Advisory Committee*) en 1993; segundo y más importante a los efectos que nos ocupan, la organización de una Convención Constitucional en 1998 y, el punto final, referido a la celebración de un referéndum en 1999 en el que, por cierto, dicha propuesta de transformación republicana de Australia fue rechazada.

El Comité Asesor fue un órgano similar al que se constituiría en Irlanda unos años después —*Constitution Review Group* (1996)— y su función consiste en asesorar al gobierno sobre un posible cambio constitucional. Concretamente, la propuesta formulada en Australia era el sometimiento a referéndum de la conversión de Australia en una República cuyo presidente fuera elegido por una mayoría de dos tercios, emitida por la Cámara de

414 O'Mahoney, C. (2012): «This so-called Constitutional Convention is a charade», *Irish Times*.

415 O'Dowd, T. J. (2011): «The sovereign debt crisis and the new boundaries of the Irish State», *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper N.º 49/2011*, 8. [En línea]. Malta, disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1946323>.

416 O'Dowd, T. J. (2011): «In the Constitutional Hall of Mirrors: Reflections of the Irish Constitution from abroad», *UCD School of Law*. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1938692>.

Representantes y el Senado, reunidos en sesión conjunta sobre un candidato propuesto por el gobierno. La llegada al gobierno de la Coalición Liberal-Nacional de John Howard en 1996⁴¹⁷, tras la derrota laborista, introdujo un modelo diferente en virtud del cual el cambio de la forma de gobierno tendría que ser debatida por una Convención Constitucional⁴¹⁸. Su composición fue de 152 miembros, de los cuales 76 fueron delegados electos por los ciudadanos en un complejo proceso de voto por correo, sin precedentes en el país austral, sobre la base de la representación parlamentaria de los distintos Estados de la federación, mientras que los restantes 76 delegados fueron elegidos por el gobierno federal. De estos, 40 fueron delegados parlamentarios de los parlamentos federal, de los Estados y de los territorios. Los restantes 36 miembros fueron delegados de carácter no parlamentario designados con la finalidad de conseguir una representación de todos los sectores, aborígenes, representantes nativos de las islas Torres Strait, representantes de los gobiernos locales, de la juventud y de las mujeres⁴¹⁹. La conclusión del trabajo de esta Convención Constitucional fue adoptar un modelo de elección presidencial indirecta. Un presidente elegido por una mayoría de 2/3, en sesión conjunta de ambas cámaras, sobre una propuesta conjunta del primer ministro y del líder de la oposición y que podría ser depuesto por el primero. Previsiblemente, este elitismo⁴²⁰ subyacente en la designación y remoción fue lo que condujo a la derrota de la propuesta en el referéndum de 6 de noviembre de 1999⁴²¹.

Un segundo ejemplo de Convención cuasi-Constitucional nos lleva al proceso de elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión firmaron y proclamaron el 7 de diciembre de 2000 con ocasión del Consejo Europeo de Niza. Esta fue encomendada inicialmente a una «Convención» en virtud de un mandato acordado por el Consejo Europeo de Colonia, celebrado el 3 y 4 de junio de 1999⁴²².

417 Véase: <http://www.aec.gov.au/Elections/federal_elections/1996/index.htm>.

418 La recopilación de todos los archivos referidos a la realización de dicha Convención Constitucional puede hallarse en «1997 Constitutional Convention Elections Report and Statistics», en *Australian Electoral Commission* [En línea]. Disponible en: <http://www.aec.gov.au/elections/constitutional_convention/index.htm>.

419 En una elección celebrada entre noviembre y diciembre de 1997, donde tras la inscripción como elector (en este caso no obligatoria como ocurre con las restantes elecciones en Australia) se procedió a seleccionar a los candidatos. Estos se postulaban previo pago de una tasa no reembolsable de 500 dólares por candidato. La votación fue por correo. Se emitieron 12 millones de paquetes postales, de los que retornaron la mitad, con lo que fue una elección escasamente ecológica en la que se usaron 160 toneladas de papel. El Estado con más electos fue Nueva Gales del Sur (20) y los que menos la capital y los Territorios del Norte con dos cada uno. <http://www.aec.gov.au/elections/constitutional_convention/index.htm>.

420 O'Dowd, T. J. (2011): «In the Constitutional Hall of Mirrors: Reflections of the Irish Constitution from abroad», *UCD School of Law*, 6. [En línea]. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1938692>.

421 Cfr. <http://www.aec.gov.au/elections/referendums/1999_Referendum_Reports_Statistics/1999.htm>.

422 Jimena Quesada, L. y Alegre Martínez, M. A. (2006): *Fundamentos constitucionales de la Unión Europea*. Madrid, Biblioteca Nueva, 115-157.

El Consejo Europeo considera que un proyecto de Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea debe ser redactado por un órgano en el que participen delegados de los Jefes de Estado y de Gobierno y del Presidente de la Comisión Europea y miembros del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales. Deberían participar como observadores representantes del Tribunal de Justicia Europeo y habría de escucharse la opinión de representantes del Comité Económico y Social, del Comité de las Regiones, de grupos sociales y de expertos. Las funciones de secretaría correrán a cargo de la Secretaría General del Consejo. (Anexo IV. Decisión del Consejo Europeo relativa a la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

La Convención se constituyó en diciembre de 1999 y aprobó el proyecto el 2 de octubre del año 2000. La composición efectiva de esa Convención se circunscribe a los siguientes miembros: 15 representantes de los jefes de Estado y de Gobierno; 30 representantes de los Parlamentos nacionales; 16 representantes del Parlamento europeo y 1 representante de la Comisión. La Convención estuvo presidida por Roman Herzog, anterior presidente de la República Federal Alemana y del Tribunal Constitucional Alemán. A esta composición hay que añadir la presencia de observadores procedentes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Comité de las Regiones, del Comité Económico y Social, del Defensor del Pueblo Europeo y del Consejo de Europa⁴²³. La participación ciudadana, postergada a un segundo plano si nos atenemos a los otros ejemplos referidos, se canalizó a través de las contribuciones formuladas por asociaciones, especialmente de carácter no gubernamental⁴²⁴. El predominio institucional de esta Convención, frente al protagonismo ciudadano minora su interés procesal.

Finalmente, hemos de aludir a otro ejemplo de Asamblea de Ciudadanos desarrollado en la primera década del siglo XXI, en Holanda, *Burgerforum*⁴²⁵. Un conjunto de 140 ciudadanos, de composición paritaria, tuvieron la oportunidad de promover un debate y una deliberación sobre la reforma de su sistema electoral, instando la inserción de reformas en su sistema proporcional. Para ello se reunieron desde marzo a noviembre de 2006, y concluyeron sus debates formulando una recomendación al gobierno, que sería rechazada por este por lo que no se sometería a referéndum. En el sistema que proponían, el votante dispondría de un solo voto que podría emitir hacia un candidato individual de una lista de partido o hacia la lista en su conjunto. El 18 de abril de 2008, el gobierno a través de su ministro de Interior y Relaciones con el Reino envió una carta al Parlamento, manifestando expresamente su negativa a aplicar la recomendación propuesta por la Asamblea de Ciudadanos.

423 <http://www.europarl.europa.eu/charter/composition_en.htm>.

424 <http://www.europarl.europa.eu/charter/civil/civil0_en.htm>.

425 Un estudio detallado de la misma puede verse en de Jong, M. S. (2013): *Groups dynamics in the Citizens' Assembly on electoral reform*. Grästen, Toptryk Grafisk. Disponible en: <http://ukon.dk/wp-content/uploads/2015/09/Manon_phd.pdf>.

IV.3. Las Asambleas de Ciudadanos en Canadá

Canadá fue testigo en la primera década del siglo XXI de dos experiencias de inclusión de la ciudadanía en el proceso de decisión pública, sin parangón en la historia moderna. La apertura de una posibilidad a los ciudadanos corrientes o, simplemente ciudadanos, de idear cambios en aspectos conflictivos de su sistema político —como la fórmula electoral, sobre los que los partidos políticos nunca habían consensuado ninguna postura a canalizar en los respectivos parlamentos—, fue el hito de esta propuesta. Un análisis de los principales elementos de ambas, efectuado desde una aproximación metodológica inductiva, puede ilustrar un modelo abstracto de participación ciudadana apta para resolver otros conflictos, como los territoriales.

IV.3.1. La Asamblea de Ciudadanos de British Columbia (2004)

La provincia de British Columbia está dividida en setenta y nueve distritos. Su sistema electoral pivota en torno a la fórmula denominada coloquialmente *first past the post*, que se remite al sistema electoral de pluralidad en distritos uninominales. Es el mismo sistema electoral que existe en el conjunto de Canadá, heredado de Gran Bretaña y cuyo uso precede, incluso a la Confederación, siendo utilizado por primera vez en el legislativo de Nueva Escocia en 1758. Su utilidad fue muy evidente en el siglo XIX, dado que al haber solo dos partidos a nivel federal se garantizaba que uno de ellos ganase por una consolidada mayoría, lo que era especialmente cómodo⁴²⁶. Hay tres características principales que lo singularizan:

- 1) Los candidatos representan un área específica, llamada *riding distric*, literalmente un distrito que se puede recorrer a caballo.
- 2) En cada distrito se elige un solo miembro.
- 3) Para ganar un distrito, el candidato no necesita recibir una clara mayoría, entendiéndose por tal un 50% más uno, de los votos. En cambio, el candidato solo necesita recibir una mayoría relativa, también identificada como mayoría de pluralidad, que significa que el candidato o la candidata que recibe más votos que cada uno de los demás es el elegido. Ello puede llevar a la circunstancia de que sea elegido un candidato a ocupar un escaño en el parlamento al que la mayoría ha votado en contra. La expresión, *first past the post*, indica que el ganador es el primero que pasa el poste, aunque los demás tengan en conjunto más votos que él.

Este sistema electoral tiene la ventaja de que tiende a crear gobiernos mayoritarios, sobrevalorando los grandes partidos e infravalorando a los pequeños. Igualmente, produce gobiernos estables, permitiendo a los ciudadanos apoyar al candidato local para que

426 Cfr. <<http://www.mapleleafweb.com/>>.

represente el área geográfica en la que vive. Es sencillo para los votantes entender cómo funciona. Entre los principales puntos oscuros de esta fórmula electoral es que es posible que el partido que recibió el segundo número más alto de votos se erija en ganador de las elecciones. Esto sucedió en las elecciones generales de Canadá de 1957 y de 1979. Es muy difícil para los partidos pequeños a escala nacional ganar escaños, como el partido verde o el NDP (Nuevo Partido Democrático). Por otro lado, los partidos pequeños con una fuerte base regional pueden conseguir una bonificación de escaños recibiendo más escaños de los que se correspondería con el apoyo popular recibido.

El deseo de cambio en el sistema electoral en Canadá no es algo nuevo a comienzos del siglo XXI. Ya en la primera mitad del siglo XX se afrontó la posibilidad de cambio de sistema electoral. Así, en 1916 el Gobierno liberal federal designó un Comité para examinar la posibilidad de una reforma electoral. En el mismo sentido, en 1921, un Comité especial de la Cámara de los Comunes recomendó el voto alternativo para las elecciones federales.

A nivel provincial, algunas provincias occidentales han experimentado con sistemas de voto alternativo. Las fórmulas electorales elegidas fueron el «voto único transferible» y el voto alternativo. Ambos son ejemplos de sistema de voto preferencial, donde en lugar de marcar con una X al lado del candidato, el votante establece una prelación de los candidatos de un partido en función de su preferencia. El voto único transferible es un tipo de fórmula proporcional. El voto alternativo es muy similar al *first past the post*, con la salvedad de que el candidato es elegido por una mayoría absoluta, en lugar de meramente relativa, de los votos.

Distritos de las provincias de Manitoba, Alberta o British Columbia han recurrido a estas alternativas. Concretamente, en esta última provincia, las elecciones provinciales de 1952 y 1953 utilizaron el voto alternativo, pero a finales de los años cincuenta todas estas provincias volvieron al sistema *first past the post*.

A nivel federal, el interés en el cambio del sistema electoral se achaca a diversas razones, como las alternativas al bipartidismo tradicional, conservadores y liberales, de la mano del Partido Quebequés o el Partido Reformista; un declive en la participación electoral; la ausencia de una oposición efectiva o la prevención ante un lobby organizado.

Pero, con todo, el argumento más decisivo fueron los controvertidos resultados electorales de British Columbia en las elecciones provinciales de 1996. En esa elección, el NDP (New Democratic Party) ganó la mayoría de escaños y formó gobierno, pese a que los liberales habían recibido el mayor porcentaje de votos de todos los ciudadanos. En 1998, el Partido quebequés ganó la elección en la provincia de Quebec, pese a que igualmente el Partido Liberal recibió el porcentaje de votos más alto.

Desde esta explicación previa, la alternativa, el voto único transferible se caracteriza por ser un complejo sistema cuya dinámica se puede resumir del modo siguiente. La base es la división en circunscripciones a las que se adjudican determinados escaños. La papeleta de voto incluye todos los nombres de todos los candidatos de todos los partidos de la

circunscripción. El elector debe señalar su preferencia con un número de orden (1,2,3), a aquellos candidatos a quienes quiere dar su voto. Son dichos candidatos los que priman frente a la estructura partidista. Para ser elegido hay que superar un número mínimo de votos, una cuota, que se consigue dividiendo el número de votos válidos emitidos entre el número de escaños más uno. En un primer recuento, el candidato que supera la cuota es elegido, transfiriéndose sus votos sobrantes a quien se hubiera marcado como segunda opción. Por otro lado, si nadie supera esa cuota, entonces se elimina al candidato menos votado y se transfieren sus votos sobrantes al marcado como segunda opción. Esta operación se repite sucesivamente logrando que los candidatos superen la cuota hasta adjudicar la totalidad de escaños de la circunscripción. La principal ventaja es esa capacidad del votante de elegir a los candidatos preferidos, en lugar de asumir la elección que ha realizado el partido. El contrapunto es la quiebra o, cuanto menos, merma de la disciplina de partido en aquellos Estados, como Irlanda, en que este sistema se aplica desde 1922.

Esta propedéutica es imprescindible para entender la creación de una Asamblea de Ciudadanos en British Columbia. El sistema de partidos de esta provincia canadiense ha sido durante largo tiempo bipolar, aupada por el sistema *first past the post*. Desde 1950, las elecciones han estado dominadas por dos partidos. Hasta 1990 por el Social Credit y un partido socialdemócrata, la Federación Cooperativa de la Commonwealth, luego reorganizados como Nuevos Demócratas, y los Liberales de British Columbia. Estos dos grandes partidos son los principales beneficiarios del sistema, por lo que la ausencia de voluntad para cambiarlo era manifiesta. En consecuencia, la sorpresa de la propuesta del cambio merece una explicación.

El político liberal Gordon Campbell incorporó a su campaña electoral del año 2000 la promesa de plantear una reforma del sistema electoral, en particular, de la fórmula utilizada para transformar los votos en escaños. Durante las elecciones previas de 1996, el Partido Liberal había recibido la mayoría del voto popular, pero había obtenido menos escaños que los Nuevos Demócratas, que revalidaron el poder. Eso conminó a los liberales a solicitar el cambio en el sistema electoral. En las siguientes elecciones lo que pasó es que la oposición desapareció del legislativo, cuando los liberales obtuvieron todos los escaños, salvo dos, con un 57% de los votos. Esto confirmó la percepción de que el sistema estaba roto y que era necesario considerar un cambio del mismo. Campbell buscó ser leal con su promesa electoral y promovió una original fórmula para idear dicho cambio: remitir la misma a una Asamblea de Ciudadanos. La principal razón que le impulsó a canalizar su iniciativa a través de dicha Asamblea, en lugar de buscar un asesoramiento exclusivamente técnico, fue la de potenciar la legitimidad de la misma.

El primer paso para crear dicha Asamblea fue solicitar un informe en el que se detallaran de modo anticipado todos los aspectos de la misma. Este se encargó a un relevante comentarista político, Gordon Gibson, que el 23 de diciembre de 2002, publicaría el denominado *Gibson's Report on the Constitution of the Citizens' Assembly on Electoral*

*Reform*⁴²⁷. Este completo análisis de los elementos a considerar en una Asamblea de Ciudadanos fue un referente no solo para British Columbia, sino que sería el documento base posteriormente en la provincia de Ontario. Se analizan las singularidades de las fases por las que ha de discurrir la formación y funcionamiento de la Asamblea de Ciudadanos —selección, aprendizaje, consulta, deliberación y decisión—, incluso se llega a presupuestar la misma (4.474.166 \$). Gibson construyó el proyecto de Asamblea de Ciudadanos en base a dos principios, independencia y legitimidad, detallando cómo esos dos principios potencialmente conflictivos podrían reconciliarse en el trabajo de la Asamblea. Es destacable que en lo concerniente a su composición, las dos hipótesis de partida fueron, bien optar por una asamblea de notables y celebridades, personas eminentes como jueces, expolíticos relevantes, intelectuales, o por ciudadanos sin ningún apelativo o elemento de distinción, más que ese estatus de ciudadanía. Esta sería la opción, buscando que su selección aleatoria confriese un mayor espectro de representatividad a la Asamblea.

En abril de 2003⁴²⁸, el legislativo aprobó el informe Gibson, introduciendo en el mismo dos modificaciones: el gobierno decidió doblar el tamaño de la misma, al incluir no solo a uno, sino a dos miembros de cada distrito. El segundo cambio fue dejar a la presidencia la facultad para decidir si habría dos vicepresidentes, aunque al final nadie sería designado como vicepresidente. Para potenciar la legitimidad parlamentaria sobre la Asamblea, al menos ante los ojos de los partidos y de las élites políticas, se creó una Comisión Parlamentaria, que supervisaría la elección de la presidencia de la Asamblea, el equipo técnico de apoyo y la canalización hacia los partidos con representación parlamentaria de todos los avances desarrollados en la misma.

A partir de ahí, el Parlamento aprobaría que la recomendación que hiciese la Asamblea se sometería a referéndum en las próximas elecciones, mayo de 2005. Pese a la ausencia de carácter vinculante de los referéndums en Canadá, el gobierno adoptó el firme compromiso de que si la propuesta se aprobase y resultase reelegido en las siguientes elecciones se aplicaría la misma. A ello se agrega el compromiso del premier de que ni el gobierno, ni el partido que lo sustentan incidirían de modo alguno en los trabajos de la Asamblea.

El proceso instituido en British Columbia en 2004-2005 «representa la primera vez en la historia de la democracia que un órgano integrado por ciudadanos elegidos aleatoriamente ha sido autorizado a recomendar el mayor cambio en el sistema electoral de un Estado»⁴²⁹. La dinámica de la Asamblea de Ciudadanos de British Columbia⁴³⁰ se puede periodificar en torno a las siguientes fases:

427 <http://citizensassembly.arts.ubc.ca/resources/gibson_report.pdf>.

428 <http://citizensassembly.arts.ubc.ca/resources/notice_of_motion_ca.pdf>.

429 Warren, M., y Pearse, H. (Ed.) (2008): *Designing deliberative democracy: The British Columbia Citizens' Assembly*. New York, Cambridge University Press, 21.

430 Una compilación de la documentación referida a la Asamblea de Ciudadanos de British Columbia puede consultarse en: <<http://citizensassembly.arts.ubc.ca/public/inaction/history.htm>>. En particular, un informe

Fase de selección. Es uno de los elementos más críticos de la andadura de este proceso asambleario. Su reto es dotar a la Asamblea de Ciudadanos del carácter representativo que materialice su legitimidad. Se utilizó un proceso aleatorio, cuyos resultados se ordenaron alfabéticamente, preguntando a todos los seleccionados acerca de su voluntad de participar en la Asamblea de Ciudadanos. De acuerdo con el *terms of reference*⁴³¹, la formación de la Asamblea debería ser ampliamente representativa de la población adulta de British Columbia, particularmente con respecto a la edad, género y distribución geográfica.

El proceso de selección⁴³² comenzó por un muestreo estratificado a partir de las listas electorales. Dicha estratificación se basó en datos geográficos (distritos electorales) y de género. Se envió una carta de invitación a la primera relación de individuos seleccionados. En British Columbia el tamaño del electorado era de 2.3 millones, enviándose inicialmente 23.034 cartas, de las cuales se obtuvo una respuesta positiva equivalente al 7,4%, en términos absolutos 1.715 cartas. En dichas cartas se les informaba que habían sido seleccionados como potenciales participantes en una Asamblea de Ciudadanos sobre la reforma electoral. En el caso de estar interesados, en su respuesta deberían indicar la disponibilidad para asistir al proceso de información inicial y posterior selección definitiva. En la carta se enfatizaba la naturaleza histórica del proyecto, el tiempo previsible que cada miembro debería dedicar y la oportunidad histórica de servir a su provincia y a su país.

De entre todos aquellos que expresaron inicialmente su voluntad de participar, un 87% acudió a la segunda selección, contando la larga distancia a recorrer por muchos de ellos y siendo casi invierno, lo cual en Canadá es una dificultad añadida, fue un éxito inicial considerable. En ese proceso de selección definitiva, los asistentes fueron informados detenidamente de los objetivos y obligaciones inherentes a la participación en la Asamblea. Se les comunicó que no era necesario disponer de unos conocimientos previos sobre la materia y abrió la posibilidad de abandonar, pero muy pocos lo hicieron (aproximadamente un 85%). Asistirían 964, de los que 914 manifestaron su voluntad de seguir. De ellos, tras 27 reuniones se extrajeron de un sombrero los nombres definitivos, uno con hombres y otro con mujeres, por distritos electorales, de modo que resultaron elegidos 158 personas en total, más dos personas nativas, en conclusión 160 miembros. Es decir, se introdujo una selección adicional sobre los inicialmente seleccionados aleatoriamente, con lo que se buscaba alcanzar un perfil sociodemográfico amplio y comprensivo, que se escapa a un proceso de selección aleatorio.

Dentro de esta fase compositiva, merece dedicar una atención a la figura del presidente de la Asamblea y a las personas que técnicamente apoyan su funcionamiento. Las Asambleas de Ciudadanos requieren un liderazgo, situándose entre las tareas del presidente aco-

detallado de la misma: <[http://citizensassembly.arts.ubc.ca/resources/TechReport\(full\).pdf](http://citizensassembly.arts.ubc.ca/resources/TechReport(full).pdf)>.

431 <http://citizensassembly.arts.ubc.ca/resources/terms_of_reference.pdf>.

432 Fournier, P., van der Kolk, H. et. al. (2011): *When Citizens decide: Lessons from Citizens' Assemblies on electoral reform*. Oxford, Oxford University Press-ECPR, 31.

modar las relaciones entre sus miembros. Igualmente se sitúa entre sus funciones reclutar al personal responsable para investigar, organizar, administrar y comunicar la información requerida para su funcionamiento. En British Columbia la presidencia fue propuesta por el gobierno, confirmada por el Comité legislativo y unánimemente ratificada por el Parlamento. El elegido fue Jack Blaney, un antiguo rector universitario con una dilatada experiencia como educador de adultos.

El personal de la Asamblea de Ciudadanos es otro elemento clave en la constitución de la Asamblea. Es importante supervisar de antemano este personal para prevenir riesgos de contaminación en su trabajo. Se integró un director académico o de investigación a los efectos de transmitir toda la información necesaria sobre sistemas electorales, sin manifestar preferencia por alguno de ellos. Esta tarea fue desarrollada por politólogos, formación de gran prestigio en Canadá. Sería P. Kenneth Carty, la persona designada por el presidente como responsable de esos servicios técnicos, nombramiento ratificado por el Comité legislativo.

Fase de aprendizaje. Se empezó con una encuesta a partir de una sencilla pregunta, «¿Cómo se considera usted de informado en materia de sistemas electorales?». A partir de ahí, y a lo largo de seis fines de semana, se trasladaban a un hotel y allí se les formaba. En la semana 1 se explicó el significado de la Asamblea de Ciudadanos, para a partir de ahí analizar los distintos sistemas electorales en particular. Estas sesiones tenían una estructura común. Comenzaban con una bienvenida del presidente, que hacía un discurso de apertura. Estas jornadas se extendían desde las 9:00 a las 16:00 horas. Una presentación por académicos o técnicos se continuaba de un trabajo en pequeños grupos, que estaban supervisados por estudiantes de Ciencia Política, identificados como «facilitadores» (*facilitators*). Era una especie de tutoriales con el único objetivo de que los miembros de la Asamblea aprendieran sobre la materia. El libro de David Farrell, *Electoral systems. A comparative introduction*, fue el manual básico seguido y estudiado por los participantes. Es curioso reseñar que David Farrell sería, a la sazón, el promotor de la celebración de la Asamblea de Ciudadanos en Irlanda, denominada Convención Constitucional. El reto era convertir a estos ciudadanos en profesionales para desempeñar un trabajo.

Fase de consulta y comparecencias. A lo largo de los meses de mayo y junio de 2004, los miembros de la Asamblea de Ciudadanos asistieron a 50 comparecencias públicas y unos 1.600 seminarios. El objetivo de estas consultas era mejorar el proceso, incrementando la información y las perspectivas disponibles.

Fase de deliberación y decisión. El proceso deliberativo se extendió a lo largo de un período de tres meses, en fines de semana alternativos. Consiste en habilitar la formulación de preferencias por parte de los participantes, que deberían plasmarse en la formulación de recomendaciones. La estructura básica de esta fase se articula del modo siguiente: en primer lugar, discusión acerca de los valores que deberían priorizarse, en este caso fueron la proporcionalidad y la representación. En segundo lugar, se acota por parte de los

expertos las opciones que mejor se adaptan a dichos principios. En esa Asamblea de Ciudadanos se descartaron todas las fórmulas electorales mayoritarias. Finalmente, se procede a la elección. Esta se articula en dos momentos, inicialmente se busca el consenso, y una vez alcanzado se somete a votación aquello sobre lo que se ha llegado a un acuerdo formal en su redacción. En este caso, la votación resultó favorable 147 a 13 acerca de la fórmula de voto único transferible.

Fase de integración. Esa fórmula electoral propuesta se sometió a referéndum, votación que se hizo coincidir con la de las elecciones de la provincia. Se fijó un porcentaje inusualmente alto para su aprobación, el 60% de todos los votantes y el 60% de todos los distritos. Los resultados fueron 57,4% de apoyo en el 97% de los distritos. Así que, pese a que la práctica totalidad de los distritos lo aprobaron, en términos absolutos 77 de los 79, la propuesta fracasó en lograr el apoyo del conjunto por un 2,6%. En ese mismo momento electoral, el gobierno de Campbell sería elegido por el 46% de los votos. Con todo, el premier decidió no enterrar la cuestión y volverla a plantear en la siguiente elección. «Fue un experimento fabuloso de democracia representativa»⁴³³, basada en una democracia deliberativa, que incorporó todos los ingredientes, una muestra representativa de ciudadanos, reunidos a los que se les dio acceso a una información considerable y una oportunidad para organizar toda esa compleja información en pequeños grupos y con una facultad para influir en la ciudadanía dado que su propuesta se remitió a una consulta referendaria.

Las encuestas postreferéndum indicaron que la mayoría que apoyó la fórmula de voto único transferible, no fue porque ellos personalmente investigaron y se documentaron sobre el mismo, sino porque confiaron en la decisión de otros de sus conciudadanos, adoptada tras once meses de deliberación.

Tras ese referéndum de 2005, el referéndum de 2009 volvió a trasladar a los ciudadanos la misma consulta. Sin embargo, se consiguió un fracaso más rotundo de la propuesta, con únicamente un 39% de los votantes apoyando la propuesta de voto único transferible. En la comprensión de estos resultados hay que interpretar el papel de los ejecutivos en la convocatoria de referéndums. Si en el referéndum de 2005 no hubo un apoyo del gobierno, materializado a través de la financiación, para la campaña del sí o del no, en el segundo referéndum el gobierno optó por financiar ambos, con una aportación de 500.000 dólares respectivamente. La voluntad de un partido que podría verse perjudicado por el nuevo sistema electoral dispersó la fuerza del mensaje inicial de la Asamblea de Ciudadanos. A pesar de que se abrió una oficina de información sobre el referéndum, la confianza de los votantes en las deliberaciones de la Asamblea se había desvanecido desde 2004⁴³⁴.

433 Carson, L. (2008): «Creating democratic surplus through Citizens'Assemblies», *Journal of Public Deliberation*, 4: Iss. 1, 5, 5. [En línea]. Disponible en: <<https://www.publicdeliberation.net/jpd/vol4/iss1/art5>>.

434 Pal, M. (2012): «The promise and limits of Citizens'Assemblies: Deliberation, Institutions and the Law of Democracy», *Queen's Law Journal*, 38:1, 280.

Hasta aquí la primera y más intensa experiencia de Asamblea de Ciudadanos. Si concentramos nuestra atención en el objetivo de la misma, el claro y preciso mandato de mantener el sistema electoral existente o proponer la adopción de otro sistema. Para ello tenían que partir de un profundo conocimiento y aportar el sentido de la ciudadanía, resultado de abstraer sus intereses particulares y priorizar los intereses de la comunidad. Esta máxima es la principal utilidad y valor que auspicia la potencial transferibilidad de esta experiencia de democracia deliberativa.

IV.3.2. La Asamblea de Ciudadanos de Ontario (2006)

La experiencia de Asamblea de Ciudadanos de Ontario se diseñó a partir del cercano precedente de British Columbia. En estas líneas trataremos de describir, únicamente, los elementos diferenciadores con respecto a ese espejo en el que el gobierno de Ontario se miró para reproducir el formato⁴³⁵.

El contexto de elaboración de la Asamblea de Ciudadanos se remonta a 2003, con la llegada de los liberales al gobierno. Este nuevo ejecutivo se hizo eco de una serie de cambios relativos a la renovación democrática que incluyeron la creación de una Asamblea de Ciudadanos. Su principal propuesta fue la introducción de la promoción de una interesante renovación de los instrumentos democráticos utilizados, en particular el recurso a la democracia deliberativa. El premier Dalton McGuinty, siguiendo el ejemplo de Cambell, propuso celebrar un referéndum sobre la recomendación que formulase la Asamblea, es decir conectar este recurso a los tradicionales de ratificación popular de decisiones públicas. Aunque el anuncio se pronunció en su primer año de gobierno, la materialización del mismo no se hizo hasta el tercer año, de modo que aunque se propuso de modo anticipado a la *Burgerforum* holandesa (marzo a noviembre de 2006), aunque de facto fue posterior a la misma, desarrollándose entre septiembre de 2006 y octubre de 2007.

La situación política de Ontario difería de la de British Columbia. La competencia multipartidista había producido una importante inestabilidad política. Un gobierno liberal —centrista— en minoría, fruto de las elecciones de 1987, fue sucedido en 1990 por un gobierno mayoritario del partido de los Nuevos Demócratas —de izquierda—, al que a su vez seguiría un gobierno conservador mayoritario en 1995. Este carrusel ideológico se atribuye directamente a la fórmula electoral *first past the post*, que hemos analizado previamente. Sin haber sufrido las anomalías democráticas de British Columbia, partidos ganadores imposibilitados para gobernar, mayorías aplastantes y desaparición de la oposición, se consideró oportuno reflexionar sobre la posibilidad de cambiar de fórmula electoral. Para ello, a propuesta del premier, se creó una comisión en el Parlamento de Ontario que estudió la posibilidad de formular la creación de una Asamblea de Ciudadanos a los efectos de que esta

435 Toda la información sobre la Asamblea de Ciudadanos de Ontario se puede consultar en <<http://www.citizensassembly.gov.on.ca/>>.

realizase una proposición de mantenimiento o modificación de dicha fórmula. El primer escollo fue que dicha propuesta solo alcanzaría en sede parlamentaria el apoyo de liberales y Nuevo Demócratas, alejándose de un interés unánime en reflexionar sobre el cambio de fórmula electoral y en el cauce a seguir, la Asamblea de Ciudadanos.

El comité legislativo de Ontario que integraba todos los partidos, reprodujo el plan de trabajo de la Asamblea de Ciudadanos de British Columbia plasmada en el informe Gibson. Se postularía el diseño de una Asamblea, independiente del gobierno, representativa de toda la provincia, integradora de los aborígenes y sobre el compromiso de que la propuesta formulada fuese descrita de modo claro y detallado de conformidad con la Constitución canadiense. Igualmente, en caso de celebrar un referéndum los votantes deberían conocer claramente qué sistema electoral se les sometía a votación. El comité, en su resolución quiso alejarse de los gravosos requerimientos adoptados en British Columbia, optando por la tradicional mayoría absoluta, 50% + 1. Sin embargo, esta ratio sería, finalmente, modificada por el Gobierno que volvería al 60%-60%: 60% de los votantes y 60% de los distritos.

Fase de selección. La base reglamentaria sobre la que se diseñó la Asamblea de Ciudadanos de Ontario (*Ontario Regulation 82/06*) estableció las principales pautas para la selección y composición de la Asamblea⁴³⁶. Se desarrolló por un proceso de selección aleatorio sobre los censos electorales, a partir de ahí se insertó un proceso de autoselección sobre la base del interés y disponibilidad para participar en los trabajos de la Asamblea. El resultado fue la designación de 103 miembros. Sobre un electorado de 8.000.000, se enviaron inicialmente 123.489 cartas resultado de ese proceso aleatorio, de las cuales se recibió una respuesta positiva del 5,7%, en términos absolutos 7.033 aceptaciones⁴³⁷. De ellos se emitieron 1.253 invitaciones, que se materializarían en las 1.196 personas que efectivamente acudirían a la reunión de información inicial, que se prolongaría a lo largo de 29 sesiones. Tras una fase de explicación de lo que consistía la Asamblea de Ciudadanos y de las exigencias y obligaciones que supondrían para quien participasen en ella, se celebró un segundo sorteo en el que se extrajeron de una urna los 103 representantes de los diferentes distritos, 50% hombres y 50% mujeres a los que se agregó un representante de los aborígenes, con el resultado final de 52 mujeres y 51 varones. Se seleccionaron suplentes, por si alguno de los miembros fallaba, circunstancia que no sucedió. Se buscó una representación de los tramos de edad de la propia provincia y, entre otros datos significativos de dicha composición, uno de los elementos más críticos de la Asamblea, destaca la referencia al lugar de nacimiento de sus miembros: 66 del propio Ontario, 11 de otras provincias canadienses y 27 extranjeros, un porcentaje muy parecido a la propia composición social de Canadá.

436 Rose, J. (2007): «Putting the public back in the public policy. The Ontario Citizen's Assembly on Electoral Reform», *Canadian Parliamentary Review*, 9. Disponible en <http://revparl.ca/30/3/30n3_07e_Rose.pdf>.

437 Fournier, P., van der Kolk, H. et. al. (2011): *When Citizens decide: Lessons from Citizens' Assemblies on electoral reform*. Oxford, Oxford University Press-ECPR, 32.

28 lenguas diferentes se podían haber utilizado en la Asamblea, pero fue el inglés el que canalizó todos sus trabajos.

En ese estadio inicial se designó reglamentariamente por el ejecutivo al presidente, que recaería en George Thomson, un juez de familia. Destacaba por su experiencia en la introducción de programas educativos a nivel nacional, en base a su puesto de coordinador del Canada's National Judicial Institute. El responsable técnico de todo el personal que asistiría a los debates y contribuiría a la ordenación del proceso sería Jonathan Rose, un académico.

Fase de aprendizaje. Entre septiembre y noviembre de 2006 se desarrolló la fase de aprendizaje. Se les facilitó a los miembros de la Asamblea de Ciudadanos una serie de documentación para que estudiaran en sus domicilios. Esta fase de aprendizaje se inició con la formulación de una pregunta acerca de su nivel de conocimientos sobre sistemas electorales. Al igual que en las otras Asambleas de Ciudadanos coetáneas, British Columbia y Holanda, los participantes suspendieron en el conocimiento de esa materia, siendo en Ontario, desde una escala de 0 a 10, la nota media de esta pregunta un 4.3⁴³⁸. El material que se entregó a los miembros de la Asamblea constaba de una información básica acerca del sistema parlamentario canadiense y de su sistema de partidos.

Las sesiones de aprendizaje tuvieron el mismo formato que las celebradas en British Columbia, tutorizadas por un educador y «facilitadores». Los asistentes técnicos a los tutoriales en esa fase de aprendizaje eran estudiantes de Ciencia Política. Dos aspectos, sin embargo, desmarcaron esta experiencia de su precedente de British Columbia. Primero, un político de cada partido podría dirigirse a la Asamblea de Ciudadanos para transmitir cuál es la posición de su grupo en materia de sistemas electorales. Segundo, se utilizaron simulaciones para ver las diferencias entre uno y otro sistema electoral.

Fase de consulta. Un total de 41 comparecencias públicas, 1000 reuniones que se prolongaron desde noviembre de 2006 a enero de 2007 materializaron esta fase complementaria al aprendizaje previo en la que se trataron de depurar las perspectivas disponibles para modificar la fórmula electoral, *first past the post*. Estas consultas se desarrollaron a través de toda la provincia, a lo que se agregó la solicitud de remisión de propuestas por escrito tanto de ciudadanos, como de expertos u organizaciones. Como resultado de esta fase se considera que un total de 3000 personas compartieron sus puntos de vista con la Asamblea⁴³⁹. Con ello, además de reforzar la fase de aprendizaje se priorizaba la dotación de legitimidad a todo el proceso haciendo partícipes a los ciudadanos de los objetivos de la Asamblea.

438 *Ibidem*, 33.

439 Citizens' Assembly on Electoral Reform (2007): *One ballot, two votes. A new way to vote in Ontario. Recommendation of the Ontario's Citizens' Assembly on Electoral Reform*. Ontario, Queen's Printer for Ontario, 19. Disponible en: <<http://www.citizensassembly.gov.on.ca/assets/One%20Ballot,%20Two%20Votes.pdf>>.

Fase de deliberación. Durante seis semanas desde febrero a abril de 2007, los miembros de la Asamblea se reunieron para validar lo que habían aprendido y discutido en las fases previas. Para ello se revisaron los objetivos y se precisaron los principios prioritarios del sistema electoral de Ontario. Estos principios eran: la legitimidad (el sistema electoral debe inspirar la confianza de los ciudadanos tanto en el proceso como en los resultados); una representación justa (el legislativo debe reflejar las preferencias de la representación de Ontario, los partidos deben ocupar los escaños que les corresponden en proporción al número de votos recibidos; cada voto tiene que tener el mismo peso); el voto (los votantes tienen que transmitir a través de sus votos tanto una preferencia cuantitativa como cualitativa); partidos políticos (el sistema tiene que habilitar la representación de diferentes partidos con sus distintas perspectivas); gobierno eficaz y estable (el sistema debe proveer un gobierno estable y que ofrezca garantías); un Parlamento eficaz (el sistema electoral debe avalar la existencia de un Parlamento plural que sirva para cumplir sus funciones con eficacia); fomentar la participación de los votantes (el sistema debe propiciar que los votantes participen); responsabilidad (el sistema debe facilitar que los votantes identifiquen a quienes toman las decisiones) y simplicidad y carácter práctico (el sistema debe ser simple, comprensible por los ciudadanos, y tener un carácter pragmático).

Esta fase deliberativa comenzó entregando a los miembros de la Asamblea cuatro documentos: un resumen de las consultas, *What we Heard*; un resumen de los informes escritos, *What we Read*; un resumen de los encuentros con los principales grupos que demostraron interés en el proceso y un resumen de las propuestas singulares de fórmulas electorales que se diseñaron de modo original como consecuencia de fusionar distintos sistemas electorales.

A los efectos de facilitar la toma de decisiones, la Asamblea eligió dos sistemas electorales para analizar en detalle: el sistema proporcional mixto y el voto único transferible. La Asamblea celebró tres votaciones, con voto secreto, siendo en la última de ellas donde se recomendaría el sistema proporcional mixto⁴⁴⁰. Un sistema que se aplica en Alemania, donde se identifica como sistema de representación proporcional personalizada, al combinar la elección proporcional con las ventajas de un sistema personalizado. «Cada elector dispone de dos votos: uno para elegir por el sistema proporcional la lista nacional única propuesta

440 La primera votación se celebró el 1 de abril de 2007 a partir de la pregunta: «¿Cuál es el mejor sistema alternativo para Ontario: el sistema proporcional mixto o el voto único transferible?» El resultado fue de 75 votos a favor del primero, 25 a favor del segundo, un voto nulo y 2 abstenciones por ausencia de los miembros. En la segunda votación, el 14 de abril de 2007, la pregunta fue: «¿Debería Ontario mantener su sistema electoral vigente o adoptar el sistema proporcional mixto?». Los resultados fueron 16 votos a favor del mantenimiento del sistema actual y 86 en favor del sistema proporcional mixto. Un total de 102 votantes, con una ausencia. La tercera votación, al día siguiente, 15 de abril de 2007: «¿Quiere usted recomendar el sistema mixto proporcional a los ciudadanos de Ontario?» Los 94 votos afirmativos, frente a 8 votos en contra y 1 abstención, fueron el resultado final. *Ibidem*, 19. Más información: The Ontario Citizen's Secretariat (2007): *Democracy at work: the Ontario Citizens' Assembly on electoral reform. A record on Ontario's first citizens' assembly process*. Toronto, Publications Ontario. Disponible en: <<http://www.citizensassembly.gov.on.ca/assets/Democracy%20at%20Work%20-%20The%20Ontario%20Citizens%27%20Assembly%20on%20Electoral%20Reform.pdf>>.

por cada partido; y el otro para elegir a un candidato individual en cada pequeño distrito de acuerdo con el sistema mayoritario. Así, el ciudadano alemán sostiene una relación cercana con el diputado elegido directamente en su distrito mientras la fórmula proporcional aplicada a la lista nacional permite un mayor pluralismo en el resultado final que impide caer en las simplificaciones del bipartidismo»⁴⁴¹.

La particular recomendación de la Asamblea de Ciudadanos de Ontario apostaba por una versión del sistema proporcional mixto en la que se daría a los votantes dos votos, uno para el candidato del distrito local, de acuerdo con el sistema de representación plural uninominal, que se vincularía al 70% de los escaños, y otro para un partido político, este componente se vincularía al 30% de los escaños restantes.

Fase de integración. Esta propuesta fue sometida a un referéndum el 10 de octubre de 2007, celebrándose a la vez que las elecciones generales provinciales. El criterio fijado, ya avanzado, exigía para su aprobación el apoyo del 60% de los votantes y una mayoría del 60% de los distritos electorales. El resultado se distanció radicalmente de los mismos, consiguiéndose solo el 37% de los votos de los ciudadanos a favor de la recomendación y únicamente el apoyo de 5 de los 107 distritos de la provincia. Una explicación sobre dicho fracaso radica en la diferente dinámica de los procesos de democracia deliberativa y de los referéndums⁴⁴². Esencialmente, frente a la independencia que se trata de priorizar en los trabajos de la Asamblea de Ciudadanos diametralmente alejada de la contaminación política y partidista de un referéndum. Es importante asumir que si procesalmente las Asambleas de Ciudadanos parecen herramientas ejemplares para implementar la participación ciudadana y que el nivel de eficacia es máximo en todas sus fases, la más incisiva, que hemos identificado como de integración hay que dotarla de iguales formatos de singularidad que el proceso en su conjunto. Es decir, el formato tradicional de un referéndum ha de adaptarse a la singularidad, no de la propuesta sustantiva, sino de la especificidad formal-procesal que la ha alumbrado. Esta apreciación puede verse matizadamente en el caso irlandés, más próximo en el tiempo, que se analizará a continuación.

IV.4. Irlanda, un ejemplo contemporáneo de democracia deliberativa

Con el objetivo de articular un proceso en virtud del cual asegurar que la Constitución irlandesa «afronte los retos del siglo XXI»⁴⁴³, el gobierno resultante de las elecciones

441 de Carreras, F. (2011): «El sistema electoral mixto», *La Vanguardia*.

442 le Duc, L. (2014): «The quiet referendum: why electoral reform failed in Ontario?», *Research Gate*, 45. Disponible en: <file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/The_Quiet_Referendum_Why_Electoral_Reform_Failed_i.pdf>.

443 Programme for Government 2011 (6 de marzo de 2011), 17. Disponible en: <http://www.taoiseach.gov.ie/eng/Publications/Publications_2011/Programme_for_Government_2011.pdf>.

celebradas en Irlanda el 25 de febrero de 2011, integrado por la coalición del Fine Gael y los laboristas⁴⁴⁴, acordó en su programa de gobierno afrontar el proceso de reforma constitucional sobre una serie de materias abanderadas por los distintos colores. *Verbigratia*, el Fine Gael abrazó la supresión del Senado; para el derrotado Fianna Fáil la prioridad era la reforma del sistema electoral. Finalmente, la coalición gobernante incluyó en el programa de gobierno, cinco cuestiones prioritarias y se comprometió a establecer una Convención Constitucional —aceptando para ello una propuesta formulada desde la oposición por los laboristas y por el Fianna Fáil—⁴⁴⁵ a los efectos de tomar en consideración una «reforma constitucional comprehensiva»⁴⁴⁶. Una resolución del Parlamento⁴⁴⁷ debatida el 10 de julio de 2012 marcó todos estos aspectos formales y un primer guion a debatir en dicha convención.

Esta experiencia de democracia deliberativa denominada Convención Constitucional, que culminó en 2014, y que se formalizaría en un referéndum en 2015 ha cuajado en la práctica democrática irlandesa, abriéndose un nuevo episodio de la misma tipología de democracia deliberativa en 2016, bajo la denominación de Asamblea de Ciudadanos, que está trabajando en la actualidad. Al conocimiento de ambas experiencias se dedicarán los siguientes epígrafes.

IV.4.1. La Convención Constitucional irlandesa (2012-2014)

Desde el caso concreto de la Convención Constitucional Irlandesa que hemos descrito en líneas atrás, en este particular contexto de democracia deliberativa, como: asamblea, reunión o agrupación de ciudadanos y sus representantes, avalados por precedentes organizativos similares y por el compromiso político de gobernabilidad basado en el poder discrecional del ejecutivo, con la finalidad de dotar de un suplemento al contenido normativo de la Constitución, concretamente en lo referido a la reforma constitucional, a los efectos de potenciar su flexibilidad, adaptándola a las circunstancias cambiantes de la vida nacional, especialmente en Irlanda a los cambios sociales derivados de un cosmopolitismo global que la apartan de su potente confesionalidad católica, vamos a proceder a ahondar en su caracterización.

444 Resultados disponibles en: <<http://electionsireland.org/results/general/31dail.cfm>>.

445 Aunque en 2009 fue el Fine Gael quien lanzó la propuesta, en la campaña electoral serían los laboristas quienes la incorporaron en su programa electoral. McGee, H. (2012): «Convention to discuss reform of Constitution», *Irish times*.

446 Programme for Government 2011, 17. Disponible en: <http://www.taoiseach.gov.ie/eng/Publications/Publications_2011/Programme_for_Government_2011.pdf>.

447 Dáil Éieann Debate, 772, 1, 26. Disponible en: <<http://debates.oireachtas.ie/dail/2012/07/10/00026.asp>>.

Los rasgos genéricos que están presentes en este tipo específico de Convenciones Constitucionales serían, a partir del análisis de Farrell⁴⁴⁸, los siguientes:

- a) Su objeto se refiere a cuestiones de relevancia institucional y con regulación en la Constitución.
- b) La Convenciones Constitucionales se establece por el gobierno, quien fija un plazo acotado para su actuación.
- c) Su justificación se vincula al marco representativo tradicional parlamentario respecto al cual se concibe como algo suplementario, no como una alternativa con la que competir.
- d) Incluye ciudadanos comunes.
- e) La condición de miembros se adquiere a partir de un proceso de selección aleatorio.
- f) Los resultados y los objetivos de la deliberación se fijan desde el momento inicial.
- g) La razón de ser de la Convención es la deliberación en sí.

El balance de esa propuesta se materializó en la implementación de una Convención Constitucional cuyos rasgos más emblemáticos son los siguientes:

Aproximación formal: ¿Cómo se gestó, quién la compuso, cómo se trabajó?

Fase de selección. La primera sesión de trabajo de la Convención Constitucional tuvo lugar el 26 y 27 de enero del año 2013. Estuvo formada de 100 miembros, de los cuales 66 eran ciudadanos, 33 eran parlamentarios y un presidente, Tom Arnold, cuyo aval era el haber ostentado la presidencia de *Concern Worldwide*, la mayor agencia irlandesa de cooperación y ayuda humanitaria. En dicha composición destaca la presencia de cuatro miembros de la Asamblea legislativa de Irlanda del Norte, representantes de los diferentes partidos, a partir de una invitación del ejecutivo, tal y como establecía la resolución fundacional de la Convención⁴⁴⁹.

Los 66 ciudadanos fueron elegidos por un sistema aleatorio, usando el registro electoral, por una empresa de muestreos independiente, que procuró buscar un reflejo de la población en términos de género, edad, educación y status socioeconómico⁴⁵⁰. La confección de este

448 Farrell, D. (2014): «The Irish Constitutional Convention: A Bold Step or a Damp Squib?», *Comparative reflections on 75 years of the Constitution of Ireland: an Irish-Italian dialogue*, Dublín, Clarus Press, 195.

449 Estos miembros de la convención procedentes de la Asamblea Legislativa de Irlanda del Norte fueron: Martin McGuinness, por el Sinn Féin y Deputy First Minister de Irlanda del Norte —vicepresidente—; Steven Agnew, procedente del Green Party norirlandés; Alban Maginness, del SDLP —Social Democratic and Labour Party—; y Steward Dickson, miembro de la Asamblea Legislativa de Irlanda del Norte por el condado de East Antrim y procedente del Alliance Party.

450 La publicación del listado de miembros reveló que existían condados sin representación (Mayo, Leitrim, Donegal, Clare, Longford y Laois). Irish Independent (2012): «Constitution body reveals its members», *Irish Independent*. [En línea]. Disponible en: <<http://www.independent.ie/irish-news/constitution-body-reveals-its-members-28942991.html>>.

grupo se formalizó durante los meses de julio y primeros de agosto de 2012, siendo la empresa *Behaviour & Attitudes* la encargada de dicha tarea. La sugerencia inicial de preservar el anonimato de la convención fue rechazada, aceptando la publicación de sus nombres, compatible con la preservación de otros aspectos de su privacidad⁴⁵¹. No obstante, el temor inicial de algunos ciudadanos a que la publicación de sus nombres les convirtiese en objetivo de los medios de comunicación o de los grupos de presión generó una interesante polémica inicial⁴⁵². Una lista con idéntico número de sustitutos —*shadow panel*— se realizó en previsión de que alguno de ellos no pudiera asistir a todas las sesiones. El procedimiento utilizado para la selección de los miembros, titulares y suplentes, partió de elaborar una muestra que se procedió a estratificar sobre 16 regiones ficticias a partir de las cuatro áreas estandarizadas de base provincial de Dublín, resto de Leinster, Munster y la unión de las provincias de Connaught y Ulster. Sobre este esquema se trataba de asegurar la más amplia representación geográfica de los ciudadanos, cubriendo los principales centros de población urbanos y rurales a lo largo del país. Sobre esa plantilla geográfica se diseñaron cuotas detalladas en relación a la edad, género, estatus socioeconómico y el tipo de trabajo (jornada completa, parcial y resto de situaciones laborales). Dichas cuotas, que partían de una equidad de género con 33 hombres y 33 mujeres, fueron diseñadas sobre las estimaciones poblacionales en ese momento facilitadas por la Central Statistics Office, a los efectos de asegurar una proporcionalidad de los distintos tipos referenciados. Dentro de cada uno de esos 16 estratos geográficos, la selección se articuló a partir de los distritos electorales (District Electoral Divisions, DED). Dentro de cada distrito los entrevistadores partieron de utilizar unas direcciones generadas aleatoriamente desde un Geodirector —*plugin* que facilita una base de datos a partir de la ubicación—, hasta completar los porcentajes de cuotas previamente establecidos. Cuando un entrevistador llamaba a un domicilio y nadie se adecuaba a la cuota prefijada o nadie mostraba interés en participar, se procedía a llamar a un hogar diferente en el mismo área a los efectos de cumplir con dichas cuotas. Así, todos los seleccionados mostraron un interés manifiesto en su participación en la convención, transmitiéndoseles una documentación de qué era la Convención, cómo debería canalizarse su participación, la duración y la temática a debatir. No se aplicó ningún criterio de exclusión en ese proceso selectivo, en términos de filiación a partidos políticos, miembros de lobbies, o nivel de interés en asuntos políticos y sociales⁴⁵³.

Los partidos políticos se encargaron de la selección de sus propios miembros, en un porcentaje proporcional al de su representación parlamentaria. Esa selección presencial se

451 Cfr. <<https://www.constitution.ie/Convention.aspx#members>>.

452 Cfr. McGuee, H.(2012): «Citizens on Constitution Body to have anonymity» en *Irish Times*. [En línea]. Disponible en: <<http://www.irishtimes.com/news/citizens-on-constitution-body-to-have-anonymity-1.551847>>; Team, C. (2012): «Anonymity for citizen participants in constitutional convention», *European movement Ireland*. [En línea]. Disponible en: <<http://www.europeanmovement.ie/anonymity-for-citizen-participants-in-the-constitutional-convention/>>; y del mismo autor, también en 2012: «the Faceless sixty six», *Irish Times*. [En línea].

453 Cfr. <<https://www.constitution.ie/Documents/BehaviourAndAttitudes.pdf>>.

completó con lo que se ha llamado apertura al «maxi público»⁴⁵⁴, básicamente articulada por la apertura de la petición de informes. Se llegaron a recibir más de 2.500 en función de los distintos paneles de discusión, canalizados bien a través de *recursos online* o bien a través de la apertura de los debates de la Convención a representantes de distintas organizaciones. El presupuesto con el que se dotó fue de 900.000 euros. Los participantes no recibieron compensación económica alguna, pero si se cubrieron sus gastos de desplazamiento y alojamiento en el Grand Hotel de Malahide, situado al norte de Dublín.

Fases de aprendizaje y deliberación. La Convención se reunió una vez al mes, en sesiones de fin de semana que incluían todo el sábado y la mañana del domingo. Los debates fueron asistidos por cuatro politólogos y un jurista (*Academic and Legal Support Group*)⁴⁵⁵ a los efectos de facilitar toda la información requerida por los miembros de la Convención y la comparecencia de expertos de cada lado de los argumentos objeto de debate. Igualmente, los trabajos se apoyaron en una secretaría, integrada por tres funcionarios y un becario. La dinámica de trabajo se estructuró en un protocolo de participación inclusiva, organizándose diferentes mesas con unos ocho participantes de los cuales dos o tres eran políticos. El trabajo de cada grupo estaba auspiciado por un coordinador —*facilitator*— y por una persona encargada de transcribir los debates. Estos se desarrollaron a lo largo de catorce meses de Convención, con ocho fines de semana de intenso debate que empezaron el 1 de diciembre de 2012 —fecha formal de la presentación de la Convención, que realmente comenzaría a trabajar el 26 de enero de 2013— y que concluyeron el 31 de marzo de 2014, tras prorrogarse el mandato parlamentario inicial que se cifraba en un año⁴⁵⁶.

El itinerario de trabajo de cada fin de semana se estructuraba en torno a la siguiente dinámica:

- Antes de cada reunión se instaba a la remisión telemática de propuestas por los ciudadanos, documentos que se publicaban en la página web de la Convención (<https://www.constitution.ie/Submissions.aspx>).
- Una breve presentación de 15 minutos por los expertos en cada área a los que se les formulaban las pertinentes preguntas. Dichos expertos facilitaban una documentación sobre el tema a debatir. Estas sesiones tenían carácter plenario y eran retransmitidas por televisión y grabadas, siendo accesibles por la página web de la convención (www.constitution.ie).

454 Farrell, D. (2016): «The Irish Constitutional convention: a case of high legitimacy», *Constitutional deliberative democracy in Europe*. Colchester, ECPR Press.

455 David Farrell, Clodagh Harris, Lia O'Hegarty, Eoin O'Malley y Jane Suiter. <<https://www.constitution.ie/Documents/TheAcademicAndLegalSupportGroup.pdf>>.

456 Resolución del Parlamento, House of the Oireachtas, de 29 de enero de 2014. Disponible en: <<http://www.oireachtas.ie/viewdoc.asp?fn=/documents/thisweek/business-2014/document3.htm>>.

- La deliberación en grupos pequeños sin cámaras armonizadas por los denominados facilitadores.
- Una sesión plenaria abierta en la que se volcaban las reflexiones de los grupos.
- Presentaciones por diferentes grupos que apoyan o promocionan las ideas objeto de discusión.
- Continuación de las deliberaciones y discusiones plenarias.
- Determinación del contenido de la papeleta de votación sobre la materia específica objeto del debate, a los efectos de determinar la recomendación de la Convención en cada materia.
- Votación de las recomendaciones. Se requería mayoría simple. Voto secreto sin distinción entre procedencia política o popular de los miembros de la Convención. En caso de empate el presidente de la convención tenía un voto de calidad.

Aproximación material: ¿qué se planteó desde la Convención? Lo que se consideró por los irlandeses como un espacio en el que reflejar sus valores y principios que definen quiénes son y adónde querían dirigir su Estado, se configuró en base a tres referentes sustantivos que culminaron en una resolución del Parlamento —*Oireachtas*—. El programa de gobierno de 6 de marzo de 2011, la propuesta del gobierno para la creación de una Convención Constitucional, de 28 de febrero de 2012 y la respuesta del gobierno a las alegaciones de la oposición sobre la propuesta para establecer una Convención Constitucional.

La fijación del ámbito material sobre el que trabajaría dicha Convención Constitucional se ha afrontado desde una perspectiva de delimitación positiva y negativa y desde la introducción de cuestiones de relativo poco calado —*cold*— y cuestiones más intensas —*hot contents*—. Así estas cuestiones se concretaron, de acuerdo a la resolución del parlamento de 2012, en las ocho siguientes:

- Reducir el mandato presidencial de 7 a 5 años y vincular esa elección a la celebración de las elecciones locales y al Parlamento Europeo revisión del sistema electoral parlamentario.
- Reducción de la edad mínima para votar de 18 a 17 años.
- Revisión del sistema electoral de la Cámara Baja (*Dáil*).
- Derecho a voto de los residentes en el extranjero en las elecciones presidenciales.
- Matrimonio entre personas del mismo sexo.
- Reformar el artículo 41 de la Constitución en el que se contempla el trabajo de las mujeres en el hogar, a la par que potenciar la participación de las mujeres en la vida pública.

- Suprimir la blasfemia de la Constitución y como colofón a esa agenda, positivamente acotada, se estableció la posibilidad de que la Convención Constitucional realizase recomendaciones sobre otras cuestiones relevantes que se consideren idóneas de reformar en la Constitución.

El trabajo inicial de la Convención demostró su inquietud con respecto a ese encorsetamiento inicial y procedió a votar en torno a diferentes cuestiones matizadamente diferentes a las presentadas. Así, se votó favorablemente a reducir la edad de voto de 18 a 16 años; reducir la edad requerida para ser candidato a presidente; otorgar a los ciudadanos un rol directo en la designación de los candidatos a presidente. La convención votó negativamente la propuesta de reducir el mandato presidencial. Se comprende que relegar tan ambicioso proyecto a cuestiones que se pueden calificar como «relativamente inconsecuentes» proyectase demasiadas sombras sobre dicha Convención. En un contexto de crisis, en el que en muchas ocasiones los ciudadanos parecen saber con más certeza cuáles son los fallos y qué rumbo tomar, ese encorsetamiento temático auguraba no demasiada popularidad a la Convención.

En términos estrictamente sustantivos los resultados de la Convención Constitucional irlandesa se ciñeron a los ocho ámbitos temáticos inicialmente identificados, junto a dos agregados desde esa cláusula final de libertad de inclusión de materias, traducéndose en un total de treinta y ocho recomendaciones al gobierno con distinto contenido y con diversas vías de canalización, desde la reforma constitucional hasta su implementación a través de medidas administrativas.

En cuanto a la primera de las materias, la reducción del mandato presidencial a cinco años y la celebración de dicha elección de forma conjunta a las elecciones locales y europeas, la recomendación de la Convención Constitucional fue no proceder a cambiar la duración de dicho mandato, pero sí postular la reducción de la edad mínima de los candidatos presidenciales y otorgar a los ciudadanos una participación directa en el proceso de designación de los candidatos a presidente.

El 22 de mayo de 2015 se procede a la celebración de un referéndum en el que se plantean dos reformas constitucionales a los ciudadanos. La primera, la enmienda 34 a la Constitución sobre la igualdad en el matrimonio de personas del mismo sexo (Bill 2013) y, una segunda, sobre la edad para ser elegido presidente (Bill 2013). Solo un 26,9% de los votantes apoyó la reducción de la edad mínima para ser presidente de 35 a 21 años, con lo que dicha propuesta sería rechazada y la trigésimo quinta enmienda de la Constitución irlandesa es consecuentemente *non nata*.

Reducción de la edad de voto a 17 años. El Gobierno se ha comprometido a la celebración de un referéndum sobre esta cuestión. En el debate de la misma se atendió a la propuesta del National Council Youth de Irlanda en la que se abogaba por reducir la edad de voto un año más, a 16 años. Ello derivó en que la Convención deliberase, en primer lugar sobre la oportunidad de reducir la edad de voto; sobre si una vez aceptada esta se

debería rebajar a 17 o a 16 años y si esa reducción en la edad tendría que aplicarse a los candidatos, al menos en algunas elecciones como las presidenciales. La postura final de la convención fue favorable a la reducción de la edad de los votantes a 16 años.

Un tercer tema, el del papel de las mujeres en el hogar y el fomento de su participación en la vida pública instó a una recomendación de la Convención Constitucional sobre la modificación del artículo 41.2.1 de la Constitución que versa sobre la posición de la mujeres en aras a la incorporación de una redacción más neutral incluyendo la referencia a tareas dentro del hogar y fuera del mismo *beyond the home*. En el mismo sentido, el artículo 41.2.2 se sugiere que debiera incorporar una referencia a que el Estado debería proveer un «razonable nivel de apoyo» para las tareas desempeñadas por las mujeres. El Ministerio de Justicia se comprometió a elaborar un informe más exhaustivo sobre la situación de la mujer en Irlanda así como a elaborar una serie de propuestas encaminadas a la implementación de las propuestas de la Convención.

Un cuarto tema se refiere a la potenciación de la participación de la mujer en política. La recomendación de la Convención Constitucional fue que se procediese a reformar la Constitución en orden a introducir un artículo en el que expresamente se introduzca la igualdad de género. Igualmente se recomendó que se proceda a una revisión en su totalidad a los efectos de redactar su articulado con un lenguaje inclusivo en materia de género. El gobierno, a través del Ministerio de Justicia, se comprometió a profundizar en la cuestión y valorar su proceder.

Un quinto tema fue el del matrimonio entre personas del mismo sexo. La recomendación fue la de proceder a reformar la constitucional para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, con el significado no solo legal, sino simbólico que conlleva⁴⁵⁷. Una vez que dicha reforma se aprobó por el Parlamento, el gobierno debería proceder a tramitar un paquete de leyes que incorporen los cambios necesarios con respecto a la filiación, la custodia, la educación y la crianza de los niños. El referéndum de 22 de mayo de 2015 estuvo marcado por una intensa campaña, liderada mayoritariamente por el voto favorable, pero cuyas complicaciones procedieron de la tramitación de una ley sobre protección de la familia, en la que se introdujeron cuestiones sobre el derecho a adoptar por las parejas del mismo sexo y la maternidad subrogada. El 62% de los votos se impuso en favor del matrimonio de personas del mismo sexo, que se formalizaría como la trigésimo cuarta enmienda de la Constitución, fechada el 29 de agosto de 2015⁴⁵⁸.

Un sexto tema fue la revisión del sistema electoral. En este punto se formularon un total de diez recomendaciones: 1) La reforma del vigente sistema electoral de voto singu-

457 Ní Mhuirthile, T., O'Sullivan, C. et al. (2016): *Fundamentals of the Irish legal system. Law, policy and politics*. Dublin, Thomson Reuters, 91.

458 Artículo 41.4 de la Constitución de Irlanda: «Marriage may be contracted in accordance with law by two persons without distinction as to their sex» —un matrimonio puede celebrarse legalmente entre dos personas sin distinción de su sexo—.

lar transferible a los efectos de asegurar que las circunscripciones más pequeñas alcancen un mínimo de cinco escaños y proceder a eliminar el criterio de ordenar alfabéticamente a los candidatos en las papeletas electorales. 2) El Estado debería establecer una comisión electoral. 3) Se debería ampliar la jornada electoral. 4) Se debería facilitar el voto por correo. 5) Se debería mejorar el rigor y la precisión del registro electoral. 6) Se deberían introducir medidas para potenciar una mayor participación electoral. 7) Se deberían introducir en las escuelas programa de educación electoral y ciudadana. 8) Debería haber ministros de procedencia no parlamentaria en el gobierno. 9) Los parlamentarios que sean nombrados ministros deberían renunciar a su escaño. 10) Las iniciativas ciudadanas deberían ser introducidas tanto para ser debatidas en el parlamento como para impulsar la convocatoria de referéndums. Estas recomendaciones se remitieron al parlamento donde su tramitación se integró en la dinámica de los asuntos a tratar.

La séptima cuestión a considerar por la convención constitucional se refería al derecho de votar en la elección presidencial por los ciudadanos residentes en el exterior. La recomendación fue favorable a permitir que los irlandeses residentes en el extranjero puedan votar en las elecciones presidenciales a través de las embajadas de este país. Esta cuestión sigue pendiente y desde el Senado se ha cursado la apelación al Gobierno, 30 de noviembre de 2016, para implementar dicho derecho de los ciudadanos residentes en el extranjero para votar en las elecciones presidenciales y fijar el referéndum que ha de formalizar esa decisión.

La octava cuestión a considerar se refiere a la remoción de la ofensa de blasfemia de la Constitución. La recomendación es la de suprimir el delito de blasfemia de la Constitución y proceder a su sustitución por una disposición de carácter general que incluya la penalización de la incitación al odio religioso. En este sentido se aboga por una modificación de la legislación ordinaria, *Defamation Act*, art. 36, en la que igualmente se introduzcan mecanismos que contemplen la inducción al odio religioso como conducta punible.

Las novena y décima materia fueron resultado de las propuestas de libre disposición que pudieron ser formuladas desde la Convención. Así se proyectó la reforma de la Cámara Baja, *Dáil*—desde la elección del presidente de la Cámara Baja por un voto secreto, el uso de un sistema proporcional para el reparto de la composición de las comisiones o la creación de una comisión electoral—, y la inclusión de un refuerzo de los derechos sociales y culturales en la Constitución, por ejemplo, en materia de vivienda, de seguridad social o de la atención a personas con discapacidad.

Desde esta experiencia cabe extrapolar una serie de lecciones para el futuro. De modo circunstancial cabría adelantar que en lo que concierne a la composición, prestar atención a los grupos minoritarios. En Irlanda se apeló a la necesidad de la presencia de *itinerants*, un poco en la línea de la presencia en Canadá de aborígenes. En el desarrollo de la agenda y a la luz de las reflexiones formuladas por los miembros de la Convención cabría destacar

la apelación a un estímulo a la participación más activa de las mujeres en los debates, monopolizados en muchas ocasiones por los hombres; fomentar su transmisión de las recomendaciones a todos los ciudadanos y reforzar su apertura interactiva.

Fase de integración: la complejidad del referéndum en Irlanda. El resultado del trabajo de la Convención Constitucional se plasmaría en un informe y una recomendación trasladada al dirigida a las Cámaras Legislativas —*Houses of the Oireachtas*—. Una vez aprobadas por el legislativo, se dará traslado al Gobierno quien formularía una respuesta en un plazo máximo de cuatro meses. En el supuesto de la aceptación gubernamental de la misma, y en aquellos supuestos que requieran una reforma constitucional, se promovería la celebración del pertinente referéndum. A partir de ahí, el art. 46.2 de la Constitución Irlandesa despliega todo su efecto. El gobierno formula un proyecto de ley cuya tramitación se iniciará en el *Dáil*, Cámara Baja, que tras su aprobación por ambas Cámaras será sometido a referéndum, siguiendo lo establecido en la ley reguladora de dicho proceso (*Referendum Act 1998, Referendum Act 2001*). En consecuencia, la eficacia jurídica inmediata de tal Convención se ve muy mermada, más allá de la lealtad política con el instrumento de la Convención Constitucional.

En consecuencia, cabe redefinir la trascendencia de la Convención Constitucional como un nuevo instrumento de impulso de la reforma constitucional. Propugnar la reforma del mismo procedimiento de reforma de la Constitución, desde este instrumento deliberativo. Reformar una Constitución es, sigue siendo, una tarea rigurosa y de enorme trascendencia. Sin embargo, asociar ese proceso a una imagen encapsulada de hombres enclaustrados que tienen en común un elevado reconocimiento intelectual y un prestigio social y político no resulta acorde con el siglo XXI. Esta centuria nos ha deparado unos referentes muy alejados de ese tópico, así la responsabilidad de esa tarea ha implicado la presencia de hombres y mujeres, algunos de ellos con discapacidad, muchos de ellos sin experiencia política y sin reconocimiento ni trascendencia social previa. En la tarea de reformar la Constitución se hace preciso recurrir a estrategias y mecanismos «infraexplorados», pero igualmente importantes que los tradicionales recursos participativos asociados de forma monopolística a los referéndums, cuyo uso como instrumentos *ad hoc* para reformar la Constitución se desvinculen de otros procesos de consulta e integración ciudadana.

La Convención Constitucional irlandesa no fue concebida para diseñar el marco político institucional fundamental del país, sino que partió de una inicial acotación de los temas a tratar, susceptibles de ser ampliados, pero siempre desde el referente de vincularse a aspectos puntuales de la política interna del Estado. Probablemente, la cuestión más relevante institucionalmente de las inicialmente planteadas fue la abolición del Senado, que sorpresivamente fue excluida del guion dado a los miembros de la Convención por la Resolución parlamentaria que la constituyó y que se desvinculó de la misma al plantearse

su supresión en un referéndum, de propuesta gubernamental, el 4 de octubre de 2013, y que fracasaría⁴⁵⁹.

Así pues, convenimos en que la Convención Constitucional es una propuesta creativa que intenta revitalizar la política, argumento que está en el corazón de la totalidad de los deseados cambios constitucionales. El hecho de permitir a ciudadanos de a pie participar en una tarea tradicionalmente reservada a juristas y políticos, como es la actuación del poder constituyente derivado, tiene el valor de potenciar el carácter abierto e inclusivo de dichos cambios constitucionales. Las consecuencias han de calibrarse en ese protagonismo del procedimiento, el énfasis está en el proceso, desde el cual podrá derivarse un incremento, una normalización y una mayor confianza en diversas estrategias que supongan propuestas similares de interacción política. A partir de ahí se podrá valorar si el «experimento» de las Convenciones Constitucionales está preparado para abandonar el laboratorio y asentarse en un terreno más amplio que es el de la cultura constitucional, reforzando un frágil puente sobre sus dos pilares fundamentales, la legalidad y la legitimidad.

En esta *fase integrativa*, es preciso reparar en el instrumento clave para incorporar las propuestas de la Convención al orden jurídico, esto es el referéndum. La República de Irlanda tiene una extensa experiencia en la celebración de referéndums. Hasta la fecha, podemos computar 39, ranking solo superado por Suiza o Liechtenstein. El referéndum en Irlanda es más una necesidad legal⁴⁶⁰ que una opción política como evidencia el recurso a los dos tipos de referéndums contemplados en la Constitución de 29 de diciembre de 1937.

El marco normativo que provee esta práctica es el siguiente: tras los antecedentes de su regulación en el art. 50 de la Constitución de 1922, los artículos 27, 46, pero especialmente en el artículo 47⁴⁶¹ de la Constitución de Irlanda de 1937 son el referente clave

459 Seijas Villadangos, M. E. (2013): «El Senado irlandés ante un callejón sin salida tras el referéndum sobre la abolición del Senado de 4 de octubre de 2013», *Revista Catalana de Dret Públic*. [En línea]. Disponible en: <<http://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2013/10/14/el-senado-irlandes-ante-un-callejon-sin-salida-tras-el-referendum-sobre-la-abolicion-del-senado-de-4-de-octubre-de-2013-maria-esther-seijas/>>.

460 Gallagher, M. (Ed.) (1996): *The Referendum Experience in Europe*. London, McMillan Press Ltd, 102.

461 Artículo 47 «1. Toda propuesta de reforma de esta Constitución que sea sometida por referéndum a decisión popular, a los efectos del artículo 46 de esta Constitución, se considerará aprobada por el pueblo, si la mayoría de los votos de dicho referéndum han sido favorables a que su conversión en ley.

2.1º Toda propuesta que, no siendo una propuesta de reforma de la Constitución, sea sometida por vía de referéndum a decisión popular, se considerará rechazada por el pueblo si la mayoría de los votos de dicho referéndum se pronuncia en contra de su promulgación como ley y si esta mayoría suma no menos del treinta y tres coma treinta y tres por ciento de los votantes inscritos en el censo.

2º Toda propuesta que, no siendo una propuesta de reforma de la Constitución, se someta por vía de referéndum a decisión popular, se considerará aprobada por el pueblo, conforme al artículo 27 anterior, a menos que fuera rechazada por los votantes de acuerdo con las disposiciones de la subsección anterior de este artículo.

3. Todo ciudadano que tenga derecho a votar en las elecciones a miembros de la Cámara de Representantes tendrá derecho a votar en un referéndum.

4. Con observancia de lo dispuesto anteriormente, el referéndum se regulará por una ley».

en la configuración del marco constitucional del referéndum. La Ley electoral de 1992 —*The Electoral Act*— y sus respectivas reformas de 1996, 1997, 2001, 2004, 2006 han implementado en términos generales la misma, que se completa mediante la Ley reguladora del Referéndum de 1994, reformada en 1998 y en 2001 y la Ley reguladora de los Ministerios y Secretarías, en su reforma de 2001⁴⁶².

El referéndum ha sido en Irlanda un revulsivo en pro del cambio social. Así, el objeto de su consulta han sido cuestiones vinculadas al matrimonio entre personas del mismo sexo, la protección de los niños, la prohibición de la pena de muerte, la disolución del matrimonio y el derecho a la vida. Es necesario precisar que el punto de partida es una base social monolítica, conservadora y muy católica.

La implicación ciudadana en los referéndums ha fluctuado, destacando el de 1972, relativo a la integración de Irlanda como miembro de las Comunidades Europeas, con un 68% o el relativamente reciente sobre igualdad de sexo a la hora de contraer matrimonio, en 2015, donde un 60% llevó a las urnas a 2.000.000 de votantes. En el otro extremo, destaca por su escasa participación, solo un 29%, el celebrado en 1996 y que se convertiría en la 16ª Enmienda de la Constitución, relativa a la facultad de los tribunales para rechazar la fianza de un reo imputado con un delito grave en aras de aplicar unas medidas preventivas⁴⁶³.

En términos esenciales hay dos modelos de referéndum, el confirmatorio y el de reforma de la Constitución. La singularidad del referéndum confirmatorio radica en que su objeto son todas aquellas leyes ordinarias esto es, que no reformen la Constitución, cuyo contenido sea «de tal importancia nacional que deba ser consultada la voluntad del pueblo sobre el particular» (art. 27.1)⁴⁶⁴. El momento procesal de su aplicación es previo

462 Department of the Environment, Community and Local Government (2012): *The Referendum in Ireland*. Dublín, Department of the Environment, Community and Local Government, 10.

463 Barret, G. (2015): *The experience of direct democracy in Ireland*. UCD College of Business and UCD Southernland School of Law. [En línea]. Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=jagQyUGwOZ8&index=1&list=PLvPjRIZoZWknS4BU0e6HJG-cVXiRf7eDL>>

464 Constitución de Irlanda de 1937, artículo 27: «Este artículo se aplica a cualquier proyecto de ley que no conteniendo expresamente una propuesta de enmienda de esta Constitución, sea considerada, en virtud del artículo 23, como aprobada por ambas Cámaras del Parlamento.

1. La mayoría de los miembros del Senado y no menos de un tercio de los miembros de la Cámara de Representantes, pueden mediante petición conjunta dirigida al presidente, con arreglo a este artículo, solicitar al presidente que decline firmar y promulgar como ley cualquier proyecto al que se aplique este artículo, si el proyecto de ley contiene una propuesta de tal importancia nacional que deba ser consultada la voluntad del pueblo sobre el particular.

2. Toda petición se hará por escrito y estará firmada por los solicitantes, cuyas firmas serán verificadas en la forma prescrita por la ley.

3. Toda petición de esta clase contendrá una exposición del motivo o motivos en los que esté basada y será presentada al Presidente no más tarde de cuatro días después de la fecha en el que proyecto de ley se considere aprobado por ambas Cámaras del Parlamento.

a la promulgación presidencial de dicha norma, Este tipo de referéndum no se ha llevado a la práctica hasta el momento presente.

Los requisitos cuantitativos se regulan en el art. 47.2.1º que presta más énfasis a su rechazo que a su virtual aprobación. Así, establece que:

Toda proposición que, no siendo una proposición de enmienda a la Constitución, sea sometida por vía de referéndum a decisión popular, se considerará rechazada por el pueblo si la mayoría de los votos de dicho referéndum se pronuncia en contra de su promulgación como ley y si esta mayoría suma no menos del treinta y tres coma treinta y tres por ciento de los votantes inscritos en el censo.

Es decir más votos en contra que a favor que sean computados sobre una base del treinta y tres coma treinta y tres (treinta y tres y un tercio) de los votantes inscritos en el censo. Como advierte Kelly esta fórmula es muy relativa y contingente al hacer depender

4.1º Recibida una solicitud dirigida al Presidente, conforme a este artículo, este considerará dicha petición y previa consulta con el Consejo de Estado, pronunciará su decisión no más tarde de diez días después de la fecha en la cual el proyecto de ley al que dicha petición se refiere haya sido aprobado por ambas Cámaras del Parlamento.

2º Si el proyecto de ley o una de sus disposiciones, ha sido trasladada al Tribunal Supremo, en los términos del artículo 26 de esta Constitución, el Presidente no tendrá obligación de considerar la petición, hasta que el Tribunal Supremo haya pronunciado una decisión sobre dicho traslado en el sentido de que dicho proyecto de ley no es contrario a esta Constitución o a cualquiera de sus disposiciones, y cuando se pronuncie dicha decisión por el Tribunal Supremo, el Presidente no estará obligado a pronunciar su decisión sobre la cuestión antes de que haya transcurrido un plazo de seis días después del día en el que la decisión del Tribunal Supremo fue pronunciada.

5.1.º En todos los casos en los que el Presidente decida que un proyecto de ley objeto de una petición, en los términos de este artículo, contiene una propuesta de tal trascendencia nacional que la voluntad popular deberá ser averiguada, informará al Presidente del Gobierno y al Presidente de cada una de las Cámaras del Parlamento, mediante comunicación escrita de su puño y letra y con su Sello, y se negará a firmar y a promulgar dicho proyecto de ley, hasta que la propuesta haya sido aprobada:

- i) por el pueblo en referéndum de acuerdo con las disposiciones de la sección 2 del artículo 47 de esta Constitución, dentro de un período de dieciocho meses desde la fecha de la decisión del Presidente, o
- ii) por una resolución de la Cámara de Representantes aprobada dentro de dicho período después de haber sido disuelta y se haya vuelto a reunir dicha Cámara.

5.2.º Cuando una propuesta contenida en un proyecto de ley objeto de una petición, conforme a este artículo, haya sido aprobada por el pueblo o por una resolución de la Cámara de Representantes, con arreglo a las anteriores disposiciones de esta sección, dicho proyecto de ley será presentado, tan pronto como sea posible, después de dicha aprobación, al Presidente para su firma y promulgación como ley, y el Presidente firmará el proyecto de ley y lo promulgará a su debido tiempo como ley.

6. En todos los casos en los que el Presidente decida que un proyecto de ley que haya sido objeto de una petición, según este artículo, no contiene propuesta alguna de tal importancia nacional que la voluntad del pueblo deba ser conocida, informará al Presidente del Gobierno y al Presidente de cada una de las Cámaras del Parlamento, mediante comunicación escrita de su puño y letra y con su Sello, y dicho proyecto de ley será firmado por el Presidente no más tarde de los once días posteriores a la fecha en la que el proyecto de ley se entienda que ha sido aprobado por ambas Cámaras del Parlamento, y será promulgado por él como ley a su debido tiempo».

el éxito del referéndum del porcentaje de participantes en el mismo. A un mayor porcentaje, aumentan las posibilidades de que el veto no prospere, es decir que parece haber sido diseñado para bloquear las leyes y por ello que, en principio, nunca se ha utilizado.

Así, por ejemplo, si hay un 60% de participación en la que los votos en contra proporcionalmente son 55 a 45, la propuesta no se vetaría y el proyecto de ley seguiría su curso convirtiéndose en ley. Por otro lado, con una participación más pequeña es fácil prever que el veto prosperaría, incluso cuando una mayoría significativa de los votos estuviese a favor del proyecto de ley. El hecho de que el resultado de tal referéndum sea contingente respecto al porcentaje de participación es uno de los aspectos más insatisfactorios del artículo 27 de modo que ello vendría a justificar la improbabilidad de que esta opción se llegue a usar en la práctica⁴⁶⁵.

Unido a este referéndum *non nato*, se articula el referéndum de reforma de la Constitución. La regulación de la reforma constitucional se desarrolla en el art. 46 de la Constitución⁴⁶⁶. La iniciación de un proceso de reforma se remite a la presentación de un proyecto de ley en la Cámara Baja del Parlamento, desde el que tras su tramitación se remitirá al Senado. Una vez aprobada en ambas cámaras se someterá a referéndum. La denominación que ha de presidir ese proyecto de ley ha de incorporar expresamente su designación como de reforma de la Constitución. Si la mayoría de los votos de dicho referéndum han sido favorables a que se convierta en ley (art. 47.1 Constitución de Irlanda), se entenderá aprobada la reforma. No se establece un mínimo de participación, ni una exigencia de apoyo por circunscripciones. Una vez cumplidos esos trámites el presidente de la República de Irlanda lo firmará, previa verificación del cumplimiento de estos requisitos procesales, y procederá a su promulgación entrando en vigor. Es el instrumento integrativo que se ha utilizado en Irlanda para implementar las recomendaciones de la Convención Constitucional, en particular el referéndum sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y el que se prevé celebrar en 2018 como consecuencia de la recomendación de la Asamblea de Ciudadanos de Irlanda de 2016.

465 *Ibidem*, 417.

466 Artículo 46 de la Constitución de Irlanda: «1. Todo precepto de la presente Constitución puede ser reformado por vía de modificación, adición o derogación, en la forma prevista en este artículo.

2. Toda propuesta de reforma de esta Constitución será iniciada en la Cámara de Representantes como proyecto de ley, y una vez haya sido aprobada por ambas cámaras del parlamento, será sometida a referéndum popular de acuerdo con la ley sobre referéndum en vigor en ese momento.

3. Todo proyecto de ley de esta naturaleza llevará el nombre de “ley de reforma de la Constitución”.

4. Un proyecto de ley que contenga una o más propuestas de reforma de esta Constitución no contendrá ninguna otra propuesta.

5. Un proyecto de ley que contenga una propuesta de reforma de esta Constitución será firmado por el presidente de la república, una vez que este tenga la certeza de que las disposiciones de este artículo han sido cumplidas y de que dicha propuesta ha sido debidamente aprobada por el pueblo, de acuerdo con las disposiciones de la sección 1 del artículo 47 de esta Constitución, será debidamente promulgada por el presidente de la república como ley».

IV.4.2. La Asamblea de Ciudadanos de Irlanda (2016)

Desde Irlanda se ilustra una interesante continuidad en el proceso de participación directa de los ciudadanos en la conformación de principales y complejas decisiones de trascendencia pública. La reactivación de este mecanismo se produce en 2016. En esta ocasión se optó por la denominación más genérica de «Asamblea de Ciudadanos» —*Citizens' Assembly*—⁴⁶⁷, frente al precedente de Convención Constitucional que aporta una poli-semia en el marco del constitucionalismo anglosajón. A partir de una petición del Sinn Féin, a comienzos de 2016 para el restablecimiento de la Convención Constitucional, el gobierno, salido de las urnas de 26 de febrero de 2016, que lideraría el mismo presidente, Enda Kenny⁴⁶⁸, avalaría la creación de una nueva Asamblea de Ciudadanos. El referente de su creación fue el acuerdo de gobierno que impulsaría el gobierno minoritario del Fine Gael, con el apoyo del principal partido de la oposición, Fianna Fáil⁴⁶⁹. A partir de ahí, se promovería una Resolución del Parlamento, el 15 de julio de 2016⁴⁷⁰ en la que se formalizaría la creación de una Asamblea de Ciudadanos.

Presenta notables similitudes con la Convención Constitucional, salvo la ausencia de políticos en su composición. Son 99 los ciudadanos elegidos aleatoriamente, con una metodología similar a la utilizada en la Convención Constitucional.

La acotación material que se diseña en la resolución creadora de la Asamblea se refiere a los siguientes aspectos: 1) La Octava enmienda de la Constitución, aprobada en 1983 y referida a la controvertida cuestión en Irlanda del aborto —el derecho a la vida del no nacido, equiparable al derecho a la vida de la madre— que ha dividido a su sociedad durante décadas y cuyos obstáculos se plantean suprimir; 2) la mejor forma de responder a los retos y oportunidades de las personas mayores; 3) el establecimiento de un mandato parlamentario fijo; 4) La manera en que se desarrollan los referéndums y 5) cómo el Estado puede hacer de Irlanda un líder en afrontar el cambio climático. En cuanto a la eficacia e integración de las propuestas de la Asamblea, no percibimos diferencias con respecto a la Convención, materializándose las conclusiones de la Asamblea de Ciudadanos en infor-

467 Toda la información puede consultarse en: <<https://www.citizensassembly.ie>>.

468 Sin embargo, la composición del Gobierno variaría respecto a la legislatura precedente, por la pérdida de 26 escaños del Fine Gael, que siguió siendo el partido más votado, pero sobre todo por la debacle del Partido Laborista, que con sus 7 escaños dejó de tener la llave de la formación de Gobierno. El auge de los independientes fue otro de los elementos clave de estas elecciones. Después de un largo período de gobierno en funciones, a comienzos de mayo de 2016, Fine Gael y Fianna Fáil alcanzaron un acuerdo sobre establecimiento de un Gobierno en minoría de Fine Gael. Este acuerdo incorporaba la voluntad del presidente de no agotar su mandato. Consecuentemente, el 2 de junio de 2017 sería relevado por Leo Varadkar, anterior ministro de Sanidad, primer presidente homosexual de Irlanda, muy vinculado a la campaña del referéndum en favor del matrimonio de personas del mismo sexo, aportación de la Convención Constitucional.

469 *A programme for a partnership government*, 84. Cfr. <https://merrionstreet.ie/MerrionStreet/en/ImageLibrary/Programme_for_Partnership_Government.pdf>.

470 <<https://www.citizensassembly.ie/en/About-the-Citizens-Assembly/Resolution.pdf>>.

mes y recomendaciones individuales que serán remitidos a las Cámaras del Parlamento, a los efectos de un debate más profundo por los representantes electos. Posteriormente, el gobierno presentará los proyectos de reforma legislativa o constitucional que proceda, condicionados a ese apoyo previo del legislativo, y con los específicos requisitos en cada supuesto.

El 15 de octubre de 2016 se produjo la sesión inaugural de la Asamblea de Ciudadanos. Su presidenta es una juez del Tribunal Supremo de Irlanda, Mary Laffoy. Su duración estimada se preveía que se extendiera a un año desde dicha sesión inaugural. Los principios fundamentales de la Asamblea de Ciudadanos son: apertura y transparencia, equidad, igualdad de voz de sus miembros, eficiencia, respeto y colegialidad. Hasta el momento el protagonismo de los debates se ha centrado en el controvertido tema de modificar la regulación constitucional del aborto. Otro de los aspectos relevantes objeto de análisis de la Asamblea es la celebración de los referéndums y la determinación de los mandatos parlamentarios. En ambas materias, destaca el papel de los expertos asesores, en este caso dos profesores de Derecho Constitucional del Trinity College, Oran Doyle y Rachel Walsh.

Fase de integración. En función de cada uno de los temas objeto de estudio por la Asamblea se articulan mecanismos diferenciados para su implementación. La recomendación de la Asamblea de Ciudadanos de modificar la redacción del art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa se someterá a referéndum en la primavera de 2018. La redacción vigente de ese precepto, tras la octava enmienda a la Constitución de 1983, y posteriormente en 1992, es la siguiente: «El Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, teniendo debidamente en cuenta el derecho igual a la vida de la madre, garantiza en sus leyes el respeto y, en la medida de lo posible, a través de sus leyes la defensa y reivindicación de ese derecho. Esta subsección no limitará la libertad de viajar entre el Estado y otro Estado. Esta subsección no limitará la libertad de obtener o poner a disposición, en el Estado, de conformidad con estas condiciones que serán objeto de regulación, la información relativa a servicios legalmente disponibles en otro Estado». La recomendación de la Asamblea en este conflictivo tema en Irlanda tiene un triple contenido: Que el artículo 40.3.3 no se mantenga en su redacción actual (votado por el 87% de los miembros de la Asamblea); que dicho artículo sea reformado o sustituido por otro (votado por el 56%); que el art. 40.3.3 sea sustituido con una disposición constitucional que explícitamente autorice al Parlamento a fijar la finalización del embarazo, los derechos del no nacido y los derechos de la mujer embarazada (votado por el 57%). En la concreción de dicha regulación el 64% de los miembros de la Asamblea recomendaron que la finalización del embarazo sin restricción se regule. Dentro de las opciones, se recomendó que el término del embarazo se limite a las 12 primeras semanas (48%); a las 22 semanas de gestación (44%); o sin límite temporal (8%)⁴⁷¹. Desde

471 <<https://www.citizensassembly.ie/en/The-Eighth-Amendment-of-the-Constitution/>>.

estas bases se procederá a formular la pregunta del referéndum, que se concibe como un gran reto a la tradicional cultura política irlandesa.

Respecto a los restantes temas abordados por la Asamblea de Ciudadanos, sus recomendaciones hasta el momento han sido las siguientes. En relación a los retos y oportunidades de las personas mayores, estas se formularon entre junio y julio de 2017. La principal (apoyada por el 100% de los miembros de la Asamblea) se plasmó en instar al gobierno a que de modo urgente priorice e implemente la regulación vigente en la materia, en particular la Estrategia Nacional de Envejecimiento Positivo. Entre las recomendaciones sustantivas destaca la consideración de la familia como responsable para proveer los cuidados necesarios para las personas mayores, sin que ello exima al Estado de sus responsabilidades (votada por el 60%)⁴⁷².

El reto de cómo convertir a Irlanda en un Estado líder para abordar el cambio climático se analizó por los miembros de la Asamblea en tercer término, en el otoño de 2017. Como resultado de este trabajo, se formularon un total de trece recomendaciones⁴⁷³, la más relevante instaba a que el Estado asumiese ese liderazgo ejemplificando su comportamiento incluyendo la remodelación de los edificios públicos, el uso de vehículos públicos con bajas emisiones de gas, el uso de energías renovables y la construcción a partir de parámetros de resiliencia de la tierra. Igualmente, se recomendó la inclusión de medidas fiscales en esta materia como impuestos sobre las emisiones de gases de efecto invernadero o la supresión de cualquier ayuda y subsidio a la extracción del carbón.

En lo que concierne a la recomendación de la Asamblea respecto a la regulación de los referéndums en Irlanda, los primeros días de 2018 protagonizarán ese debate (los días 13 y 14 de enero de 2018 se procederá a su estudio y votación por la Asamblea). Este tema, junto a la determinación fija de los mandatos parlamentarios (a debatir en la primavera de 2018) serán el núcleo del trabajo de la Asamblea de Ciudadanos.

El balance de esta nueva experiencia no puede cerrarse en la actualidad. Es reseñable que un referéndum va a avalar su propuesta de cambio de un tema tan sensible en la sociedad irlandesa como el aborto. El hecho de que los ciudadanos aleatoriamente seleccionados hayan abrazado un consenso al respecto, frente a las dudas, temores y precauciones de los representantes, avala la solidez de este mecanismo deliberativo. Desde su vis atractiva se formulará la última reflexión al respecto, que versará sobre su valoración, luces y sombras, y sobre su eventual transferibilidad.

472 <<https://www.citizensassembly.ie/en/How-we-best-respond-to-challenges-and-opportunities-of-an-ageing-population/>>.

473 <<https://www.citizensassembly.ie/en/How-the-State-can-make-Ireland-a-leader-in-tackling-climate-change/How-the-State-can-make-Ireland-a-leader-in-tackling-climate-change.html>>.

IV.5. Propuesta de Convención Estatutaria y Constitucional para España. Los conflictos territoriales en la agenda de las Asambleas de Ciudadanos, hacia unas *Convenciones Ciudadanas Territoriales*

Como colofón al reto de perfilar un *background* del proceso de reflexión sobre las diversas estrategias para afrontar los conflictos territoriales se postula de gran utilidad la inserción en este debate de esta alternativa postulada en un contexto más amplio de regeneración democrática: involucrar directamente a los ciudadanos en el diseño de estas estrategias, merced al instituto que hemos designado como *Convenciones Ciudadanas Territoriales*.

Previamente, procederemos a identificar algunos aspectos relevantes de las experiencias analizadas, así como apuntar a zonas de penumbra en esas prácticas de Asambleas de Ciudadanos. Luces y sombras de las Asambleas de Ciudadanos y de las Convenciones Constitucionales.

Entre los elementos positivos cabe destacar la transparencia, equilibrio en los argumentos planteados y apertura al público. Las Convenciones Constitucionales y las Asambleas de Ciudadanos evitan los conflictos de intereses que impiden proponer reformas constitucionales que pudieran perjudicar al partido o a la coalición electoral gobernante, por ejemplo, como hemos visto, en materia de reforma del sistema electoral. En esa relación entre política y ciudadanía, entre políticos y ciudadanos, estas Asambleas son una fórmula idónea para aislar el debate de las interferencias de los políticos. Esto es particularmente relevante en los conflictos territoriales, que sin negar tener una cierta base real, la mayoría de su planteamiento y de sus reactivación es fruto de la instigación política. Es más, cuando en alguno de estos precedentes deliberativos se ha insertado en su composición a los políticos, en la Convención Constitucional irlandesa de 2012-2014, que separa este modelo de democracia deliberativa de los precedentes canadienses, una de las iniciales preocupaciones, la presencia y proporción de políticos en la composición de la Convención fue solventada desde la propia dinámica de las deliberaciones. No se apreció una dominación en las discusiones por parte de los representantes políticos, de hecho, se destacó el positivo engranaje entre ellos y los ciudadanos. Sin embargo, lo ideal es la ausencia de políticos de las mismas, como sucedió en New Brunswick, Ontario e Irlanda (2016).

La importancia de las Asambleas de Ciudadanos como intentos, no necesariamente desesperados, de aportar fórmulas para revitalizar el interés ciudadano por los asuntos políticos y constitucionales. El aupar a los ciudadanos a un papel de sujetos activos de las propuestas de resolución de conflictos, más allá del quehacer de sus representantes, es un incentivo que puede contribuir a paliar el presunto déficit democrático que tanto se achaca a las sociedades contemporáneas.

Igualmente positivo es el modo en que las Asambleas de Ciudadanos y la Convención Constitucional ejecutaron el maridaje entre participación y nuevas tecnologías, un reto

actualmente ineludible para cualquier propuesta de revitalización de la conexión entre ciudadanos y políticos. El epicentro de los debates se vio reforzado por la divulgación que a través de internet y de los medios de comunicación clásicos como prensa, radio y televisión se hicieron de la Convención y de la Asamblea de Ciudadanos. Esta práctica ha abierto una brecha definitiva en pro de la incorporación de los elementos digitales en los procedimientos decisorios constitucionales y por qué no en las estrategias para la resolución de conflictos.

Indiscutiblemente, el éxito de la Convención ha de ceñirse a los aspectos procesales y deliberativos que implementó. Este clima contribuyó a concebir la idea de que un grupo no representativo, cooptado y libre de lealtades estaba formulando propuestas para la renovación del marco jurídico y político de una provincia o de un país. En ese énfasis deliberativo hemos de ver en la convención un avance respecto a otros recursos participativos, como el referéndum, cuyo planteamiento puede generar una radicalización de las opciones que impide ese debate más amplio, algo que se ha achacado por ejemplo al referéndum británico para salir de la Unión Europea. La Convención vendría a suplementar ese déficit deliberativo y de análisis del referéndum. Es más, las opiniones vertidas en una Asamblea de Ciudadanos, como consecuencia del proceso de aprendizaje que incorporan, se fundamentan más en la razón que en otros intereses. Es esa formación profunda, técnica y aséptica lo que avala unas posiciones razonables y razonadas sobre los problemas que se han incorporado a las agendas. De modo consecuente con ese proceder, tras las fases de formación y deliberación, la etapa decisoria pivota inicialmente en el consenso, pero decisivamente en la votación. El consenso avalaría la amortiguación de diferencias políticas o de percepción, sin embargo, si las bases del acuerdo son técnicas, razones y neutrales, su papel es menor, siendo la fortaleza de las proposiciones formuladas su apoyo mayoritario, cuando no unánime. Igualmente se ha evidenciado lo positivo de escalonar el proceso deliberativo desde grupos pequeños a grupos más grandes, en una especie de proceso sedimentario de consolidación de propuestas.

Desde una aproximación sustantiva, los logros de las Asambleas de Ciudadanos y de la Convención se ciñen a su contribución a dinamizar el debate público sobre determinadas cuestiones, igualmente a serenar el mismo si este es voluble y plagado de controversias y enfrentamientos. En el mismo sentido, pueden incorporar nuevas líneas de soluciones, más allá de las propuestas en un guion inicial, es decir, su funcionalidad estriba en un equilibrio entre vincularse a una agenda dada y habilitar un nuevo espacio para aportar recomendaciones.

Sin embargo, desde las experiencias asamblearias y convencionales también se pueden extraer algunas sombras. Una estrecha agenda, inconexa y un rol exclusivamente de asesoramiento. Es igualmente evidente que la limitación temporal fue especialmente contraria a la necesidad de alcanzar una intensidad y profundidad que determinados debates hubieran requerido.

Datos que moderarían la vis expansiva del experimento aluden a las propias características de las sociedades donde se han implementado, dos provincias canadienses e Irlanda, poco fragmentadas, de un tamaño muy reducido, por lo que de reflejo relativamente más sencillo en este foro convencional o asambleario.

Igualmente, la vinculación de la efectividad de las recomendaciones de las Asambleas o de la Convención a la decisión gubernamental de celebrar un referéndum no ayuda a potenciar la confianza en estos mecanismos deliberativos. Podemos citar el caso de Holanda, donde el Gobierno no aceptó la propuesta de la Burgerforum y se negó a convocar un referéndum. Igualmente, en New Brunswick, donde tras rozar la victoria, el paso del tiempo y la actuación de los líderes políticos en la gestión del referéndum anularon los trabajos de la Asamblea que serían rechazados en un segundo referéndum. A todo ello habría que sumar que al vincular las proposiciones de las Asambleas a la celebración de un referéndum, lejos de frenar la «fatiga referendaria» que se ha desarrollado entre los votantes por razones cuantitativas se percibe en Irlanda o cualitativas, por ejemplo en España, contribuye a su incremento. La dilación gubernamental para atender las recomendaciones de la Convención, diluye igualmente su efectividad.

No obstante, las principales objeciones vienen desde el terreno material. Una escasa ambición en las reformas y recomendaciones sugeridas lastraron desde el inicio, por ejemplo en Irlanda, el potencial de promocionar cambios revulsivos con raíces convencionales. Empero, si se hubiera optado por una radicalización de dichas propuestas el riesgo de fracaso y de descrédito hubiera sido mayor. Adicionalmente, tampoco creemos que ese fuera su cometido, sino uno más modesto, más puntual y aprehensible como el de afrontar reformas concretas del sistema constitucional y utilizarlas como trampolín para dinamizar la participación ciudadana en los asuntos públicos, en particular los constitucionales.

Otro factor que puede ensombrecer estas experiencias es el potencial surgimiento de grupúsculos dentro de las Asambleas. Eso se vio en New Brunswick y en menor medida en Irlanda, donde los intereses de los ciudadanos de zonas rurales se distanciaron de los manifestados por los procedentes de áreas metropolitanas. Esa fragmentación interior es especialmente preocupante si el objetivo fuese abordar conflictos territoriales, por lo que en el diseño de la Asamblea habría que prevenirlos, bien desde la misma selección de los miembros, desde la configuración de los grupos de trabajo o desde la gestión de los presidentes de las mismas.

A partir de esta valoración de las experiencias de democracia deliberativa, disertaremos sobre la transferibilidad de estas estrategias participativas.

Si nos planteamos la receptividad de este proceso, una primera impresión nos hace reparar en lo siguiente. A la luz de referencias analizadas, parece que ha creado escuela. Más allá de los casos comparados a los que aludíamos al comienzo, el modelo australiano se usó como referencia en New Brunswick, y este a su vez en Ontario y en Holanda, siendo todos ellos el espejo en el que Irlanda miró para implementar su formato de Convención Consti-

tucional y de Asamblea de Ciudadanos, hay otros casos a referenciar. Así, el caso irlandés ha sido utilizado como ejemplo a seguir en distintas propuestas, si bien no materializadas, fundamentalmente en el ámbito británico. Desde el informe del Comité parlamentario para la reforma política e institucional del Reino Unido⁴⁷⁴, publicado en marzo de 2013 y coetáneo al proceso convencional irlandés, en el que se abogaba por su utilidad para vislumbrar soluciones en materia del futuro de la Unión, hasta la propuesta, que igualmente cae dentro de lo que pudo haber sido y no fue, del gobierno escocés en los preparativos inmediatos del referéndum de 18 de septiembre de 2014, cuando articuló la previsión de convocar una Convención Constitucional con el fin de diseñar el nuevo texto de la Constitución escocesa⁴⁷⁵. En consecuencia, los supuestos analizados parecen haber cundido ejemplo.

En la reciente deriva anticonstitucional catalana, existe una referencia a un proceso, *a priori*, con algún nexo de conexión a las experiencias citadas. Estamos aludiendo al Foro Social Constituyente, que se contempla en el art. 87 de la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, *de Transitoriedad Jurídica y Fundacional de la República*. Su articulación se hubieraproducido en los seis meses posteriores a la proclamación de los resultados del referéndum de 1 de octubre de 2017. En su composición se darían cita tanto representantes de la sociedad civil, como políticos, vinculándose a un proceso deliberativo sectorial y territorial. Resta precisar quién hubieran sido catalogados como «representantes de la sociedad civil», si solo organizaciones procesionistas, o si se hubiera abierto el círculo. En ningún momento se precisa el proceso de selección, ni los estadios del debate a desarrollar en la misma, lo que hace presuponer que la independencia y transparencia, piedra angular de todos los procesos descritos no hubiera Estado en su base. Sin poder ahondar más en la misma, su imposibilidad deriva de obviar que la «unidad ideal de imputación del poder constituyente» es el pueblo español (STC 124/2017, de 8 de noviembre, FJ 5 b), por lo tanto, dada la imposibilidad de su objeto, no ha lugar más referencias a su proceso.

Por todo ello, entre las razones que avalan este recurso en términos generales como instrumento de revitalización de la participación ciudadana en los asuntos públicos y

474 House of Commons. Political and Constitutional Reform Committee (2013): *Do we need a constitutional convention for the uk?* London, The Stationery Office Ltd. Disponible en: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmpolcon/371/371.pdf>>. Doctrinalmente, la propuesta de avalar la celebración de una Convención Constitucional en Reino Unido ha tenido un gran énfasis. Podemos destacar las distintas propuestas realizadas por Robert Hazell, Alan Renwick o Mac Amhlaigh, las dos primeras disponibles en: <<http://www.ucd.ie/ibis/newsevents/latestnewsevents/citizensandconstitutions/>>. y la tercera desde la publicación *For a Constitutional Convention for the United Kingdom*, <http://www.research.ed.ac.uk/portal/files/17651786/Cormac_Mac_Amhlaigh_For_a_Constitutional_Convention_for_the_United_Kingdom.pdf>. Igualmente, Escocia (Charlie Jeffery), Gales (Wyn Jones) o Irlanda del Norte (John Garry) han alabado esta práctica. Cfr. <<http://www.ucd.ie/ibis/newsevents/latestnewsevents/citizensandconstitutions/>>.

475 The Scottish Government (2014): *Scottish Independence Bill: A consultation on an interim constitution for scotland*. Edinburgh, The Scottish Government, 64. Disponible en: <<http://www.gov.scot/Resource/0045/00452762.pdf>>.

como instrumento específico para la formulación de propuestas de resolución de conflictos territoriales, podríamos destacar:

Primero, desde el impacto de la crisis sobre la organización territorial con una proliferación de conflictos territoriales y la incapacidad de respuesta a los mismos con las herramientas tradicionales de las relaciones intergubernamentales. Uno de los detonantes que propulsaron la participación directa de los ciudadanos en las reformas constitucionales a través de las convenciones constitucionales fue la apertura de una enorme fractura entre representantes y representados. La imposibilidad racional de suplir los cauces de representación democrática de carácter indirecto ha potenciado que sean complementados por fórmulas puntuales de participación directa de los ciudadanos, como las Convenciones Constitucionales.

Segundo, el impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones intergubernamentales. Una de las singularidades de la técnica de Convenciones Constitucionales territoriales versa en su canalización a través de participación electrónica, por lo tanto afianzará la tecnificación irrenunciable de las estructuras administrativas.

Tercero, la necesidad de alcanzar soluciones en ámbitos donde los políticos parecen incapaces. El estancamiento de problemas territoriales, su integración como irresolubles pueden modificarse o matizarse si se aplican técnicas de mediación o de arbitraje. Residuos de estas prácticas, esencialmente el factor de diálogo, es lo que singulariza a las Convenciones Constitucionales territoriales.

Cuarto, la coherencia con el marco normativo existente. El conjunto de propuestas que se pueden articular y los cauces procesales de las mismas no deben ignorar los avances «razonables» alcanzados en la convivencia y el progreso obtenido en el conjunto del Estado respecto a la situación de partida.

Quinto, la eficacia de las propuestas alcanzadas. El diseño de las estrategias convencionales requiere una culminación con un estudio de su eficacia y de su integración en la realidad y en los cauces de aplicabilidad y eficacia dispensados por el Estado Constitucional en el que se propugnan.

La materialización de dicha Convención Ciudadana territorial, de carácter constitucional o estatutaria, se concretaría en articular un órgano colegiado con representación ciudadana, aleatoriamente designado, a partir de criterios de máxima representatividad (territorial, generacional, por sexos y por condición socioeconómica y cultural). Estos ciudadanos, guiados por unos técnicos de apoyo tendrán la tarea de debatir y de articular una serie de propuestas sobre resolución de problemas territoriales. Este proceso se podría aplicar, si nos centramos en el conflicto más radical que ahora existe en el marco territorial, en su diseño inicial en el espacio de la Comunidad de Cataluña, para luego en una segunda fase ampliarlo a todo el territorio. Es importante que los criterios de selección sean aleatorios, con ello se potencia la legitimidad. A partir de ahí, sobre ese amplio muestreo de componentes inicialmente seleccionados, una segunda selección que se base en

los intereses y disponibilidad de los designados ha de buscar la máxima legitimada de la Convención de Ciudadanos. Por ello hay que habilitar filtros ideológicos a sus miembros, en el sentido de que del resultado del azar no predomine una u otra opción de las enfrentadas. En el mismo sentido, hay que evitar los grupúsculos intraterritoriales, sectoriales, corporativos o por sexo o edad. Aquí estaríamos ante una tarea de los técnicos que han de estructurar los grupos de trabajo. Esta fase de selección es crucial para garantizar la solidez de la propuesta.

Respecto al momento idóneo para su constitución, hay que eludir los momentos inmediatamente anteriores a una consulta electoral y los inmediatamente posteriores. El fragor de los enfrentamientos, especialmente el reciente proceso catalán, piden un tiempo de calma y a partir de ahí la implementación de propuestas. Los conflictos políticos trascienden a los ciudadanos, pero en este caso política y territorio han gestado un conflicto de repercusión en la convivencia cotidiana sin precedentes en nuestro país en el período constitucional. Por ello un margen temporal sería lo idóneo.

En esa configuración inicial ha de quedar meridianamente claro la independencia de la misma con respecto al Ejecutivo, ya sea autonómico, ya sea estatal y a los partidos políticos y a sus líderes. En esa tarea de reforzar a la Convención Ciudadana Territorial hay que potenciar la importancia de la tarea que se les encomienda y su potencial en el conjunto del sistema político. Un sistema político que ha evidenciado ser incapaz de resolver integralmente el conflicto territorial. Ello, paralelamente, confiere un poder a la Asamblea Ciudadana, un poder significativo, pero no materializable como poder alternativo a los poderes institucionales, especialmente a los representativos. En conciliar su importancia y protagonismo, pero su subordinación y complementariedad a los mecanismos institucionalizados radica su éxito.

La agenda a debatir debe combinar un guion marcado y un margen de libertad a los miembros de la Convención Ciudadana territorial. En el guion debe incluirse esencialmente las propuestas de solución del conflicto territorial en un marco constitucional y de unidad del Estado. Esos límites deben ser infranqueables. A partir de ahí, tres estadios de recomendaciones pueden ser viables: primeramente, el que se refiera a pautas a adoptar por las autoridades para recuperar la cordialidad de la convivencia en Cataluña; en segundo lugar, propuestas de reforma o innovación legislativa a nivel autonómico, desde la reforma estatutaria, hasta la legislación en materia educativa, territorial, participativa o medioambiental; finalmente, desde la Convención Ciudadana se han de valorar proposiciones más ambiciosas que pueden incluir una puntual reforma de la Constitución, únicamente para recomendar aquellas cuestiones que serían objeto de la misma y que se vincularían directamente a la solución del conflicto catalán. El profundizar en cada una de ellas sería objeto de convenciones monográficas sobre ese particular.

El proceso de formación debe ser intenso y neutral, alejado de adoctrinamientos y de sectarismos. Incluiría una formación histórica, un capítulo económico, otro jurídico

constitucional y otro sociológico. La designación de técnicos que coordinen este proceso es clave para su neutralidad.

El proceso de deliberación debe ser intenso y precedido por un profundo período de consultas. La comparecencia en la Convención de todos los sectores que han protagonizado el conflicto, la posibilidad de contraponer sus perspectivas, lejos de la manipulación de los cauces de transmisión cotidianos, es clave en la solvencia de este proceso.

Las recomendaciones deberían ser precisas y concretas. Ceñirse a no más de una decena de actuaciones para evitar los riesgos de dispersión y generalización.

Un punto capital, a la luz de las experiencias desarrolladas, es la eficacia de tales instrumentos deliberativo. La preceptiva asunción de las mismas por los representantes políticos, la necesidad de su respaldo por una suficiente mayoría y la culminación de su tramitación en una adscripción a las mismas de toda la ciudadanía, a través de una consulta ciudadana son puntos a valorar en esta propuesta de flexibilización del marco de convivencia, estatutario y constitucional. La presencia de un referéndum que valide dichas recomendaciones es imprescindible. Empero, no podemos vislumbrar en esta práctica un cauce a la mutación constitucional, habilitando una nueva vía para la reforma de la Carta Magna al margen de lo preceptuado en la misma. Su valor es el proceso deliberativo, la reflexión colectiva habilitadora de propuestas de solución a un conflicto. La integración de las mismas en el orden constitucional se ha de vincular a los cauces constitucionales y legales habilitados para ello. En este caso, y a la luz de las experiencias analizadas, el referéndum debería ser singular, acorde al proceso especial en el que se origina. Cabría aquí una consulta únicamente circunscrita al ámbito catalán si la Convención solo se articuló en ese territorio. Sin embargo, si la Convención es estatal, el referéndum ha de ser estatal. Ha de ser un referéndum consultivo. Si entre las propuestas hay reformas de gran calado, es necesario que o bien su aplicación se dilate en el tiempo o que implique una segunda consulta, transcurrido un plazo razonable de tiempo (entre 5 y 10 años) para verificar que las grandes decisiones están al margen de las veleidades políticas. El referente lo tenemos, por ejemplo, en la ley que regula la autonomía de Irlanda del Norte, al establecer la *Northern Ireland Act*, de 1998, en su art. 1⁴⁷⁶ que Irlanda del Norte forma parte del Reino Unido y que no cesará en esa situación, «salvo con el consentimiento de una mayoría de ciudadanos de Irlanda de Norte, votando a los específicos efectos», señalando en su disposición adicional 1 que la potestad es conferida al secretario de Estado y que una vez celebrada la votación en la que una mayoría se manifiesta a favor de integrarse en Irlanda, esta decisión no podría formalizarse antes del transcurso de 7 años posteriores a esa votación (Schedule 1, 3). La necesidad de un segundo referéndum para validar un cambio sustancial del *status* de un territorio se establecía en el contenido de la pregunta

476 <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/47>>.

del referéndum de Quebec de 20 de mayo de 1980⁴⁷⁷, cuyo análisis se ha abordado en el capítulo I.

Estos son los principales trazos de una propuesta que se erige en una *sui generis* estrategia para la resolución de conflictos territoriales, en la España del siglo XXI. Es preciso que amplíemos nuestra imaginación y habilitemos nuevos cauces para no cejar en la responsabilidad de alargar problemas que tienen solución. Es una responsabilidad de todos los ciudadanos, pero especialmente de los poderes públicos y de los académicos. La gravedad de esta situación no es el mejor caldo de cultivo para aplicar el teorema de la navaja de Ockham, cuando dos o más explicaciones se ofrecen para un fenómeno, la explicación completa más simple es preferible, pero la capacidad de la clase política para enmarañar hasta el esperpento todo este debate, hace vislumbrar que una sencillez desde la aproximación de los ciudadanos a estos conflictos es, cuanto menos, esperanzadora. En el mismo sentido hemos de acotar la eficacia de esta estrategia deliberativa a un momento procesal concreto, el del impulso de las resoluciones. En ningún caso es alternativa a la separación de poderes y a los principios representativos que sustentan el Estado democrático, y por descontado no suplanta el papel del poder judicial y del Tribunal Constitucional. En ese sentido conviene recuperar la emblemática sentencia, *Reference re Secession of Quebec* (1998), en cuya argumentación se sostiene que «el Tribunal no tiene un rol supervisor sobre los aspectos políticos de las negociaciones constitucionales» (párrafo 100), entre otras razones porque no tiene toda la información disponible para los actores políticos y los métodos de un tribunal para la búsqueda de la verdad se adaptan mal a un análisis en profundidad de las negociaciones constitucionales. Empero, la «no justiciabilidad de las cuestiones políticas, carentes de un componente legal, no priva al orden constitucional que lo enmarca de su estatus vinculante, ni esto significa que las obligaciones constitucionales pueden ser violadas sin incurrir en serias repercusiones legales. Cuando existen derechos, existen reparaciones» (párrafo 102). Es decir todas estas estrategias son metajurídicas, pero en ningún caso ajenas al imperio de la ley.

La implicación de los ciudadanos en el proceso de aportar soluciones al complejo problema de los conflictos territoriales se enmarca en el reto de su contribución a construir comunidad, ahí radica el liderazgo de esta estrategia, y el potencial de la misma. Los ciudadanos como artífices de las propuestas de las que son sus principales destinatarios.

477 Dentro de la larguísima pregunta del referéndum de 1980 se introducía la siguiente cláusula: «Ningún cambio en el status político resultante de estas negociaciones será efectivo sin la aprobación del pueblo a través de otro referéndum; en estos términos».

CONTRIBUCIONES METAJURÍDICAS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS CUATRO DICHS Y UNA REFLEXIÓN FINAL



La conflictividad entre los territorios pudiera ser el problema endémico del mundo globalizado con el que el siglo XXI ha de convivir. La exigencia de responder a los mismos, requiere convertir a nuestro ordenamiento jurídico en un derecho fotónico, que actúe ultrarrápidamente e, incluso, que tenga atribuida una capacidad para adelantarse a los acontecimientos y que todos los actores, públicos y privados, se conviertan en centinelas activos permanentemente dispuestos a afrontar retos y estrategias que superen cualquier imaginación racional. Ante esta tesitura, y pensando fundamentalmente en el conflicto catalán, las aportaciones de este trabajo podrían cerrarse con una mirada atrás, dirigida hacia un sentido común, que en ocasiones parece ser el menos común de todos, y para el cual se ha hallado un idóneo cauce de expresión a través de cuatro dichos populares.

Buenos y malos martes, los hay en todas partes. Los conflictos territoriales no son un problema exclusivo y excluyente de la organización territorial española. Hemos constatado que tanto Canadá, articulada desde la fusión de dos contrapuntos, el anglófono y el francófono, como Estados Unidos, aval de un federalismo modélico que esconde en su entramado agrios conflictos sobre los que incluso pulula el fantasma de la secesión, al que la presente centuria y los líderes que en ella han aterrizado parecen ofrecerle atractivos argumentos, fáciles de comprender por unos ciudadanos que buscan expresar la democracia imprimiéndole nuevos retos y utilidades, son un espacio habilitador del conflicto. En España, la ecuación lineal que pareció incorporar el modelo territorial de Estado regional y que se podría secuenciar en primero diferencias, luego hechos diferenciales, después asimetrías y finalmente disimetrías, parece llevarnos a un abismo que requiere alternativas para su reconducción a parámetros de convivencia y estabilidad. Recordemos que la *asimetría* para el Derecho Constitucional supone una modalidad de estructuración estatal que presentan determinados Estados en los que los entes territoriales dotados de autonomía política que lo componen disfrutan de un trato constitucional diferenciado, legitimado por el reconocimiento positivo de disponer de singularidades de diversa índole (lingüísticas, culturales, jurídicas o financieras) con relación a los restantes componentes

del Estado. *Sensu contrario*, la ausencia de ese referente diferencial objetivo y real nos hará toparnos con falsas asimetrías, *disimetrías*, cuyo origen hemos de ubicar tanto en la inexistencia de ese referente legitimador constitucionalmente consensuado, como en la manipulación e hipertrofia de lo que se presenta como manifestaciones y consecuencias de los «hechos diferenciales» realmente existentes. la asimetría haría referencia a una plasmación constitucional relevante de las distintas formas de concretar un estatuto de autogobierno a la medida de unas voluntades y/o identidades, marcadas por los «hechos diferenciales». Mientras que la disimetría nos servirá para identificar aquellas situaciones derivadas del tratamiento político de los «hechos diferenciales» y de las asimetrías, o más directamente, de los intentos de conversión de aquellos en «cuotas de poder» e «limitada excepcionalidad» que implicaría la libre interpretación del orden jurídico, concebido como un traje a medida de sus intérpretes.

A grandes males, grandes remedios. La existencia de conflictos en el ámbito territorial no impide que revisemos las estrategias que para su solución se hayan aplicado en otras disciplinas jurídicas o en otros ámbitos espaciales, como el internacional. Por ello, revisar qué significa negociar, qué técnicas y requisitos imprime la conciliación, la mediación y el arbitraje y cuáles han sido sus aplicaciones a los conflictos territoriales, como en Estados Unidos, puede abrir las puertas a soluciones o tentativas útiles para todos. Desde el halo negativo, valorar los costes de no solucionar los conflictos territoriales ha de ser prioritario en la agenda pública.

En este apartado de carácter procesal procede recuperar alguna de las instituciones que se utilizan en los procedimientos de arbitraje, especialmente en el ámbito internacional, y sobre cuya virtualidad en el marco de la resolución de conflictos territoriales *ad intra*, se concibe como especialmente aplicables y de gran potencial. Así, la aquiescencia, el *estoppel* y la fecha crítica. La que se presenta como una fórmula innovadora «acuerdo tácito + aquiescencia»⁴⁷⁸ apunta a la posibilidad de alcanzar de facto un acuerdo, que no llega a formalizarse, pero al que nos acercamos desde el comportamiento recíproco de las partes que asienten y consienten sobre la propuesta. Otra técnica especialmente relevante que se centra en el comportamiento de las partes es la denominada *estoppel*. Con ese anglicismo se alude a un principio del *rule of law* en virtud del cual se prohíbe que una parte aluda a hechos que son contrarios a sus primeras pretensiones o acciones. Conceptualmente, el *estoppel* es un mecanismo que protege a las partes de ser injustamente confundidas por la inconsistencia de las alegaciones o propuestas de la otra parte. Finalmente, la importante institución procesal de la «fecha crítica» implicaría fijar de antemano los límites temporales de la disputa. Esa datación sería de obligado respeto quedando manifiesto interdecir argumentos o hechos anteriores o posteriores a las mismas.

478 López Martín, A. G. (2003): «El arreglo de las controversias territoriales por la Corte Internacional de Justicia. Una aproximación a sus líneas directrices», en *REDUR II*.

Más vale un hoy que diez mañanas. Ante el enquistamiento de los conflictos hay que reaccionar. En ese tratamiento, preemptivo, coactivo o cooperativo hay que valorar que los conflictos territoriales surgen con una extrema rapidez, pero que solventarlos no es tan rápido. Por ello hay que actuar sin demora, pero con toda la prudencia debida. En ese punto no hay que olvidar nada, ni a nadie. Las externalidades de un conflicto territorial son, igualmente, parte de este conflicto. Si en Canadá hablábamos que Quebec & ROC (Rest of Canada), en España el conflicto parece ser entre Cataluña y el gobierno central. Sin embargo, no es así, el conflicto es entre Cataluña & RDE (resto de España), el conflicto afecta a todos, en la economía, en la política, en las instituciones y en sus ordenamientos. Por eso es responsabilidad, compromiso y obligación de todos involucrarnos en buscar estrategias para su solución.

La práctica vale más que la gramática. El papel de los Tribunales, de los académicos, de los expertos y de los técnicos es insustituible y no se puede renunciar a los mismos. Empero, todos los ciudadanos, desde su expósito título de «cives» también pueden aportar un pragmatismo y una percepción más realista y resolutive que las élites. Es por ello, que institutos como la Convención Ciudadana territorial, pudiera ser una alternativa al abrir a ciudadanos aleatoriamente elegidos, dentro de una pluralidad de criterios geográficos, demográficos y socioculturales, la posibilidad de, una vez estudiado el conflicto en profundidad, aportar recomendaciones para su solución. La democracia deliberativa se erige en un complemento a los tradicionales cauces democráticos, fundamentalmente representativos, y también de democracia directa. Empero, no podemos vislumbrar en esta práctica un cauce a la mutación constitucional, habilitando una nueva vía para la reforma de la Carta Magna al margen de lo preceptuado en la misma. Su valor es el proceso deliberativo, la reflexión colectiva habilitadora de propuestas de solución a un conflicto. La integración de las mismas en el orden constitucional se ha de vincular a los cauces constitucionales y legales habilitados para ello.

Reflexión final. Esta propuesta federal se sintetiza en lo que designamos como un *federalismo resiliente*, que pasaría por anexas a la propuesta federal, un concepto físico, que ya se ha utilizado en Derecho Constitucional, la resiliencia constitucional. Utilizando este término no técnicamente, entenderíamos por resiliencia una propiedad que poseen algunas materias de acumular energía, cuando están sometidos a una presión o estrés, sin que ocurra una ruptura o una modificación permanente. Es un estadio intermedio entre la rigidez y la flexibilidad. Se trataría de acomodar estímulos y presiones, preservando su función y su identidad en diferentes ambientes. La enseñanza de esta tensión a la que la se ha sometido a la organización territorial y al Estado y sus ciudadanos, a todos ellos, requiere una respuesta federal. Aunaría un federalismo funcional, que atendería a aquellos ciudadanos que quieren garantizar unos estándares de vida que la Constitución les ha provisto y un federalismo nacionalista, donde los sentimientos identitarios acompañan a esas necesidades vitales. Este *federalismo resiliente* se postula desde su contribución a

garantizar la estabilidad de un pacto político conciliador y a una paulatina consolidación de una cultura y socialización federal.

La última reflexión de este trabajo que ha desarrollado su contenido en los preámbulos judiciales, es para la ley, para el imperio de la legalidad, sin el cual nada de lo suscrito sería factible.

«Concibo entonces una sociedad en la que todos, mirando a una ley como obra suya, la amen y se sometan a ella sin esfuerzo». (Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, 1835, Introducción, Madrid, Alianza Editorial, 1985, p. 15).

BIBLIOGRAFÍA



- Aparicio Pérez, M. A y Barceló y Serramalera, M. (2012): *Manual de Derecho Constitucional*. Barcelona, Atelier.
- Arbós Marín, X., (2014): «Acuerdos prejudiciales y conflictos intergubernamentales sobre normas con rango de ley», *Teoría y Realidad Constitucional*, 34, 129-154.
- Arbós Marín, X. (Coord.) (2009): *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico. La posición de los actores*. Barcelona, Generalitat de Catalunya.
- Baena, M. y García Madaria, J. M. (1979): «Élite franquista y burocracia en las Cortes actuales», *Sistema*, 3-37.
- Bakvis, H., Baier, G. et al. (2009): *Contested federalism. Certainty and ambiguity in the Canadian federation*. Ontario, Oxford University Press.
- Barceló i Serramalera, M., Corretja, M. et al. (2015): *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Barcelona, Atelier.
- Bassani, L. M., Stewart, W. et al. (1995): *I concetti del federalismo*. Milano, Giuffrè Editore.
- Bercovitch, J. y Lee, S. M. (2003): «Mediating international conflicts: examining the effectiveness of directive strategies», *International Journal of Peace Studies*, 8, 1, 1-17. [En línea]. Disponible en: <http://www.gmu.edu/programs/icar/ijps/vol8_1/Bercovitch.html>.
- Blanco Carrasco, M. (2009): *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*. Madrid, Editorial Reus.
- Boix Palop, A. (2017): «El conflicto catalán y la crisis constitucional española: una cronología», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 71 y 72, 172-181.
- Bolivar Meza, R. (2002): «La teoría de las Élités en Pareto, Mosca y Michels», *Iztapalapa*, 52, 386-407.

- Borrajo Dacruz, E. (1983): «Sistemas de conciliación, mediación y arbitraje en los conflictos de trabajo», *Documentación Laboral*, 10, 7-32.
- Bowden, J. J. (1959): «The Texas-New Mexico Boundary dispute along the Rio Grande», *South Western Historical Quarterly*, 63, 2, 221-237.
- Bowie, R. y Friedrich, C. J. (1960): *Études sur le fédéralisme*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Brouillet, E. y Gagnon, A. (2017): «La constitution canadienne et la métaphore de l'arbre vivant: quelques réflexions politologiques et juridiques», *Constitutionnalisme, droits et diversité: Mélanges en l'honneur de José Woehrling*. Montreal, Editions Thémis, 79-107.
- Burgess, M. y Gagnon, A. (1993): *Comparative Federalism and Federation*. Hertfordshire, Simon & Schuster International Group.
- Carson, L. (2008): «Creating democratic surplus through Citizens' Assemblies», *Journal of Public Deliberation*, 4, 1, 5. [En línea]. Disponible en: <<https://www.publicdeliberation.net/jpd/vol4/iss1/art5>>.
- Cascajo Castro, J. L. y García Álvarez, J. L. (1994): *Constituciones Extranjeras Contemporáneas*. Madrid, Tecnos.
- Conlan, T. (1998): *From New federalism to devolution. Twenty-five years of intergovernmental reform*. Washington DC, Brookings Institution Press.
- Conlan, T. (2001): *The challenge of dual sovereignty. The Rehnquist Court and Contemporary American Federalism*. Paris, The French Center on the United States.
- Conlan, T. y Posner, P. (eds.) (2008): *Intergovernmental Management for the 21st Century*. Washington, Brookings Institution Press.
- Corquera Atienza, J. (1994): «Autonomismo cooperativo y autonomismo competitivo: Aquiles y la tortuga», *Sistema*, 118-199, 87-102.
- Corwin, E. S. (1948): *The Constitution and what it means today*. Princeton, New Jersey, Princeton University Press.
- Corwin, E. S. (1961): *The higher law background of american Constitutional Law*. New York, Great Seal Books.
- Dellapenna, J. W. (2005): «Transboundary Water Allocation in the Twenty-First Century: Colloquium Article: Interstate Struggles Over Rivers: The Southeastern States and the Struggle Over 'Hooch'», *New York University Environmental Law Journal*, 12, 828-900.
- Del Jong, M. S. (2013): *Groups dynamics in the Citizens' Assembly on electoral reform*. Grästen, Toptryk Grafisk.

- Del Campo, S., Tezanos, J. F. et al. (1982): «La élite política española y la transición a la democracia», *Sistema*, 48, 21-61.
- Duchacek, I. D. (1970): *Comparative Federalism*. New York, Holt, Rinehart and Winston.
- Dye, T. R. (1976): *Who is running America?* New Jersey, Prentice Hall.
- Elazar, D. J. (1990): *Exploración del federalismo*. Barcelona, Editorial Hacer.
- Elazar, D. J. (1991): *Federal systems of the world. A handbook of federal, confederal and autonomy arrangements*. Harlow, Longman Group Limited.
- Fabre-Surveyer, E. (1939): «The Civil Law in Quebec and Louisiana», *Louisiana Law Review*, 1, 4, 649-664.
- Fournier, P. (1991): *A Meech Lake post-Mortem. Is Quebec sovereignty inevitable?* Toronto, McGill-Queen's University Press.
- Fournier, P., Henk van der Kolk, R. et. al. (2011): *When Citizens decide: Lessons from Citizens' Assemblies on electoral reform*. Oxford, Oxford University Press.
- Frank, P. (1963): «Federal-State Compact: a new experiment in cooperative federalism», *Columbia Law Review*, 63, 825-855.
- Frankfurter, F. y Landis, J. M. (1925): «The compact clause of the Constitutions. A Study in Interstate Adjustments», *Yale Law Journal*, 7, 685-758.
- Gallagher, M. (ed.) (1996): *The Referendum Experience in Europe*. London, McMillan Press Ltd.
- García de Enterría, E. (1983): *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*. Madrid, Civitas.
- García Morales, M. J., Montilla Martos, J. A. et al. (2006): *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico*, Madrid, CEPC.
- García Morales, M. J. (2017): *Transparencia y rendición de cuentas de las relaciones de cooperación intergubernamental en el Estado autonómico*. Barcelona, Institut d'Estudis de l'Autogovern.
- García Torres, J. (1984): «El artículo 155 de la Constitución española y el principio constitucional de autonomía», *Organización Territorial de Estado*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, II, 1190 y ss.
- García Villaluenga, L. y Rogel Vide, C. (2012): *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*. Madrid, Editorial Reus.

- Gray, V. y Russell, H. (ed.) (2008): *Politics in the American States. A comparative analysis.*, Washington, CQ Press.
- Gil-Robles y Gil-Delgado, J. M. (1999): «Artículo 155. El control extraordinario de las Comunidades Autónomas», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid, Cortes Generales, EDERSA, XI, 501 y ss.
- Gobbi, J. («El concepto de conflicto y los medios de solución de controversias en el Derecho internacional», *CAEI*, Working paper, 58. Disponible en: <<http://www20.iadb.org/intal/catalogo/PE/2010/06302.pdf>>.
- González Beilfuss, M. (2008): «La resolución extrajudicial de las discrepancias competenciales entre el Estado y las CCAA: el mecanismo del art. 33.2 de la LOTC», *Informe CCAA 2007*. Barcelona, IDP, Disponible en: <http://idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2007/art33_2.pdf>.
- Greve, M. (2014): «Compact Clause», *The Heritage Guide to the Constitution*. Washington, The Heritage Foundation, Reegnergy Publishing, 230-231.
- Hauriou, A. Gicquel, J. et al. (1980): *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, 2.^a ed. Barcelona, Ariel.
- Held, D. (1997): *La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Barcelona, Paidós.
- Herrero de Miñón, M. (1998): *Derechos históricos y Constitución*. Madrid, Taurus.
- Hogg, P. (2008): *Constitutional Law of Canada*. Toronto, Thomson-Carswell.
- Johnston, J. M. (2008): «Welfare reform: a devolutionary success», *Intergovernmental Management for the 21st Century*. Washington, Brooking Institution Press, 124-156.
- Kincaid, J. (2014): «State-federal relations: States still on the defensive», *Book of the States 2014*, The Council of State Governments, 19-29. [En línea]. Disponible en: <<http://knowledgecenter.csg.org/kc/content/state-federal-relations-states-still-defense>>.
- Kincaid, J. (2008): «Contemporary US federalism: coercive change with cooperative continuity», *Revista d'Estudis Autonòmics I Federals*, 6, 10-36.
- Lachapelle, G. y Oñate, P. (ed.) (2017): *Federalismo, devolution y gobernanza multinivel*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Latorre Vila, L. (2013): «¿Competencia legislativa de las comisiones bilaterales de cooperación?: El acuerdo de la Comisión Aragón-Estado en relación con la Ley 5/2012, de 7 de junio, de estabilidad presupuestaria de Aragón», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 6, 80-100.

- Leduc, L. (2009): «Citizens Involvement in Constitutional Politics: European and Canadian Experiences», *Activating the Citizen. Dilemmas of Participation in Europe and Canada*. New York, 233-256.
- López-Aranguren, E. (1981): «Regionalismo e integración nacional: aproximación teórica», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 15, 69-76.
- López-Aranguren, E. (1987): *El federalismo americano: las relaciones entre poderes en los Estados Unidos*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local.
- López Basaguren, A. (2013): «Los referendos de secesión de Quebec y la doctrina de la Corte Suprema de Canadá», *La participación política directa. Referéndum y consultas populares*. Zaragoza, Comuniter Editorial, 55-91.
- López-Jurado Puig, M. (2010): «La mediación como profesión, algo más que una técnica», *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*. La Coruña, Netbiblo, 3-21.
- López Martín, A. G. (2003): «El arreglo de las controversias territoriales por la Corte internacional de Justicia. Una aproximación a sus líneas directrices», *REDUR II*, 55-72.
- Lisée, J. F. (2015): *Tous les espoirs, tous les chagrins*. Montréal, Québec Amérique.
- Livingston, W., *Federalism and constitutional change*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1956
- Lucas Verdú, P. L. (1989): «Carl Schmitt, intérprete singular y máximo delator de la cultura político-constitucional demoliberal», *Revista de Estudios Políticos*, 64, 25-92.
- Madison, J. (1957): Paper 39, en *El federalista*, FCE, Méjico.
- Mallory, J. R. (1965): «The five faces of federalism», *The future of Canadian Federalism*. Toronto, University of Toronto Press.
- Maurois, A. (1969): *Historia de los Estados Unidos*. Barcelona, Editorial Blume.
- Massicotte, L. (2018): «Multiparliamentarism in a Federal Country: the case of Canada», *Parlamento y Parlamentarismo: origen, evolución y crisis*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- McKloskey, D. (1998): «Other things equal. The so called Coase Theorem», *Eastern Economica Journal*, 24, 3, 367-371.
- Michels, R. (1991): *Los partidos políticos*. Buenos Aires, Amorrortu Editores, I y II.
- Miñarro Yanini, M. (2014): «La solución extrajudicial de los conflictos laborales», *La solución extrajudicial de los conflictos laborales. Los sistemas autónomos de resolución de conflictos en España*. León, Eolas ediciones, 37-58.

- Mitjans, E. y Castellá, J. M. (coords.) (2001): *Canadá. Introducción al sistema político y jurídico*. Barcelona, Publicacions de la Universitat de Barcelona.
- Morán, M. L. (1983): *El origen histórico y gnoseológico de la teoría de las élites*. Madrid, Universidad Complutense.
- Mosca, G. (1984): *Historia de las doctrinas políticas*. Madrid, Edersa.
- Muhiar, H. (2009): «Derecho internacional público: La solución pacífica de las controversias internacionales», *Gloobal*, 17. [En línea]. Disponible en: <<http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=6277&opcion=documento>>.
- Ní Mhuirthile, T., O'Sullivan, C., et al. (2016): *Fundamentals of the Irish legal system. Law, policy and politics*. Dublin, Thomson Reuters.
- O'Toole, L. J. (2000): *American Intergovernmental Relations*. Washington, CQ Press.
- Pal, M., (2012): «The promise and limits of Citizens' Assemblies: Deliberation, Institutions and the Law of Democracy», *Queen's Law Journal*, 38:1.
- Parejo Alfonso, L. J. (2017): «Cataluña o el emplazamiento a repensar la estructura estatal de nuestra convivencia», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 71-72, 70-73.
- Pelletier, B. (1996): *La Modification constitutionnelle au Canada*. Toronto, Carswell.
- Pegoraro, L. (2017): *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho Constitucional Comparado*. Argentina, Ediciones Olejnik.
- Pérez Serrano, N. (1976): *Tratado de Derecho Político*. Madrid, Civitas.
- Pincus, M. (2009): «When should Interstate compacts require congressional consent?», *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 42, 511-544.
- Poirier, J., Saunders, CH. (2015): *Intergovernmental Relations in Federal Systems. Comparative Structures and Dynamics*. Ontario, Oxford University Press.
- Pradera, J. (1993): «La liebre y la tortuga. Política y Administración en el Estado de las Autonomías», *Claves de Razón Práctica*, 38, 24-33.
- Rabalai, R. J. (1982): «The Influence of Spanish Laws and Treatises on the Jurisprudence of Louisiana 1762-1828», *Louisiana Law Review*, 42, 5, 1485-1508.
- Reuchamps, M. y Suiter, J. (eds.) (2016): *Constitutional deliberative democracy in Europe*. Colchester, ECPR Press.
- Riker, W. (1964): *Federalism. Origin, Operation, Significance*. Boston, Little, Brown & Company.

- Roig Molés, E. (2016): «Contenido y eficacia de los acuerdos de las Comisiones bilaterales en el procedimiento del art. 33.2 LOTC», *Foro Autonomías*, 1-31. [En línea]. Disponible en: <https://www.foroautonomias.es/wp-content/uploads/2016/04/article33_2.pdf>.
- Robinson, M. P. (1902): *The evolution of the Mason and Dixon Line*. Richmond, Oracle Publishing Company.
- Rose, J. (2007): «Putting the public back in the public policy. The Ontario Citizen's Assembly on Electoral Reform», *Canadian Parliamentary Review*, 9-16. [En línea]. Disponible en: <http://revparl.ca/30/3/30n3_07e_Rose.pdf>.
- Rose, J. (2009): «Institutionalizing Participation through Citizens' Assemblies», *Activating the Citizen. Dilemmas of Participation in Europe and Canada*. New York, Palgrave-Macmillan, 214-232.
- Rubio Llorente, F. (1983): «Rango de Ley, fuerza de Ley, valor de Ley», *Revista de Administración Pública*, 100-102, 417-432.
- Ryan, C. (2000): «Consequences of the Quebec Secession Reference. The Clarity Bill and Beyond», *C. D. Howe Institute*, 139, 1-32.
- Sáiz Arnaiz, A. (1997) «Asimetría y Estado federal en Canadá», *R.V.A.P.*, 47, 2.
- Muñoz Machado, S. (2017): «Más allá de la intentona independentista», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 71-72, 6-9.
- Peters, A., Aznar Gómez, M. J. et al (2010): *La constitucionalización de la comunidad internacional*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Posner, P. (2008): «Mandates. The Politics of Coercive Federalism», *Intergovernmental Management for the 21st Century*. Washington, Brooking Institution Press, 286-307.
- Putnam, R. E. (1976): *The comparative study of political elites*. New Jersey, Prentice Hall.
- Ramírez Cleves, J. A. *Transformaciones del constitucionalismo en el contexto de la globalización*. Disponible en: <http://www.alfonsozambrano.com/nueva_doctrina/07082011/ndp->>.
- Remiro Brotons, A., y Andrés Sáenz de Santamaría, P. (2018): «La cuestión catalana», en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70, 1, 285-294.
- Sartori, G. (2007): ¿Qué es la democracia? Taurus, Madrid.
- Sartori, G. (1988): *Teoría de la democracia*. Madrid, Alianza.
- Seijas Villadangos, E. (2000): «Un nuevo estadio en el discurso federal: el federalismo asimétrico», *Pensamiento Constitucional*. Perú, Universidad Católica de Lima, 343-386.

- Seijas Villadangos, E. (2001): «El federalismo canadiense ante la curiosidad de un jurista español», *El futuro del Estado Autonómico*. Pamplona, Aranzadi, 227-251.
- Seijas Villadangos, E. (2001): *Configuración asimétrica del sistema de Comunidades Autónomas*. León, Universidad de León.
- Seijas Villadangos, E. (2012): «Irlanda: reforma constitucional versus convención constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, 30, 411-432.
- Seijas Villadangos, E. (2012) «Los gobiernos de los Estados en la Unión Europea», en Matía Portilla, F. J., *Pluralidad territorial, nuevos derechos y garantías*, Granada, Comares, 117-145.
- Seijas Villadangos, E. (2012): «Los gobiernos de los Estados en la Unión Europea», *Pluralidad territorial, nuevos derechos y garantías*. Granada, Comares, 117-145.
- Seijas Villadangos, M. E. (2013): «El Senado irlandés ante un callejón sin salida tras el referéndum sobre la abolición del Senado de 4 de octubre de 2013», *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*. [En línea]. Disponible en: <<http://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2013/10/14/el-senado-irlandes-ante-un-callejon-sin-salida-tras-el-referendum-sobre-la-abolicion-del-senado-de-4-de-octubre-de-2013-maria-esther-seijas/>>.
- Seijas Villadangos, E. (2014): «Answers to Spanish centrifugal federalism: Asymmetrical federalism versus coercive federalism», *Perspectives on federalism*, 6, 2, 164-190.
- Sesma Bastida, B. (2004): *Procedimiento de solución extrajudicial de los conflictos laborales: marco convencional y normativo*. Logroño, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja.
- San Cristóbal Reales, S. (2013): *Sistemas complementarios a la jurisdicción para la resolución de conflictos civiles y mercantiles (mediación, conciliación, negociación, transacción y arbitraje)*. Madrid, Wolters Kluwers.
- Snider, J. H. (2008): «Designing Deliberative Democracy: The British Columbia Citizens' Assembly», *Journal of Public Deliberation*, 4, 1, 11. [En línea]. Disponible en: <<https://www.publicdeliberation.net/jpd/vol4/iss1/art11>>.
- Stokesbury, J., Moody, B. et al. (1985): «Así nació Canadá», *Cuadernos de Historia* 16, 270.
- Stolleis, M., Paulus, A., Gutiérrez Gutiérrez, I. y Fundación Coloquio Jurídico Europeo, *El derecho constitucional de la globalización*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013.
- Tarleton, Ch. D. (1965): «Symmetry and asymmetry as elements of federalism: a theoretical speculation», *The Journal of Politics*, 27, 4, 861-864.

- Thaler, D. S. (2008): «Mason and Dixon & the defining of America», *MdHS News*, 16-19.
- Tewbner, G., Sassen, S., KRASNER, S., D., Saldivia, L., Universidad de Los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 2010. Estado, soberanía y globalización. Bogotá, Siglo del Hombre, 2010,
- Trembley, A. (1995): *La réforme de la Constitution au Canada*. Montreal, Les Éditions Thémis.
- Trujillo, G. (1997): «Integración constitucional de los hechos diferenciales y preservación de la cohesión básica del Estado autonómico», *Asimetría y cohesión en el Estado autonómico*. Madrid, INAP.
- Uriarte, E. (1997): «El análisis de las élites políticas en las democracias», *R.E.P.*, 97, 249-275.
- Vega, P. (1985): *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid, Tecnos.
- Verba, S. (ed.) (1987): *Elites and the idea of equality*. Cambridge, Harvard University Press.
- Vírgala Foruria, E. (2005): «La coacción estatal del artículo 55 de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 73, 55-110.
- Warren, M. y Pearce, H. (ed.) (2008): *Designing deliberative democracy: The British Columbia Citizens' Assembly*. New York, Cambridge University Press.
- Watts, R. (2006): *Sistemas federales comparados*. Madrid, Marcial Pons.
- Wheare, K. C. (1963): *Federal Government* (4.^a ed.). London, Oxford University Press.
- Williams, B. (2013): *Most likely to secede: what the Vermont Independent movement can teach us about reclaiming community and creating a human scale vision for the 21st century*. Vermont, Chelsea Green Publishing.
- Williams, R. (2006): *State Constitutional Law. Cases and materials* (4.^a ed.). Newark, New Jersey, Lexis Nexis.
- Williams, R. y Friedman, L. (2015): *State Constitutional Law: cases and materials* (5.^a ed.). Newark. New Jersey, Ed. Lexis Nexis.
- Woehrling, J. (1992): «Evolució de les relacions entre el Quebec i el Canadà anglès de 1867 als nostres dies», *Seminari sobre el federalisme canadenc*. Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics.
- Woehrling, J. (1999): «La Cour suprême du Canada et la sécession du Québec», *Revue française de Droit Constitutionnel*, 37, 3-27.

- Woehrling, J. (2005): «Las Consecuencias de la aplicación de la Carta de Derechos y Libertades en la vida política y democrática y en el federalismo en Canadá», *Derechos y libertades en Canadá*. Barcelona, Atelier.
- Zimmerman, F. y Wendell, M. (1951): «The Interstate Compact and Dyer v. Sims», *Columbia Law Review*, 51, 920-970.
- Zimmerman, J. F. (2006): *Interstate disputes: the Supreme Court 's Original Jurisdiction*. Albany, State University of New York.

ISBN: 978-84-7351-627-3



P.V.P.
19,00 €
(IVA incluido)



En el primer capítulo se aborda el *prius* del trabajo, los conflictos territoriales. Para ello se parte de alertar sobre la necesidad de su configuración en un constitucionalismo global desde el que con las herramientas que provee el federalismo comparado se puede proceder a aprehender sus matices e interconexiones. Así, se expondrá el caso canadiense, donde el conflicto territorial se erige como elemento identitario de la Federación y se abordará la dimensión conflictiva de la Federación de los Estados Unidos (aguas, fronteras y secesión).

El capítulo segundo se centra en la premisa de utilizar las diferentes estrategias de negociación, incubadas en otros ámbitos extraños a la resolución de conflictos territoriales, como herramientas útiles que pueden coadyuvar a su resolución. Para ello, se estudiará desde un genérico tratamiento de la negociación, las características específicas de diferentes procesos autocompositivos, conciliación y mediación, y heterocompositivos, arbitraje.

El capítulo tercero se dedica a un estudio pormenorizado de los entresijos de las estrategias intergubernamentales en Canadá y Estados Unidos. La singularidad de este enfoque llevará a discernir entre federalismo legislativo y federalismo ejecutivo. La atención a institutos singulares como la *preemption* será uno de sus específicos contenidos. En el caso de España, el protagonismo se entregará a un análisis pormenorizado de la aplicación del federalismo coactivo ex art. 155 CE.

El capítulo cuarto cierra este trabajo aportando un dato que aspira a recabar interés y que se apoya en una vocación innovadora respecto a la doctrina española, la institución de las Asambleas de Ciudadanos o convenciones deliberativas como estrategia participativa idónea para la prevención y resolución de los conflictos territoriales. Tras una conceptualización de las mismas, se formulará un repaso de distintas experiencias (Australia, Unión Europea y Holanda), para analizar en detalle su práctica en Canadá, concretamente en New Brunswick y Ontario, y en Irlanda.

Los retos que se trasladan al lector, entendidos como los posos que en ellos se pudiesen quedar tras su lectura, son descubrir algún nuevo dato, una curiosidad más allá del velo de categorías consolidadas en el marco de las organizaciones territoriales y que estos sirvan como herramientas para estimular su reflexión y su compromiso con la necesidad de habilitar cauces, estrategias para la resolución de conflictos territoriales.